



**ROGÉRIO
GRECO**

CÓDIGO **PENAL** COMENTADO

11^a edição
Revista, ampliada e atualizada
até 1º de janeiro de 2017

EDITORIA
IMPETUS

O temor do Senhor é o princípio da sabedoria.
Provérbios 9.10a



**ROGÉRIO
GRECO**

CÓDIGO
PENAL
COMENTADO



**ROGÉRIO
GRECO**

**CÓDIGO
PENAL
COMENTADO**

11^a edição
Revista, ampliada e atualizada
até 1^o de janeiro de 2017

EDITORIA
IMPETUS

Niterói, RJ
2017



© 2017, Editora Impetus Ltda.

Editora Impetus Ltda.

Rua Alexandre Moura, 51 – Gragoatá – Niterói – RJ

CEP: 24210-200 – Telefax: (21) 2621-7007

Conselho Editorial:

Ana Paula Caldeira • Benjamin Cesar de Azevedo Costa

Ed Luiz Ferrari • Eugênio Rosa de Araújo • Fábio Zambitte Ibrahim

Fernanda Pontes Pimentel • Izequias Estevam dos Santos

Marcelo Leonardo Tavares • Renato Monteiro de Aquino

Rogério Greco • William Douglas

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica: Editora Impetus Ltda.

Capa: Bruno Pimentel Francisco

Adaptação para ebook: SBNigri Artes e Textos Ltda.

Revisão Ortográfica: Tucha

Equipe de Pesquisa: Eduardo Furts Rodrigues, Kerusa Rodrigues de Macedo, Maria Isabel Leão Barbalho, Micheline Botelho Cunha, Patrícia Costa de Mello e Tiago Gomes de Carvalho Pinto

G829c

Greco, Rogério.

Código Penal: comentado / Rogério Greco. – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

1.312 p. ; 17 x 25 cm.

ISBN: 978-85-7626-929-8

Isbn digital: 978-85-7626-945-8

1. Direito penal – Brasil. I. Título.

CDD – 345.81

O autor é seu professor; respeite-o: não faça cópia ilegal.

todos os direitos reservados – É proibida a reprodução, salvo pequenos trechos, mencionando-se a fonte. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime (art. 184 do Código Penal). Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme Decreto nº 1.825, de 20/12/1907.

A **Editora Impetus** informa que quaisquer vícios do produto concernentes aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas, às referências, à originalidade e à atualização da obra são de total responsabilidade do autor/atualizador.

www.impetus.com.br

A Jesus Cristo – o Caminho, a Verdade e a Vida.

À minha esposa *Fernanda* e aos meus filhos *Daniela, Emanuella, Rafaella, João* e *Rogerinho*, provas da bondade e da misericórdia de Deus.

O Autor

Rogério Greco, casado com Fernanda Greco e pai de Daniela, Emanuella, Rafaella, João Paulo e Rogério, é Procurador de Justiça, tendo ingressado no Ministério Público de Minas Gerais em 1989. Foi vice-presidente da Associação Mineira do Ministério Público (biênio 1997-1998) e membro do conselho consultivo daquela entidade de classe (biênio 2000-2001). É membro fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais, e membro eleito para o Conselho Superior do Ministério Público durante os anos de 2003, 2006 e 2008; Professor de Direito Penal do Curso de Pós-Graduação da PUC/BH;

Professor do Curso de Pós-Graduação de Direito Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais; Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais; Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); especialista em Direito Penal (Teoria do Delito) pela Universidade de Salamanca (Espanha); Doutor pela Universidade de Burgos (Espanha); Membro Titular da Banca Examinadora de Direito Penal do XLVIII Concurso para Ingresso no Ministério Público de Minas Gerais; palestrante em congressos e universidades em todo o País. É autor das seguintes obras: *Direito Penal* (Belo Horizonte: Cultura); *Estrutura Jurídica do Crime* (Belo Horizonte: Mandamentos); *Concurso de Pessoas* (Belo Horizonte: Mandamentos); *Direito Penal – Lições* (Rio de Janeiro: Impetus); *Curso de Direito Penal – Parte geral e Parte Especial* (Rio de Janeiro: Impetus); *Código Penal Comentado – Doutrina e Jurisprudência* (Rio de Janeiro: Impetus); *Atividade Policial – Aspectos Penais, Processuais Penais, Administrativos e Constitucionais* (Rio de Janeiro: Impetus); *Vade Mecum Penal e Processual Penal* (Coordenador); *A Retomada do Complexo do Alemão* (Rio de Janeiro: Impetus); *Virado do Avesso – Um Romance Histórico-Teológico sobre a Vida do Apóstolo Paulo* (Rio de Janeiro: Nah-gash); *Sistema Prisional – Colapso Atual e Soluções*

Alternativas (Rio de Janeiro: Impetus); *Leis Penais Especiais – Crimes Hediondos e Tortura* (Rio de Janeiro: Impetus); *Derechos Humanos, Crisis de la Prisión y Modelo de Justicia Penal* (Espanha: Publicia Editorial). É embaixador de Cristo.

Fale direto com o autor pelo *e-mail*: atendimento@impetus.com.br
e pelo site: www.rogeriogreco.com.br

Nota do Autor

A humanidade caminha para o fim. Os meios de comunicação divulgam, quase que diariamente, atrocidades cometidas pelo ser humano. Filhos que matam os próprios pais, violência nas ruas, tráfico de drogas financiado pelas elites, políticos corruptos que, mediante a subtração de dinheiro público, fazem com que milhares de pessoas padeçam nas filas dos hospitais, crianças não tenham merenda escolar, remédios não cheguem às farmácias.

O homem, por opção própria, resolveu afastar-se do seu Criador. O meio jurídico, principalmente, vive na sua soberba. Pessoas arrogantes acreditam, muitas vezes, que o cargo que ocupam as faz melhores do que as outras. A inteligência, o conhecimento, o reconhecimento e a sensação de autossuficiência têm o poder de nos afastar de Deus e fazer com que tenhamos vergonha da Sua Palavra.

Criamos a ilusão de que nossas teorias jurídicas conseguirão, de alguma forma, resolver os problemas pelos quais a sociedade tem passado, embora, no fundo, saibamos que somos impotentes, pois o problema da humanidade não se resolve com leis.

O problema do homem está dentro dele. Embora rico, transformou-se em um miserável, pois resolveu virar as costas para Deus. Tudo foi criado por Deus para o nosso prazer. Nós, como filhos dEle, temos direito à Sua herança. Se os homens tivessem conhecimento da grandeza e das verdades constantes da Palavra de Deus, entenderiam que Ele tem sempre o melhor reservado para nós. Isso me faz lembrar uma história de um sujeito que, ao fazer uma viagem de navio, só tinha o dinheiro exato da passagem. Como a viagem duraria sete dias, ficou encolhido em sua cabine, sem participar de nada, pois tinha vergonha da sua situação, de não poder comprar absolutamente nada. Assim, somente bebia a água que corria na torneira de seu quarto, deixando de se alimentar durante todo o período. No último dia de viagem, faminto, resolveu atrever-se a participar do banquete de despedida que estava sendo realizado. Na sua

imaginação, como aquele seria o último dia, o máximo que lhe podia ocorrer se não pagasse a conta do banquete era ser repreendido pelo capitão do navio.

Assim, comeu e bebeu fartamente, pois tinha muita fome em virtude do jejum forçado por que havia passado. No final, após alimentar-se muito bem, chamou o garçom e foi logo confessando o que havia feito: “Amigo, embora tenha me alimentado abundantemente, não tenho como pagar essa refeição, pois somente tive condições de comprar o bilhete para a viagem”. O garçom, ouvindo essa explicação, sorrindo, retrucou-lhe: “Não se preocupe com isso, pois todas as refeições estavam incluídas no preço da passagem, e você tinha direito ao café, ao almoço e ao jantar desde o primeiro dia”.

Somos assim com Deus. Privamo-nos de tudo o que Ele tem reservado de bom para nós, simplesmente pelo fato de não O conhecermos, de não sabermos que, por causa do sacrifício de Jesus, que venceu a morte por nós, podemos agora ser chamados de filhos de Deus.

No nosso dia a dia, envolvemo-nos com tantos problemas que nos esquecemos da melhor parte, ou seja, estar na presença de Deus. Marta e Maria eram irmãs, e, no dia em que Jesus as visitou, Maria sentou-se aos pés do Senhor sem preocupar-se com mais nada e começou a ouvi-Lo. Por outro lado, Marta corria de um lado para o outro, preocupada com a refeição que seria servida naquele dia, e, vendo que sua irmã não saía de perto de Jesus, pediu-Lhe que a repreendesse, no sentido de obrigá-la a ajudá-la. No entanto, em resposta, Jesus disse-lhe: “Marta! Marta! Andas inquieta e te preocupas com muitas coisas. Entretanto, pouco é necessário ou mesmo uma só coisa; Maria, pois, escolheu a boa parte, e esta não lhe será tirada” (Lucas 10:41-42).

Jesus havia mostrado a Marta de que nada adiantava as preocupações do mundo, que Maria havia escolhido a melhor parte. Essa escolha tem um poder transformador.

Zaqueu, um cobrador de impostos, corrupto, odiado pelo seu povo, também sentiu o poder transformador de Deus. No dia em que teve a oportunidade de conhecer a Jesus, arrependido, disse: “Senhor, resolvo dar aos pobres a metade dos meus bens; e, se nalguma coisa tenho defraudado alguém, restituo quatro vezes mais” (Lucas 19:8).

O mesmo acontece conosco nos dias de hoje. Homens que têm o coração endurecido, quando têm um encontro verdadeiro com o Senhor, tornam-se amorosos; aqueles que vivem da prática de crimes já não tornam a delinquir; enfim, quando o homem se voltar novamente para Deus, a humanidade se transformará. Não haverá necessidade de leis punindo este ou aquele comportamento, pois o homem, naturalmente, terá em seu coração o desejo de não fazer o mal.

As pessoas se esqueceram de que Jesus foi crucificado para pagar o preço dos nossos pecados. Somos livres agora. É como se Ele fosse, figurativamente, o preço da passagem, a passagem para nossa libertação. No entanto, ainda vivemos presos, oprimidos, tristes, deprimidos, porque não sabemos o que temos. Jesus venceu a morte para nos dar a vida.

Jesus nos exorta a pedir a Deus aquilo de que necessitamos, pois Ele já pagou o preço. Tudo se consumou na vitória de Jesus. Nossos pecados foram perdoados; nossas doenças, curadas; nossas feridas, saradas. No capítulo 7, versículos 7 a 12, do Evangelho de Mateus, Jesus afirma:

“Pedi, e dar-se-vos-á; buscai e achareis; batei, e abrir-se-á. Pois todo o que pede recebe; o que busca encontra; e, a quem bate, abrir-se-á. Ou qual dentre vós é o homem que, se porventura o filho de pedir pão,

lhe dará pedra? Ou, se lhe pedir um peixe, lhe dará uma cobra? Ora, se vós, que sois maus, sabeis dar boas dádivas aos vossos filhos, quanto mais vosso Pai, que está nos céus, dará boas coisas aos que lhe pedirem? Tudo quanto, pois, quereis que os homens vos façam, assim fazei-o vós também a eles”.

Embora tudo esteja à nossa disposição, Deus não nos força a nada. Tudo depende de uma decisão nossa, de nosso livre-arbítrio, ou seja, a escolha nos pertence. Podemos ficar atônitos com o nosso dia a dia, tal como Marta, ser corruptos como Zaqueu, ou descansar aos pés do nosso Senhor, como Maria (irmã de Marta).

Hoje, para entrarmos no descanso do nosso Deus, devemos entregar nossa vida a Jesus, Aquele que nos comprou com Seu sangue. Por isso, se for da sua vontade participar do banquete de Deus, de tudo aquilo que de melhor Ele tem reservado para você, faça esta oração de entrega. Se ao final concordar com o que leu, diga um Amém bem forte e experimente o poder que vem dos céus:

Senhor Jesus, eu não Te vejo, mas creio que Tu és o Filho de Deus, que morreste por mim naquele madeiro para a remissão dos meus pecados. Reconheço que Tu és o único e suficiente Salvador da minha alma. Escreve meu nome no livro da vida e dá-me a salvação eterna. Amém.

Tenho certeza de que, no dia em que a humanidade fizer a opção de retornar aos braços, ao aconchego do seu Criador, já não haverá mais necessidade do Direito Penal.

Que Deus abençoe você.

Maranata.

Rogério Greco

Sumário

Código Penal

Parte Geral

Título I – Da Aplicação da Lei Penal

Título II – Do Crime

Título III – Da Imputabilidade Penal

Título IV – Do Concurso de Pessoas

Título V – Das Penas

Capítulo I – Das Espécies de Pena

Capítulo II – Da Cominação das Penas

Capítulo III – Da Aplicação da Pena

Capítulo IV – Da Suspensão Condicional da Pena

Capítulo V – Do Livramento Condicional

Capítulo VI – Dos Efeitos da Condenação

Capítulo VII – Da Reabilitação

Título VI – Das Medidas de Segurança

Título VII – Da Ação Penal

Título VIII – Da Extinção da Punibilidade

Parte Especial

Título I – Dos Crimes contra a Pessoa

[Capítulo I – Dos Crimes contra a Vida](#)

[Capítulo II – Das Lesões Corporais](#)

[Capítulo III – Da Periclitacão da Vida e da Saúde](#)

[Capítulo IV – Da Rixa](#)

[Capítulo V – Dos Crimes contra a Honra](#)

[Capítulo VI – Dos Crimes contra a Liberdade Individual](#)

[Título II – Dos Crimes contra o Patrimônio](#)

[Capítulo I – Do Furto](#)

[Capítulo II – Do Roubo e da Extorsão](#)

[Capítulo III – Da Usurpação](#)

[Capítulo IV – Do Dano](#)

[Capítulo V – Da Apropriação Indébita](#)

[Capítulo VI – Do Estelionato e Outras Fraudes](#)

[Capítulo VII – Da Recepção](#)

[Capítulo VIII – Disposições Gerais](#)

[Título III – Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial](#)

[Capítulo I – Dos Crimes contra a Propriedade Intelectual](#)

[Capítulo II – Dos Crimes contra o Privilégio de Invenção](#)

[Capítulo III – Dos Crimes contra as Marcas de Indústria e Comércio](#)

[Capítulo IV – Dos Crimes de Concorrência Desleal](#)

[Título IV – Dos Crimes contra a Organização do Trabalho](#)

[Título V – Dos crimes contra o Sentimento Religioso e contra o Respeito aos Mortos](#)

[Capítulo I – Dos Crimes contra o Sentimento Religioso](#)

[Capítulo II – Dos Crimes contra o Respeito aos Mortos](#)

[Título VI – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual](#)

[Capítulo I – Dos Crimes contra a Liberdade Sexual](#)

[Capítulo II – Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável](#)

[Capítulo III – Do Rapto](#)

[Capítulo IV – Disposições Gerais](#)

[Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para Fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual](#)

[Capítulo VI – Do Ultraje Público ao Pudor](#)

[Capítulo VII – Disposições Gerais](#)

Título VII – Dos Crimes contra a Família

Capítulo I – Dos Crimes contra o Casamento

Capítulo II – Dos Crimes contra o Estado de Filiação

Capítulo III – Dos Crimes contra a Assistência Familiar

Capítulo IV – Dos Crimes contra o Pátrio Poder, Tutela ou Curatela

Título VIII – Dos Crimes contra a Incolumidade Pública

Capítulo I – Dos Crimes de Perigo Comum

Capítulo II – Dos Crimes contra a Segurança dos Meios de Comunicação e Transporte e Outros Serviços Públicos

Capítulo III – Dos Crimes contra a Saúde Pública

Título IX – Dos Crimes contra a Paz Pública

Título X – Dos Crimes contra a Fé Pública

Capítulo I – Da Moeda Falsa

Capítulo II – Da Falsidade de Títulos e Outros Papéis Públicos

Capítulo III – Da Falsidade Documental

Capítulo IV – De Outras Falsidades

Capítulo V – Das Fraudes em Certames de Interesse Público

Título XI – Dos Crimes contra a Administração Pública

Capítulo I – Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral

Capítulo II – Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral

Capítulo II-A – Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira

Capítulo III – Dos Crimes contra a Administração da Justiça

Capítulo IV – Dos Crimes contra as Finanças Públicas

Disposições Finais

Obras Citadas e Pesquisadas

Índice Remissivo

Código Penal

DECRETO-Lei nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.
O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição
que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a
seguinte Lei:

Parte Geral

Título I – Da Aplicação da Lei Penal

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

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Introdução**

O princípio da legalidade veio insculpido no inc. XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, que diz: *Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* –, redação que pouco difere daquela contida no art. 1º do Código Penal.

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, um dos mais importantes do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inc. XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do direito penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal. Por essa razão, von Liszt diz que o “Código Penal é a Carta Magna do delinquente”.¹

Origem

Alguns autores atribuem a origem desse princípio à Magna Carta Inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra, cujo art. 39 vinha assim redigido: *Art. 39. Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.*

No entanto, foi com a Revolução Francesa que o princípio atingiu os moldes exigidos pelo Direito Penal, conforme se pode verificar pela redação dos arts. 7º, 8º e 9º² da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o que levou Eduardo García de Enterría a afirmar que “o princípio da legalidade dos delitos e das penas, intuído pela ilustração e concretado no grande livro de Beccaria, teve sua entrada solene na história através destes artigos da Declaração”.³

Funções

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: 1^a) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); 2^a) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);

3^a) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); 4^a) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

A teor do art. 1º do CP, é incabível a criminalização da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98, antes do advento da Lei nº 12.683/2012, época em que não havia no ordenamento pátrio lei que incriminasse a organização criminosa, lacuna que, consoante moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da 6^a T., não pode ser suprida pela Convenção de Palermo. Atipicidade da conduta, com extensão do *decisum* aos demais corréus condenados pelo mesmo delito (STJ, REsp 1.252.770/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 26/03/2015).

A aplicação de analogia, em sede de direito penal, é obstada pelo princípio da legalidade (CP, art. 1º) (TJSC, AC 2012.042239-9, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 11/6/2013).

Legalidade formal e legalidade material

A legalidade formal encontra-se ligada, diretamente, à obediência às formas exigidas para a criação do diploma legal, a exemplo do que ocorre com o procedimento necessário para a sua tramitação, *quorum* para aprovação do projeto, etc. Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, no qual se pretenda adotar um modelo penal garantista, além da legalidade formal deve haver, também, aquela de cunho material. Devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos. Aqui, adota-se não a *mera legalidade*, mas, sim, como preleciona Ferrajoli, um princípio de *estrita legalidade*.⁴

Vigência e validade da lei

O conceito de vigência da lei penal está para a legalidade formal assim como o conceito de validade está para a legalidade material. A lei penal formalmente editada pelo Estado pode, decorrido o período de *vacatio legis*, ser considerada em vigor. Contudo, sua vigência não é suficiente, ainda, para que possa vir a ser efetivamente aplicada. Assim, somente depois da aferição de sua validade, isto é, somente depois de conferir sua conformidade com o texto constitucional é que ela terá plena aplicabilidade, sendo considerada, portanto, válida.

Termo inicial de aplicação da lei penal

Se a lei penal vier, de alguma forma, prejudicar o agente (com a criação, por exemplo, de novas figuras típicas, causas de aumento de pena, circunstâncias agravantes etc.), seu termo inicial de aplicação será, obrigatoriamente, o do início de sua *vigência*. No entanto, se a lei penal vier beneficiar o agente, ou seja, em caso de *lex mitior*, existe a possibilidade de ser

aplicada ao caso concreto antes mesmo da sua entrada em vigor, visto que, segundo as determinações contidas no inc. XL do art. 5º da Constituição Federal e no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, a lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente deverá retroagir, ainda que o fato já tenha sido decidido por sentença condenatória transitada em julgado. O raciocínio que se faz, *in casu*, é no sentido de que se a lei, obrigatoriamente, terá de retroagir a fim de beneficiar o agente, por que não aplicá-la antes mesmo do início da sua vigência, mediante a sua só publicação? Por economia de tempo, portanto, não se exige que se aguarde a sua vigência, podendo ser aplicada a partir da sua publicação.

Diferença entre princípio da legalidade e princípio da reserva legal

Alguns autores, a exemplo de Flávio Augusto Monteiro de Barros,⁵ procuram levar a efeito uma distinção entre o princípio da legalidade e o da reserva legal. Segundo parte da doutrina, a diferença residiria no fato de que, falando-se tão somente em *princípio da legalidade*, estariamos permitindo a adoção de quaisquer dos diplomas descritos no art. 59 da Constituição Federal (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções); ao contrário, quando fazemos menção ao *princípio da reserva legal*, estamos limitando a criação legislativa, em matéria penal, tão somente às leis ordinárias – que é a regra geral – e às leis complementares.

Acreditamos que o melhor seria restringir ainda mais a possibilidade de edição de diplomas penais, ficando limitada tal possibilidade às leis complementares, tal como ocorre na Espanha, que adota as chamadas Leis Orgânicas, que lhes são equivalentes. Assim, com a exigência de um *quorum* qualificado para a sua aprovação (maioria absoluta, de acordo com o art. 69 da Constituição Federal), tentaríamos, de alguma forma, conter a “fúria do legislador”, evitando a tão repugnada *inflação legislativa*.

De qualquer forma, apesar das posições em contrário, mesmo adotando-se a expressão *princípio da legalidade* em sede de Direito Penal, outro raciocínio não se pode ter a não ser permitir a criação legislativa, nessa matéria, somente por intermédio de leis ordinárias e leis complementares, como visto, razão pela qual não vemos interesse em tal distinção.

Princípio da reserva legal e princípio da tipicidade

Em Direito Penal tem exponencial relevo o princípio da reserva legal, do qual emana o princípio da tipicidade, que preconiza ser imperativo que a conduta reprovável se encaixe no modelo descrito na lei penal vigente na data da ação ou da omissão (STJ, REsp. 300092/DF, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., DJ 22/4/2003, p. 277).

Princípios afins

Além do princípio da legalidade, existem outros princípios considerados fundamentais para o Direito Penal. Muitos deles encontram previsão expressa na Constituição Federal, a

exemplo do princípio da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI); outros, tal como ocorre com o princípio da culpabilidade, são extraídos do próprio sistema constitucional. Apontaremos, a seguir, alguns desses princípios fundamentais: Princípio da intervenção mínima O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não somente pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal,⁶ mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base nesse princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.

A lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual os princípios da insignificância e da intervenção mínima surgem para atuar como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal. Entretanto, a ideia não pode ser aceita sem restrições, sob pena de o Estado dar margem a situações de perigo, na medida em que qualquer cidadão poderia se valer de tal princípio para justificar a prática de pequenos ilícitos, incentivando, por certo, condutas que atentem contra a ordem social (STJ, AgRg no AREsp 825.162/MT, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 1º/08/2016).

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal não deve interferir em demasia na vida em sociedade, devendo ser utilizado somente quando os demais ramos do Direito não forem suficientes para proteger os bens de maior importância (STJ, HC 215.522/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 10/11/2015).

A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Inocorrência de tipicidade material, mas apenas a formal quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima (HC 84.412/SP, Min. Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ 19/11/2004) (STJ, HC 189400/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., DJe 1º/8/2012).

Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da consequente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira que se mostre necessária a imposição de sanção penal (STJ, HC 201439/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, 6ª T., DJe 10/8/2011).

Princípio da lesividade *O princípio da lesividade, cuja origem se atribui ao período iluminista, que por intermédio do movimento de secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, possui, no escólio de Nilo Batista,⁷ quatro principais funções, a saber: a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.*

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa

lesividade. O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (STF, HC 98152/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2^a T., DJ 5/6/2009, p. 584).

Para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso – o cuidar-se de crime de mera conduta – no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação – não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato (STF, RHC 81057/SP, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, 1^a T., DJ 9/4/2005, p. 30).

Princípio da adequação social *O princípio da adequação social, concebido por Hans Welzel, possui dupla função. Uma delas é a de restringir a abrangência do tipo penal, limitando sua interpretação e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade.⁸ Sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precípuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais.*

Não se aplica o princípio da adequação social na hipótese de expor à venda mídias falsificadas, pois a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal é típica, formal e materialmente, afigurando-se inviável, comprovadas a materialidade e a autoria, o afastamento da consequência penal prevista em lei. Súmula nº 502 do STJ (STJ, HC 336820/RS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 11/12/2015).

O princípio da adequação social é um vetor geral de hermenêutica segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, se o tipo é um modelo de conduta proibida, não se pode reputar como criminoso um comportamento socialmente aceito e tolerado pela sociedade, ainda que formalmente subsumido a um tipo incriminador. A aplicação deste princípio no exame da tipicidade deve ser realizada em caráter excepcional, porquanto ao legislador cabe precípuamente eleger aquelas condutas que serão desriminalizadas. (STJ, REsp. 1435872/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 1º/7/2014).

O princípio da adequação social reclama aplicação criteriosa, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. A violação ao direito autoral e seu impacto econômico medem-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a ‘pirataria’, e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. Deveras, a prática não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, fato ilícito que encerra a burla ao pagamento de impostos. *In casu*, a conduta da paciente amolda-se ao tipo de injusto previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, porquanto comercializava mercadoria pirateada (CDs e DVDs de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação) (STF, HC 120.994/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1^a T., DJe 16/05/2014).

Princípio da fragmentariedade Conforme esclarece Muñoz Conde, “nem todas as ações que atacam bens

jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter ‘fragmentário’, pois de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância”⁹

O Direito Penal brasileiro é dirigido pelo princípio da intervenção mínima, que elege o caráter fragmentário e subsidiário desse direito, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do Direito (STJ, AgRg no AREsp 615.494/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, DJe 09/06/2015).

O Direito Penal não deve se ocupar com ninharias, mas apenas com lesões que, de fato, vulnerem os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, observando-se, sempre, o caráter fragmentário do Direito Penal (TJ-RJ, AC 0127063-49.2013.8.19.0001, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 04/03/2015).

Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos (STF, RHC 89624/RS, Rel.^a Min.^a Carmen Lúcia, 1ª T, DJ 7/12/2006, p. 511).

Princípio da insignificância Analisado em sede de tipicidade material, abrangida pelo conceito de tipicidade conglobante, tem a finalidade de afastar do âmbito do Direito Penal aqueles fatos que, à primeira vista, estariam compreendidos pela figura típica, mas que, dada a sua pouca ou nenhuma importância, não podem merecer a atenção do ramo mais radical do ordenamento jurídico. Os fatos praticados sob o manto da insignificância são reconhecidos como de bagatela.

O princípio da insignificância baseia-se na necessidade de lesão jurídica expressiva para a incidência do Direito Penal, afastando a tipicidade do delito em certas hipóteses em que, apesar de típica a conduta, ausente dano juridicamente relevante. Sobre o tema, de maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário-mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial (STJ, HC 323.311/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, DJe 03/06/2016).

Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. O valor da *res furtiva* (R\$ 40,00, cujo valor à época representava em torno de 7,33% do salário-mínimo então vigente), aliado ao fato de que se tratavam de produtos de higiene, subtraídos de uma farmácia, com restituição à vítima, permite incidir o princípio da insignificância, pois nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal, fazendo-se excepcionar até mesmo o fato de o paciente apresentar anterior condenação em data remota (STJ, HC 341.187/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, DJe 20/05/2016).

O princípio da insignificância não foi formulado para resguardar e legitimar constantes condutas juridicamente desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta de mínima ofensividade, considerados isoladamente, sejam sancionados pelo Direito Penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo insignificantes, quando constantes, devido à reprovabilidade, perdem a condição de configurar bagatela, devendo ser submetidos ao Direito Penal (STF, HC 133.252/MG, Rel.^a Min.^a Carmen Lúcia, 2ª T, DJe 08/04/2016).

Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, para excluir ou

afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (conforme decidido nos autos do *HC* nº 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/04/2004) (STJ, AgRg no REsp 1.459.796/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 07/05/2015).

A insignificância, enquanto princípio, revela-se, na visão de Roxin, importante instrumento que objetiva restringir a aplicação literal do tipo formal, exigindo-se, além da contrariedade normativa, a ocorrência efetiva de ofensa relevante ao bem jurídico tutelado. No terreno jurisprudencial, dispensam-lhe os tribunais, cada vez com maior frequência, destacado papel na tentativa de redução da intervenção penal, cujos resultados não traduzem, necessariamente, reforço na construção de um direito penal mínimo, principalmente diante do crescimento vertiginoso da utilização desse ramo do direito como *prima ratio* para solução de conflitos, quando deveria ser a *ultima ratio*. (STJ, *RHC* 31612/PB, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 29/5/2014).

Princípio da insignificância e roubo A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar a impossibilidade de se reconhecer a insignificância dos crimes cometidos mediante violência e grave ameaça, como na hipótese (STJ, HC 136.059/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 18/04/2016).

Esta Corte de Justiça entende ser inaplicável ao crime de roubo o princípio da insignificância, por se tratar de delito complexo que ofende o direito ao patrimônio e à integridade física da vítima (STJ, *HC* 313.640/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 03/03/215).

Princípio da insignificância e bem de pequeno valor no furto Para efeitos de reconhecimento ou não do princípio da insignificância, não se pode confundir os conceitos de bem de pequeno valor com bem de valor insignificante. Apenas o segundo, necessariamente, propicia a atipicidade material da conduta. A ação de subtrair bem avaliado em aproximadamente 23% do salário-mínimo vigente à época do fato não pode ser considerada insignificante, pois o valor da *res* extrapola o limite razoável de lesividade mínima do bem jurídico tutelado (STJ, AgRg no REsp 1.573.100/RJ, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6^a T., DJe 09/06/2016).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado ‘princípio da insignificância’ e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que ‘a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa’ (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. Num juízo de tipicidade conglobante, que envolve não apenas o resultado material da conduta, mas o seu significado social mais amplo, certamente não se pode admitir a aplicação do princípio da insignificância indiscriminadamente. Nesse contexto, é necessário distinguir o ‘furto insignificante’ daquele referente à subtração de bem de pequeno valor, de modo a não estimular a prática de condutas criminosas e obstar a aplicação da figura do ‘furto privilegiado’, previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal (STF, *HC* 120083/SC, Rel. Min. Teori Zavascky, 2^a T., DJe 6/8/2014).

A lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual

os princípios da insignificância e da intervenção mínima surgem para evitar situações dessa natureza, atuando como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal. No caso, embora o bem subtraído tenha sido recuperado pela vítima, a conduta não pode ser considerada como um indiferente penal, visto que o furto de objetos avaliados em R\$ 225,60 (duzentos e vinte e cinco reais e sessenta centavos), não enseja a aplicação do princípio da insignificância, ante o valor da *res furtiva*. Ademais, bem de pequeno valor, que autoriza a redução da pena nos termos do § 2º do art. 155 do Código Penal, não se confunde com o de valor irrisório, que permite a incidência do princípio da bagatela (STJ, AgRg. no HC 230555/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 15/8/2012).

Princípio da insignificância e a Lei no 11.343/2006

Esta Corte Superior de Justiça há muito consolidou seu entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública, sendo o delito de perigo abstrato, afigurando-se irrelevante a quantidade de droga apreendida (STJ, AgRg no REsp 1.578.209/SC, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 27/06/2016).

A alegação de que a quantidade de drogas apreendidas é ínfima não resulta, por si só, na absolvição do acusado pelo delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, crime de perigo abstrato sobre o qual não incide o princípio da insignificância (STJ, HC 135.508/ES, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 21/06/2016).

Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante (STJ, HC 195.985/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 18/06/2015).

Princípio da insignificância e reiteração delitiva A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas (STJ, HC 323.311/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 03/06/2016).

A jurisprudência desta Corte Superior orienta no sentido de que, sendo o acusado multirreincidente, não há falar em grau mínimo de reprovabilidade de sua conduta, um dos requisitos à aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. No caso concreto, o acusado é reincidente específico, bem como possui extensa ficha de antecedentes criminais, ostentando múltiplas condenações transitadas em julgado relativas aos delitos de roubo e ameaça (STJ, AgRg no HC 287.397/MG, Rel. Min. Ericson Maranho – Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 19/04/2016).

Constatada a conduta habitual do Agente, a lei seria inócuia se tolerasse a prática criminosa ou, até mesmo, o cometimento do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. A desconsideração dessas circunstâncias implicaria verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mornamente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida. Precedentes da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e desta Turma. Apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, consequentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância, o que ocorreu no caso dos autos (STJ, AgRg. no AREsp. 474296/MT, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5ª T., DJe 1º/8/2014).

Princípio da insignificância e ato infracional Considerando que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da bagatela às condutas regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (HC 276.358/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe

22/09/2014), faz-se necessária a análise acerca de sua efetiva aplicação no presente caso (STJ, HC 292.824/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^aT, DJe 05/08/2015).

Fora aplicada ao paciente a medida socio- -educativa de internação em razão da prática de ato infracional análogo ao delito previsto no art. 155, § 9º, II, do CP. No *habeas corpus*, pretende-se a aplicação do princípio da insignificância, pois a *res furtiva* foi avaliada em R\$ 80,00. Assim, para a aplicação do mencionado princípio, deve-se aferir o potencial grau de reprovabilidade da conduta e identificar a necessidade de utilização do direito penal como resposta estatal. Se assim é quanto à pessoa que comete vários delitos ou comete habitualmente atos infracionais, não é possível reconhecer um grau reduzido de reprovabilidade na conduta. Logo, mesmo que pequeno o valor da *res furtiva* (cadeira de alumínio), não ocorre desinteresse estatal à repressão do ato infracional praticado pelo paciente. Ademais, além de praticar reiteradamente atos infracionais, o paciente está afastado da escola e faz uso de drogas. Com isso, a Turma denegou a ordem. Precedentes citados do STF: HC 97.007/SP, DJe 31/3/2011; HC 100.690/MG, DJe 4/5/2011; do STJ: HC 137.794/MG, DJe 3/11/2009; e HC 143.304/DF, DJe 4/5/2011 (STJ, HC 182.441/RS, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T, j. 14/6/2011, *Informativo* nº 477).

A jurisprudência desta Corte tem pacificamente enunciado a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao fato cujo agente tenha praticado ato infracional equiparado a delito penal sem significativa repercussão social, lesão inexpressiva ao bem jurídico tutelado e diminuta periculosidade de seu autor (STJ, HC 163349; Proc. 2010/0032032-5/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a T, DJe 28/6/2010).

Princípio da insignificância e crime militar De acordo com a jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância não se aplica aos crimes militares. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 786.731/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T, DJe 25/05/2016).

O Tribunal iniciou julgamento de *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 2^a Turma, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal Militar – STM em favor de militar condenado pelo crime de posse de substância entorpecente em lugar sujeito à administração castrense (CPM, art. 290) – v. Informativo 519. O acórdão impugnado afastou a aplicação do princípio da insignificância ao delito de uso de substância entorpecente por se tratar de crime de perigo abstrato, pouco importando a quantidade encontrada em poder do usuário e afirmou que o art. 290 do CPM não sofreu alteração com o advento da Lei nº 11.343/2006, tendo em conta o critério da especialidade da norma castrense em relação à lei penal comum. Pretende a impetrante, em síntese, a aplicação: a) do princípio da insignificância, dado o grau mínimo de ofensa ao bem jurídico protegido; b) do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. A Min.^a Ellen Gracie, relatora, denegou a ordem, no que foi acompanhada pelos Ministros Menezes Direito, Cármem Lúcia, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Entendeu que, diante dos valores e bens jurídicos tutelados pelo aludido art. 290 do CPM, revela-se inadmissível a consideração de alteração normativa pelo advento da Lei nº 11.343/2006. Assentou que a prática da conduta prevista no referido dispositivo legal ofende as instituições militares, a operacionalidade das Forças Armadas, além de violar os princípios da hierarquia e da disciplina na própria interpretação do tipo penal. Asseverou que a circunstância de a Lei nº 11.343/2006 ter atenuado o rigor na disciplina relacionada ao usuário de substância entorpecente não repercute no âmbito de consideração do art. 290, do CPM, não havendo que se cogitar de violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Salientou, ademais, que lei posterior apenas revoga anterior quando expressamente o declare, seja com ela incompatível, ou regule inteiramente a matéria por ela tratada. Concluiu não incidir qualquer uma das hipóteses à situação em tela, já que o art. 290, do CPM, é norma especial. Em seguida, reputou inaplicável, no âmbito do tipo previsto no art. 290, do CPM, o princípio da insignificância. No ponto, após discorrer que o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de

reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, concluiu que o entorpecente no interior das organizações militares assume enorme gravidade, em face do perigo que acarreta, uma vez que é utilizado, no serviço, armamento de alto poder ofensivo, o que afeta, diretamente, a operacionalidade da tropa e a segurança dos quartéis, independentemente da quantidade da droga encontrada, e agride, dessa forma, os valores básicos das instituições militares. Em divergência, o Min. Eros Grau concedeu o *writ*, reportando-se às razões expendidas nos habeas corpus que deferira na 2^a Turma (HC 92961/SP, DJE de 22.2.2008; HC 90125/RS, DJE de 5.9.2008; HC 94678/RS, DJE de 22.8.2008, e.g.). Após, pediu vista dos autos o Min. Carlos Britto (STF, HC 94685/CE, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, 30.10.2008).

Princípio da Insignificância e Lei no 10.826/2003

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que os crimes previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003 são de perigo abstrato, razão pela qual é desnecessária a comprovação de prejuízo para a configuração do ilícito e incabível a aplicação do princípio da insignificância (STJ, HC 358.862/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 1º/08/2016).

No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se o entendimento de que nos delitos previstos na Lei nº 10.826/2003, por se tratar de crimes de perigo abstrato nos quais o objeto jurídico tutelado é a segurança pública e a paz social, não se aplica o princípio da insignificância, sendo irrelevante a quantidade de munição apreendida. (STJ, REsp. 1252964/PR, Rel.^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 4/8/2014).

Princípio da insignificância e crimes ambientais Predomina nesta Corte entendimento da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, devendo ser analisadas as circunstâncias específicas do caso concreto para aferir, com cautela, o grau de reprovabilidade, a relevância da periculosidade social, bem como a ofensividade da conduta, haja vista a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, consoante princípio da equidade intergeracional (STJ, RHC 64.039/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 03/06/2016).

Princípio da individualização da pena Encontra-se previsto no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal, com a seguinte redação: A lei regulará a individualização da pena¹⁰ e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. A individualização da pena deverá ocorrer nas seguintes fases: cominação, aplicação e execução.

Já há muito tempo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou princípios como o da igualdade de todos perante a lei e o da individualização da pena. O da individualização convive conosco desde o Código de 1830 (STJ, MC 8902/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6^a T., DJ 18/12/2006, p. 518).

Princípio da proporcionalidade Embora remontem à Antiguidade, suas raízes somente conseguiram firmar-se durante o período iluminista, principalmente com a obra intitulada Dos Delitos e das Penas, de autoria do Marquês de Beccaria, cuja primeira edição veio a lume em 1764. Em seu § XLII, Cesare Bonessana concluiu que, “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”. Alberto Silva Franco, dissertando sobre o princípio em tela, aduz: “O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado

estabelece-

-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o Poder Legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)."¹¹

Do princípio da proporcionalidade são extraídas duas importantes vertentes, a saber: a proibição do excesso (*übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*).

Sob a influência do princípio da proporcionalidade em seu duplo espectro – proteção contra o excesso e vedação da proteção penal deficiente –, não se mostra descabida a imposição cumulativa de cautelares alternativas como forma de proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade dos acusados, não se afastando o julgador dos vetores decorrentes do postulado da proporcionalidade – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito –, evidenciando-se a inexistência de constrangimento ilegal a ser sanado (STJ, HC 355.092/BA, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 23/06/2016).

O princípio da proporcionalidade tem ampla aplicação na seara penal – a fim de abrandar os rigores punitivos. Todavia, a sua dimensão de proibição da proteção deficiente não se justifica no Direito Penal, bastando contemplar a realidade e ter em linha de consideração o crescente recrudescimento legislativo. 4. Embargos de declaração rejeitados (STJ, EDcl. no HC 170092/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 21/2/2011).

Apesar da proibição contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, é possível a substituição da pena por restrição de direitos, considerando que a vedação imposta configura tratamento genérico violador do princípio constitucional da proporcionalidade (TJMG, Processo 1.0325.08.009178-9/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, p. 6/7/2009).

Princípio da responsabilidade pessoal Encontra-se previsto no art. 5º, inc. XLV, da Constituição Federal, que diz: *Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.*

Princípio da limitação das penas A Constituição Federal, visando impedir qualquer tentativa de retrocesso quanto à cominação das penas levadas a efeito pelo legislador, preceitua, no inc. XLVII de seu art. 5º, que não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Princípio da culpabilidade O princípio da culpabilidade não se encontra no rol dos chamados princípios constitucionais expressos, podendo, no entanto, ser extraído do texto constitucional, principalmente do chamado princípio da dignidade da pessoa humana.¹² Possui três sentidos fundamentais: 1) culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime; 2) culpabilidade como princípio medidor da pena; 3) culpabilidade como princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva (responsabilidade penal sem culpa ou pelo resultado).

A colocação em estado de inconsciência decorrente de caso fortuito ou de força maior resulta na atipicidade dos resultados lesivos produzidos pelo agente em tal condição, não havendo que se falar em responsabilização

criminal, sob pena de violação ao princípio da culpabilidade (STJ, AgInt no HC 350.918/SC, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 03/05/2016).

Princípio da dignidade da pessoa humana Embora de difícil tradução, podemos construir um conceito de dignidade da pessoa humana entendendo-a como uma qualidade irrenunciável e inalienável, que integra a própria condição humana. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza. Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel, é portador desse valor. Podemos adotar o conceito proposto por Ingo Wolfgang Sarlet, que procurou condensar alguns dos pensamentos mais utilizados para a definição do conceito de dignidade da pessoa humana, dizendo ser “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.¹³

Habeas corpus que impugna imparcialidade do juiz e direito de defesa em transação penal. Cabimento do *mandamus*, uma vez que a aplicação de penas restritivas exacerbadas acarreta eventualmente seu descumprimento e a consequente revogação da transação, com início ação penal que pode acarretar na aplicação de pena privativa de liberdade. Orientação jurídica que se mostrou deficiente, acarretando patente prejuízo ao paciente, que aceitou pagar prestação pecuniária manifestamente desproporcional à sua realidade econômica. Incidência do Verbete nº 523/STF. Violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da intranscendência da pena. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para anular a sentença homologatória, em virtude da manifesta nulidade do acordo entabulado, determinado seja realizada nova transação penal, na presença de causídico que efetivamente oriente o paciente, observando-se suas condições econômicas (STJ, HC 333.606/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 23/02/2016).

Como sabido a ausência do trânsito em julgado da sentença condenatória não constitui óbice à obtenção dos benefícios da execução penal. Resolução do CNJ que se aplica ao caso em debate. Normas que devem ser interpretadas de forma a não trazer mais prejuízos ao condenado, sob pena de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. Acertada decisão concessiva do referido benefício, proferida pelo Juízo da VEP, antes do trânsito em julgado para a acusação (TJ-RJ, Ag EP 0067605-70.2014.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 03/06/2015).

Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Violão ao princípio da dignidade da pessoa humana (STF, HC 86000/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2º T., DJ 2/2/2007, p. 159).

Lei penal no tempo Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Parágrafo único.** A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

A regra geral, trazida no próprio texto da Constituição Federal, é a da irretroatividade *in pejus*, ou seja, a da absoluta impossibilidade de a lei penal retroagir para, de qualquer modo, prejudicar o agente; a exceção é a retroatividade *in mellius*, quando a lei vier, também, de qualquer modo, favorecê-lo, conforme se dessume do inc. XL de seu art. 5º, assim redigido: *A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.*

Princípio da extra-atividade da lei penal Extra-atividade é a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo regulando fatos ocorridos durante a sua vigência, mesmo depois de ter sido revogada, ou de retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente à sua vigência, desde que benéficas ao agente. Temos, portanto, a extra-atividade como gênero, de onde seriam espécies a ultra-atividade e a retroatividade.

Ultra-atividade

Fala-se em ultra-atividade quando a lei, mesmo depois de revogada, continua a regular os fatos ocorridos durante a sua vigência, porque mais benéfica ao agente.

Crime contra os costumes praticado em data anterior ao advento da Lei nº 11.106/2005, que revogou o inc. VII do art. 107 do Código Penal, o qual previa, como causa de extinção da punibilidade, o casamento do opressor com a vítima. Ultra-atividade da norma mais benéfica ao réu (STF, HC 100882/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., DJe 25/06/2010, p. 45).

A Constituição Federal reconhece, no art. 5º, inc. XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita *in concreto*, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga (STJ, HC 124598/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5º T., DJe 22/06/2009).

Segundo o princípio da ultra-atividade da lei penal mais benéfica, o agente do delito responde, nos termos da lei favorável, pelos fatos cometidos durante a sua vigência, se, posteriormente, esta lei for revogada, introduzindo-se no seu lugar lei mais gravosa (STJ, HC 46083/GO, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5º T., DJ 5/2/2007, p. 268).

Retroatividade

É a possibilidade conferida à lei penal de retroagir no tempo, a fim de regular os fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor, desde que benéfica ao agente.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a atual redação do art. 110, § 1º, do Código Penal, incluída pela Lei nº 12.234/2010, segundo a qual a prescrição não pode, em nenhuma hipótese, ter como termo inicial data anterior à denúncia, não se aplica à espécie, tendo em vista a proibição da retroatividade da lei penal mais rigorosa. Precedentes (STJ, AgRg no REsp 1.534.688/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 28/03/2016).

Por força da alteração no Código Penal, veiculada pela Lei nº 12.015/2009, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a prática de conjunção carnal e ato libidinoso diverso constitui crime único,

desde que praticado contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático. Em obediência ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, tal compreensão deve retroagir para atingir os fatos anteriores à citada lei (STJ, REsp 1.091.392/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 09/03/2016).

A aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009 em nada beneficia o Paciente, pois ao delito de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal é prevista a pena mínima de 08 anos de reclusão, mais severa do que aquela cominada ao Paciente em razão da aplicação do art. 213, c/c. o art. 224 do Estatuto repressivo. (STJ, HC 253963/RS, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 26/3/2014).

A Constituição Federal excepciona a regra da intangibilidade da coisa julgada, prevista no art. 5º, XXXVI, quando estabelece a retroatividade de lei penal nova mais benigna (art. 5º, LX). (STJ, HC 123413/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 06/04/2009).

Constatada a possibilidade de o condenado ser favorecido, de qualquer forma, por lei posterior, deve ser reconhecido o seu direito à benesse, ainda mais quando o Diploma Legal mais benéfico foi incorporado ao ordenamento jurídico enquanto em trâmite a ação penal (STJ, HC 59777/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 6/10/2006, p. 407).

Novatio legis in mellius De acordo com o parágrafo único do art. 2º do Código Penal, a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. A *novatio legis in mellius* será sempre, portanto, retroativa, sendo aplicada aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, ainda que tenham sido decididos por sentença condenatória já transitada em julgado. Se, por exemplo, surgir uma lei nova reduzindo a pena mínima de determinada infração penal, deve aquela que foi aplicada ao agente ser reduzida a fim de atender aos novos limites,¹⁴ mesmo que a sentença que o condenou já tenha transitado em julgado. Só não terá aplicação a lei nova, no exemplo fornecido, se o agente já tiver cumprido a pena que lhe fora imposta.

Novatio legis in pejus Se a lei posterior à prática do fato vier, de alguma forma, prejudicar o agente, prevalecerá a regra absoluta da irretroatividade, nos termos do art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, que diz que *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.*

Novatio legis in pejus e crimes permanentes e continuados

Aplica-se a Súmula nº 711 do STF, que diz: *A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.*

Abolitio criminis Encontra-se prevista no *caput* do art. 2º do Código Penal, que diz que *ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.*

Desriminalização

A ocorrência da *abolitio criminis* conduz à chamada desriminalização, ou seja, o fato que anteriormente era considerado como uma infração penal passa a ser considerado como um *indiferente penal*.

A condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28, *caput*, da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida Lei, uma vez que, segundo entendimento firmado nesta Corte, não houve a desriminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio, com a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006, mas apenas a despenalização (STJ, HC 339.592/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 15/04/2016).

Tráfico de entorpecentes. Comercialização de “lança-perfume”. Edição válida da resolução Anvisa nº 104/2000. Retirada do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito. *Abolitio criminis*. Republicação da resolução. Irrelevância. Retroatividade da Lei Penal mais benéfica. *HC* concedido. A edição, por autoridade competente e de acordo com as disposições regimentais, da resolução Anvisa nº 104, de 7/12/2000, retirou o cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência, tornando atípicos o uso e tráfico da substância até a nova edição da resolução, e extinguindo a punibilidade dos fatos ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal (STF, *HC* 94397/BA, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T., *DJe* 23/04/2010, p. 57).

É que a *abolitio criminis*, causa de extinção da punibilidade que é, constitui uma das hipóteses de retroatividade da lei penal mais benéfica. É dizer: a abolição do crime significa a manifestação legítima do Estado pela desriminalização de determinada conduta. Noutro dizer, o detentor do *jus puniendi* renuncia ao poder de intervir na liberdade dos indivíduos responsáveis pela conduta antes qualificada como delituosa (STF, Inq 2584/SP, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, *DJ* 05/06/2009, p. 240).

Natureza jurídica da *abolitio criminis* É considerada uma causa de extinção da punibilidade, prevista no art. 107, III, do Código Penal.

Efeitos da *abolitio criminis* Além de conduzir à extinção da punibilidade, a *abolitio criminis* faz cessar todos os efeitos penais da sentença condenatória, permanecendo, contudo, seus efeitos civis. Extraindo do *caput* do art. 2º do Código Penal que, havendo a desriminalização e uma vez cessados os efeitos penais da sentença condenatória, deverá ser providenciada a retirada do nome do agente do rol dos culpados, não podendo a sua condenação ser considerada para fins de reincidência ou mesmo antecedentes penais. Os efeitos civis, ao contrário, não serão atingidos pela *abolitio criminis*. Sabe-se que com a sentença penal condenatória transitada em julgado forma-se, para a vítima da infração penal, um título executivo de natureza judicial, nos termos do inciso VI do art. 515 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e do art. 63, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Se houver o trânsito em julgado da condenação penal do agente, a vítima não necessita ingressar em juízo com uma ação de conhecimento visando à reparação dos prejuízos por ela experimentados. Não precisará discutir o chamado *an debeatur* (deve-se?), mas, agora, após o trânsito em julgado da sentença

penal condenatória, somente procurará apurar o *quantum debeatur* (quanto se deve?), independentemente do valor já nela fixado pelo juiz, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Esse título executivo judicial que é dado à vítima, sendo um efeito civil da sentença penal condenatória, será mantido mesmo que ocorra a *abolitio criminis*.

A Lei nº 11.343/2006 operou verdadeira *abolitio criminis* em relação à majorante descrita no inc. III do art. 18 da Lei nº 6.368/1976, não havendo mais previsto a associação eventual de agentes como causa de aumento de pena, de modo que deve ser afastada a incidência dessa majorante, em atenção ao disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal e no art. 5º, XL, da Constituição Federal (STJ, HC 181.204/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 29/06/2016).

Como não foi mencionada na nova legislação a causa especial de aumento pela associação eventual de agentes para a prática dos crimes da Lei de Tóxicos, prevista no art. 18, inc. III (parte inicial), da Lei nº 6.368/76, resta configurada, na espécie, a *abolitio criminis*, devendo, pois, ser retirada da condenação a majorante respectiva, em observância à retroatividade da lei penal mais benéfica (STJ, HC 130234/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., DJe 15/6/2009).

Abolitio criminis temporalis Tem-se entendido por *abolitio criminis temporalis*, ou suspensão da tipicidade, a situação na qual a aplicação de determinado tipo penal encontra-

-se temporariamente suspensa, não permitindo, consequentemente, a punição do agente que pratica o comportamento típico durante o prazo da suspensão. Veja-se, por exemplo, o que ocorreu com a posse irregular de arma de fogo de uso permitido, prevista pelo art. 12 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003). O art. 30 do mesmo diploma legal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.706, de 16 de junho de 2008, determinou que *os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incs. I a III do caput do art. 4º desta Lei.*

A Lei nº 11.922, de 13 de abril de 2009, em seu art. 20, prorrogou para 31 de dezembro de 2009 os prazos de que tratam o § 3º do art. 5º e o art. 30, ambos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

O Superior Tribunal de Justiça, em 11 de junho de 2014, editou a Súmula nº 513, com seguinte enunciado: **Súmula nº 513: A *abolitio criminis* temporária prevista na Lei nº 10.826/2003 aplica-se ao crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticado**

somente até 23/10/2005.

A jurisprudência desta Corte Superior pacificou-se no sentido que a *abolitio criminis* temporária prevista na Lei nº 10.826/2003, com suas respectivas prorrogações, é aplicável apenas ao delito de posse ilegal de arma ou munição, seja de uso permitido ou restrito, não incidindo no crime de porte (precedentes) (STJ, HC 339.378/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 1º/08/2016).

Inicialmente, foi prevista *abolitio criminis* temporária no tocante aos delitos dos arts. 12 e 16 da Lei nº 10.826/2003, uma vez que tais normas incriminadoras permaneceram desprovidas de eficácia até transcurso do prazo de 180 (cento e oitenta dias), contado da data de publicação do referido diploma legal. Ocorre que o aludido interstício teve seu termo final prorrogado até 23/10/2005 pela Lei nº 1.191/2005, em relação aos crimes de posse irregular de arma de fogo ou munição de uso permitido e restrito, sem qualquer distinção. Conforme a dicção do art. 1º da Lei nº 11.706/2008, que conferiu nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/2003, o prazo final restou estendido até 31/11/2008, tão somente em relação aos possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido. Na sequência, com o advento da Lei nº 11.922/2009, houve nova prorrogação de tal prazo para o dia 31/12/2009 (STJ, HC 290.765/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 21/06/2016).

***Abolitio criminis* e princípio da continuidade normativo-típica**

Pode ocorrer que determinado tipo penal incriminador seja expressamente revogado, mas seus elementos venham a migrar para outro tipo penal já existente, ou mesmo criado por uma nova lei. Nesses casos, embora aparentemente tenha havido a abolição da figura típica, temos aquilo que se denomina de *continuidade normativo-típica*.

Não ocorrerá, portanto, a *abolitio criminis*, mas sim a permanência da conduta anteriormente incriminada, só que constante de outro tipo penal. A título de exemplo, podemos citar o que ocorreu com o revogado art. 12 da Lei nº 6.368/76, cujos elementos foram abrangidos pela atual figura típica constante do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Também podemos raciocinar com o revogado delito de atentado violento ao pudor, onde seus elementos migraram para a nova figura típica constante do art. 213 do Código Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

No mesmo sentido, reconhecendo o princípio da continuidade normativo-típica, já decidiram o STJ e o STF: A simples possibilidade de enquadramento dos fatos em um tipo superveniente mais grave não enseja a sua atipicidade sob o argumento de que teria ocorrido *abolitio criminis*, pois, à época em que ocorreram, caracterizavam o delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, que continua em vigor mesmo após o advento da Lei nº 12.850/2013, estando-se diante de hipótese de continuidade normativo-típica (STJ, HC 333.694/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 16/03/2016).

A ação de conduzir veículo automotor, na via pública, estando [o motorista] com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas (art. 306 da Lei nº 9.503/97, na redação dada pela Lei nº 11.705/2008) não foi desriminalizada pela alteração promovida pela Lei nº 12.760/2012. A nova redação do tipo legal, ao se referir à condução de veículo automotor por pessoa com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, manteve a criminalização da conduta daquele que pratica o fato com

concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, nos termos do § 1º, I, do art. 306 da Lei nº 9.503/97. Precedentes. O crime de que ora se trata é de perigo abstrato, o que dispensa a demonstração de potencialidade lesiva da conduta, razão pela qual se amolda ao tipo a condução de veículo automotor por pessoa em estado de embriaguez, aferida na forma indicada pelo referido art. 306, § 1º, I, da Lei nº 9.503/97. Trata-se da aplicação do princípio da continuidade normativo-típica, o que afasta a *abolitio criminis* reconhecida no acórdão recorrido (STJ, REsp 1.492.642 RS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 1506/2015).

A alteração legislativa conferida pela Lei nº 12.015/2009 não desriminalizou a conduta então descrita no art. 214 do Código Penal, mas apenas deslocou a tipificação para o art. 213 do mesmo diploma legal, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor). Assim, em razão do princípio da continuidade normativa, não há falar em *abolitio criminis* do delito de atentado violento ao pudor. Precedentes (STJ, AgRg no HC 299.865/SP, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, Desembargador convocado do TJ-SP, 5ª T., DJe 02/02/2015).

Diante do princípio da continuidade normativa, descabe falar em *abolitio criminis* do delito de estupro com presunção de violência, anteriormente previsto no art. 213, c.c. o art. 224, ambos do Código Penal. Com efeito, o advento da Lei nº 12.015/2009 apenas condensou a tipificação das condutas de estupro e atentado violento ao pudor no art. 213 do Estatuto repressivo. Outrossim, a anterior combinação com o art. 224 agora denomina-se ‘estupro de vulnerável’, capitulada no art. 217-A do Código Penal. (STJ, HC 253963/RS, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5ª T., DJe 26/3/2014).

A jurisprudência desta corte firmou-se no sentido de que ‘[...] art. 3º da Lei nº 9.983/2000 apenas transmudou a base legal da imputação do crime da alínea *d* do art. 95 da Lei nº 8.212/1991 para o art. 168-A do Código Penal, sem alterar o elemento subjetivo do tipo, que é o dolo genérico’. É dizer: houve continuidade normativo-típica (STF, 88144/SP, 2ª T., Rel. Min. Eros Grau, j. 4/4/2006).

Sucessão de leis no tempo

Ocorre quando várias leis se sucedem regulando a mesma matéria.

Lei intermediária

É aquela que, levando-se em consideração a sucessão de leis no tempo, se encontra entre a lei que estava em vigor na data do fato e aquela que se encontrava vigente na data da sentença.

Sucessão de complementos da norma penal em branco

Pode ocorrer que a sucessão não seja, especificamente, da norma penal em branco em si, mas sim do complemento que a faz ser compreendida, para que possa ser aplicada ao caso concreto.

Como dissemos anteriormente, a norma penal em branco pode ser subdividida em: *a*) homogênea, em sentido amplo ou homóloga, isto é, aquela cujo complemento provém da mesma fonte legislativa; ou *b*) heterogênea, em sentido estrito ou heteróloga, cujo complemento é oriundo de fonte legislativa diversa.

Assim, se houver sucessão de complemento da norma penal em branco, favorável ao agente, poderá ser levado a efeito o raciocínio correspondente à retroatividade benéfica? A

doutrina se divide com relação a essa possibilidade.

Rogério Sanches Cunha, com perfeição, resume as diversas posições doutrinárias, apontando quatro correntes, a saber: “*1ª corrente*: Paulo José da Costa Júnior ensina que a alteração do complemento da norma penal em branco *deve sempre retroagir, desde que mais benéfica ao acusado*, tendo em vista o mandamento constitucional (a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores) e o direito de liberdade do cidadão.

2ª corrente: em sentido contrário, Frederico Marques entende que a alteração da norma complementadora, mesmo que benéfica, *terá efeitos irretroativos*, por não admitir a revogação das normas em consequência da revogação de seus complementos.

3ª corrente: Mirabete, por sua vez, ensina que só tem importância a variação da norma complementar na aplicação retroativa da lei penal em branco quando esta provoca uma real modificação da figura abstrata do direito penal, e não quando importe a mera modificação de circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma penal.

4ª corrente: por fim, Alberto Silva Franco (seguido pelo STF) leciona que a alteração de um complemento de uma norma penal em branco homogênea sempre teria efeitos retroativos, vez que, a norma complementar, como lei ordinária que é, também foi submetida a rigoroso e demorado processo legislativo. A situação, contudo, se inverte quando se tratar de norma penal em branco heterogênea. Neste caso, a situação se modifica para comportar duas soluções. Quando a legislação complementar não se reveste de excepcionalidade e nem traz consigo a sua autorrevogação, como é o caso das portarias sanitárias estabelecedoras das moléstias cuja notificação é compulsória, a legislação complementar, então, pela sua característica, se revogada ou modificada, poderá conduzir também à descriminalização.”¹⁵

Combinação de leis

Fala-se em combinação de leis quando, a fim de atender aos princípios da ultra-atividade e da retroatividade *in mellius*, ao julgador é conferida a possibilidade de extrair de dois diplomas os dispositivos que atendam aos interesses do agente, desprezando aqueles outros que o prejudiquem. Discute-se se é possível esse tipo de raciocínio, uma vez que, segundo parte da doutrina¹⁶ e de nossos tribunais, o julgador estaria criando um terceiro gênero de lei, o que lhe seria vedado. Pela possibilidade da aplicação das partes que forem favoráveis ao agente, assim já se manifestou Assis Toledo: “Em matéria de direito transitório, não se pode estabelecer dogmas rígidos como esse da proibição da combinação de leis”.¹⁷ Entendemos que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade benéficas. Se a lei anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na lei posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o

beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados. Veja-se, por exemplo, o que ocorre com a hipótese de sucessão entre as Leis nºs 6.368/76 e 11.343/2006. No revogado art. 12 da Lei nº 6.368/76, a pena mínima era de 3 (três) anos de reclusão, sendo que a lei nova, prevendo a mesma hipótese (art. 33), aumentou-a para 5 (cinco) anos. No entanto, o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 previu uma causa especial de redução de pena que não existia quando estava em vigor o diploma anterior. Nesse caso, aquele que praticou o tráfico ilícito de drogas sob a vigência da lei anterior (6.368/76) poderá, se for o caso, ser condenado a uma pena mínima de 3 (três) anos, além de, se for primário, de bons antecedentes, e não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, se beneficiar da redução de um sexto a dois terços, prevista pela lei posterior. Nesse caso, como se percebe, os dois diplomas seriam aplicados ao caso concreto, em obediência à determinação constante do art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal.

Infelizmente, nossos Tribunais Superiores consolidaram seus entendimentos no sentido de não permitir a combinação de leis utilizando-se parcialmente de cada uma delas, dizendo: **Consoante o enunciado nº 501 da Súmula desta Corte, é cabível a aplicação retroativa da Lei nº 11.343, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei nº 6.368, sendo vedada a combinação de leis** (STJ, HC 315.085/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 28/03/2016).

A partir do julgamento do EREsp nº 1.094.499/MG, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou compreensão no sentido de ser inadmissível a combinação de leis, de modo a evitar a criação de uma terceira norma não prevista no ordenamento jurídico, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, ao preceito do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Drogas). Ratificando o posicionamento em epígrafe, foi recentemente aprovado, por esta Corte Superior, o verbete sumular nº 501/STJ (STJ, AgRg no REsp 1.215.088/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 28/08/2015).

O Plenário da Suprema Corte, no julgamento do RE nº 600.817/MS, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, concluiu pela impossibilidade da aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 sobre a pena combinada com base na Lei nº 6.368/76, ou seja, pela não possibilidade de combinação de leis (STF, ARE 703.988 AgR-ED/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., DJe 04/06/2014).

O Pleno do Supremo Tribunal Federal pôs uma pá de cal sobre o tema ao pacificar o entendimento de que não é possível a combinação de leis, ressalvada a aplicação integral da lei mais favorável (RE-RG 600.817, julg. 07/11/2013) (STF, HC 110516 AgR-ED/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 18/12/2013).

Consolidando essa posição, foi editada, pelo STJ, a Súmula nº 501, publicada no DJe de 28 de outubro de 2013, que diz: **Súmula nº 501. É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/06, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei 6.368/76, sendo vedada a combinação de leis.**

Competência para a aplicação da *lex mitior* Uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, como regra, a competência para aplicação da *lex mitior* é transferida para o juízo das execuções, conforme determina o art. 66, I, da Lei de Execução Penal. O STF, anteriormente à vigência da Lei nº 7.210/84, por intermédio da Súmula nº 611, já havia entendido que, *Súmula nº 611. Transitado em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.*

No entanto, toda vez que, para efeitos de aplicação da lei nova mais benéfica, o julgador tiver que rever o mérito, reavaliando as provas, a competência será a do Tribunal ao qual corresponderia o julgamento do recurso respectivo.

Irretroatividade da *lex gravior* e medidas de segurança

Embora exista controvérsia sobre o tema, uma vez que parte da doutrina entende que a irretroatividade da suposta *lex gravior* é absoluta, somos partidários da corrente que assevera que, tratando-se de modificações relativas a aplicação ou ao cumprimento de medida de segurança, em virtude de sua natureza eminentemente curativa, tais modificações nunca são levadas a efeito em prejuízo do agente, mas, sim, em seu benefício, razão pela qual não poderíamos falar em *novatio legis in pejus* ou em *lex gravior*, podendo ser aplicadas aos fatos praticados anteriormente à sua vigência. Nesse sentido, são as lições de Assis Toledo, quando diz: “Em relação às medidas de caráter puramente assistencial ou curativo, estabelecidas em lei para os inimputáveis, parece-

-nos evidentemente correta a afirmação de sua aplicabilidade imediata, quando presente o estado de perigosidade, ainda que possam apresentar-se mais gravosas, pois os remédios reputados mais eficientes não podem deixar de ser ministrados aos pacientes deles carecedores só pelo fato de serem mais amargos ou mais dolorosos. Aqui, sim, se poderia falar em diferença substancial entre a pena e a medida, para admitir-se a exclusão da última das restrições impostas à primeira pelo art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição.”¹⁸

Aplicação da *lex mitior* durante o período de *vacatio legis* Pode acontecer que a lei nova contenha dispositivos benéficos, sendo considerada, assim, uma *novatio legis in mellius*. Nesse caso, para que possa vir a ser aplicada, é preciso que aguardemos o início de sua vigência, ou basta a sua só publicação? Embora tal posicionamento não seja unânime, a maior parte de nossos doutrinadores, a exemplo do Ministro Vicente Cernicchiaro,¹⁹ entende ser possível a aplicação da *lex mitior* mesmo durante o período de *vacatio legis*, muito embora tenham existido em nossa história leis penais que permaneceram em *vacatio legis* durante longo período e vieram a ser revogadas sem sequer terem entrado em vigor, como foi o caso do Código Penal de 1969.

***Vacatio legis* indireta**

Tem-se entendido como *vacatio legis* indireta a hipótese em que a lei, além do seu normal período de *vacatio legis*, em seu próprio corpo, prevê outro prazo para que determinados dispositivos possam ter aplicação, a exemplo do que ocorreu com o art. 30 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento), com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.706, de 19 de junho de 2008, *verbis*: *Art. 30. Os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incs. I a III do caput do art. 4º desta Lei.*

Posteriormente, a Lei nº 11.922, de 13 de abril de 2009, em seu art. 20, prorrogou *para 31 de dezembro de 2009 os prazos de que tratam o § 3º do art. 5º e o art. 30, ambos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*.

Retroatividade da jurisprudência

Pode a posição de nossos tribunais, principalmente os superiores, modificar-se com o passar dos anos. Essa modificação pode ocorrer tanto em prejuízo como em benefício do agente que praticou determinada infração penal. Se houver modificação para pior, a situação anteriormente definida com base na posição mais benéfica, agora modificada, deverá ser mantida. Por outro lado, se houver modificação benéfica, isto é, quando o Tribunal se posicionava de determinada forma e, agora, afastando-se do pensamento anterior, o modifica em benefício do agente, tal pensamento deverá retroagir, aplicando-se aos casos anteriormente julgados. Nesse sentido, Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar prelecionam: “Quando a jurisprudência massivamente muda de critério e considera atípica uma ação que até esse momento qualificara como típica (ou quando julga simples o delito que até então considerara qualificado, ou justificado o que considerara antijurídico, etc.) provoca um escândalo político, pois duas pessoas que realizaram idênticas ações reguladas pela mesma lei terão sido julgadas de modo que uma resultou condenada e a outra absolvida, só porque uma delas foi julgada antes. Elementares razões de equidade, assim como o art. 5º da Constituição, impõem que se tome aquela primeira condenação como uma sentença contraposta ao texto expresso da lei penal reinterpretada, viabilizando sua revisão (art. 621, inc. I, do CPP).”²⁰

Tomemos como exemplo, para fins de concreção de raciocínio, o que aconteceu com a nova interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao afastar a aplicação da Súmula nº 174, que entendia que a arma de brinquedo poderia ser considerada causa especial de aumento de pena do delito de roubo. Percebendo o equívoco dessa interpretação, completamente

ofensiva ao princípio da legalidade, aquela Corte mudou o seu posicionamento. E, agora, o que fazer com todas as condenações em que foi aplicada a majorante do emprego de arma, quando o agente havia se valido tão somente de um brinquedo? Nos termos da nova interpretação, deverá o agente ingressar com a necessária revisão criminal a fim de ver afastada a mencionada causa especial de aumento de pena.

O mesmo raciocínio se aplica à Súmula Vinculante nº 26, que determinou que para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo da execução observará a constitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072/90, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício.

O tema, não entanto, não é pacífico, principalmente no que diz respeito à abrangência do raciocínio da retroatividade, ou seja, se, por exemplo, a mudança de uma posição pacificada, assumida por um Tribunal Superior, se modificada em benefício do agente, poderá alcançar os fatos anteriores, mesmo que não se cuide de Súmula com efeitos vinculantes.

Limitando a possibilidade de aplicação da nova posição jurisprudencial benéfica ao agente, André Estefam assevera que deve “ter-se em mente, em primeiro lugar, que nosso país não adota o sistema do precedente judicial, de modo que as decisões proferidas por tribunais *não* tem caráter vinculante. Há, contudo, *exceções* (súmula vinculante e controle concentrado de constitucionalidade pelo STF) e, somente nesses casos, é que terá relevância verificar se, caso surja novo entendimento mais brando por parte da jurisprudência, este deve alcançar fatos já protegidos com o manto da coisa julgada”.²¹

Com todo respeito que merece a posição do renomado autor, não podemos limitar a possibilidade de aplicação retroativa da jurisprudência tão somente aos casos por ele mencionados, ou seja, súmula vinculante e controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque, imagine-se a hipótese, já aludida por nós, de modificação do entendimento do STJ, no que diz respeito ao conceito de arma, para efeitos de aplicação da majorante ao roubo. O STJ, como sabemos, não edita súmulas com efeitos vinculantes. No entanto, seria razoável que a causa de aumento de pena fosse mantida, mesmo numa decisão já transitada em julgado, se o juiz do processo de conhecimento a fundamentou com base no entendimento sumular? Obviamente que não.

No entanto, entendemos a preocupação e o raciocínio do ilustre doutrinador. Pode ocorrer – e não é incomum – que um juiz monocrático, por exemplo, sem fundamentar sua decisão condenatória em posições de Tribunais (Superiores ou não), conclua que a arma de brinquedo, utilizada pelo condenado no crime de roubo, é suficiente para que se reconheça a causa especial de aumento de pena, prevista no inc. I do § 1º do art. 157 do Código Penal. Nesse caso, ao contrário da situação anterior, não seria razoável que a modificação de pensamento do Tribunal viesse interferir na decisão condenatória, já que a sentença não se baseou em

posições jurisprudenciais, mas sim na interpretação levada a efeito tão somente pelo julgador monocrático. Aqui, portanto, prevalecerá o posicionamento de que as posições pacificadas dos Tribunais não têm caráter vinculante.

Afora as hipóteses que não mais se discutem, ou seja, a edição ou a modificação de Súmula com efeitos vinculantes ou o controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, o que não pode ocorrer, insistimos, é manter um julgado que se fundamentou numa posição de determinado Tribunal, que agora a modificou no sentido de beneficiar o agente.

Conflito de leis penais no tempo

Quando as normas incriminadoras tutelam bens jurídicos diversos, incorre o denominado conflito de leis penais no tempo (STJ, REsp. 815079/SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5^a T., 14/5/2007, p. 382).

Lei excepcional ou temporária (*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*)

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

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Lei temporária

É aquela que já traz expresso em seu texto o seu prazo de validade, ou seja, a data do início, bem como a do término de sua vigência, razão pela qual é considerada uma *lei autorrevogável*, a exemplo do que ocorreu com a Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012, que dispôs sobre as medidas relativas à Copa das Confederações, FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e aos eventos relacionados que foram realizados no Brasil. Conforme se verifica pelo art. 36 do referido diploma legal, os tipos previstos no Capítulo VIII, correspondente às disposições penais, teriam vigência até o dia 31 de dezembro de 2014.

Da mesma forma, a Lei nº 13.284, de 10 de maio de 2016, disporia sobre as medidas relativas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e aos eventos relacionados, realizados no Brasil, criou uma série de tipos penais, a exemplo da utilização indevida de símbolos oficiais (art. 17), marketing de emboscada por associação (art. 19), dentre outros, que tiveram sua vigência limitada ao dia 31 de dezembro de 2016, conforme o disposto no art. 23 do diploma legal apontado.

A ação penal não deve ser trancada, seja porque não houve *abolitio criminis* em relação à sonegação de tributos, seja porque se interprete o art. 4º da EC/93 como dispositivo legal excepcional ou temporário. Dessa forma, havendo a descrição de conduta típica, indícios de autoria e materialidade do delito, como *in casu*, a ação merece continuidade (STJ, RHC 8433/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 31/5/1999, p. 158).

Em princípio, o art. 3º do Código Penal se aplica à norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a

retroatividade. Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que ela não tem tal característica (STF, HC 73168/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1^a T., DJ 15/3/1996, p. 7.204).

Lei excepcional

É aquela editada em virtude de situações excepcionais, cuja vigência é limitada pela própria duração da aludida situação que levou à edição do diploma legal, a exemplo daquelas que buscam regular fatos ocorridos durante o estado de guerra ou mesmo calamidade pública.

A lei excepcional temporária, como a que fixa a tabela de preços, aplica-se aos fatos praticados durante a sua vigência, ainda que ultrapassado seu prazo de duração, não dando ensejo à invocação de lei mais benigna a posterior revogação da tabela, uma vez que a conduta punível é a cobrança de preço abusivo (TAMG, Ap. 11209, Rel. José Loyola, RT 592, p. 383).

Sucessão de leis temporárias ou excepcionais

Encerrado o período de sua vigência, ou cessadas as circunstâncias anormais que a determinaram, tem-se por revogadas as leis temporária e excepcional. Mesmo aceitando o raciocínio de Alberto Silva Franco, que diz que “a ultra-atividade dessas leis visa a frustrar o emprego de expedientes tendentes a impedir a imposição de suas sanções a fatos praticados nas proximidades de seu termo final de vigência ou da cessação das circunstâncias excepcionais que a justificaram”,²² não poderíamos suscitar a colisão dessas espécies de leis com o princípio da retroatividade da *lex mitior*, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República? Frederico Marques, em defesa da extra-atividade, aduz: “A ultra-atividade da lei temporária ou excepcional não atinge os princípios constitucionais de nosso Direito Penal intertemporal porque a *lex mitior* que for promulgada ulteriormente para um crime que a lei temporária pune mais severamente não retroagirá porque as situações tipificadas são diferentes. [...] Nas leis temporárias e excepcionais, antes que sua eficácia no tempo como lei penal, o que temos de apreciar, como preponderante, é a contribuição do *tempus* como elemento de punibilidade na estrutura da norma. A eficácia temporal vem ínsita no preceito e decorrido o prazo de vigência desaparece o império da lei. Mas por ter sido elaborada em função de acontecimentos anormais, ou em razão de uma eficácia previamente limitada no tempo, não se pode esquecer de que a própria tipicidade dos fatos cometidos sob seu império inclui o fator temporal como pressuposto da ilicitude punível ou da agravação da sanção.”²³ Em sentido contrário, merece destaque a lúcida posição assumida por Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar, quando afirmam: “A fórmula imperativa e incondicional mediante a qual a Constituição consagrou o princípio (art. 5º, inc. XL, CR) questiona duramente a exceção aberta pela lei (art. 3º), e a doutrina brasileira começou, após 1988 – houve quem o fizesse ainda na regência da Constituição de 1946 – a caminhar na direção de compreender que também as leis

penais temporárias e excepcionais não dispõem de ultratividade em desfavor do réu. Correspondará ao legislador, perante situações calamitosas que requeiram drástica tutela penal de bens jurídicos, prover para que os procedimentos constitucionalmente devidos possam exaurir-se durante a vigência da lei; o que ele não pode fazer é abrir uma exceção em matéria que o constituinte erigiu como garantia individual. Cabe, pois, entender que o art. 3º do Código Penal não foi recebido pela Constituição da República”.²⁴

Entendemos que a razão se encontra com a última posição, uma vez que, não tendo a Constituição Federal ressalvado a possibilidade de ultra-atividade *in pejus* das leis temporárias e excepcionais, não será possível tal interpretação, devendo prevalecer o entendimento no sentido de que o art. 3º do Código Penal, em tema de sucessão de leis no tempo, não foi recepcionado pela atual Carta Constitucional, para fins de aplicação da lei anterior em prejuízo do agente. Assim, portanto, havendo sucessão de leis temporárias ou excepcionais, prevalecerá a regra constitucional da extra-atividade *in mellius*, ou seja, sempre que a lei anterior for benéfica, deverá gozar dos efeitos da ultra-atividade; ao contrário, sempre que a posterior beneficiar o agente, deverá retroagir, não se podendo, outrossim, excepcionar a regra constitucional.

Inaplicável à hipótese o constante no art. 3º do Código Penal, se a norma integrativa veio simplesmente alterar os limites de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstos na Lei nº 8.666/93, como complemento desta, e sem alterar o tipo penal ali descrito, uma vez que o fato continua sendo punível, exatamente como era ao tempo de sua prática. Precedentes (STJ, REsp. 474989/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 25/8/2003 p. 358).

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

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/ 1984.) Teorias

O primeiro marco ao confronto das leis que se sucederam no tempo deverá ser identificado com clareza. É necessário, pois, apontar com precisão o chamado *tempo do crime*, com base no qual nosso raciocínio se desdobrará.

Várias teorias disputam o tratamento do tema relativo ao tempo do crime, podendo-se destacar as seguintes: *a) teoria da atividade; b) teoria do resultado; c) teoria mista ou da ubiquidade.*

Pela *teoria da atividade*, tempo do crime será o da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Para essa teoria, o que importa é o momento da conduta, comissiva ou omissiva, mesmo que o resultado dela se distancie no tempo.

Já a *teoria do resultado* determina que tempo do crime será, como sua própria denominação nos está a induzir, o da ocorrência do resultado. Aqui, sobreleva-se a importância do momento do resultado da infração penal.

A *teoria mista ou da ubiquidade* concede igual relevo aos dois momentos apontados pelas teorias anteriores, asseverando que tempo do crime será o da ação ou o da omissão, bem como o do momento do resultado.

O Código Penal adotou a teoria da atividade, conforme se verifica pela redação de seu art. 4º.

Competência *racione loci* que é determinada pelo lugar que se consuma a infração, ou no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução e, não sendo conhecido o lugar da infração, deverá ser a competência regulada pelo domicílio ou residência do réu. Inteligência dos arts. 70, 72 e 73 do Código de Processo Penal (TJ-RJ, CC 0012333-58.2014.8.19.0011, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 02/06/2015).

Competência criminal. Conflito positivo de jurisdição entre juízes de comarcas diversas. Homicídio doloso. Competência para o processamento e julgamento do lugar onde o agente praticou os atos de execução e não o do lugar onde a vítima faleceu. Tal entendimento guarda harmonia com a nova regra da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209/84), segundo a qual ‘considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado (art.4º)’ (TJSP, Rel. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. 6/3/1999).

Territorialidade Art. 5º Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Princípio da territorialidade**

O art. 5º, *caput*, do Código Penal determina a aplicação da lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional. É a regra da territorialidade. Pela redação do mencionado artigo, percebe-se que no

Brasil não se adotou uma teoria absoluta da territorialidade, mas, sim, uma teoria conhecida como *temperada*, haja vista que o Estado, mesmo sendo soberano, em determinadas situações, pode abrir mão da aplicação de sua legislação, em virtude de convenções, tratados e regras de direito internacional referido, tal como previsto do *caput* do artigo.

Na intocável lição de Hungria, “o Código criou um temperamento à *impenetrabilidade* do direito interno ou à exclusividade da ordem jurídica do Estado sobre o seu território, permitindo e reconhecendo, em determinados casos, a validade da lei de outro Estado. É obséquio à boa convivência internacional, e quase sempre sob a condição de reciprocidade, que o território do Estado se torna *penetrável* pelo exercício de alheia soberania”.²⁵

Mirabete assevera que, em sentido estrito, o “território abrange o solo (e subsolo) sem solução de continuidade e com limites reconhecidos, as águas interiores, o mar territorial, a plataforma continental e o espaço aéreo”.²⁶

O § 1º do art. 5º do Código Penal considerou, para efeitos penais, como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar. Esta segunda parte do artigo significa que onde não houver soberania de qualquer país, como é o caso do alto-mar e o espaço aéreo a ele correspondente, se houver uma infração penal a bordo de uma aeronave ou embarcação mercante ou de propriedade privada, de bandeira nacional, será aplicada a legislação brasileira.

O § 2º do art. 5º do Código Penal determinou, também, a aplicação da lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se

as aeronaves em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente e as embarcações, em porto ou mar territorial do Brasil. O legislador, como se verifica na redação do mencionado parágrafo, referiu-se tão somente às aeronaves e embarcações estrangeiras de propriedade privada, haja vista que as de natureza pública ou a serviço do governo estrangeiro são também consideradas como extensão do território correspondente à sua bandeira, tal como previsto no § 1º do art. 5º do Código Penal, para as aeronaves e embarcações de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro.

Alega o impetrante a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o crime, visto que, apesar de o roubo dos malotes (com mais de R\$ 4 milhões) ter ocorrido a bordo de aeronave, deu-se em solo (aeroporto) contra a transportadora, sendo a vítima o banco, que possui capital privado e público; nessas circunstâncias, não deslocaria a competência para a Justiça Federal. Para o Ministro Relator, não há falar em qualidade da empresa lesada diante do entendimento jurisprudencial e do disposto no art. 109, IX, da CF/1988, que afirmam a competência dos juízes federais para processar e julgar os delitos cometidos a bordo

de aeronaves, independentemente de elas se encontrarem no solo. Com esse entendimento, a Turma denegou a ordem. Precedentes citados do STF: *RHC 86.998/SP, DJ 27/4/2007*; do STJ: *HC 40.913/SP, DJ 15/8/2005*; e *HC 6.083/SP, DJ 18/5/1998 (HC 108.478/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu [Desembargador convocado do TJ/RJ], 5^a T., j. 22/2/2011, Informativo nº 464)*.

Crime iniciado em território nacional. Sequestro ocorrido em terra. Condução da vítima para território estrangeiro em aeronave. Princípio da territorialidade. Lugar do crime. Teoria da ubiquidade. Irrelevância quanto ao eventual processamento criminal pela Justiça paraguaia. Competência da Justiça Estadual. Aplica-se a lei brasileira ao caso, tendo em vista o princípio da territorialidade e a teoria da ubiquidade consagrados na lei penal. Consta da sentença condenatória que o início da prática delitiva ocorreu nas dependências do aeroporto de Tupã/SP. Afasta-se a competência da Justiça Federal, pela não ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 109 da Constituição Federal, mormente pela não configuração de crime cometido a bordo de aeronave (STJ, *HC 41892/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJ 22/8/2005 p. 319*).

Aos juízes federais compete processar e julgar os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar (art. 109, IX, da CF). O fato de encontrar-se a aeronave em terra não afeta a circunstância de a prática criminosa ter-se verificado no seu interior. É indiferente a qualidade das pessoas lesadas, constituindo razão suficiente e autônoma para a fixação da competência federal a implementação da hipótese prevista no inc. IX do art. 109 do Texto Maior (STJ, *HC 40913/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., RSTJ 195, p. 459*).

Lugar do crime (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Art. 6º

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

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Teorias

Três teorias têm como escopo a determinação do lugar do crime, a saber: *a) teoria da atividade; b) teoria do resultado; c) teoria mista ou da ubiquidade*.

Pela *teoria da atividade*, lugar do crime é o da ação ou da omissão, ainda que outro seja o da ocorrência do resultado. Já a *teoria do resultado* despreza o lugar da conduta e defende a tese de que lugar do crime será, tão somente, aquele em que ocorrer o resultado. A *teoria da ubiquidade ou mista* adota as duas posições anteriores e aduz que o lugar do crime será o da ação ou da omissão, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Nosso Código Penal adotou a teoria da ubiquidade, conforme se verifica pela leitura de seu art. 6º.

Com a adoção da teoria da ubiquidade resolvem-se os problemas já há muito apontados pela doutrina, como aqueles relacionados aos *crimes a distância*. Na situação clássica, suponhamos que alguém, residente na Argentina, enviasse uma carta-bomba tendo como

destinatário uma vítima que residisse no Brasil. A carta-bomba chega ao seu destino e, ao abri-la, a vítima detona o seu mecanismo de funcionamento, fazendo-a explodir, causando-lhe a morte. Se adotada no Brasil a teoria da atividade e na Argentina a teoria do resultado, o agente, autor do homicídio, ficaria impune.

A adoção da teoria da ubiquidade resolve problemas de Direito Penal Internacional. Ela não se destina à definição de competência interna, mas, sim, à determinação da competência da justiça brasileira. Embora competente a justiça brasileira, pode acontecer que, em virtude de convenções, tratados e regras de Direito Internacional, o Brasil deixe de aplicar a sua lei penal aos crimes cometidos no território nacional.

Na esteira da jurisprudência desta Corte, a competência territorial para a persecução penal relativa ao estelionato mediante clonagem e alteração do numerário de cheque é fixada pelo local onde se encontra o banco sacado, porquanto lá se consuma o delito, com o efetivo prejuízo à vítima. Ressalva do relator (STJ, CC 143.621/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, S. 3, DJe 07/06/2016).

Nos crimes qualificados pelo resultado, fixa-se a competência no lugar onde ocorreu o evento qualificador, ou seja, onde o resultado morte foi atingido, assim, tendo os corpos das vítimas do latrocínio sido encontrados na Comarca de Dourados, e havendo indícios de que lá foram executadas, a competência se faz pela regra geral disposta nos arts. 69, I e 70, “caput”, do CPP. (STJ, RHC 22295/MS, Rel.^a Min.^a Jane Silva, 5^a T., DJ 17/12/2007 p. 229).

Competência da Justiça Federal

A competência em tráfico transnacional é da Justiça Federal, com base no art. 109, inc. V, da Constituição Federal. Nos termos do art. 70, *caput*, do Código de Processo Penal, “a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução” (STJ, CC 146.393/SP, Rel. Min. Felix Fischer, S. 3, DJe 1º/07/2016).

A apreensão de DVDs e CDs falsificados, com violação de direitos autorais (CP, art. 184, § 2º), se ocorrente em Posto de Fiscalização Aduaneira localizada na divisa entre Brasil e Paraguai, confere à conduta delituosa a característica de “crime transnacional”, circunstância determinante da competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal a ele correspondente (STJ, S3, CC 119.105/PR, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, Desembargador convocado do TJ-SP, julg. 08/10/2014; AgRg no REsp 1.376.680/PR, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., julg. 22/04/2014) (STJ, CC 121.941/PR, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5^a T., DJe 16/04/2015).

É entendimento pacificado por esta Corte o de que as contravenções penais são julgadas pela Justiça Comum Estadual, mesmo se cometidas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades. Súmula nº 38 desta Corte. Até mesmo no caso de conexão probatória entre contravenção penal e crime de competência da Justiça Comum Federal, aquela deverá ser julgada na Justiça Comum Estadual. Nessa hipótese, não incide o entendimento de que compete à Justiça Federal processar e julgar, unificadamente, os crimes conexos de competência federal e estadual (Súmula nº 122 desta Corte), pois tal determinação, de índole legal, não pode se sobrepor ao dispositivo de extração constitucional que veda o julgamento de contravenções por Juiz Federal (art. 109, inc. IV, da Constituição da República). Precedentes (STJ, AgRg. no CC 118914/SC, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 3^a Seção, DJe 7/3/2012).

Competência da Justiça Federal estabelecida no art. 109, V, da Constituição de 1988, para o processo e julgamento de crime previsto ‘em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o

resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro' (STJ, HC 24858/GO, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., RSTJ 184, p. 508).

Juizado Especial Criminal

Nos termos do art. 63 da Lei nº 9.099/95, a competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.

Crimes conexos

Incontroversa a existência de conexão entre delitos estaduais e delito federal, é de se aplicar a regra prevista no Enunciado nº 122 da Súmula desta Corte, que determina a prevalência da competência especial da Justiça Federal em detrimento da competência comum e residual da Justiça Estadual, para o julgamento conjunto dos delitos. A melhor exegese do Verbete nº 122 da Súmula desta Corte é a que preconiza que, havendo um crime federal, com menor pena cominada abstratamente, e um crime estadual, com maior pena, ambos conexos, o critério utilizado para a fixação não será o que considera o *quantum apenatório* (nos termos do art. 78, II, "a", do CPP), mas, sim, a força atrativa exercida pela jurisdição federal. Como decorrência dessa *vis atrativa*, a competência deve ser determinada pelo lugar em que foi cometido o delito de competência da Justiça Federal, ainda que ele tenha pena mais branda que os delitos estaduais a ele conexos (STJ, CC 146.160/MT, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, S. 3, DJe 14/06/2016).

Réu absolvido do delito de descaminho (art. 304 do CP) em razão do princípio da insignificância. Atestada a procedência estrangeira das mídias de CDs apreendidas, permanece a competência da Justiça Federal para julgar o crime do art. 184, § 2º, do CP (conexo), nos termos da Súmula 122 do STJ e do art. 81 do CPP. (TRF-1^a Reg., ACR 2006.38.001203-9/MG, Rel^a Des^a Fed. Mônica Sifuentes, DJe 7/3/2014).

Tratando-se de crimes conexos, prevalece a competência por prevenção (art. 78, II, c, do Código de Processo Penal), o que não impede se mantenha a separação dos processos, consoante faculta o art. 80 do mesmo diploma processual. Precedente do STJ (STJ, HC 103741/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 03/11/2008).

Havendo crimes conexos, apenados diversamente, a competência para processar e julgar a ação penal é definida pelo lugar do crime cuja pena é mais gravosa, prevalecendo o critério qualitativo (art. 78, inc. II, alínea a, do CPP) (STJ, HC 26288/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJU 11/4/2005, p. 385).

No concurso de crimes, a competência criminal da Justiça Federal para um deles atrai o processo dos crimes conexos. Isto não ocorrerá, entretanto, quando já exista sentença condenatória proferida pela Justiça estadual, hipótese em que, embora os crimes tenham sido reunidos em processo único na Justiça do Estado, aplica-se o art. 82 do Código de Processo Penal, restringindo-se a nulidade ao delito federal. Precedentes: HC 57.949-SP, Xavier de Albuquerque, DJ 17.10.80; HC 74.788-MS, Sepúlveda Pertence, DJ 12.9.97. (STF, HC 81617/MT, Rel. Min. Carlos Velloso, 2^a T., DJ 28/06/2002, p.142).

Súmula 122 do STJ

Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a do Código de Processo Penal.

Crimes permanentes e continuados

Conforme lições de Francisco Dirceu Barros, “nas ações consideradas juridicamente como unidade (delito permanente, crime continuado), o crime tem-se por praticado no lugar em que se verificar um dos elementos do fato unitário”.²⁷

Extraterritorialidade (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.)

Art. 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) I – os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984) c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) II – os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) b) praticados por brasileiro; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) a) entrar o agente no território nacional; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984) d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) a) não foi pedida ou foi negada a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) b) houve requisição do Ministro da Justiça.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Princípio da**

Ao contrário do princípio da territorialidade, cuja regra geral é a aplicação da lei brasileira àqueles que praticarem infrações penais *dentro* do território nacional, incluídos aqui os casos considerados fictamente como sua extensão, o princípio da extraterritorialidade preocupa-se com a aplicação da lei brasileira às infrações penais cometidas além de nossas fronteiras, em países estrangeiros.

A extraterritorialidade pode ser *incondicionada* ou *condicionada*.

Extraterritorialidade incondicionada, como o próprio nome sugere, é a possibilidade de aplicação da lei penal brasileira a fatos ocorridos no estrangeiro, sem que, para tanto, seja necessário o concurso de qualquer condição. As hipóteses de extraterritorialidade incondicionada estão previstas no inciso I do art. 7º do Código Penal.

Em qualquer das hipóteses do inciso I do art. 7º do Código Penal, o agente será punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. Em caso de condenação, terá aplicação a regra insculpida no art. 8º do Código Penal, que diz que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”, evitando-se, dessa forma, o *bis in idem*, ou seja, ser o agente punido duas vezes pelo mesmo fato.

No que diz respeito ao crime de genocídio, deve ser ressalvada, ainda, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, conforme o § 4º do art. 5º da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda nº 45/2004, à qual o Brasil aderiu, conforme se verifica no Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

A extraterritorialidade condicionada encontra-se prevista no inciso II do art. 7º do Código Penal.

As condições para a aplicação da lei brasileira nos casos previstos pelo inciso II do art. 7º do Código Penal, que possuem a natureza jurídica de condições objetivas de punibilidade, são as previstas no § 2º do mesmo artigo.

O § 3º do art. 7º do Código Penal dispõe, ainda, que a lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se reunidas as condições previstas no § 2º do mesmo artigo: *a) não* foi pedida ou negada a extradição; *b) houve* requisição do Ministro da Justiça. Acolhe-se, aqui, o chamado *princípio da defesa* ou da *personalidade passiva*.

De acordo com as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, compete aos juízes federais processar e julgar as causas relativas aos direitos humanos a que se refere o § 5º do art. 109 da Constituição Federal.

Competência da Justiça Brasileira

A lei penal brasileira pode ser aplicada ao crime de tortura cometido no exterior, por agentes estrangeiros, contra vítimas brasileiras, tanto por força do art. 7º, II, a, § 2º, do Código Penal, como por força do art. 2º da Lei nº 9.455/97. A competência da jurisdição federal se dá em caso de crime à distância previsto em tratado internacional, o que não ocorre quando o crime por inteiro se verifica no estrangeiro (STJ, CC 107.397/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, S. 3, DJe 1º/10/2014).

Aos delitos supostamente praticados por brasileiro no estrangeiro (Bolívia) que, posteriormente, ingressou em território brasileiro aplica-se a extraterritorialidade do art. 7º, II, a e § 2º, a, do Código Penal (STJ, CC 120887/DF, Rel.^a Min.^a Alderita Ramos de Oliveira, Desembargadora convocada do TJPE, S3, DJe 20/2/2013).

Os crimes apurados foram supostamente cometidos por estrangeiro perante o Consulado-Geral do Brasil em Xangai, na China, tratando-se, portanto, de crimes contra a fé pública nacional, hipótese de extraterritorialidade incondicionada, descrita no art. 7º, inc. I, alínea ‘b’, do Código Penal. Nos termos do art. 88, primeira parte, do Código de Processo Penal, constatado que o investigado já residiu no Brasil, a competência será do Juízo Federal da Capital do Estado de seu último domicílio, no caso, a cidade de São Paulo (STJ, CC 122119/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3^a Seção, DJe 15/8/2012).

O crime cometido, no estrangeiro, contra brasileiro ou por brasileiro, é da competência da Justiça brasileira e, nesta, da Justiça Federal, a teor da norma inserida no inc. IV do art. 109 da Constituição Federal, por força dos princípios da personalidade e da defesa que, ao lado do princípio da justiça universal, informam a extraterritorialidade da lei penal brasileira (Código Penal, art. 7º, inc. II, alínea b, e § 3º) e são, *ultima ratio*, expressões da necessidade do Estado de proteger e tutelar, de modo especial, certos bens e interesses. O atendimento dessa necessidade é, precisamente, o que produz o interesse da União, em detrimento do qual o crime cometido, no estrangeiro, contra ou por brasileiro é também praticado. Por igual, compete à Justiça Federal julgar os crimes ‘previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente’ (Constituição Federal, art. 109, inc. V). (STJ, HC 18307/MT, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJ 10/3/2003, p. 313).

Aeronaves

Hipótese de condenação pelo porte de arma de fogo de uso permitido, mas sem autorização (Lei nº 10.826/2003 – art. 14), desmuniciada, transportada em bagagem despachada, em aeronave, e apreendida depois do desembarque, em solo. Incompetência da Justiça Federal (STF, RE 463.500). Apesar da literalidade da regra do inciso IX do art. 109, CF, ao prever que compete aos juízes federais processar e julgar ‘os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves’, nem todo crime cometido em tais circunstâncias será da competência da Justiça Federal. É indispensável que haja, também, o interesse específico e direto da União, quer como pessoa jurídica de direito público externo (implicação internacional), quer como pessoa jurídica de direito público interno (envolvimento de alienígenas). (TRF-1^a Reg., ACR 2007.34.00.032353-2/DF, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes, DJe 4/8/2014).

Compete à Justiça Federal processar e julgar a prática, em tese, de crimes ocorridos a bordo de aeronaves. Inteligência do art. 109, inc. IX, da Constituição Federal (STJ, HC 50450/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 5/2/2007, p. 270).

Extradição

Inobstante a inviabilidade da extradição, para os crimes cometidos por brasileiro em solo estrangeiro, possível, na espécie, a extraterritorialidade da lei penal brasileira, caso em que o órgão judiciário brasileiro

será competente para processar e julgar o feito, nos termos dos arts. 7º do Código Penal e 88 do Código de Processo Penal (STF, Ext 1.349/DF, Rel.ª Min.ª Rosa Weber, 1ª T., DJe 03/03/2015).

A concessão da naturalização constitui, em nosso sistema jurídico, ato de soberania que se insere na esfera de competência do Ministro da Justiça, qualificando-se, sob tal perspectiva, como faculdade exclusiva e discricionária do Poder Executivo (Lei nº 6.815/80, art. 111 e art. 121). – A aquisição da condição de brasileiro naturalizado, não obstante concedida a naturalização pelo Ministro da Justiça, somente ocorrerá após a entrega, por magistrado competente (Lei nº 6.815/80, art. 119), do concernente certificado de naturalização (Lei nº 6.815/80, art. 122). Precedentes. – O brasileiro naturalizado, em tema de extradição passiva, dispõe de proteção constitucional mais intensa que aquela outorgada aos súditos estrangeiros em geral, pois somente pode ser extraditado pelo Governo do Brasil em duas hipóteses excepcionais: a) crimes comuns cometidos antes da naturalização e b) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins praticado em qualquer momento, antes ou depois de obtida a naturalização (CF, art. 5º, LI). – Tratando-se de extradição requerida contra brasileiro naturalizado, fundada em condenação penal pela prática do delito de estupro, torna-se inacolhível o pleito extradicional formulado por Estado estrangeiro, pois o evento delituoso que dá suporte à demanda extradicional ocorreu em momento posterior ao da naturalização da pessoa reclamada (STF, Ext 1223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., DJe 28/02/2014).

O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente, sendo irrelevante, para esse específico efeito, a eventual variação terminológica registrada nas leis penais em confronto. Os fatos ilícitos atribuídos ao extraditando – delitos de estelionato e crime falimentar – constituem, em tese, infrações penais, quer à luz da legislação penal do Estado requerente, quer em face do que prescreve o ordenamento positivo brasileiro (CP, art. 171 e Decreto-lei nº 7.661/45, art. 189, I), o que satisfaz a exigência legal da dupla incriminação ou da dupla tipicidade, contemplada no Estatuto do Estrangeiro (art. 77, II) e no tratado de extradição Brasil/EUA (STF, Ext. 1121/EUA, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ, 25/06/2010).

Extinção da punibilidade

Não se concederá a extradição, quando estiver extinta, em decorrência de qualquer causa legal, a punibilidade do extraditando, notadamente verificando-se a consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Observância, na espécie, do postulado da dupla punibilidade (STF, Ext. 953/ RFA, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 11/11/2005, p. 6).

Cidadão naturalizado

O Pleno concluiu o julgamento da Questão de Ordem na Extradição nº 1.010-7, sob a relatoria do Min. Joaquim Barbosa, assentando a impossibilidade de extraditar-se cidadão naturalizado quando a legislação do país requerente não permite a reciprocidade (STF, Ext. 170.924/2006, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27/11/2006, p. 39).

Conflito de competência

A divulgação, pela *internet*, de técnicas de cultivo de planta destinada à preparação de substância entorpecente não atrai, por si só, a competência federal. Ainda que se trate, no caso, de hospedeiro estrangeiro, a ação de incitar desenvolveu-se no território nacional, daí não se justificando a aplicação dos incs. IV e V do art. 109 da Constituição. Caso, pois, de competência estadual (STJ, CC 62949/PR, Rel. Min. Nilson Naves, 3ª

Seção, DJ 26/2/2007, p. 549).

Pena cumprida no estrangeiro (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Art. 8º** A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Princípio do ne bis in idem** Pela regra contida no art. 8º do Código Penal, evita-se que o agente seja punido duplamente pelo mesmo fato. Conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, “caso a pena cumprida no exterior seja idêntica à que for aplicada no Brasil (exemplo: pena privativa de liberdade no exterior e pena privativa de liberdade no Brasil), será feita a compensação; caso a pena cumprida no exterior seja diversa da que for aplicada no Brasil (exemplo: multa no exterior e privativa de liberdade no Brasil), a pena a ser fixada pelo juiz brasileiro há de ser atenuada”.²⁸

Não existe qualquer óbice legal para a eventual duplicidade de julgamento pelas autoridades judiciais brasileira e paraguaia, tendo em vista a regra constante do art. 8º do Código Penal (STJ, HC 41892/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T, DJ 22/8/2005 p. 319).

Eficácia de sentença estrangeira (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Art. 9º** A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; (*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – sujeitá-lo a medida de segurança.

(*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Parágrafo único.** A homologação depende: (*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; (*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

(*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Eficácia da sentença estrangeira**

A sentença judicial é um ato de soberania do Estado. Contudo, seria de todo ineficaz e

insuficiente se não pudéssemos executá-la, a fim de fazer valer a decisão nela contida. Como regra, sua execução, como ato soberano, deveria ficar adstrita aos limites territoriais do Estado que a proferiu. Mas, como bem observa Alberto Silva Franco, “para combater com maior eficiência, dentro de suas fronteiras, a prática de fatos criminosos, o Estado se vale, por exceção, de atos de soberania de outros Estados, aos quais atribui certos e determinados efeitos. Para tanto, homologa a sentença penal estrangeira, de modo a torná-la um verdadeiro título executivo nacional, ou independentemente de prévia homologação, dá-lhe o caráter de fato jurídico relevante”.²⁹

O ordenamento positivo brasileiro, tratando-se de sentença penal condenatória estrangeira, admite, em caráter excepcional e de modo restrito, a possibilidade de sua homologação (SE 5.705/EUA, Rel. Min. Celso de Mello), desde que esse ato sentencial tenha por estrita finalidade a) obrigar o condenado à reparação civil *ex delicto* (RTJ 82/57) ou b) sujeitá-lo, quando inimputável ou semi-imputável, à execução de medida de segurança (CP, art. 9º). Doutrina. Precedentes. Possibilidade, contudo, de executar-se, no Brasil, condenação penal estrangeira imposta a brasileiro, desde que a requerimento deste e contanto que tal medida esteja prevista em atos, tratados ou convenções internacionais de caráter bilateral ou de índole multilateral celebrados pelo Estado brasileiro. Rol de alguns desses acordos internacionais firmados pelo Brasil (STF, Ext 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T, DJe 28/02/2014).

Competência para homologação da sentença estrangeira

Compete ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos da alínea *i*, acrescentada ao inc. I do art. 105 da Constituição Federal pela Emenda nº 45/2004, a homologação das sentenças estrangeiras que, anteriormente, era levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com a revogada alínea *h*, I, do art. 102. Da mesma forma, o inciso VIII do art. 515 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), assevera: Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...]

VIII – a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; **Súmula nº 420 do STF**

Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado.

Para se conceder a homologação de sentença estrangeira não é indispensável carta de sentença. Basta que a sentença se revista das formalidades externas necessárias à sua execução, contenha os elementos indispensáveis à compreensão dos fatos em que se fundou, seja motivada e tenha conclusão. No tocante ao objeto da condenação, não é preciso que seja determinado, sendo suficiente que seja determinável (STF, HSE, Rel. Min. Thompson Flores, DJU 24/10/1975, p. 7.759).

Contagem de prazo (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Art.

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

No que diz respeito à contagem dos prazos, o art. 10 do Código Penal estabelece uma regra diversa daquela existente no § 1º do art. 798 do Código de Processo Penal. Diz o art. 10 do estatuto repressivo que o *dia do começo inclui-se no cômputo do prazo*, ao passo que o § 1º do art. 798 do Código de Processo Penal determina que *não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento*.

Calendário gregoriano

O art. 10 do Código Penal determina que os dias, os meses e os anos sejam contados pelo calendário comum, isto é, pelo calendário conhecido como gregoriano. Conforme Ney Moura Teles, “o dia é o período de tempo compreendido entre a meia-noite e a meia-noite seguinte. O mês é contado de acordo com o número de dias que cada um tem: 28 ou 29 (fevereiro), 30 (abril, junho, setembro e novembro) e 31 os demais. O ano terá 365 ou 366 dias”.³⁰

Contagem do prazo decadencial

Como regra, o prazo da decadência é de 6 (seis) meses e, tratando-se de causa de extinção da punibilidade, o prazo tem natureza penal, devendo ser contado nos termos do art. 10 do Código Penal e não de acordo com o art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal, quer dizer, inclui-se no cômputo do prazo o *dies a quo*. Assim, tendo em vista que a queixa-crime foi oferecida antes de esgotado o prazo legal não há que se falar em extinção da punibilidade em razão da decadência (STJ, Apn. 390/DF, Rel. Min. Félix Fischer, CE, *RSTJ* 194, p. 21).

O prazo decadencial não admite prorrogação e é contado segundo o previsto no art. 10 do Código Penal. Se o último dia cair num domingo, nesse domingo o prazo se encerrará (STJ, Apn. 350/DF, Rel. Min. Nilson Naves, CE, *RSTJ* 193, p. 21).

Prazo prescricional

O prazo de prescrição é prazo de natureza penal, expresso em anos, contando-se na forma preconizada no art. 10 do Código Penal, na linha do calendário comum, o que significa dizer que o prazo de um ano tem início em determinado dia e termina na véspera do mesmo dia do mês e ano subsequentes. Os meses e anos são contados *não ex numero*, mas *ex numeratione dierum*, ou seja, não se atribui 30 dias para o mês, nem 365 dias para o ano, sendo irrelevante o número de dias do mês – 28, 29, 30 e 31 –, mas o espaço entre duas datas idênticas de meses consecutivos (STJ, REsp. 188681/SC, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., *RT* 785, p. 571).

Hora do nascimento

A legislação penal sufragou o calendário gregoriano para o cômputo do prazo. O período do dia começa a zero hora e se completa as 24 horas. Inclui-se o dia do começo. A idade é mencionada por ano. Não se leva em conta a hora do nascimento. O dia do começo, normativamente, independe do instante da ocorrência do nascimento. Termina às 24 horas. Assim, a pessoa nascida ao meio-dia completa o primeiro dia de vida à meia-noite (STJ, REsp. 16849/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., *DJ* 14/6/1993, p. 11.792).

Frações não computáveis da pena (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Art. 11.** Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Desprezo das frações

O art. 11 do Código Penal determina que sejam desprezadas, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direito, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de “cruzeiro”.

Isso significa que ninguém pode ser condenado, por exemplo, ao cumprimento de uma pena que tenha a duração de um mês e seis horas. Se alguém for encaminhado à penitenciária às 23 horas do dia 08/08/2015, a fim de cumprir uma pena privativa de liberdade correspondente a seis meses de detenção, o primeiro dia, isto é, o dia 08/08/2015, deverá ser incluído no cômputo do cumprimento da pena, não importando se, naquele dia, o condenado tenha permanecido somente uma hora preso.

Conforme assevera José Cirilo de Vargas, “as frações do dia obviamente são as horas, os minutos e os segundos. Não tem qualquer sentido o juiz condenar um acusado a um ano, três meses, vinte dias, quinze horas e trinta minutos de pena privativa de liberdade. Desprezam-se, como determina a lei, as horas e os minutos, no caso”.³¹

Não se computam na pena de multa as frações de dia-multa, aplicando-se à mesma, por analogia in bonam partem, o princípio do art.11 do CP, que manda serem desprezadas as frações de dia das penas privativas de liberdade (RT 702, p. 362).

Penas pecuniárias

Com a alteração da nossa moeda, onde se lê *cruzeiro*, na segunda parte do art. 11 do Código Penal, leia-se *real*. Aqui, quis o legislador deixar de lado a condenação em centavos. Nos valores correspondentes às penas pecuniárias deverão, portanto, ser desprezadas as frações de real.

Legislação especial (*Incluída pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Art. 12.** As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Aplicação das regras gerais do Código Penal

À falta de regulamentação específica para os fatos incriminados pela legislação especial, aplicam-se as regras gerais do Código Penal. Contudo, quando o estatuto especial dispuser de modo diverso, suas regras prevalecerão sobre aquelas gerais previstas no Código Penal, a exemplo do que ocorre com a impossibilidade de ser reconhecida a tentativa na hipótese de contravenção penal, haja vista que a regra expressa no art. 4º do diploma especial (Lei das Contravenções Penais) diz *não ser punível a tentativa de contravenção*, razão pela qual ficará afastada a regra constante do art. 14, II, do Código Penal.

A alteração genérica da legislação, sem explicitação acerca das leis especiais, não pode revogar textos destas últimas (*lex generalis non derogat lex specialis ex vi*, também, art.12 do Código Penal (STJ, HC 10.440/SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., DJU 25/10/99, p. 10).

Princípio da especialidade e a Lei nº 8.072/90

Como regra, o juiz, ao determinar o regime inicial de cumprimento de pena, deverá observar o disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal. Assim, por exemplo, aquele que for condenado a uma pena inferior a 8 (oito) anos, presentes os demais requisitos legais, deverá cumpri-la, inicialmente, em regime semiaberto. No entanto, o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a Redação dada pela Lei nº 11.464/2007, assevera que a pena, por qualquer dos delitos previstos naquele artigo (crimes hediondos, a prática de tortura e o tráfico de drogas), será cumprida inicialmente em regime fechado. Dessa forma, não importa, por exemplo, que o sujeito tenha sido condenado ao cumprimento de uma pena de cinco anos de reclusão por ter praticado o delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, que não terá direito ao regime semiaberto, conforme determina o referido art. 33, § 2º, do Código Penal. Aplica-se, *in casu*, o princípio da especialidade, ficando a regra geral, constante do Código Penal, afastada pela regra especial, prevista na Lei nº 8.072/90.

Embora tenha sido uma opção político-criminal a imposição do regime inicial fechado para os crimes previstos na Lei nº 8.072/90, nossos Tribunais Superiores têm quebrado essa regra, em nossa opinião, equivocadamente, ao assim entenderem: **Súmula 512 do STJ:** A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei nº 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, tem-se que a mera invocação desse dispositivo, como foi feito na espécie, não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal. Ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, bem como da expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”, contida no art. 44 do mesmo

diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei nº 11.343/2006. Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível negar a benesse com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico, consoante hodierno entendimento dos Tribunais Superiores (STJ, HC 282.232/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 15/05/2015).

É pacífica a compreensão neste Sodalício de que o estupro constitui crime hediondo. Todavia, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso (STJ, HC 313.879/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 13/04/2015).

Princípio da especialidade e Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha prevê, dentre outras medidas, a decretação de prisão preventiva para o caso de descumprimento de medidas protetivas. Havendo sanção própria prevista para o descumprimento de medida protetiva, caso fosse possível a condenação pela prática do delito de desobediência, o acusado seria apenado duas vezes pela mesma conduta. Inadmissível. A conduta daquele que descumpre medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha, não caracteriza o crime previsto no art. 359 do Código Penal. Princípio da Especialidade. Decisão combatida que se mantém na forma em que foi proferida (TJ-RJ, RSE 0003652-76.2012.8.19.0203, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 10/03/2015).

Princípio da especialidade e a Lei nº 11.343/2006

O crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente elencado no rol do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Entretanto, para a obtenção do livramento condicional, a jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que, independentemente de o crime de associação para o tráfico não se enquadrar no rol de delitos hediondos, certo é que a Lei nº 11.343/2006, em seu art. 44, parágrafo único, previu expressamente a necessidade do cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, devendo essa previsão legal prevalecer em relação ao art. 83 do Código Penal, em atenção ao princípio da especialidade (STJ, HC 307.174/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 18/04/2016).

Em relação ao livramento condicional, não há como acolher a pretensão da Defensoria Pública, pois mesmo quando afastado o caráter hediondo do primeiro delito, incabível a concessão desse benefício por expressa previsão do parágrafo único do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. Trata-se de regra contida na Lei de Drogas que, em decorrência do princípio da especialidade, é a aplicável ao caso concreto, independentemente de o primeiro delito praticado pelo apenado ser considerado hediondo ou não (STJ, HC 328.158/MS, Rel. Min. Ericson Maranho – Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 16/11/2015).

¹ Dissertando sobre a expressão cunhada por von Liszt, ou seja, de que o Código Penal era a “Magna Carta do delinquente”, Claus Roxin aduz que “isso significa o seguinte: que assim como em seu momento a *Magna Charta Libertatum* britânica (1215) protegia o indivíduo das intromissões arbitrárias do poder estatal, o Código Penal põe a coberto o cidadão (tanto o honrado quanto o desonrado) de todo o castigo por uma conduta que não tenha sido claramente declarada punível antes do fato” (*Derecho penal – Parte general*, t. 1, p. 138).

² Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. Art. 8º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada

antes do delito e legalmente aplicada. Art. 9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

3 GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos* – La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa, p. 158

4 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías* – La ley del más débil, p. 66.

5 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*, p. 29-30.

6 José E. Sáinz-Cantero Caparrós preleciona que “o setor punitivo somente deve ocupar-se das agressões mais intoleráveis aos bens jurídicos mais transientes, porque é o setor que impõe as mais traumáticas sanções” (*La codelinquencia en los delitos imprudentes en el código penal de 1995*, p. 73).

7 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 92-94.

8 Merece registro a crítica de Luis Greco quando aduz que, “por sua imprecisão, a teoria da adequação social é predominantemente recusada pela doutrina. Hoje, ela parece reduzida a um critério de interpretação: as elementares dos tipos devem ser concretizadas de tal maneira que não abranjam fatos socialmente adequados” (Introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 32-33).

9 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 71-72.

10 Preleciona Bettoli que “todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para características pessoais do agente a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança” (*Direito penal*, p. 336).

11 SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, p. 67.

12 Olga Sánchez Martínez ainda aponta outros princípios que podem ser concebidos como fonte constitucional do princípio da culpabilidade: “Mais diversos ainda são os preceitos constitucionais aos quais se atribui o implícito reconhecimento do princípio da culpabilidade. Alguns o contemplam na ideia de dignidade da pessoa humana, outros no livre desenvolvimento da personalidade, outros no valor justiça ou na segurança jurídica, também se entende contido no princípio da legalidade e na presunção de inocência, ou na configuração do Estado como social e democrático de direito, e, finalmente, no princípio da reinserção social do delinquente” (*Los principios en el derecho y la dogmática penal*, p. 85-86).

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 60.

14 Estamos partindo do princípio de que ao agente foi aplicada a pena mínima relativa àquela infração penal que teve sua pena diminuída.

15 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal* – parte geral, p. 110/111.

16 Nesse sentido, Nélson Hungria (*Comentários ao código penal*, v. I, t. I, p. 109) e Aníbal Bruno (*Direito penal*, t. I, p. 256).

17 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 38.

18 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 41-42.11.

19 CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*, p. 88.

20 BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, v. 1, p. 224.

21 STEFAM, André. *Direito penal* – Parte geral, v. 1, p. 150.

22 SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial* – Parte geral, p. 93.

23 Apud LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*, p. 96-97.

24 BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, v. 1, p. 217.

25 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, p.149.

26 MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal* – Parte geral, p. 73.

27 BARROS, Francisco Dirceu. *Código Penal* – Parte geral, p. 32.

28 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 83.

29 SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial* – Parte geral, v. I, t. I, p. 182-183.

30 TELES, Ney Moura. *Direito penal* – Parte geral, p. 147.

31 VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal* – Parte geral, t. I, p. 154.

Título II – Do Crime

Teoria do delito

A Teoria do delito tem a finalidade de identificar os elementos que integram a infração penal, criando um roteiro a ser obrigatoriamente seguido pelos aplicadores do direito, que, por meio dele, poderão concluir ou não pela existência da infração penal. Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois é um todo unitário,¹ para efeitos de estudo, faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Podemos dizer que cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte. Welzel, dissertando sobre o tema, diz: “A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.”²

Distinção entre crimes/delitos e as contravenções penais Não existe diferença substancial entre um crime (que significa o mesmo que delito) e uma contravenção penal. O legislador, mediante critério político criminal, ao proibir determinado comportamento sob ameaça de sanção de natureza penal, é que fará a opção, de acordo com a gravidade do fato. Como, na verdade, é a pena cominada em abstrato que dita essa gravidade, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941) criou um critério de distinção entre o crime e a contravenção penal, dizendo: *Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.*

A quebra do critério de distinção pela Lei nº 11.343/2006

Embora o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal nos forneça um critério para a distinção entre crime e contravenção penal, essa regra foi quebrada pela Lei nº 11.343/2006, haja vista que, ao cominar, no preceito secundário do seu art. 28, as penas relativas ao delito de *consumo de drogas*, não fez previsão de qualquer pena privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), tampouco da pena pecuniária (multa). Assim, analisando o mencionado art. 28, como podemos saber se estamos diante de um crime ou de uma contravenção penal? A saída será levar a efeito uma interpretação sistêmica do artigo, que está inserido no Capítulo III, que diz respeito aos crimes e às penas. Assim, de acordo com a

redação constante do aludido capítulo, devemos concluir que o *consumo de drogas* faz parte do rol dos crimes, não se tratando, pois, de contravenção penal.

O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII) (STF, RE-QO 430105/RJ, Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 27/4/2007, p. 69).

Luiz Flávio Gomes, no entanto, dissertando contrariamente à posição por nós defendida, aduz que “a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não se trata de ‘crime’ nem de ‘contravenção penal’ porque somente foram combinadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. Adotava-se no Brasil o sistema bipartido, que significava o seguinte: infração penal é um gênero que comportava duas espécies, que são o crime ou o delito e as contravenções penais. Agora temos um sistema tripartido: crime ou delito, contravenções penais e infração *sui generis*”.³

Conceito de crime

No Brasil, não existe um conceito legal de crime, ficando esse conceito a cargo da doutrina. Embora a Lei de Introdução ao Código Penal nos forneça um critério de distinção entre o crime e a contravenção penal, pela leitura do seu art. 1º não conseguimos destacar os elementos ou características indispensáveis ao conceito de infração penal. Esse, na verdade, é um conceito que veio evoluindo ao longo dos anos, sendo que várias teorias surgiram com a finalidade de explicá-lo.

Conceitos formal e material de crime

Não foram poucos os doutrinadores que, durante anos, tentaram fornecer esse conceito de delito. Interessa-nos, no momento, refletir somente sobre aqueles mais difundidos. Assim, mesmo que de maneira breve, faremos a análise dos seguintes conceitos:⁴

- a) formal;
- b) material.

Conforme os ensinamentos de Bettoli, “duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma, de caráter formal, outra, de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub especie iuris*, no sentido de considerar o crime ‘todo o fato humano, proibido pela lei penal’. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime ‘todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade’.”⁵

Sob o aspecto formal, crime seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente

contra a lei penal editada pelo Estado. Considerando-se seu aspecto material, conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.

Na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime.

Conceito analítico de crime

O conceito analítico do crime procura, como sua própria denominação sugere, analisar os elementos ou características que integram a infração penal, permitindo ao intérprete, após sua averiguação, concluir ou não pela sua prática.

Assis Toledo, discorrendo sobre o tema, esclarece que, “substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.”⁶

Elementos que integram o conceito analítico de crime

Segundo a maioria dos doutrinadores, para que se possa falar em crime é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável. Alguns autores, a exemplo de Mezger e, entre nós, Basileu Garcia, sustentam que a punibilidade também integra tal conceito, sendo o crime, pois, uma ação típica, ilícita, culpável e punível. Estamos com Juarez Tavares,⁷ que assevera que a punibilidade não faz parte do delito, sendo somente sua consequência.

A função do conceito analítico⁸ é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância.

Na precisa lição de Roxin, “quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um número de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descriptivos etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível. Esta forma de proceder acaba levando a que se voltem grandes esforços à questão sobre que posicionamento no sistema do delito deve ocupar

esta ou aquela elementar do crime; pode-se descrever a história da teoria do delito nas últimas décadas como uma migração de elementares dos delitos entre diferentes andares do sistema".⁹

Adotamos, portanto, de acordo com essa visão analítica, o conceito de crime como o *fato típico, ilícito e culpável*.

O *fato típico*, segundo uma visão finalista, é composto dos seguintes elementos: *a) conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; b) resultado; c) nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; d) tipicidade* (formal e conglobante).

A *ilicitude*, termo sinônimo de antijuridicidade, é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. A licitude ou a juridicidade da conduta praticada é encontrada por exclusão, ou seja, somente será lícita a conduta se o agente houver atuado amparado por uma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do Código penal. Além das causas legais de exclusão da antijuridicidade, a doutrina ainda faz menção a outra, de natureza supralegal, qual seja, o *consentimento do ofendido*. Contudo, para que possa ter o condão de excluir a ilicitude, é preciso, quanto ao consentimento: *a) que o ofendido tenha capacidade para consentir; b) que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível; c) que o consentimento tenha sido dado anteriormente, ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente*. Ausente um desses requisitos, o consentimento do ofendido não poderá afastar a ilicitude do fato.

Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. São elementos integrantes da culpabilidade, de acordo com a concepção finalista por nós assumida: *a) imputabilidade;*

b) potencial consciência sobre a ilicitude do fato; c) exigibilidade de conduta diversa.

Assim, na precisa conceituação de Zaffaroni, "delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável)".¹⁰

Zaffaroni e Pierangeli¹¹ querendo, figurativamente, demonstrar o conceito analítico de crime, o compararam a uma rocha. Aduzem que para que a rocha possa ser estudada com mais detalhes pelos geólogos é preciso que seja cortada em estratos, sem que com isso fique descaracterizada. Trazendo essa lição para o Direito Penal, surge, tomando empréstimo da geologia, o chamado *conceito estratificado de crime*, que quer dizer o mesmo que conceito analítico. Asseveram os autores que o crime é composto pelos seguintes estratos: ação típica, ilicitude e culpabilidade.

Muñoz Conde acrescenta, ainda, mais uma característica ao conceito analítico do crime,

qual seja, a *punibilidade*. Para o renomado professor espanhol, a infração penal é, portanto, definida analiticamente como uma *ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível*.¹²

Há autores, no entanto, a exemplo de Damásio,¹³ Dotti,¹⁴ Mirabete¹⁵ e Delmanto,¹⁶ que entendem que o crime, sob o aspecto formal, é um fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade é um pressuposto para a aplicação da pena.

Conduta

A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano *comissivo* (positivo) ou *omissivo* (negativo), podendo ser ainda *dolosa* (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou *culposa* (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).

Conduta praticada por pessoa jurídica

A pessoa jurídica não pratica uma conduta, mas sim uma *atividade*, conforme se depreende do § 3º do art. 225 da Constituição Federal e da Lei nº 9.605/98.

Embora em um primeiro momento o elemento volitivo necessário para a configuração de uma conduta delituosa tenha sido considerado o óbice à responsabilização criminal da pessoa jurídica, é certo que nos dias atuais esta é expressamente admitida, conforme preceitua, por exemplo, o art. 225, § 3º, da Constituição Federal. E ainda que tal responsabilização seja possível apenas nas hipóteses legais, é certo que a personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução (STJ, RHC 74.189/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 28/09/2016).

Sendo a pessoa jurídica sujeito de direitos e obrigações, e por não deter vontade própria, atua sempre por representação de uma ou mais pessoas naturais, não havendo ilegalidade na investigação que atribui a responsabilidade pelos atos cometidos pela pessoa jurídica aos seus titulares (STJ, RHC 69.896/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 12/05/2016).

A prática de uma infração penal pressupõe, necessariamente, uma conduta humana. Logo, a imputação penal às pessoas jurídicas, carecedoras de capacidade de ação, bem como de culpabilidade, é inviável em razão da impossibilidade de praticarem um injusto penal (STJ, EDcl. no REsp. 622724/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 29/8/2005, p. 385).

Responsabilidade penal da pessoa jurídica (Sistema ou teoria da dupla imputação)

Preambularmente, segundo entendimento jurisprudencial consagrado por esta Corte: “A conduta omissiva não deve ser tida como irrelevante para o crime ambiental, devendo da mesma forma ser penalizado aquele que, na condição de diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica, tenha conhecimento da conduta criminosa e, tendo poder para impedi-la, não o fez” (HC 92.822/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 17/06/2008, DJe 13/10/2008). Dessa forma, os danos ambientais constatados no caso concreto (vegetação de proteção suprimida, plantação de cana de açúcar nas proximidades de córrego, mata pertencente à margem de riacho totalmente danificada) podem, em tese, ser imputados ao ora recorrente, porquanto inadmissível que o diretor operacional da empresa não tenha conhecimento de condutas criminosas de tal monta, praticadas em

imóvel arrendado, objeto de exploração agrícola pela arrendatária. Por outro lado, a Lei dos Crimes Ambientais (nº 9.605/1998) estabelece que: Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. Assim, conforme o mencionado regramento, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas nos âmbitos administrativo, civil e penal quando a infração cometida resulte de decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade, ressalvando-se que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato (STJ, RHC 64.219/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 30/03/2016).

A responsabilização da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, prevista no art. 3º da Lei nº 9.605/98, pressupõe a coautoria necessária com a pessoa física representante legal ou contratual que determinou a prática do ato causador da infração ou a permitiu por decisão do seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade. (TRF-1ª Reg., RSE 0001713-44.2012.4.01.3809/MG, Rel. Des. Fed. Henrique Gouveia da Cunha, DJe 24/1/2014).

Não é possível responsabilizar as pessoas jurídicas de direito público, em virtude de ausência de um dos requisitos legais exigidos pelo art. 3º, da Lei nº 9.605/98, uma vez que o cometimento de um delito jamais poderá beneficiar tais entes, bem como as penas a eles impostas ou seriam inócuas ou, então, se executadas, prejudicariam diretamente a própria comunidade beneficiária do serviço público. As pessoas jurídicas de direito público não podem ser punidos penalmente porque só podem perseguir fins que se conciliem com o interesse público, assim o cometimento de delitos ambientais por tais entes configuraria desvio de finalidade, impondo que, neste caso, apenas o agente público, executor material do fato criminoso, responda criminalmente (TJMG, HC 0606801-26.2012.8.13.0000, Rel. Des. Rubens Gabriel Soares, DJe 29/6/2012).

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que ‘não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio’ Cf. Resp. nº 564960/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ de 13/6/2005 (Precedentes) (STJ, REsp. 889528/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 18/6/2007, p. 303).

Criminal. Crime ambiental praticado por pessoa jurídica. Responsabilização penal do ente coletivo. Possibilidade. Previsão constitucional regulamentada por lei federal. Opção política do Legislador. Forma de prevenção de danos ao meio ambiente. Capacidade de ação. Existência jurídica. Atuação dos administradores em nome e proveito da pessoa jurídica. Culpabilidade como responsabilidade social. Corresponabilidade. Penas adaptadas à natureza jurídica do ente coletivo. Recurso provido. I – Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial. II – A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente. III – A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV – A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V – Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI – A culpabilidade, no conceito

moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII – A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII – ‘De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.’ IX – A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A coparticipação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida se sua culpabilidade. X – A Lei ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. XI – Não há ofensa ao princípio constitucional de que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]’, pois é incontrovertida a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XII – A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade, para figurar no polo passivo da relação processual-penal. XIII – Recurso provido, nos termos do voto do Relator (STJ, REsp. 564960/SC; REsp. 2003/01073684, Rel. Min. Gilson Dipp; 5ª T., DJ 13/6/2005, p. 331; RDR 34, p. 419).

Em sentido contrário:

A responsabilidade da pessoa física que pratica crime ambiental não está condicionada à concomitante responsabilização penal da pessoa jurídica, sendo possível o oferecimento da denúncia em desfavor daquela, ainda que não haja imputação do delito ambiental a esta (STJ, RHC 53.208/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 1º/06/2015).

Conceito de ação – causal, final e social

Segundo a concepção causalista, devemos analisar o conceito de ação em dois momentos diferentes. O primeiro, proposto inicialmente pela teoria clássica, no sistema causal-naturalista criado por Liszt e Beling, diz ser a ação o movimento humano voluntário produtor de uma modificação no mundo exterior. Nas palavras de Franz von Liszt, “ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado”.¹⁷

A concepção clássica recebeu inúmeras críticas no que diz respeito ao conceito de ação por ela proposto, puramente natural, uma vez que, embora conseguisse explicar a ação em sentido estrito, não conseguia solucionar o problema da omissão.

Ainda de acordo com a concepção causalista, mas, agora, num momento posterior, segundo a teoria neoclássica, a ação, nas lições de Paz Aguado, “deixa de ser absolutamente natural para estar inspirada de um certo sentido normativo que permita a compreensão tanto da ação em sentido estrito (positiva) como a omissão. Agora a ação se define como o comportamento humano voluntário manifestado no mundo exterior”.¹⁸ Com o finalismo de Welzel,¹⁹ a ação

passou a ser concebida como *o exercício de uma atividade final*.²⁰ É a ação, portanto, um comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer. O homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige a sua conduta sempre à determinada finalidade, que pode ser *ilícita* (quando atua com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal) ou *lícita* (quando não quer cometer delito algum, mas que, por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto pela lei penal).

De acordo com a teoria social da ação, conforme preleciona Daniela de Freitas Marques, “o conceito jurídico de comportamento humano é toda atividade humana *social* e *juridicamente relevante*, segundo os padrões axiológicos de uma determinada época, dominada ou dominável pela vontade”.²¹ Ou, ainda, segundo as palavras de Johannes Wessels, um dos maiores defensores dessa teoria, “o conceito de ação, comum a todas as formas de conduta, reside na relevância social da ação ou da omissão. Interpreta a ação como fator estruturante conforme o sentido da realidade social, com todos os seus aspectos pessoais, finalistas, causais e normativos”.²²

Ausência de conduta

A ação regida pela vontade é sempre uma ação final, isto é, dirigida à consecução de um fim. Se não houver vontade dirigida a uma finalidade qualquer, não se pode falar em conduta. Preleciona Zaffaroni: “A vontade implica sempre uma finalidade, porque não se concebe que haja vontade de nada ou vontade para nada; sempre a vontade é vontade de algo, quer dizer, sempre a vontade tem um conteúdo, que é uma finalidade.”²³

Se o agente não atua dolosa ou culposamente, não há ação. Isso pode acontecer quando o sujeito se vir impedido de atuar, como nos casos de: *a)* força irresistível; *b)* movimentos reflexos; *c)* estados de inconsciência.

Fases de realização da ação

Para que o agente possa alcançar sua finalidade, sua ação deve passar, necessariamente, por duas fases: interna e externa.²⁴

A fase interna, na lição de Welzel,²⁵ é aquela que transcorre na “esfera do pensamento” e é composta: *a)* pela representação e pela antecipação mental do resultado a ser alcançado; *b)* pela escolha dos meios a serem utilizados; *c)* pela consideração dos efeitos colaterais ou concomitantes à utilização dos meios escolhidos.

Na fase externa, o agente exterioriza tudo aquilo que havia arquitetado mentalmente, colocando em prática o plano criminoso, procedendo a uma realização no mundo exterior.

Tipo penal

Tipo, como a própria denominação induz, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento – a lei –, visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós. A palavra tipo, na lição de Cirilo de Vargas, “constitui uma tradução livre do vocábulo *Tatbestand*, empregada no texto do art. 59 do código penal alemão de 1871, e provinha da expressão latina *corpus delicti*. O tipo, portanto, é a descrição precisa do comportamento humano, feita pela lei penal.”²⁶ É, também, a *fattispecie*, o *fatto tipico* ou simplesmente o *fatto* do Direito Penal italiano, conforme assevera Sheila Selim.²⁷

Tipicidade penal

Tipicidade diz respeito à subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador, ou, conforme preceitua Muñoz Conde, “é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal”.²⁸ Entretanto, esse conceito de simples acomodação do comportamento do agente ao tipo não é suficiente para que possamos concluir pela tipicidade penal, uma vez que esta é formada pela conjugação da tipicidade formal (ou legal) com a tipicidade conglobante.

Tipicidade formal

Mediante o conceito de tipicidade formal podemos verificar se o comportamento praticado pelo agente encontra moldura em alguma das figuras típicas previstas em nosso ordenamento jurídico-penal. Assim, por exemplo, na hipótese de o agente derrubar, culposamente, uma prateleira de cristais no interior de uma loja de departamentos, concluiríamos pela ausência de tipicidade formal, tendo em vista a falta de previsão legal, no Código Penal, para a conduta que, culposamente, vier a destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia.

Tipicidade conglobante

Para que ocorra a chamada tipicidade conglobante, devemos verificar se o comportamento formalmente típico praticado pelo agente é: *a)* antinormativo; *b)* materialmente típico. A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinORMATIVA, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material).

Explicando o conceito de antinormatividade, Zaffaroni e Pierangeli, exemplificando com o caso de um oficial de justiça que, cumprindo uma ordem de penhora e sequestro de um quadro, de propriedade de um devedor a quem se executa em processo regular, por seu legítimo credor, para a cobrança de um crédito vencido, aduzem: “A lógica mais elementar nos diz que o tipo

não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o do oficial de justiça, e, no entanto, quando penetrarmos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se ajusta ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e a incentiva”.²⁹ A tipicidade material, a seu turno, que integra o conceito de tipicidade conglobante, seria o critério por meio do qual se afere a importância do bem no caso concreto, sendo o lugar apropriado para a análise do chamado princípio da insignificância.

No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (niharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica eventualmente, furto privilegiado – como no caso dos autos; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade) (STJ, HC 318.043/MS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJe 23/06/2015).

Crime de atentando violento ao pudor mediante fraude fantasioso e, por via de consequência, inexistente. Estelionato que pressupõe o engodo, o ardil, a fraude, isto é, que a vítima seja mantida em erro para que o autor do fato obtenha vantagem indevida. Vítima que entregou, diante do envolvimento amoroso com a apelante, sua senha e demais dados que possibilitassem o acesso à sua conta bancária. Ato deliberado e espontâneo, além do que com o dinheiro obtido a apelante presenteou a própria suposta vítima. Fraude inexistente. Lesão corporal fruto de desentendimento amoroso entre duas mulheres que não caracteriza fato típico, ilícito e culpável. Mero desentendimento. Ausência da conhecida tipicidade conglobante (TJ-RJ, AC 0048767-49.2009.8.19.0002, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 24/03/2015).

O princípio da insignificância como causa de atipicidade conglobante, afetando a tipicidade penal, diz com o ínfimo, o manifestamente irrelevante em sede de ofensa ao bem jurídico protegido (STJ, REsp. 457679/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJ 4/8/2003, p. 368).

Adequação típica

Poderá ser compreendida como de subordinação imediata (direta) ou de subordinação mediata (indireta). *Adequação típica de subordinação imediata ou direta* – Ocorrerá quando houver perfeita adequação entre a conduta do agente e o tipo penal incriminador. No homicídio, por exemplo, haverá essa adequação quando houver a morte da vítima. A partir daí, poderemos falar em adequação típica de subordinação imediata, pois a conduta do agente se amoldou diretamente ao tipo previsto no art. 121 do Código Penal. Se neste há descrição da conduta de “matar alguém” e se o agente causou a morte de seu semelhante, seu comportamento se subsume perfeitamente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo). *Adequação típica de subordinação mediata ou indireta* – Pode acontecer ainda que, embora o agente atue com vontade de praticar a conduta proibida por determinado tipo incriminador, seu comportamento não consiga se adequar diretamente a essa figura típica. É o caso, por exemplo, da tentativa de homicídio. Se João, querendo causar a morte de Antônio, contra ele vier a descarregar toda a munição existente em sua arma e, mesmo assim, errar o alvo, sua conduta não se adequará imediatamente àquela descrita no art. 121 do Código Penal, uma vez que este exige o resultado morte da vítima.

Fases de evolução do tipo

Podemos destacar três fases na evolução do tipo. Inicialmente, o tipo possuía caráter puramente descriptivo. Não havia sobre ele valoração alguma, servindo tão somente para descrever as condutas proibidas (comissivas ou omissivas) pela lei penal. Beling, citado por Cirilo de Vargas, dissertando sobre a evolução do conceito de tipo, diz que, “no primeiro momento, é concebida como descrição pura, sendo os fatos típicos conhecidos independentemente de juízos de valor”.³⁰

Na lição de Fragoso, “com a obra de Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, publicada em 1906, o conceito de *Tatbestand*, ou seja, o conceito de tipo, assumiu um significado técnico mais restrito. Para Beling o tipo não tem qualquer conteúdo valorativo, sendo meramente objetivo e descriptivo, representando o lado exterior do delito, sem qualquer referência à antijuridicidade e à culpabilidade. Haveria no tipo, tão somente, uma delimitação descriptiva de fatos relevantes penalmente, sem que isso envolvesse uma valoração jurídica dos mesmos”.³¹ Numa segunda fase, o tipo passou a ter caráter indiciário da ilicitude. Isso quer dizer que quando o agente pratica um fato típico, provavelmente, esse fato também será antijurídico. A tipicidade de um comportamento, segundo Muñoz Conde, “não implica, pois, a sua antijuridicidade, senão apenas indício de que o comportamento pode ser antijurídico (função indiciária do tipo)”.³²

O tipo, portanto, exercendo essa função indiciária, é considerado a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Conforme preleciona Zaffaroni, “a tipicidade opera como um indício de antijuridicidade, como um desvalor provisório, que deve ser configurado ou desvirtuado mediante a comprovação de causas de justificação. Em razão disso é que Max Ernst Mayer fazia um gráfico da relação entre a tipicidade e a antijuridicidade dizendo que ambas se comportavam como a fumaça e o fogo respectivamente, quer dizer que a fumaça (tipicidade) seria um indício do fogo (antijuridicidade)”.³³

Na terceira fase, o tipo passou a ser a própria razão de ser da ilicitude, a sua *ratio essendi*. Não há que se falar em fato típico se a conduta praticada pelo agente for permitida pelo ordenamento jurídico. É como se houvesse uma fusão entre o fato típico e a antijuridicidade, de modo que, se afastássemos a ilicitude, estariámos eliminando o próprio fato típico.

Fontán Balestra, analisando a teoria da *ratio essendi*, diz que para Mezger o tipo é “o injusto descrito concretamente pela lei em seus diversos artigos e a cuja realização vai ligada a sanção penal. E, ao tratar a tipicidade dentro do estudo da antijuridicidade, adota Mezger uma posição extrema com respeito à de Beling: o que atua tipicamente, diz, atua também antijuridicamente, enquanto não houver uma causa de exclusão do injusto. O tipo jurídico-penal que descreve dito atuar típico tem, portanto, a mais alta significação no referente a existência

da antijuridicidade penalmente relevante da ação: é fundamento real e de validade (*ratio essendi*) da antijuridicidade".³⁴

Teoria dos elementos negativos do tipo

Como consequência da adoção do conceito de ser o tipo a *ratio essendi* da antijuridicidade, surgiu a chamada teoria dos elementos negativos do tipo. Para essa teoria, em síntese, toda vez que não for ilícita a conduta do agente não haverá o próprio fato típico. É que, para ela, estando a antijuridicidade fazendo parte do tipo penal, se a conduta do agente for lícita em virtude da existência de uma causa de justificação, o fato deixará de ser típico. As causas de justificação, portanto, servem como elementos negativos do tipo, pois, se presentes no caso concreto, conduzirão à atipicidade do comportamento praticado pelo agente.

Classificação dos tipos penais

Tipo básico e tipos derivados Entende-se por tipo básico ou fundamental o modelo mais simples da descrição da conduta proibida ou imposta pela lei penal. Com base nessa forma mais simples, surgem os chamados tipos derivados que, em virtude de determinadas circunstâncias, podem aumentar ou diminuir a reprimenda prevista no tipo básico. Os tipos derivados podem ser, portanto, qualificados ou privilegiados.

Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no *caput*) são elementares (*essentialia delicti*); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (*accidentalia delicti*) (STJ, REsp. 467810/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 19/12/2003 p. 576, RSTJ 175, p. 535).

Tipos normais e tipos anormais Falava-se em tipos normais e anormais quando predominava, em nosso Direito Penal, a teoria causal, natural ou mecanicista da ação. Dizia-se que tipo normal era aquele que continha apenas elementos objetivos (descritivos) e tipo anormal aquele que, além dos elementos objetivos, vinha impregnado de elementos subjetivos e normativos. Hoje em dia, tal distinção perdeu o sentido, já que em todos os tipos podemos visualizar, de acordo com uma concepção finalista, tanto os elementos subjetivos quanto os necessários elementos objetivos.

Tipos fechados e tipos abertos Fechados são os tipos que possuem uma descrição completa, perfeita do comportamento que se quer proibir ou impor, a exemplo do que ocorre com o art. 155, *caput*, do Código Penal. Abertos são aqueles que a lei penal não descreve detalhadamente a conduta que se quer proibir ou impor, ficando esse trabalho de acomodação entregue ao julgador, a exemplo do que ocorre, como regra, com os delitos culposos.

Tipo complexo Fala-se em tipo complexo quando no tipo penal há o encontro de elementos objetivos com elementos de natureza subjetiva.

Tipo simples e tipo misto Entende-se por tipo simples aquele em que o tipo penal prevê tão somente um único comportamento, vale dizer, um único núcleo, a exemplo do que ocorre com o delito de homicídio (art. 121 do CP). Tipo misto, ou multinuclear, é aquele em que há a previsão de mais de um comportamento, como é o caso do art. 28, da Lei nº 11.343/2006. Os tipos mistos são subdivididos em: mistos cumulativos (onde a prática de mais de uma conduta pelo agente importará no reconhecimento do concurso de crimes,

como ocorre no art. 244 do Código Penal), e mistos alternativos (em que a prática de mais de um comportamento importará em crime único, como nas hipóteses constantes do caput do art. 180 do diploma repressivo).

Injusto penal (injusto típico)

Uma vez analisados o fato típico e a antijuridicidade e concluído que a conduta do agente é realmente típica e ilícita, dizemos que houve um injusto penal, ou, na lição de Ronaldo Tanus Madeira, “a valoração de uma ilicitude como um injusto processa-se no instante em que o julgador considera que o agente realizou uma conduta típica e não justificada”.³⁵

Classificação doutrinária dos crimes

Crimes comissivos e crimes omissivos (próprios e impróprios) Nos crimes comissivos, o tipo penal prevê um comportamento positivo (art. 155 do CP); ao contrário, nos crimes omissivos próprios, a conduta prevista no núcleo do tipo é negativa (art. 135 do CP). No entanto, nos chamados crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão ou omissivos qualificados), a conduta prevista no tipo penal é positiva, só que, em virtude da posição de garantidor de que o agente é investido, será praticada via omissão (art. 13, § 2º, do CP).

Crime omissivo próprio ou impróprio que acarreta a impossibilidade de coautoria diante do dever geral de atuação de cada indivíduo. Nos crimes omissivos cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição de garantidor (TJ-RJ, HC 0056629-04.2014.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 31/03/2015).

Crime consumado e crime tentado O art. 14 do Código Penal entende por consumado o crime quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal (inc. I), e tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (inc. II).

O delito consumado e a tentativa não são duas diferentes modalidades de delito, mas somente distintas manifestações de um único delito (STJ, HC 297.551/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 12/03/2015).

Crime doloso e crime culposo Nos termos do art. 18 do Código Penal, diz-se doloso o crime quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (inc. I), e culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (inc. II).

Crime impossível Ocorre quando, em razão da utilização de um meio absolutamente ineficaz, ou em virtude da absoluta improriedade do objeto, será impossível consumar-se o crime (art. 17 do CP).

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial processado sob a forma do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou orientação segundo a qual, embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais (REsp 1.385.621/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, S. 3, j. 27/05/2015, DJe 02/06/2015). No mesmo julgamento, foi consolidado o entendimento de que somente se configura a hipótese de delito impossível quando, na dicção do art. 17 do Código Penal, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta improriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (STJ, HC 338.684/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 16/05/2016).

O crime impossível, também denominado tentativa inadequada, inidônea ou impossível, caracteriza-se pela impossibilidade de ocorrência da consumação, seja em razão da absoluta ineficácia do meio ou absoluta impropriedade do objeto, em observância da teoria objetiva temperada, adotada pelo art. 17 do Código Penal. Entretanto, dentro da sistemática da referida teoria, se os meios empregados ou o objeto do crime forem apenas relativamente inidôneos a produzir o resultado representado pelo agente, haveria tentativa, uma vez que o resultado somente não teria ocorrido por circunstância alheia à vontade do agente (CP, art. 14, II) (STJ, HC 351.194/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 13/06/2016).

Para o reconhecimento do crime impossível é necessário que o meio seja inteiramente ineficaz para a obtenção do resultado. *In casu*, a existência de um *scanner* no complexo penitenciário, não protege o estabelecimento de forma absoluta. Nem todos os visitantes e internos são submetidos à revista pelo aparelho, até porque isso inviabilizaria a entrada nos presídios. Procedimento que apenas dificulta a prática criminosa, não sendo capaz de impedir a prática de crimes. Meio utilizado que não se mostrou absolutamente, mas relativamente ineficaz (TJ-RJ, AC 0022275-54.2013.8.19.0204, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 10/02/2015).

Não há que se falar em crime impossível, pois, para isso, deve restar constatada a absoluta impropriedade do meio empregado para a prática delitiva ou do objeto material do delito, sendo necessário que o bem jurídico protegido pela norma penal não sofra qualquer risco, em razão da total inidoneidade do meio ou do próprio objeto (STF, HC 113593/AM, Rel.ª Min.ª Cármem Lúcia, 2ª T., 17/4/2013).

Crime putativo É o que só existe na imaginação do agente, sendo, na verdade, um fato considerado atípico, por ausência de previsão legal.

Crime material É aquele cuja consumação depende da produção naturalística de um resultado (ex.: art. 121 do CP).

Crime formal Também conhecido como delito de resultado cortado ou de consumação antecipada, é aquele em que o legislador antecipa a consumação ao momento da prática da conduta prevista pelo núcleo do tipo, não se exigindo a produção naturalística do resultado (ex.: art. 159 do CP).

Crime de mera conduta Como a própria denominação induz, não prevê qualquer produção naturalística de resultado no tipo penal. Narra, tão somente, o comportamento que se quer proibir ou impor, não fazendo menção ao resultado material, tampouco exigindo sua produção (ex.: art. 150 do CP).

Crime comum É o que pode ser praticado por qualquer pessoa (ex.: art. 121 do CP).

Crime próprio É aquele cujo tipo penal exige uma qualidade ou condição especial dos sujeitos ativos ou passivos (ex.: art. 123 do CP).

Crime de mão própria É aquele cuja execução é intransferível, indelegável, devendo ser levado a efeito pelo próprio agente, isto é, “com suas próprias mãos”, para entendermos literalmente o seu significado. São infrações penais consideradas personalíssimas, que somente determinadas pessoas, e mais ninguém, pode praticá-las (ex.: art. 342 do CP).

Crimes hediondos São os previstos como tal pela Lei nº 8.072/90.

Crimes militares próprios e impróprios São próprios os crimes militares quando a previsão do comportamento incriminado somente encontra moldura no Código Penal Militar, não havendo previsão de punição do mesmo comportamento em outras leis penais (ex.: art. 203 do CPM). Impróprios são aqueles crimes previstos na legislação castrense, que também se encontram no Código Penal ou em leis especiais

(ex.: furto ou lesões corporais).

Crimes qualificados pelo resultado Quando o agente atua com dolo na conduta e dolo quanto ao resultado qualificador (ex.: art. 129, § 1º, do CP), ou dolo na conduta e culpa no que diz respeito ao resultado qualificador (ex.: art. 129, § 3º, do CP).

Crime preterdoloso Quando o agente atua com dolo na conduta e culpa com relação ao resultado (ex.: art. 129, § 3º, do CP).

O crime preterdoloso não tem seu tipo fundamental doloso alterado pelo resultado qualificador culposo nada obstando, em consequência, a incidência inequívoca e obrigatória da agravante genérica do artigo 61, inciso II, alínea ‘c’ do Código Penal, como é de regra nos crimes intencionais quando praticados à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima. (STJ, REsp. 1254749/SC, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 27/05/2014) Crime continuado Ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (art. 71 do CP).

Crime multitudinário É o cometido por uma multidão delinquente, geralmente, numa situação de tumulto.

Em se tratando de crime multitudinário ou de autoria coletiva, não se exige descrição minuciosa do comportamento de cada um dos envolvidos, bastando que a denúncia narre a participação englobada dos denunciados (TJ-MG, HC 0245221-29.2016.8.13.0000, Rel. Des. Eduardo Brum, DJe 1º/06/2016).

A jurisprudência do STF vem se orientando no sentido de que é admitida a narração genérica dos fatos, sem discriminação da conduta específica de cada denunciado (CPP, art. 41), quando se trata de crime multitudinário, eis que só a instrução pode esclarecer quem concorreu, participou ou ficou alheio à situação ilícita ou ao resultado com ela obtido (TJMG, AC 1.0024.03.022840-7/001, Rel. Des. Eduardo Brum, DJ 1º/8/2006).

Crime de dano É aquele que, para a sua consumação, deve haver a efetiva lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo (ex.: art. 163 do CP).

Crime de perigo É aquele no qual o tipo penal prevê um comportamento que traz perigo de dano ao bem juridicamente protegido. Pode ser subdividido em crime de perigo concreto (no qual há necessidade de se provar que o comportamento praticado criou, efetivamente, a situação de perigo ao bem jurídico, como ocorre com o art. 309 da Lei nº 9.503/97) ou crime de perigo abstrato, também reconhecido como de perigo presumido, em que basta a prática do comportamento previsto pelo tipo para que a infração penal reste consumada, independentemente da produção efetiva de perigo ao bem juridicamente tutelado, a exemplo do que ocorre com a posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003), bem como o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, presume o perigo do comportamento daquele que é surpreendido conduzindo veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

A Terceira Seção desta Corte Superior, à oportunidade do julgamento do EAREsp 260.556/SC, firmou o entendimento no sentido de que o mero porte de arma de fogo de uso permitido, sem autorização ou em desconformidade com determinação legal ou regulamentar, ainda que desmuniada, viola o previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, por se tratar de delito de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a segurança coletiva e a incolumidade pública, independentemente da existência de qualquer resultado naturalístico (STJ,

AgRg no REsp 1.574.444/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 1º/08/2016).

A Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a Lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para proteção de bens jurídico-penais supraindividual ou de caráter coletivo, como, por exemplo, ambiente, saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional (STF, HC 106163/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2^a T., DJe 14/9/2012).

A previsão de crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico não viola o princípio da lesividade, já que estes não criminalizam o descumprimento de meros deveres de obediência, mas penalizam uma conduta com base em conhecimentos seguros e em dados estatísticos que demonstrem que a conduta cometida pode vir a causar um perigo concreto, ou mesmo um dano efetivo. Os delitos de perigo presumido são constitucionais, porquanto é lícito ao Estado exigir do cidadão a abstenção de determinadas condutas, mormente quando se trata de tutelar bem jurídico maior, ou seja, a higidez física de terceiros e do corpo social como um todo (TJMG, HC 0771415-48.2012.8.13.0000, Rel. Des. Rubens Gabriel Soares, DJe 27/7/2012).

O simples fato de possuir munição e acessórios de arma de fogo de uso restrito caracteriza a conduta descrita no art. 16, da Lei nº 10.826/2003, por se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva, configurando-se o delito com o simples enquadramento do agente em um dos verbos descritos no tipo penal repressor (STJ, HC 95604/PB, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 03/5/2010).

Crime simples É aquele em que, mediante a análise da figura típica, conseguimos visualizar uma única infração penal, que é justamente aquela por ela própria criada (ex.: art. 121 do CP).

Crime complexo É aquele em que, mediante a análise da figura típica, conseguimos visualizar a fusão de dois ou mais tipos penais (ex.: art. 157 do CP).

Esta Corte possui o entendimento de que o roubo consiste em crime complexo, cuja execução é iniciada com a realização da conduta-meio – constrangimento ilegal, lesão corporal ou vias de fato –, ainda que não consuma o crime-fim – subtração do bem (STJ, HC 320.873/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 29/06/2016).

Em tema de crime complexo, é de se afirmar a sua forma tentada quando o crime-fim alcança a consumação, não ultrapassando, contudo, o crime-meio os limites da tentativa, precisamente porque no delito não se reúnem todos os elementos da sua definição legal (Código Penal, art. 14, inc. I) (STJ, REsp. 313545/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJ 15/12/2003, p. 412).

Crimes qualificados Surgem quando, geralmente, as penas mínima e máxima combinadas no parágrafo são superiores àquelas previstas no caput do artigo (ex.: art. 121, § 2º, do CP).

Crimes privilegiados Embora somente pudesse ser considerado como privilegiado o crime quando as penas mínima e máxima (ou pelo menos uma delas) fossem inferiores àquelas combinadas no caput, a doutrina, majoritariamente, também considera privilegiado o delito na hipótese de aplicação de causas de redução de pena (ex.: art. 121, § 1º, do CP).

Crime de bagatela A expressão crime de bagatela é característica da hipótese na qual se afirma a necessidade de aplicação do princípio da insignificância. São fatos que não se amoldam ao conceito de tipicidade material, necessário à configuração da tipicidade penal.

Inviável se mostra o reconhecimento do crime de bagatela na espécie, haja vista que o valor dos bens objetos do crime, R\$ 119,00 (cento e dezenove reais), não pode ser considerado ínfimo de modo a justificar a incidência do princípio da insignificância, porquanto correspondente a 23,33% do salário-mínimo vigente à época dos fatos (2010) (STJ, AgRg no REsp 1.320.415/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 29/06/2016).

Não se considera crime de bagatela aquele praticado por agente triplamente reincidente em crimes contra o patrimônio, a indicar que o comportamento do réu é avesso à norma penal e ao convívio respeitoso e harmônico que se espera em uma comunhão social (EAREsp nº 221.999/RS, julgado pela 3ª Seção, em acórdão ainda pendente de publicação) (STJ, REsp 1.395.088/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 02/02/2016).

Nas circunstâncias do caso, não se pode aplicar o princípio em razão da reincidência do Paciente. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal (STF, HC 111618/MG, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, 1ª T., DJe 15/6/2012).

No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (niharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica eventualmente, furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade) (STJ, HC 124858/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 1º/6/2009).

Criminal. RHC. Furto. Tentativa. Pleito de absolvição. Ínfimo valor dos bens. Inconveniência de movimentação do Poder Judiciário. Delito de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância (STJ, RHC 20028/SP, Rel. Min. Gilson Dipp,
5ª T., DJ 4/6/2007, p. 377).

Crime falho Ocorre nas hipóteses da chamada tentativa perfeita ou acabada, em que o agente, de acordo com a sua concepção, esgota tudo aquilo que entendia como necessário e suficiente à consumação da infração penal, que somente não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade.

Crime instantâneo É aquele que se consuma no momento da conduta praticada pelo agente (ex.: art. 129 do CP).

Crime instantâneo de efeitos permanentes Ocorre quando o resultado da conduta praticada pelo agente é permanente, irreversível (ex.: art.121 do CP).

Crime permanente É aquele cuja consumação se prolonga no tempo (ex.: art. 148 do CP).

Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter

em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, no caso, a excepcionalidade do art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal. Precedente (STJ, HC 324.844/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 28/06/2016).

Nos crimes permanentes, o termo *a quo* da prescrição é o dia em que findou a permanência, na hipótese, a data em que houve a cessação do recebimento do benefício indevido. Com a suspensão administrativa do benefício, não se pode mais falar em recebimento indevido, pois a autarquia previdenciária deixa de agir em erro, possuindo conhecimento acerca de eventual fraude cometida, cessando-se a permanência do delito, sendo irrelevante a reativação posterior do benefício por força de decisão judicial (STJ, AgRg. no REsp. 1366191/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., DJe 21/6/2013).

Crime a prazo É aquele em que o tipo penal exige, para sua configuração, o decurso de certo espaço de tempo (ex.: art. 169, II, do CP).

Delito de intenção É o gênero do qual são espécies o delito de resultado cortado e o crime mutilado de dois atos. “Denominam-se delitos de intenção (ou de tendência interna transcendente) aqueles em que o agente quer e persegue um resultado que não necessita ser alcançado de fato para a consumação do crime (tipos incongruentes). Dividem-se em delitos de resultado cortado e delitos mutilados de dois atos. Nos primeiros, o agente espera que o resultado externo, querido e perseguido – e que se situa fora do tipo – se produza sem a sua intervenção direta (exemplo: extorsão mediante sequestro – art. 159 – crime no qual a vantagem desejada não precisa concretizar-se, mas se vier a concretizar-se será por ato de outrem). Nos últimos, o agente quer alcançar, por ato próprio, o resultado fora do tipo (ex.: a falsificação de moeda – art. 289 – que supõe a intenção de uso ou de introdução na circulação do dinheiro falsificado)”.³⁶

Crime político É aquele que agride a segurança interna ou externa do Estado ou é dirigido contra a personalidade deste (ex.: os previstos na Lei de Segurança Nacional – Lei nº 7.170/83).

Crimes de opinião Importa em abuso na liberdade da manifestação do pensamento, podendo ser praticado por qualquer meio que tenha a possibilidade de difundir as ideias do agente, por exemplo, por meio de palavras, divulgação na imprensa, livros, artigos, revistas etc.

Crimes à distância, crimes plurilocais e crimes em trânsito Flávio Augusto Monteiro de Barros traduz a diferença entre eles, dizendo: “Segundo o lugar do evento, os crimes podem ser: a) À distância: quando a conduta e o resultado se desenvolvem em dois ou mais países.

O assunto está relacionado ao problema da lei penal no espaço; b) Plurilocal: quando a conduta e o resultado se desenvolvem em duas ou mais comarcas, dentro do mesmo país. Exemplo: a vítima é ferida na cidade de Piraju, mas morre em Bauru. A questão é relevante no tema da competência territorial (art. 70 do CPP); c) Em trânsito: quando uma parcela da conduta se realiza num país, sem lesar ou pôr em perigo bem jurídico de seus cidadãos. Ex.: ‘A’, do Paraguai, envia, para o Japão, uma carta ofendendo ‘B’, sendo que essa carta tem uma ligeira passagem pelo correio brasileiro, até prosseguir o seu rumo ao Japão.”³⁷

Crime habitual É o delito em virtude do qual se exige do agente um comportamento reiterado, necessário à sua configuração (ex.: art. 284 do CP).

Pacificou-se nos Tribunais Superiores o entendimento de que o crime de gestão fraudulenta classifica-se como habitual impróprio, bastando uma única ação para que se configure. Precedentes do STJ e do STF (STJ,

No delito habitual, é a reiteração de ações que constitui a conduta típica, a qual somente se considera inteiramente consumada com o cometimento da última ação (STJ, REsp. 705334/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 19/9/2005, p. 372).

Crime principal e crime acessório Há crimes que, para sua existência, estão íntima e necessariamente ligados à prática de outros, surgindo entre eles a relação entre principal e acessório. Tomemos como exemplo o delito de receptação. Diz o caput do art. 180 do Código Penal: Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte. Como se percebe pela redação do mencionado artigo, somente haverá receptação se a coisa que o agente adquiriu, por exemplo, for produto de crime. Para que ocorra a receptação, portanto, deverá ter havido um delito principal – furto, roubo etc. –, havendo entre eles uma relação de principal e acessório.

Infração de menor potencial ofensivo É aquela a que a lei comina pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.099/95.

Crimes monossubjetivos e crimes plurissubjetivos Monossubjetivos ou unissubjetivos são os crimes cuja conduta núcleo pode ser praticada por uma única pessoa, a exemplo do que ocorre com o homicídio, furto, lesão corporal etc. Plurissubjetivos, ao contrário, são aqueles em que o tipo penal exige a presença de duas ou mais pessoas, sem as quais o crime não se configura, como é o caso da associação criminosa, da rixa etc. São também reconhecidos como crimes de concurso necessário.

Crimes uniofensivos e crimes pluriofensivos Uniofensivos são os crimes nos quais somente se protege um único bem jurídico, como é o caso do art. 155 do Código Penal, em que se leva a efeito a proteção do patrimônio, ou no crime de homicídio, em que se protege tão somente a vida. Ao contrário, há outros crimes em que se consegue visualizar a proteção de dois ou mais bens jurídicos, mesmo que haja precipuidade entre eles, razão pela qual são reconhecidos como pluriofensivos. Assim, no crime de latrocínio, por exemplo, protege-se precípuamente o patrimônio, sem descartar a proteção da vida.

Crimes de subjetividade passiva única e crimes de subjetividade passiva dupla Os primeiros são aqueles nos quais o tipo penal prevê somente um único sujeito passivo. Assim, no homicídio, por exemplo, há somente uma única vítima, isto é, aquela que foi alvo da conduta criminosa praticada pelo agente.

Entretanto, há outras infrações penais em que se atinge mais de uma pessoa (subjetividade passiva dupla), ou seja, duas ou mais pessoas podem considerar-se vítimas da infração penal levada a efeito pelo agente, como ocorre com o delito de aborto provocado sem o consentimento da gestante, em que a gestante e o feto podem ser considerados vítimas do delito em questão. Na violação de correspondência, tipificada no art. 151 do Código Penal, da mesma forma, são consideradas vítimas do delito o remetente e o destinatário.

Crime de ímpeto Ocorre quando o agente pratica a conduta nele prevista de forma impensada, explosiva, emocionada, sem que, para tanto, tenha tempo para refletir a respeito do seu comportamento criminoso.

Crime progressivo Na definição de Hungria, "ocorre quando, da conduta inicial que realiza um tipo de crime, o agente passa a ulterior atividade, realizando outro tipo de crime, de que aquele é etapa necessária ou elemento constitutivo (reconhecida a unidade jurídica, segundo a regra do ubi major, minor

cessat)".³⁸ Dessa forma, para se chegar ao homicídio, ou seja, para que o agente alcance o resultado morte, deverá produzir na vítima, numa relação de anterioridade, lesões corporais, razão pela qual o crime a ser absorvido é conhecido delito de passagem.

Crime exaurido Ocorre quando há esgotamento completo da figura típica.

Crimes de atentado ou de empreendimento São aqueles nos quais a tentativa é elevada ao mesmo status do delito consumado, não havendo possibilidade de redução da pena, tendo em vista a sua previsão expressa no tipo penal (ex.: art. 352 do CP).

Crimes vagos Na definição de Damásio de Jesus, “são os que têm por sujeito passivo entidades sem personalidade jurídica, como a família, o público ou a sociedade. Ex.: ato obsceno (CP, art. 233)”.³⁹

Crimes ambientais São aqueles que atingem o nosso meio ambiente, causando dano ou, mesmo, perigo de lesão à nossa fauna, flora etc. (ex.: Lei nº 9.605/98).

Crimes unissubsistentes (ou monossubsistentes) e crimes plurissubsistentes Os primeiros são aqueles em que há uma concentração de atos, não sendo possível o raciocínio em termos do fracionamento do iter criminis, a exemplo do que ocorre com a injúria ou mesmo a ameaça verbal. Ao contrário, nos chamados crimes plurissubsistentes, existe possibilidade real de se percorrer, “passo a passo”, o caminho do crime. O agente cogita, prepara-se e executa a infração penal em momentos distintos e visualizáveis, tal como ocorre com os chamados crimes materiais, como é o caso do furto, das lesões corporais etc.

Crimes transeuntes e crimes não transeuntes Os primeiros são aqueles cuja prática não deixa vestígios, a exemplo dos delitos praticados por intermédio da palavra verbal (injúria, ameaça etc.); já os segundos permitem a produção de prova pericial, pelo fato de deixarem vestígios, como ocorre com as lesões corporais.

Crimes conexos São aqueles que, de alguma forma, podem ser entendidos como ligados, unidos.

Crimes falimentares São aqueles previstos pelos arts. 168 a 178 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Crimes de responsabilidade Nos termos preconizados por Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio F. Elias Rosa e Marisa F. Santos, “correspondem a infrações político-administrativas cujas sanções importam a vacância do cargo, a desinvestidura do agente e sua inabilitação por período de tempo certo para o exercício de funções públicas. Consistem, assim, em sanções não penais (art. 52, parágrafo único, da CF/1988), e podem ser aplicadas sem prejuízo destas”.⁴⁰

Crimes subsidiários São aqueles cuja aplicação depende de ser afastada a infração penal principal. São considerados, na expressão de Hungria, “soldados de reserva”.⁴¹

Crimes funcionais São os que só podem ser praticados por quem exerce cargo, emprego ou função pública. Os crimes funcionais subdividem-se em: a) próprios;

b) impróprios.

Crimes funcionais próprios são os que a ausência da qualidade de funcionário do agente torna o fato um indiferente penal, vale dizer, o fato passa a ser completamente atípico, como

acontece com o delito de prevaricação, tipificado no art. 319 do Código Penal.

Ao contrário, nos chamados *crimes funcionais impróprios*, uma vez afastada a condição de funcionário público, o fato é desclassificado para outra infração penal, a exemplo do que ocorre com o peculato-furto, previsto pelo § 1º do art. 312 do Código Penal. Aquele que, por exemplo, não gozando do *status* de funcionário público, subtrai um bem móvel pertencente à Administração Pública, deverá ser responsabilizado pelo delito de furto.

É assegurado o direito de resposta preliminar, antes do oferecimento de denúncia com supedâneo no art. 514 do Estatuto Processual, somente nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, entendidos como os crimes funcionais próprios ou típicos, os quais estão descritos nos arts. 312 a 326 do Código Penal (STJ, RHC 38.811/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, DJe 13/06/2016).

Não basta que o agente seja funcionário público para que tenha aplicação o art. 514 do Código de Processo Penal, pois exige-se, na verdade, que o delito por ele, em tese, praticado seja funcional, em que a condição de funcionário público é inerente à prática do crime (STJ, RHC 63.624/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJe 02/02/2016).

O servidor público pode ser afastado do exercício de suas atividades junto à Administração Pública em decorrência do cometimento de crime funcional, até decisão final passada em julgado (TJMG, AC 1.0000.07.453939-6/000, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, DJ 20/6/2007).

Se o fato único imputado ao funcionário constitui crime contra a Administração Pública, essa é também a única e exclusiva capituloção legal, que lhe corresponde, no rol das infrações disciplinares sujeitas à pena de demissão. Não obstante, é firme a jurisprudência do STF, com o melhor respaldo doutrinário, no sentido de que a demissão do funcionário público motivada pela prática de crime funcional pode fazer-se mediante processo administrativo, decidido antes da solução do processo penal pelo mesmo fato; esse entendimento não é afetado pela superveniência da presunção constitucional de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) (STF, MS 21294/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 21/9/2001, p. 42).

Crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado São os que preveem uma multiplicidade de comportamentos nucleares, sendo que a prática de vários deles pelo agente não importa, consequentemente, numa multiplicidade de crimes.

Nos crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, mesmo que o agente pratique várias condutas previstas no tipo, deverá ser responsabilizado por somente uma infração penal.

Veja-se, por exemplo, o art. 122 do Código Penal. Aquele que induz ou instiga alguém a suicidar-se ou presta-lhe auxílio para que o faça, mesmo que, hipoteticamente, tenha conseguido levar a efeito os três comportamentos previstos pelo tipo penal, somente responderá por um único delito. Também é a hipótese do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que diz: *Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*. Se o agente, por exemplo, além de adquirir, tiver em depósito a droga para fins de tráfico ilícito, somente será responsabilizado por um único crime.

A doutrina, entretanto, ainda leva a efeito uma diferença entre os crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, dividindo os tipos penais que os preveem em: *tipo misto alternativo* e *tipo misto cumulativo*.

Segundo as lições de James Tubenchlak, “no *tipo misto alternativo*, o agente responderá por um só crime tanto se perfizer uma conduta dentre as enunciadas alternativamente quanto na hipótese de vulnerar mais de um núcleo. Exemplos: os tipos dos arts. 122 do CP (‘induzir’, ‘instigar’ ou ‘auxiliar’), 150 do CP (‘entrar’ ou ‘permanecer’) [...]”⁴² Da mesma forma, entendemos que o art. 213 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, também se amolda ao conceito de tipo misto alternativo, embora exista divergência doutrinária sobre o tema.

No *tipo misto cumulativo*, a prática de mais de um comportamento pelo agente importará no reconhecimento do concurso material de crimes, a exemplo do que ocorre com o delito tipificado no art. 244 do Código Penal.

O crime de tráfico de drogas é considerado de ação múltipla ou tipo misto alternativo, em que a consumação ocorre com a incidência de qualquer dos núcleos (STJ, CC 146.393/SP, Rel. Min. Felix Fischer, S. 3, DJe 1º/07/2016).

O delito de tráfico de entorpecentes possui natureza de crime de ação múltipla, sendo que os núcleos contidos no art. 12 da antiga Lei de Drogas formam o que a doutrina classifica como tipo penal misto alternativo. Por tal razão, não há que se falar em contradição interna no acórdão estadual ao responsabilizar o agente por um crime único, muito embora os autos apontem para a prática de diversas condutas previstas no citado dispositivo legal (STJ, AgRg no HC 286.666/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares Fonseca, 5ª T., DJe 22/06/2015).

Crimes de forma livre e crimes de forma vinculada Os primeiros são aqueles cuja redação típica não exige um comportamento especial, previamente definido, para fins de sua caracterização, a exemplo do que acontece com os delitos de homicídio e lesão corporal. Ao contrário, crimes de forma vinculada são aqueles cujos tipos nos quais estão previstos determinam o modo como devem ser praticados, vinculando-lhes a forma de cometimento, a exemplo do que ocorre com o curandeirismo.

Crimes de ensaio ou de experiência (flagrante preparado ou provocado) Diz respeito às hipóteses do chamado flagrante preparado ou provocado, quando alguém provoca, estimula o agente a praticar a infração penal e, simultaneamente, toma todas as providências necessárias para prendê-lo em flagrante delito.

No flagrante preparado, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível, ao passo que no flagrante forjado a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico (STJ, RHC 38.810/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 18/11/2015).

Não caracteriza flagrante preparado, e sim flagrante esperado, o fato de a Polícia, tendo conhecimento prévio de que o delito estava prestes a ser cometido, surpreende o agente na prática da ação delitiva.’ (passagem da ementa do HC 78250/RJ, Min. Maurício Corrêa, j. em 15/12/1998, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal) (TJRS, AC 70046138970, Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa,

j. 27/6/2013).

Não ocorre flagrante preparado quando policial solicita a compra simulada da droga, pois as condutas de guardar ou trazer consigo a substância entorpecente já estavam consumadas e esse fato é suficiente para a configuração do tipo múltiplo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (TJRS, AC 70051283133, Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, j. 29/5/2013).

Crimes remetidos Diz-se remetido o crime quando o tipo penal remete o intérprete a outra figura típica, para que ele possa ser entendido e aplicado, como acontece, por exemplo, na hipótese prevista pelo art. 304 do Código Penal.

Crimes aberrantes Denominam-se crimes aberrantes as três hipóteses nas quais pode ser levado a efeito o raciocínio correspondente às aberratio, vale dizer: aberratio ictus, aberratio criminis e, ainda, aberratio causae.

Crimes internacionais São aqueles que dizem respeito à violação de uma norma penal internacional prevista em tratado ou convenção internacional, sujeita à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Crimes emergentes São reconhecidos como crimes emergentes aqueles que são fruto de uma sociedade considerada como pós-moderna, a exemplo dos delitos cibernéticos, os crimes ambientais, novas modalidades de extorsão mediante sequestro, tráfico de drogas, de armas e de pessoas, lavagem de dinheiro, terrorismo, crime organizado etc. São delitos que vão surgindo à medida que a sociedade vai se “desenvolvendo”, criando novas realidades, levando, muitas vezes, o seu combate em nível internacional.

Crimes condicionados e crimes incondicionados A maioria dos crimes não exige qualquer condição externa para que possam se configurar, razão pela qual são reconhecidos como crimes incondicionados, a exemplo do que ocorre com o homicídio. Existem outras infrações penais, contudo, que exigem a realização de uma condição externa para que restem caracterizadas, razão pela qual são reconhecidos como crimes condicionados, como é o caso, segundo as lições de André Estefam, dos “crimes falimentares ou falitários, cuja punibilidade depende da superveniência da sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial (art. 180 da Lei nº 11.101/2005). São também crimes condicionados aqueles previstos no art. 7º, II, do CP (casos de extraterritorialidade condicionada da lei penal brasileira)”⁴³.

Crimes de trânsito São todos aqueles praticados na direção de veículo automotor, onde terão incidência os tipos penais previstos no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), a exemplo do que ocorre com os arts. 302 e 303 do aludido diploma legal, que preveem, respectivamente, o homicídio culposo e a lesão corporal culposa, praticados na direção de veículo automotor.

Caso o veículo automotor, por exemplo, seja utilizado como instrumento para a prática de um crime de homicídio doloso, ou mesmo de uma lesão corporal também dolosa, não estaremos diante de um verdadeiro crime de trânsito, mas sim de infrações penais tipificadas no Código Penal.

Crimes de acumulação ou crimes de dano cumulativo Nas precisas lições de Cleber Masson:

“Esta classificação tem origem na Dinamarca (*kumulations delikte*), e parte da seguinte premissa: determinadas condutas são incapazes, isoladamente, de ofender o valor ou interesse protegido pela norma penal. Contudo, a repetição delas, cumulativamente consideradas,

constitui crime, em face da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Exemplo: Embora o comportamento seja imoral e ilícito, quem joga lixo uma única vez e em quantidade pequena às margens de um riacho não comete o crime de poluição. Contudo, se esta conduta for reiterada, surgirá o delito tipificado no art. 54 da Lei nº 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais.”⁴⁴

Relação de causalidade

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Superveniência de causa independente

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Relevância da omissão

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Relação de causalidade

O nexo causal, ou relação de causalidade, é o elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido.

A condenação penal não prescinde da necessária prova do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva, sendo certo que o princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjetivo). A condição de responsável pela tesouraria do estabelecimento bancário não pode significar automática responsabilização criminal em caso de desaparecimento de dinheiro, porquanto não se pode presumir a responsabilidade criminal daquele que exerce cargo/função de manuseio de numerário sem demonstração da conduta por ele praticada que resultou no tipo penal indicado. (TRF-1^a Reg., ACR 0030539-87.2010.4.01.3700/MA, Rel. Des. Fed. Mário Cesar Ribeiro, DJe 8/8/2014).

Mesmo em se tratando de crimes societários, é indispensável a indicação de uma conduta que se ligue minimamente ao resultado, não bastando a referência à condição de sócio, sob pena de responsabilização de caráter objetivo (STJ, HC 50804/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 1º/12/2008).

O reconhecimento da inexistência da autoria e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado típico, por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, é vedado em sede de *habeas corpus* (STJ, HC 65469/GO, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 12/2/2007, p. 289).

Natureza jurídica do resultado de que cuida o art. 13 do Código Penal

A posição majoritária se posiciona no sentido de que o resultado mencionado pelo art. 13 do Código Penal é aquele de natureza material, naturalístico. Nesse sentido, preleciona Sheila Bierrenbach que “a relação de causalidade refere-se, exclusivamente, aos delitos de resultado, cuja superveniência coincide com a consumação. Trata-se do nexo de causa e efeito que há de existir entre a conduta do agente e o evento descrito no tipo”.⁴⁵ Em sentido contrário, a nosso ver com razão, Luiz Flávio Gomes aduz que “Não existe crime sem resultado, diz o art. 13. A existência do crime depende de um resultado. Leia-se: todos os crimes exigem um resultado. Se é assim, pergunta-se: qual resultado é sempre exigido para a configuração do crime? Lógico que não pode ser o resultado natural (ou naturalístico ou típico), porque esse só é exigido nos crimes materiais. Crimes formais e de mera conduta não possuem ou não exigem resultado (natural). Consequentemente, o resultado exigido pelo art. 13 só pode ser o jurídico. Este, sim, é que está presente em todos os crimes. Que se entende por resultado jurídico? É a ofensa ao bem jurídico, que se expressa numa lesão ou perigo concreto de lesão. Esse resultado jurídico possui natureza normativa (é um juízo de valor que o juiz deve fazer em cada caso para verificar se o bem jurídico protegido pela norma entrou no raio de ação dos riscos criados pela conduta).”⁴⁶

Por força do princípio da equivalência dos antecedentes (art. 13 do CP), a causalidade da participação é sempre aferida em concreto e *a posteriori*, jamais em abstrato (STJ, HC 32106/RO, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJ 20/9/2004, p. 335).

Teorias sobre a relação de causalidade

Várias teorias surgiram com o fim de elucidar o problema da relação de causalidade. Dentre elas, as três que mais se destacaram foram as seguintes: *a) teoria da causalidade adequada;*

*b) teoria da relevância jurídica; c) teoria da equivalência dos antecedentes causais (ou da *conditio sine qua non*).*

Pela teoria da causalidade adequada, elaborada por von Kries, causa é a condição necessária e adequada a determinar a produção do evento.

Consoante a doutrina da causalidade adequada, a causa é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado, demonstrando que nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento (TJMG, AC 2.0000. 00.500205-5/000, Rel. Des. Otávio Portes, DJ 10/11/2006).

A teoria da relevância entende como causa a condição relevante para o resultado. Luís Greco, dissertando sobre o tema, procurando descobrir o significado do juízo de relevância, diz que, “primeiramente, ele engloba dentro de si o juízo de adequação. Será irrelevante tudo aquilo que for imprevisível para o homem prudente, situado no momento da prática da ação. Só

o objetivamente previsível é causa relevante. Mezger vai um pouco além da teoria da adequação, ao trabalhar, simultaneamente, com um segundo critério: *a interpretação teleológica dos tipos*. Aqui, não é possível enumerar nada de genérico: será o *telos* específico de cada tipo da parte especial que dirá o que não pode mais ser considerado relevante".⁴⁷

Assim, no conhecido exemplo daquele que joga um balde de água em uma represa completamente cheia, fazendo com que se rompa o dique, não pode ser responsabilizado pela inundação, pois sua conduta não pode ser considerada relevante a ponto de ser-lhe imputada a infração penal tipificada no art. 254 do Código Penal.

Pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, de von Buri, adotada pelo nosso Código Penal, considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Isso significa que todos os fatos que antecedem o resultado se equivalem, desde que indispensáveis à sua ocorrência. Verifica-se se o fato antecedente é causa do resultado baseada em uma eliminação hipotética.

Processo hipotético de eliminação de Thyrén

Segundo o professor sueco Thyrén, autor do chamado *processo hipotético de eliminação*, para considerarmos determinado fato como causa do resultado é preciso que façamos um exercício mental da seguinte maneira: 1º) temos de pensar no fato que entendemos como influenciador do resultado; 2º) devemos suprimir mentalmente esse fato da cadeia causal; 3º) se, como consequência dessa supressão mental, o resultado vier a se modificar, é sinal de que o fato suprimido mentalmente deve ser considerado como causa desse resultado.

Espécies de causas

As causas, assim consideradas aquelas que interferem na produção do resultado, podem ser *absoluta* ou *relativamente independentes*. Estas, por sua vez, podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes.

Absolutamente independentes são aquelas que não possuem qualquer relação com a conduta praticada pelo agente.

Relativamente independentes são aqueles que possuem uma ligação com o comportamento levado a efeito pelo agente.

Preexistentes (existiam antes), concomitantes (ocorreram ao mesmo tempo), supervenientes (aconteceram posteriormente) à conduta do agente.

Crimes societários

Segundo entendimento reiterado desta Corte, quanto aos crimes societários, ainda que a denúncia possa ser genérica, sem a atribuição detalhada de cada ação ou omissão delituosa a cada agente, é imprescindível a demonstração do nexo causal entre a posição do agente na empresa e a prática delitiva por ele supostamente

perpetrado, possibilitando, desse modo, o exercício amplo de sua defesa (STJ, HC 121.035/ES, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 03/08/2016).

Nos chamados crimes societários, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal (STJ, RHC 554.68/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 11/03/2015).

Linha de desdobramento físico

O resultado é considerado um desdobramento natural do comportamento praticado pelo agente.

O fato de a vítima ter falecido no hospital em decorrência das lesões sofridas, ainda que se alegue eventual omissão no atendimento médico, encontra-se inserido no desdobramento físico do ato de atentar contra a vida da vítima, não caracterizando constrangimento ilegal a responsabilização criminal por homicídio consumado, em respeito à teoria da equivalência dos antecedentes causais adotada no Código Penal e diante da comprovação do *animus necandi* do agente (STJ, HC 42559/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJ 24/4/2006, p. 420).

Omissão como causa do resultado

Ao fornecer o conceito de causa, o Código não fez distinção entre a ação ou a omissão. Pela simples leitura da parte final do *caput* do art. 13, chegamos à conclusão de que a omissão também poderá ser considerada causa do resultado, bastando que para isso o omitente tenha o dever jurídico de impedir, ou pelo menos tentar impedir, o resultado lesivo.

Crimes omissivos próprios e impróprios

Crimes omissivos próprios, puros ou simples, segundo Mirabete, “são os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico. Para a existência do crime basta que o autor se omita quando deve agir”.⁴⁸

Crimes omissivos impróprios, comissivos por omissão ou omissivos qualificados são aqueles em que, para sua configuração, é preciso que o agente possua um dever de agir para evitar o resultado.⁴⁹ Esse dever de agir não é atribuído a qualquer pessoa, como acontece em alguns crimes omissivos próprios, a exemplo do art. 135 do Código Penal, mas tão somente àquelas que gozem do *status* de garantidoras da não ocorrência do resultado.

Relevância da omissão

Nos termos do § 2º do art. 13 do Código Penal, *a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*.

Pela redação inicial do artigo, podemos observar que a lei penal exige a conjugação de duas situações: o *dever de agir* (elencado nas alíneas *a*, *b* e *c*) com o *poder agir*.

O dever de agir, apontado nas alíneas do § 2º do art. 13 do código penal, é considerado, na definição de Sheila de Albuquerque Bierrenbach, um dever especial de proteção: “Dever específico, imposto apenas ao garante. Diverso daquele outro dever nascido, de forma imediata, da norma preceptiva, contida na Parte Especial do Código, que obriga a todos indistintamente. Deste modo, à luz do art. 135 do estatuto penal, que tipifica a ‘omissão de socorro’, cabe a todos cumprir o mandamento legal, agindo para evitar ou tentar evitar que o perigo que ronda o bem jurídico protegido pela norma efetive-se, transformando-se em dano. Trata-se, pois, de dever genérico de proteção.”⁵⁰

Nas imputações pela prática de crime comissivo por omissão, para que se configure a materialidade do delito, é imprescindível a descrição da conduta (omitida) devida, idônea e suficiente para obstar o dano ocorrido. (STJ, *RHC 39627/RJ*, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., *DJe* 30/4/2014) A conduta de não comunicar aos novos proprietários a existência de área de proteção ambiental poderia, em tese, configurar crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, no qual o agente só pode ser punido se ostentar posição de garante, conforme dispõe o art. 13, § 2º, do CP. Contudo, no caso, o paciente não tinha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, tampouco assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, de modo que só poderia ser incriminado se, com seu comportamento, houvesse criado o risco da ocorrência da lesão. Daí, a Turma concedeu a ordem para trancar a ação penal (STJ, *HC 134.409/SP*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 16/8/2011, *Informativo* nº 481).

A teor do § 2º do art. 13 do Código Penal, somente poderá ser autor do delito quem se encontrar dentro de um determinado círculo normativo, ou seja, em posição de garantidor (STJ, *HC 68871/PR*, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., *DJe* 5/10/2009).

A posição de garantidor

Nas alíneas do § 2º do art. 13 do Código Penal, encontramos as situações que impõem ao agente a posição de garantidor da evitabilidade do resultado.

O que a lei deseja, nessas situações por ela elencadas, é que o agente atue visando, pelo menos, tentar impedir o resultado. É como se ela lhe dissesse: “Faça alguma coisa, porque você está obrigado a isto; caso contrário, o resultado lesivo será a você atribuído.” O garante, portanto, nas situações elencadas pelo Código Penal, tem o dever de agir para tentar impedir o resultado. Estas são as situações que impõem ao agente a posição de garantidor: *a)* tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; *b)* de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; *c)* com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Sendo imputada a prática de homicídio doloso praticado por omissão imprópria, necessária a descrição do comportamento omissivo voluntário, a consciência de seu dever de agir e da situação de risco enfrentada pelo ofendido, a previsão do resultado decorrente de sua omissão, o nexo normativo de evitação do resultado, o resultado material e a situação de garantidor nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, o que se verificou no caso dos autos. Logo, observados os parâmetros do art. 41 do CPP (STJ, *RHC 46.823/MT*, Rel. Min.

Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T, DJe 15/04/2016).

Para a realização do tipo subjetivo nos crimes omissivos impróprios, além da vontade consciente de abstenção da atividade devida, informada pela posição de garantidor e a possibilidade de impedir o resultado, também é necessária demonstração do elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa), sem o qual não existe nexo causal entre a omissão e o resultado (TJ-MG, RSE 0310447-17.2013.8.13.0701, Rel. Des. Rubens Gabriel Soares, DJe 24/02/2016).

Nos crimes omissivos, cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição de garantidor (TJ-RJ, HC 0056629-04.2014.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 31/03/2015).

Como consequência do princípio da responsabilidade penal pessoal, ninguém pode ser condenado criminalmente por ato de outrem, senão pelas próprias ações ou omissões lesivas (princípio da autorresponsabilidade). Para que um sinistro praticado pelos filhos menores seja imputado às mães, é imprescindível a comprovação nos autos de um comportamento positivo ou omissivo das genitoras que concretamente tenha ensejado o resultado lesivo. Os delitos omissivos impróprios exigem a demonstração da capacidade de ação dos omitentes, em especial da real possibilidade de evitarem a lesão ao bem jurídico tutelado, bem como a indicação da ação concreta que era esperada e não se verificou, inadmissível a presunção de que as mães sempre podem evitar ações lesivas de seus filhos (TJMG, AC 1.0342. 05.056175-8/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 22/9/2008).

Cominação de pena diferenciada ao garantidor

Como vimos, o garantidor responderá pelo resultado que devia e podia evitar. Assim, só a título de reforço de raciocínio, imagine-se que um policial, durante sua ronda noturna, perceba que alguém esteja praticando um crime de roubo. Cansado, mesmo podendo agir, dada a superioridade do armamento que portava, uma vez que o agente do roubo trazia consigo somente uma faca de cozinha, resolve abandonar a vítima à sua própria sorte, permitindo, assim, o sucesso do crime contra o patrimônio. Aqui, pergunta-se:

por qual infração penal deverá responder o policial que, devendo e podendo, se omitiu, permitindo a consumação do crime tipificado no art. 157 do Código Penal? Ao contrário do que se poderia inicialmente imaginar, o funcionário público/policial não responderá pelo delito de prevaricação, mas sim o delito de roubo, ou seja, aquele que, devendo e podendo, não tentou evitar. As mesmas penas previstas para o crime praticado pelo agente autor do roubo lhe serão aplicadas, ou seja, aquelas cominadas no preceito secundário do art. 157 do diploma repressivo. Essa, portanto, é a regra.

Essa regra, contudo, sofre exceções, a exemplo do que ocorre com o § 2º do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, quando, após cominar àqueles que praticam o crime de tortura uma pena de reclusão, de dois a oito anos, no que diz respeito ao garantidor, assevera, *verbis*: *§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.*

Assim, como se percebe, a pena cominada ao garantidor é a metade daquela prevista para o autor da tortura. No entanto, ambos serão responsabilizados pelo delito de tortura, ou seja, a

infração penal do autor/executor e a do garantidor são idênticas, modificando-se, no entanto, as penas em virtude das quais serão responsabilizados.

Crimes omissivos por comissão

Há algum tempo se discute doutrinariamente a possibilidade de ocorrência do chamado *crime omissivo por comissão*, que seria aquele em que o agente, mediante um comportamento positivo, impede que terceira pessoa realize a conduta a que estava obrigada, com a finalidade de produzir determinado resultado. A título de exemplo, imagine-se a hipótese em que o agente, querendo causar a morte da vítima, que estava se afogando, impede a ação do salva-vidas; ou, ainda, a hipótese em que o agente, ao saber que a vítima, seu maior inimigo, havia sido picado por uma cobra, vai até o hospital e quebra a única ampola contendo o antídoto, que seria aplicado à vítima, naquele instante, pelo médico responsável pelo atendimento; ou, também, na hipótese em que o agente, percebendo que a vítima estava se afogando, rasga o bote com o qual seria levado a efeito o seu resgate em alto-mar.

Existe controvérsia doutrinária sobre o tema. Fragoso aduz que, para von Weber, “essa espécie de crime ocorreria quando se viola uma norma que impõe uma ordem de ativar-se, em conjunto com uma proibição de impedir a ocorrência do resultado”. E continua dizendo que, na Itália, Manzini afirmava, peremptoriamente, que existiam certos crimes omissivos que podiam ser praticados mediante ação. No entanto, juntamente com Armin Kaufmann, Fragoso,⁵¹ nega, a nosso ver com razão, a possibilidade de ocorrência dessa figura omissiva.

Com a devida *venia* das posições em contrário, entendemos que, se o agente, com seu comportamento comissivo, impede que alguém, seja ele garantidor ou não, venha a praticar um comportamento que, no caso concreto, lhe era exigido, deverá responder pelo resultado a título de comissão, e não de omissão, pois, efetivamente, fez alguma coisa para que o resultado viesse a se produzir.

Assim, nos exemplos citados, se o agente impede a ação do salva-vidas, quebra a ampola que continha o antídoto ou rasga o bote inflável, tudo isso com a finalidade de causar a morte da vítima, responderá pelo delito de homicídio doloso, praticado comissivamente, e não por um delito omissivo, levado a efeito via comissão.

Teoria da Imputação objetiva

A teoria da imputação objetiva surgiu com a finalidade de limitar o alcance da chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, sem, contudo, abrir mão desta última.⁵² Por intermédio dela, deixa-se de lado a observação de uma relação de causalidade puramente material para se valorar outra, de natureza jurídica, normativa.⁵³ Com base nos ensaios de Richard Honig,⁵⁴ autor da obra *Causalidade e Imputação Objetiva*, trazida a público em 1930, cuja finalidade era resolver os problemas criados pela teoria da equivalência dos antecedentes

causais e a teoria da adequação, Roxin desenvolve o conceito de imputação objetiva.

Procurando fugir dos dogmas causais, Roxin,⁵⁵ fundamentando-se no chamado *princípio do risco*, criou uma teoria geral da imputação para os *crimes de resultado* com quatro vertentes que impedirão sua imputação objetiva. São elas: *a) diminuição do risco; b) criação de um risco juridicamente relevante; c) aumento do risco permitido; d) esfera de proteção da norma como critério de imputação.*

Com fundamento no argumento segundo o qual o comportamento social do homem é vinculado a papéis, Jakobs traça quatro instituições jurídico-penais sobre as quais desenvolve a teoria da imputação objetiva, a saber: *a) risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso; d) competência ou capacidade da vítima.*

De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável (STJ, REsp 822.517/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T, LEXSTJ, v. 218, p. 362).

Estelionato. Alegada autocolocação da vítima em risco. Inocorrência. Teoria da imputação objetiva não reconhecida pela doutrina e jurisprudência nacionais. Hipótese dos autos que, ademais, não se aproxima das situações expostas pelos adeptos da teoria da imputação objetiva (TJSP, AC 0001739-09.2010.8.26.0050, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, DJe 24/7/2014).

A presença de traumatismo craniano, ainda que assintomático, impõe atenção, especialmente em virtude da possibilidade do surgimento de complicações tardias. A omissão de procedimentos, decorrente da falta de uma adequada avaliação do paciente que apresenta quadro clínico que recomendava cuidados especiais, que tenha contribuído para a ocorrência do evento danoso, caracteriza negligência punível na esfera penal. A conduta que aumentou o risco de perigo não permitido, inserido no âmbito de proteção da norma, que se materializou no resultado típico, assume relevância na linha de desdobramento causal, não tendo o condão de excluir o nexo causalidade e consequentemente a imputação objetiva. (TJMG, AC 1.0625.10.011730-2/001, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, DJe 20/11/2013).

De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva, o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que vise diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável (STJ, REsp. 822517/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T, DJ 29/6/2007, p. 697).

Narra a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não ocorrente na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em

conformidade com o direito, o que não ocorreu *in casu*, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal (STJ, 46525/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 6^a T., *DJ* 10/4/2006, p. 245).

Segundo a teoria do incremento do risco permitido, forjada por Claus Roxin e prestigiada pela mais moderna doutrina penalista, responde por homicídio culposo o médico que, tendo sido responsável por cirurgia plástica em clínica particular, sem médico plantonista, é chamado pela paciente durante a noite e somente vai dar-lhe atendimento pela manhã, encaminhando-a a unidade hospitalar com recursos adequados mais de 12 (doze) horas depois de acionado (TJMG, AC 1.0024.00.082 550-5/001, Rel.^a Des.^a Maria Celeste Porto, *DJ* 14/7/2006).

Não cria um risco juridicamente desaprovado aquele que empresta um carro a terceira pessoa, com a observação de que lhe seja consertado o freio antes de transitar com ele, aplicando-se, em tal hipótese, o princípio da confiança, ou seja, o acusado confiou que o motorista iria corrigir o defeito do automóvel antes de colocá-lo em circulação, estando dentro do risco permitido, pois aquele que se comporta adequadamente pode confiar que os demais também o façam, excetuando-se as hipóteses em que existam motivos para se desconfiar que determinada pessoa irá desobedecer às normas de conduta (TJMG, AC 2.0000.00.438534-0/000, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, *DJ* 26/6/2004).

Art. 14. Diz-se o crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*)

Crime consumado

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Pena de tentativa

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Iter criminis É composto pelas seguintes fases: a) cogitação (cogitatio); b) preparação (atos preparatórios); c) execução (atos de execução); d) consumação (summatum opus); e) exaurimento.⁵⁶

Consumação

Segundo o inc. I do art. 14 do Código Penal, diz-se consumado o crime quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. Conforme sua classificação doutrinária,

cada crime tem sua particularidade. Assim, nem todos os delitos possuem o mesmo instante consumativo. A consumação, portanto, varia de acordo com a infração penal selecionada pelo agente.

Momento consumativo nos crimes

a) materiais e culposos: quando se verifica a produção do resultado naturalístico, ou seja, quando há a modificação no mundo exterior. Ex.: homicídio (art. 121 do CP); *b) omissivos próprios:* com a abstenção do comportamento imposto ao agente. Ex.: omissão de socorro (art. 135 do CP); *c) mera conduta:* com o simples comportamento previsto no tipo, não se exigindo qualquer resultado naturalístico. Ex.: violação de domicílio (art. 150 do CP); *d) formais:* com a prática da conduta descrita no núcleo do tipo, independentemente da obtenção do resultado esperado pelo agente, que, caso aconteça, será considerado como mero exaurimento do crime. Ex.: extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP); *e) qualificados pelo resultado:* com a ocorrência do resultado agravador. Ex.: lesão corporal qualificada pelo resultado aborto (art. 129, § 2º, V, do CP); *f) permanentes:* enquanto durar a permanência, uma vez que o crime permanente é aquele cuja consumação se prolonga, perpetua-se no tempo. Ex.: sequestro e cárcere privado (art. 148 do CP).

Não punibilidade da cogitação e dos atos preparatórios

O inc. II do art. 14 do Código Penal assevera que o crime é tentado quando, *iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.*

A lei penal, com a redação dada ao aludido inciso, limitou a punição dos atos praticados pelo agente a partir de sua execução, deixando de lado a cogitação e os atos preparatórios.

Nosso ordenamento jurídico não pune a fase de cogitação do crime e, em regra, não pune os atos preparatórios, a não ser que a preparação seja também tipificada. Caracteriza-se a fase de execução pelo desempenho do verbo núcleo do tipo penal. Aquele que porta arma de fogo na cintura, sem exibi-la, e apenas pergunta a terceiro de quem seria uma caminhonete estacionada na rua, sem anunciar assalto ou exigir as chaves do carro, não realiza o verbo subtrair, não ingressando, portanto, na fase de execução do roubo. (TJMG, AC 0474535-32.2012.8.13.0079, Rel. Des. Marcílio Eustáquio dos Santos, DJe 29/8/2014) Não se pode imputar ao réu que adultera chassi de automóvel para posterior venda, a prática de tentativa de estelionato, porque a execução do crime do art. 171, *caput*, do Código Penal, inicia-se com o engano da vítima, sendo as condutas anteriores atos meramente preparatórios, que somente serão puníveis quando, de per si, consubstanciem a prática de crime autônomo (STJ, REsp. 818741/BA Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 23/4/2007, p. 302).

É atípico e penalmente irrelevante o plano com escopo de caluniar alguém, abortado ainda em fase de execução (STJ, Inq. 256/MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, CE, DJ 12/11/2001, p. 116).

Diferença entre atos preparatórios e atos de execução

Talvez um dos maiores problemas que enfrentamos ao iniciarmos o estudo do Direito Penal seja, justamente, tentar diferenciar os atos preparatórios, não puníveis pela nossa lei, dos

chamados atos de execução, uma vez que a linha que os separa é por demais tênue.

Várias teorias surgiram, ao longo do tempo, com a finalidade de elaborar essa distinção. A conclusão de que determinado ato praticado pelo agente é preparatório ou de execução tem repercussões importantíssimas. Como visto, a cogitação e os atos preparatórios não são puníveis, uma vez que a lei penal somente se interessa pelo fato quando o agente, ressalvadas as hipóteses de punição dos atos preparatórios como infrações autônomas, inicia os atos de execução.

Assim, se considerarmos como preparatório o ato, com ele não se importará o Direito Penal, ao passo que, se o interpretarmos como de execução, sobre ele já terá incidência a lei, podendo-se falar, a partir daí, pelo menos, em tentativa, caso o agente não chegue à consumação por circunstâncias alheias à sua vontade.

Dentre as inúmeras teorias que surgiram com a finalidade de definir a tentativa, podemos citar as seguintes:

- *teoria subjetiva*: haveria tentativa quando o agente, de modo inequívoco, exteriorizasse sua conduta no sentido de praticar a infração penal. Esta teoria se satisfaz tão somente com o fato do agente revelar sua intenção criminosa através de atos inequívocos, não fazendo distinção, outrossim, entre atos preparatórios e atos de execução;
- *teorias objetivas*: formal e material. Para a teoria formal-objetiva, concebida por Beling, somente poderíamos falar em tentativa quando o agente já tivesse praticado a conduta descrita no núcleo do tipo penal. A teoria material-objetiva busca ser um complemento da primeira. Segundo Carlos Parma, por intermédio dela se incluem “ações que por sua necessária vinculação com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segundo uma natural concepção ou que produzem uma imediata colocação em perigo de bens jurídicos”,⁵⁷

• *teoria da hostilidade ao bem jurídico*: Era a teoria preconizada por Mayer. Para se concluir pela tentativa, teria de se indagar se houve ou não uma agressão direta ao bem jurídico.

“Ato executivo (ou de tentativa) é o que ataca efetiva e imediatamente o bem jurídico; ato preparatório é o que possibilita, mas não é ainda, sob o prisma objetivo, o ataque ao bem jurídico.”⁵⁸

• *Teoria da Impressão* – essa teoria, de acordo com os ensinamentos de Paulo César Busato, “justifica a punibilidade da tentativa em função da impressão provocada pela conduta do agente. Toda conduta que produz na comunidade a impressão de uma agressão ao direito, prejudicando sua validade na consciência comunitária, é perigosa e, como tal, merecedora de castigo.”⁵⁹

Na verdade, não obstante os esforços expendidos por um grande número de doutrinadores a fim de demarcar a fronteira entre os atos preparatórios e os de execução, tal tarefa, mesmo nos dias de hoje, ainda não foi superada. Há atos que, com toda certeza, reputaríamos como preparatórios ao início da execução da infração penal, como, v.g., a aquisição da arma pelo

agente e a procura pelo automóvel mais fácil de ser subtraído, em face da ausência de dispositivos de segurança; há outros que, também com absoluta certeza, entenderíamos como de execução, como no caso de o agente já estar se retirando do interior da casa da vítima levando consigo algumas joias a ela pertencentes, ou mesmo daquele que inicia o acionamento da arma puxando-lhe o gatilho.

Embora existam os atos extremos, em que não há possibilidade de serem confundidos, a controvérsia reside naquela zona cinzenta na qual, por mais que nos esforcemos, não teremos a plena convicção se o ato é de preparação ou de execução. Ainda não surgiu, portanto, teoria suficientemente clara e objetiva que pudesse solucionar esse problema.

A distinção entre atos preparatórios e executórios é tormentosa e exige uma conjugação de critérios, tendo como ponto de partida a teoria objetivo-formal, de Beling, associada a outros parâmetros subjetivos e objetivos (como a complementação sob a concepção natural, proposta por Hans Frank), para que, consoante o tirocínio do julgador, seja possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizados atos tão próximos do início do tipo que, conforme o plano do autor, colocaram em risco o bem jurídico tutelado. Tal solução é necessária para se distinguir o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP e o começo de execução da ação típica. Quando o agente penetra no verbo nuclear, sem dúvida, pratica atos executórios. No entanto, comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, evidenciam o risco relevante ao bem jurídico tutelado também caracterizam início da execução do crime (STJ, REsp 1.252.770/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 26/03/2015).

A norma de extensão descrita no art. 14, inc. II, do Código Penal permite a decomposição do *iter criminis* para que, desincumbindo-se o executor de todos os meios eleitos para a prática delituosa, caso o resultado pretendido ou assumido não se verifique por causas alheias à sua vontade, seja responsabilizado pelo perigo que acarretou, com a sua conduta, ao bem jurídico tutelado pela norma penal (STJ, HC 147729/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 20/6/2012).

Nos termos do art. 14, inc. II, do Código Penal, só há tentativa quando, iniciada a conduta delituosa, o crime não se consuma por fatores alheios à intenção do agente. Na hipótese em tela, não se verificou qualquer ato de execução, mas somente a cogitação e os atos preparatórios dos acusados que confessaram a intenção de roubar determinada agência dos correios. Descabida, pois, a imputação do crime de roubo idealizado (STJ, CC 56209/MA, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, S3, DJ 6/2/2006, p. 196).

Dúvida se o ato é preparatório ou de execução

Se, no caso concreto, depois de analisar detidamente a conduta do agente e uma vez aplicadas todas as teorias existentes que se prestam a tentar distinguir os atos de execução, que se configurarão em tentativa, dos atos meramente preparatórios, ainda assim persistir a dúvida, esta deverá ser resolvida em benefício do agente. Seguindo a lição de Hungria, “nos casos de irredutível dúvida sobre se o ato constitui um ataque ao bem jurídico ou apenas uma predisposição para esse ataque, o juiz terá de pronunciar o *non liquet*, negando a existência da tentativa”.⁶⁰

Para distinguir a diferença entre atos preparatórios para a prática de um crime e atos de execução propriamente ditos, há que se considerar dois fatores essenciais: a idoneidade e a inequivocidade da conduta do agente. Quando ele pratica atos inequívocos e idôneos para o cometimento do delito, aí começa a execução do

crime (TJSC, AC, Rel. Ernani Ribeiro, RTJE 114, p. 265).

Elementos que caracterizam o crime tentado

Para que se possa falar em tentativa, é preciso que: *a) a conduta seja dolosa*, isto é, que exista uma vontade livre e consciente de querer praticar determinada infração penal; *b) o agente ingresse, obrigatoriamente, na fase dos chamados atos de execução*; *c) não consiga chegar à consumação do crime*, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Carcereiro que colaborou com a tentativa de introdução de substância entorpecente em delegacia. Recurso não provido. Somente se pode dizer que há auxílio quando a substância proibida chega às mãos do destinatário final. Se não chegar, os fatos não passam da esfera do delito tentado. No caso, sua conduta ultrapassou a fase dos atos preparatórios, ingressando na esfera da execução do tipo. Contudo, passou disso, isto é, o *iter criminis* foi interrompido porque ele percebera a movimentação dos delegados de polícia e de investigadores (Ap. Crim. 110.346-3, Rel. Celso Limongi, Ribeirão Pires, 20/11/91).

Tentativa perfeita e tentativa imperfeita

Podemos distinguir a tentativa em perfeita e imperfeita. Fala-se em *tentativa perfeita, acabada*, ou *crime falho*, quando o agente esgota, segundo o seu entendimento, todos os meios que tinha ao seu alcance a fim de alcançar a consumação da infração penal, que somente não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Diz-se *imperfeita*, ou *inacabada*, a tentativa em que o agente é interrompido durante a prática dos atos de execução, não chegando, assim, a fazer tudo aquilo que intencionava, visando consumar o delito.

Diante da tentativa perfeita ou crime falho, hipótese em que o agente não foi interrompido na execução do delito, tendo feito tudo aquilo que estava a seu alcance para obter êxito na empreitada criminosa, há de ser aplicada a fração redutora em seu patamar mínimo (TJ-MG, AC 3150415-44.2014.8.13.0024, Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, DJe 25/05/2016).

Vítimas que, embora não atingidas em região vital, somente não desfaleceram por circunstâncias alheias à vontade do agente. Esgotamento de todos os meios executórios. Tentativa perfeita. *Iter criminis* totalmente percorrido. Redutor de 1/3 (um terço) corretamente aplicado pelo sentenciante. (TJSC, Processo 2013.031431-8, Rel^a Des^a Marli Mosimann Vargas, j. 18/2/2014).

Tratando-se de tentativa perfeita ou crime falho, em que ela foi esgotada, a diminuição deve ser feita em seu mínimo legal, pouco importando que as circunstâncias judiciais militem em favor do réu (TJMG, AC 1.0395.03.004239-8/001, Rel.^a Des.^a Jane Silva, DJ 13/1/2007).

Tentativa e contravenção penal

Em virtude da determinação expressa constante do art. 4º do Decreto-Lei nº 3.688/41, não é punível a tentativa de contravenção penal.

Tentativa branca

Fala-se em tentativa branca, ou incruenta, quando o agente, não obstante ter utilizado os meios que tinha ao seu alcance, não consegue atingir a pessoa ou a coisa contra a qual deveria recair sua conduta.

Em sede de homicídio tentado, na hipótese em que se conjugam as circunstâncias de se tratar de homicídio privilegiado e sob a forma de tentativa branca, é razoável a redução da pena no seu percentual máximo (STJ, REsp. 117253/DF, Rel. Min. Vicente Leal, 6^a T., *RJADCOAS* 10, p. 611).

Teorias sobre a punibilidade do crime tentado

Para solucionar o problema da punição da tentativa, surgiram, basicamente, duas teorias: a subjetiva e a objetiva.

Segundo a teoria subjetiva, o agente que deu início aos atos de execução de determinada infração penal, embora, por circunstâncias alheias à sua vontade, não tenha alcançado o resultado inicialmente pretendido, responde como se a tivesse consumado. Basta, como se vê, que sua vontade seja dirigida à produção de um resultado criminoso qualquer, não importando se efetivamente ele venha ou não a ocorrer. Aqui será aplicada ao agente a pena cominada ao crime consumado, não incidindo, outrossim, redução alguma pelo fato de ter permanecido a infração penal na fase do *conatus*.

Já a teoria objetiva, adotada como regra pelo nosso código, entende que deve existir uma redução na pena quando o agente não consiga, efetivamente, consumar a infração penal. Quer dizer, a pena para a tentativa deve ser menor do que aquela aplicada ao agente que consegue preencher todos os elementos da figura típica. Tal regra, contudo, sofre exceções, como no caso em que o legislador pune a tentativa com as mesmas penas do crime consumado, prevendo-a expressamente no tipo, a exemplo do art. 352 do Código Penal. Por essa razão, ou seja, por causa da ressalva contida no parágrafo único do art. 14, é que podemos concluir ter o Código Penal adotado a teoria objetiva temperada, moderada ou matizada, isto é, a regra é que a pena correspondente ao crime tentado sofra uma redução. Contudo, tal regra sofre exceções, conforme previsto pelo próprio artigo. Assim, embora adotando-se uma teoria objetiva, ela não é *pura*, mas, sim, como dissemos, temperada, moderada ou matizada.

Tentativa e redução de pena

O percentual de redução não é meramente opção do julgador, livre de qualquer fundamento. Assim, visando trazer critérios que possam ser aferidos no caso concreto, evitando decisões arbitrárias, entende a doutrina que quanto mais próximo o agente chegar à consumação da infração penal, menor será o percentual de redução; ao contrário, quanto mais distante o agente permanecer da consumação do crime, maior será a redução.

Esta Corte possui entendimento consolidado no sentido de que o *quantum* de redução da pena pela tentativa deve considerar o *iter criminis* percorrido pelo agente (STJ, HC 351.408/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 23/05/2016).

A redução pela tentativa deve-se pautar pelo *iter criminis* percorrido pelo agente, estando a metade da redução prevista em lei vinculada à hipótese de proximidade intermediária com a consumação do delito (STJ, HC 162416/DF, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 27/5/2013).

Por ocasião da análise do *quantum* a ser arbitrado à tentativa (CP, art. 14, II), cabe verificar o caminho inverso do *iter criminis*, no sentido de que quanto mais próximo da consumação, menor deve ser a redução. Assim sendo, em tendo o acusado se aproximado das vias finais de consumação do crime, deve-se reduzir a reprimenda em proporção inferior ao limite máximo estabelecido pelo art. 14, parágrafo único, do Código Penal (TJSC, ACr 2009.024655-5,

Rel.^a Des.^a Salete Silva Sommariva, DJSC 21/7/2010, p. 389).

Tentativa e dolo eventual

Questão extremamente complexa é a possibilidade de ser admitida a tentativa nas hipóteses de dolo eventual. Ao contrário do que possa parecer, mesmo tratando-se de dolo (eventual), o raciocínio não flui de forma tranquila como acontece quando estamos diante do dolo por excelência, que é o dolo direto, seja ele de primeiro ou de segundo grau. A doutrina espanhola, em sua maioria, entende, no caso em exame, ser perfeitamente admissível o *conatus*. Muñoz Conde, com o brilhantismo que lhe é peculiar, mesmo admitindo a controvérsia sobre o tema, assevera que, “na medida em que o tipo do respectivo delito admita a comissão dolosa eventual, [...], caberá também a tentativa com esta forma de imputação subjetiva, ainda que o normal na tentativa seja o dolo direto, pelo menos de segundo grau”.⁶¹ José Cerezo Mir, sem enfrentar o tema com profundidade, afirma que “a tentativa é compatível, segundo a opinião dominante, com o dolo eventual”.⁶² No Brasil, Frederico Marques também entende como perfeitamente admissível a tentativa no dolo eventual.⁶³

No mesmo sentido, aduz Fernando Galvão que “os crimes que se realizam com dolo eventual admitem tentativa. No plano objetivo, sendo possível fracionar a conduta, a tentativa é perfeitamente compatível com o dolo eventual. Se o dolo eventual é caracterizado pela postura subjetiva de assumir a ocorrência do resultado, o comportamento é tendencioso à realização de tal objetivo e pode haver a interrupção que autoriza uma responsabilidade diminuída”.⁶⁴

Esta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido da compatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado (STJ, AgRg no REsp 1.176.324/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 23/02/2016).

Embora a questão não encontre solução pacífica na doutrina, adotando-se como premissa a equiparação do dolo direto com o dolo eventual realizada pelo legislador ordinário, afigura-se compatível o delito tentado praticado com dolo eventual. Precedente (STJ, HC 147729/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 20/6/2012).

Apesar da força do pensamento dos mencionados autores, acreditamos ser o dolo eventual completamente incompatível com a tentativa. Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée não admitem essa hipótese, dizendo que “não é possível a tentativa com dolo eventual, pois [...] o dolo eventual tem a estrutura de uma imprudência a que, por razões político-criminais, se aplica a pena do delito doloso”.⁶⁵

Independentemente do paralelo que se tente traçar entre o dolo eventual e a culpa consciente, o fato é que, nos casos concretos, o raciocínio da tentativa torna-se inviável. A

própria definição legal do conceito de tentativa nos impede de reconhecê-la nos casos em que o agente atua com dolo eventual. Quando o Código Penal, em seu art. 14, II, diz ser o crime tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à *vontade* do agente, nos está a induzir, mediante a palavra *vontade*, que a tentativa somente será admissível quando a conduta do agente for finalística e diretamente dirigida à produção de um resultado, e não nas hipóteses em que somente assuma o risco de produzi-lo, nos termos propostos pela teoria do assentimento. O art. 14, II, do Código Penal adotou, portanto, para fins de reconhecimento do dolo, tão somente, a teoria da vontade.

Crime de trânsito. Denúncia por homicídio tentado com dolo eventual. Decisão pronunciatória. Necessidade de reforma. Impossibilidade lógica de admitir-se a tentativa no dolo eventual. Desclassificação do delito (TJRS, Rese 70028712321, Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, DJ 1º/7/2009).

Desistência voluntária e arrependimento eficaz (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Art. 15.** O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Desistência voluntária**

Na primeira parte do art. 15 do Código Penal, encontramos a chamada desistência voluntária. A primeira ilação que se extrai desse artigo é que, para que se possa falar em desistência voluntária, é preciso que o agente já tenha ingressado na fase dos atos de execução. Caso ainda se encontre praticando atos preparatórios, sua conduta será considerada um indiferente penal.

O instituto do arrependimento eficaz e da desistência voluntária somente são aplicáveis a delito que não tenha sido consumado (STJ, AgRg no REsp 1.549.809/DF, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 24/02/2016).

Para que se caracterize o instituto descrito no art. 15 do Código Penal, é necessário que o agente espontaneamente cesse os atos executórios da infração. No caso em tela, os acusados, no firme propósito de subtrair o celular da vítima, intimidando-o com uma arma de fogo, desistem, porque perceberam a presença da polícia próximo ao local e ficaram receosos de serem flagrados e presos. Portanto, os apelantes não continuaram seu intento criminoso, não porque não quiseram, mas porque não puderam, face à presença da polícia (TJ-RJ, AC 0458479-25.2014.8.19.0001, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 02/06/2016).

Não caracteriza a circunstância de desistência voluntária (CP, art. 15) se o agente cessa a ação criminosa porque acabou a munição da arma de fogo, configurando-se a conduta como tentativa punível (TJSC, AC 2011.083981-4, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 28/5/2013).

Se o crime não se consuma por circunstância alheia à vontade do agente, o fato é tentado; não há desistência voluntária. Há tentativa de roubo e não desistência voluntária se, depois de descoberta a inexistência de fundos no caixa da casa comercial alvo da pilhagem, o larápio nada leva desta ou de seus consumidores. Precedentes

desta Corte. Em hipóteses como a tal, o agente não leva ao fim o feito que havia planejado por circunstância que lhe corria inteiramente a revelia, sua vontade não concorre para evitar a subtração como planejada; não pode, por isso, ser premiado pela interrupção criminosa para a qual não contribuiu (STJ, REsp. 1109383/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 3/5/2010).

Dado início a execução do crime de estupro, consistente no emprego de grave ameaça à vítima e na ação, via contato físico, só não se realizando a consumação em virtude de momentânea falha fisiológica, alheia à vontade do agente, tudo isso, caracteriza a tentativa e afasta, simultaneamente, a denominada desistência voluntária (STJ, REsp. 792625/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 27/11/2006, p. 316).

Não há falar em desistência voluntária nem em arrependimento eficaz, mas, sim, em tentativa imperfeita, na hipótese em que o agente, embora tenha iniciado a execução do ilícito, alvejando a vítima com disparo, não exaure toda sua potencialidade lesiva ante a falha da arma de fogo empregada, fugindo do local do crime, em seguida (STJ, HC 16348/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 24/9/2001, p. 350).

Política criminal

A lei penal, por motivos de política criminal, prefere punir menos severamente o agente que, valendo-se desse benefício legal, deixa de persistir na execução do crime, impedindo sua consumação, do que puni-lo com mais severidade, por já ter ingressado na sua fase executiva. É preferível tentar impedir o resultado mais grave a simplesmente radicalizar na aplicação da pena.

Ponte de Ouro de Franz von Liszt

Conforme as lições de Franz von Liszt:

“No momento em que o agente transpõe a linha divisória entre os atos preparatórios impunes e o começo de execução punível, incorre na pena cominada contra a tentativa. Semelhante fato não pode mais ser alterado, suprimido ou “anulado retroativamente”. Pode, porém, a lei, por considerações de política criminal, construir uma ponte de ouro para a retirada do agente que já se tornara passível de pena.”⁶⁶

Voluntariedade, e não espontaneidade

Impõe a lei penal que a desistência seja voluntária, mas não espontânea. Isso quer dizer que não importa se a ideia de desistir no prosseguimento da execução criminosa partiu do agente, ou se foi ele induzido a isso por circunstâncias externas que, se deixadas de lado, não o impediriam de consumar a infração penal. O importante, aqui, como diz Johannes Wessels, “é que o agente continue sendo dono de suas decisões”.⁶⁷

Consiste a desistência voluntária no abandono voluntário – e não necessariamente espontâneo – no prosseguimento dos atos executórios, que ocorre independentemente de impedimentos obrigatórios (TJ-MG, RSE 0944866-37.2015.8.13.0024, Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, DJe 07/03/2016).

Restando comprovado nos autos que o agente abandonou o propósito criminoso por ato próprio e espontâneo, deve ser reconhecida a desistência voluntária, respondendo somente pelos atos já praticados (TJMG, ACR 1.0433.04.109269-6/001, 4ª Câm. Crim., Rel. Eli Lucas de Mendonça, DJ 8/2/2008).

Fórmula de Frank

A fim de distinguirmos quando o agente desistiu voluntariamente de quando não chegou a consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade, devemos aplicar ao caso concreto a chamada “Fórmula de Frank”.⁶⁸ Na análise do fato, e de maneira hipotética, se o agente disser a si mesmo “posso prosseguir, mas não quero”, será o caso de desistência voluntária, porque a interrupção da execução ficará a seu critério, pois ainda continuará sendo o senhor de suas decisões; se, ao contrário, o agente disser “quero prosseguir, mas não posso”, estaremos diante de um crime tentado, uma vez que a consumação só não ocorreu em virtude de circunstâncias alheias à vontade do agente.

Responsabilidade do agente somente pelos atos já praticados

A finalidade desse instituto é fazer com que o agente jamais responda pela tentativa. Isso quer dizer que, se houver desistência voluntária, o agente não responderá pela tentativa em virtude de ter interrompido, voluntariamente, os atos de execução que o levariam a alcançar a consumação da infração penal por ele pretendida inicialmente. Ao agente é dado o benefício legal de, se houver desistência voluntária, somente responder pelos atos já praticados, isto é, será punido por ter cometido aquelas infrações penais que antes eram consideradas delito-meio, para a consumação do delito-fim.

Nos termos do art. 15 do Código Penal, configura-se o arrependimento eficaz quando o agente “impede que o resultado se produza”, situação em que “só responde pelos atos já praticados” (TJ-MG, AC 0035463-58.2014.8.13.0621, Rel. Des. Catta Preta, DJe 20/06/2016).

Impossível o reconhecimento da desistência voluntária e do arrependimento eficaz se os réus não impediram a consumação do delito, mas, ao contrário, percorreram todas as etapas do *iter criminis*, tendo, inclusive, ocorrido lesão patrimonial à vítima, a quem não foram restituídos integralmente os pertences (TJMG, AC 2.0000.00.498287-4/000, Rel. Des. Vieira de Brito, DJ 18/2/2006).

Arrependimento eficaz

Fala-se em arrependimento eficaz quando o agente, depois de esgotar todos os meios de que dispunha para chegar à consumação da infração penal, arrepende-se e atua em sentido contrário, evitando a produção do resultado inicialmente por ele pretendido.

O arrependimento eficaz somente se configura quando o agente, depois de realizados os atos executórios, voluntariamente pratica uma ação impedindo a produção do resultado, é dizer, evitando a consumação do delito (TJ-DT, AC 953956, Rel. Des. Silvano Barbosa dos Santos, DJe 13/07/2016).

O arrependimento eficaz pressupõe atuação do agente para evitar a produção do resultado e só é aplicado aos crimes materiais (TJSC, AC 2012.042239-9, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 11/6/2013).

Caracteriza arrependimento eficaz o comportamento do agente ativo que, já tendo ultimado o processo de execução do crime, desenvolve voluntariamente nova atividade, impedindo a produção do resultado. Quando os agentes devolvem a *res furtiva* exclusivamente porque avistaram a polícia, não se configura o arrependimento eficaz (TJMG, AC 1.0024.06.975509-8/001, Rel. Des. William Silvestrini, DJ 17/10/2006).

O arrependimento eficaz, ‘ponte de ouro’, na afirmação de von Liszt, situa-se entre a execução e a consumação. Esgotados os meios executórios idôneos, antes de alcançada a consumação, o agente pratica contra-ação para impedir a chegada da *meta optata*. Há, pois, evidente mudança de orientação subjetiva; o agente abandona o *animus* inicial de querer o resultado, ou assumir o risco de produzi-lo. Consequentemente, decorre de deliberação de iniciativa do próprio agente. Basta a voluntariedade, ainda que não seja orientada por motivo nobre. A finalidade da lei é preservar o bem jurídico, conferindo ao agente o benefício de responder só pelos atos já praticados (STJ, REsp. 64384/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., *RSTJ* 85, p. 392).

Natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz

Para Hungria,⁶⁹ essas são causas de extinção da punibilidade não previstas no art. 107 do Código Penal. Defendendo posição contrária à de Hungria, Frederico Marques, citado por Damásio,⁷⁰ concluiu que o caso não é de extinção de punibilidade, mas, sim, de atipicidade do fato, posição à qual nos filiamos.

Diferença entre desistência voluntária e arrependimento eficaz

Conforme se verifica pela própria redação do art. 15, quando o agente se encontra, ainda, praticando atos de execução, fala-se em desistência se, voluntariamente, a interrompe; já no arrependimento eficaz, o agente esgota tudo aquilo que estava à sua disposição para alcançar o resultado, isto é, pratica todos os atos de execução que entende como suficientes e necessários à consumação da infração penal, mas arrepende-se e impede a produção do resultado.

Em síntese, na desistência voluntária, o processo de execução do crime ainda está em curso; no arrependimento eficaz, a execução já foi encerrada.

No arrependimento eficaz, o agente desenvolve nova atividade, impedindo a produção do resultado. Tem natureza positiva. ‘A desistência voluntária consiste na abstenção de atividade: o agente cessa o comportamento delituoso. É a hipótese do ‘não posso prosseguir, ainda que o quisesse’, de acordo com a lição de Frank (TACrim./SP, AC, Rel. J. L. Oliveira, *JTACrim./SP* 78, p. 283).

Não impedimento da produção do resultado

Embora o agente tenha desistido voluntariamente de prosseguir na execução ou, mesmo depois de tê-la esgotado, atue no sentido de evitar a produção do resultado, se este vier a ocorrer, o agente não será beneficiado com os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

Consumado o delito de furto mostra-se inviável o reconhecimento de arrependimento eficaz, uma vez que o agente não impediu que o resultado do crime se produzisse (TJSC, AC 2013.016430-4, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 16/7/2013).

Arrependimento posterior (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Art. 16.** Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia

ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Natureza jurídica**

Cuida-se de causa geral de diminuição de pena.

Política criminal

No item 15 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, o legislador justificou a criação do instituto do arrependimento posterior dizendo: *Essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.*

A aplicação da causa geral de redução de pena do art. 16 do CP pressupõe que o delito não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça. Embora tenha o réu devolvido à vítima parte da quantia subtraída, inviável o reconhecimento do arrependimento posterior, pois o delito de roubo foi cometido com grave ameaça mediante o emprego de arma de fogo (STJ, HC 115056/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 1º/2/2010).

Momentos para a reparação do dano ou a restituição da coisa

O instituto do arrependimento posterior só é cabível se ocorrer nas seguintes fases: *a)* quando a reparação do dano ou a restituição da coisa é feita ainda na fase extrajudicial, isto é, enquanto estiverem em curso as investigações policiais; ou *b)* mesmo depois de encerrado o inquérito policial, com sua consequente remessa à Justiça, pode o agente, ainda, valer-se do arrependimento posterior, desde que restitua a coisa ou repare o dano por ele causado à vítima até o recebimento da denúncia ou da queixa.

Ato voluntário do agente

Não há necessidade, portanto, de que o próprio agente tenha tido a ideia de restituir a coisa ou de reparar o dano para se beneficiar com a redução de pena. Pode acontecer que tenha sido convencido por terceira pessoa a restituir a coisa ou a reparar o dano, sendo seu arrependimento considerado para efeitos de redução.

A ausência de requisito essencial (ato voluntário do réu em restituir o bem subtraído) impede o reconhecimento do arrependimento posterior (STJ, AgRg no AREsp 620.631/GO, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 18/05/2016).

A aplicação do art. 16 do Código Penal exige a comprovação da integral reparação do dano ou da restituição da coisa até o recebimento da denúncia, devendo o ato ser voluntário. (STJ, HC 262254/SP, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 17/2/2014).

O arrependimento posterior exige, entre seus requisitos, a voluntariedade do agente, isto é, que a reparação do dano não resulte de nenhuma causa externa, alheia à vontade daquele (TJSC, AC 2012.042239-9, Rel. Des.

Carlos Alberto Civinski, j. 11/6/2013).

Para que o réu se beneficie do art. 16 do CP, é indispensável a caracterização da voluntariedade da conduta do agente em reparar o dano, ressarcir o prejuízo ou quitar a dívida. Precedentes do STJ (STJ, AgRg. nos EDcl no AREsp. 303464/DF, Rel. Min. Campos Marques, Desembargador convocado do TJ/PR, 5^a T., DJe 5/6/2013).

Não caracteriza a figura prevista no art. 16 do Código Penal a recuperação dos bens subtraídos mediante ação eficiente da autoridade policial porque faltaria a voluntariedade necessária à caracterização da causa (TJMG, AC 1.0481.03.020630-6/001, 1^a Câm. Crim., Rel. Judimar Biber, DJ 18/3/2008).

Reparação ou restituição total, e não parcial

Há duas situações distintas que merecem ser objeto de análise. Na primeira delas, que diz respeito à restituição da coisa, esta deve ser total para que se possa aplicar a redução, não se cogitando, aqui, do conformismo ou da satisfação da vítima quanto à recuperação parcial dos bens que lhe foram subtraídos. Na segunda, ou seja, não havendo mais a possibilidade de restituição da coisa, como quando o agente a destruiu ou dela se desfez, para que se possa falar em arrependimento posterior é preciso que exista a reparação do dano.

A causa de diminuição de pena relativa ao art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior) somente tem aplicação se houver a integral reparação do dano ou a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, variando o índice de redução da pena em função da maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima. Na espécie, não foi preenchido o requisito relativo à reparação integral do dano, eis que as instâncias de origem consignaram que houve apenas devolução parcial (STJ, HC 338.840/SC, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 19/02/2016).

O arrependimento posterior é causa de diminuição de pena objetiva, bastando para a sua configuração seja voluntário e realizado antes do recebimento da denúncia, mediante a devolução ou reparação integral do bem jurídico lesado (STJ, HC 20051/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 5/2/2007, p. 264).

Não ocorrendo a integral reparação do dano, afasta-se a concessão das benesses previstas pelo art. 16 da Lei Penal (STJ, REsp. 612587/PR, Rel. Min. José Arnaldo Fonseca, 5^a T., DJ 7/11/2005, p. 340).

Extensão da redução aos coautores

No caso de dois agentes que, por exemplo, praticam um delito de furto, pode acontecer que somente um deles (o que detinha em seu poder os bens subtraídos) voluntariamente restitua a *res furtiva* à vítima. Nessa hipótese, se a restituição tiver sido total, entendemos que ambos os agentes deverão ser beneficiados com a redução, mesmo que um deles não os tenha entregado voluntariamente à vítima. Se a restituição for parcial, como dissemos, a nenhum deles será aplicada a causa geral de redução, uma vez que, nesse caso, deve operar-se a restituição total da coisa.

Se não houver possibilidade de restituição da coisa, para que possa ser aplicada a redução relativa ao arrependimento posterior é preciso que ocorra a reparação do dano. Aqui, seguindo a mesma linha de raciocínio, se um dos agentes a levar a efeito, a redução poderá ser estendida também ao coautor.

O arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, por possuir natureza objetiva, deve ser estendido aos corréus. Precedentes (STJ, REsp 1.578.197/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 09/05/2016).

Apesar de a lei se referir a ato voluntário do agente, a reparação do dano, prevista no art. 16 do Código Penal, é circunstância objetiva, devendo comunicar-se aos demais réus (STJ, REsp. 264283/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 19/3/2001, p. 132).

Diferença entre arrependimento posterior e arrependimento eficaz

A diferença básica entre arrependimento posterior e arrependimento eficaz reside no fato de que naquele o resultado já foi produzido e, neste último, o agente impede sua produção.

Deve ser frisado, ainda, que não se admite a aplicação da redução de pena relativa ao arrependimento posterior aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, não havendo essa restrição para o arrependimento eficaz.

No primeiro, há uma redução obrigatória de pena; no segundo, o agente só responde pelos atos já praticados, ficando afastada, portanto, a punição pela tentativa da infração penal cuja execução havia sido iniciada.

O arrependimento posterior do agente, que é causa obrigatória de redução de pena – hipótese dos autos –, não se confunde com a figura do arrependimento eficaz, que impede a consumação do crime (STJ, RHC 17106/BA, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., RT, v. 881, p. 542).

Súmula nº 554 do STF

Diz a Súmula nº 554 do STF: *O pagamento de cheque emitido sem suficiente provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.* Numa interpretação a contrario sensu da referida súmula, chegamos à conclusão de que não será possível o início da ação penal se o agente efetuar o pagamento relativo ao cheque por ele emitido sem suficiente provisão de fundos, até o recebimento da denúncia.

Saliente-se, contudo, que a referida súmula já havia sido publicada anteriormente à vigência da nova Parte Geral do Código Penal, que inovou nosso ordenamento jurídico com a criação do instituto do arrependimento posterior como causa obrigatória de redução da pena, quando houver reparação do dano ou restituição da coisa, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, até o recebimento da denúncia ou da queixa. A indagação que surge agora é a seguinte: Terá aplicação a súmula nº 554 do STF, mesmo diante do instituto do arrependimento posterior? A maior parte de nossos doutrinadores entende de forma positiva, opinando pela aplicação da súmula nos casos específicos de cheques emitidos sem suficiente provisão de fundos, ficando as demais situações regidas pelo art. 16 do Código Penal quando a ele se amoldarem.

Reparação do dano após o recebimento da denúncia

Se a reparação do dano ou a restituição da coisa é feita por ato voluntário do agente, até o recebimento da denúncia ou da queixa, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, aplica-se a causa geral de redução de pena do art. 16 do Código Penal; se a reparação do dano ou restituição da coisa é feita antes do julgamento, mas depois do recebimento da denúncia ou da queixa, embora não se possa falar na aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 16 do Código Penal, ao agente será aplicada a circunstância atenuante elencada no alínea *b* do inc. III do art. 65 do diploma repressivo.

Arrependimento posterior e crime culposo

Embora a lei penal proíba o reconhecimento do arrependimento posterior nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, isso não impede a aplicação da mencionada causa geral de redução de pena quando estivermos diante de delitos de natureza culposa, a exemplo do que ocorre com as lesões corporais.

Arrependimento posterior e crimes não patrimoniais

Não é possível aplicar ao crime descrito no art. 22 da Lei nº 7.492/86, cujo bem jurídico tutelado é a higidez do Sistema Financeiro Nacional, a causa de diminuição de pena do arrependimento posterior. Isso porque, por se tratar de crime abstrato, a conduta apenada não possui nem exige qualquer efeito patrimonial para restar configurada, tornando impossível a reparação do dano causado, requisito intransponível exigido pela lei (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 775.827/RJ, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 21/06/2016).

Os crimes contra a fé pública, assim como nos demais crimes não patrimoniais em geral, são incompatíveis com o instituto do arrependimento posterior, dada a impossibilidade material de haver reparação do dano causado ou a restituição da coisa subtraída (STJ, REsp 1.242.294/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 03/02/2015).

Aplicação mais benéfica ao agente

Pode ocorrer a hipótese em que, embora, à primeira vista, o fato praticado pelo agente preencha as exigências contidas no art. 16 do Código Penal, na situação concreta a causa geral de redução de pena seja afastada em virtude da aplicação de outra norma mais benéfica ao agente.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente tenha cometido o delito de peculato culposo, tipificado no art. 312, § 1º, do diploma repressivo. Mesmo que o agente tenha, voluntariamente, reparado o dano anteriormente ao recebimento da denúncia, não terá aplicação o art. 16, mas sim o § 2º do art. 312, ambos do Código Penal, uma vez que este último diz, *verbis*:

§ 3º No caso do Parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorribel, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Assim, por ser, comparativamente, o § 3º, do art. 312 do Código Penal mais benéfico do que o art. 16 do mesmo diploma legal, a aplicação deste último ficará afastada.

Crime impossível (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) Art.

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

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Tentativa e crime impossível**

Quando o legislador inicia a redação do artigo que prevê o crime impossível, parte da premissa de que o agente já ingressara na fase dos chamados atos de execução, e a consumação da infração penal só não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade.

Chegamos a tal ilação porque na redação inicial do artigo está expresso que *não se pune a tentativa*, e somente podemos falar em tentativa quando o agente, nos termos do art. 14, II, do Código Penal, já tinha dado início aos atos de execução objetivando alcançar a consumação do crime por ele pretendido.

Por essa razão é que o crime impossível também é conhecido como *tentativa inidônea*,⁷¹ *inadequada* ou *quase-crime*.

Teorias

Várias teorias surgiram com o escopo de elucidar o crime impossível. Dentre elas, podemos destacar duas: *teoria subjetiva* e *teoria objetiva*.

A teoria objetiva biparte-se em teoria objetiva pura e teoria objetiva temperada (moderada ou matizada).

Para a teoria subjetiva, de von Buri, não importa se o meio ou o objeto é absoluta ou relativamente ineficaz ou impróprio, pois, para a configuração da tentativa, basta que o agente tenha agido com vontade de praticar a infração penal. Ressalte-se que o agente, para essa teoria, é punido pela sua intenção delituosa, mesmo que no caso concreto bem algum se colocasse em situação de perigo. Segundo Hungria, mesmo de acordo com a teoria subjetiva, “deve ter-se em conta somente a vontade criminosa, desde que manifesta pela conduta do agente”.⁷²

A teoria subjetiva atende a um sentimento natural do homem, que, em muitas situações, indaga a si próprio: Se o agente deu mostras suficientes de que queria cometer o crime, praticando atos de execução tendentes a consumá-lo, por que deverá ficar impune se não conseguir alcançar o resultado em virtude da ocorrência de uma circunstância alheia à sua vontade?

Em lado diametralmente oposto se encontra a teoria objetiva pura. Para essa teoria, não

importa se o meio ou o objeto eram absoluta ou relativamente inidôneos para que se pudesse chegar ao resultado cogitado pelo agente, uma vez que em nenhuma dessas situações responderá pela tentativa. Na lição de Hungria, segundo essa teoria, “não se pode distinguir entre inidoneidade absoluta ou relativa: em ambos os casos, não há bem jurídico em perigo e, portanto, não existe fato punível”.⁷³

Em situação intermediária encontra-se a teoria objetiva temperada, moderada ou matizada, que entende somente puníveis os atos praticados pelo agente quando os meios e os objetos são relativamente eficazes ou impróprios, isto é, quando há alguma possibilidade de o agente alcançar o resultado pretendido.

A teoria objetiva temperada foi a adotada pelo legislador brasileiro.

O crime impossível, também denominado tentativa inadequada, inidônea ou impossível, caracteriza-se pela impossibilidade de ocorrência da consumação, seja em razão da absoluta ineficácia do meio ou absoluta impropriedade do objeto, em observância da teoria objetiva temperada, adotada pelo art. 17 do Código Penal. Entretanto, dentro da sistemática da referida teoria, se os meios empregados ou o objeto do crime forem apenas relativamente inidôneos a produzir o resultado representado pelo agente, haveria tentativa, uma vez que o resultado somente não teria ocorrido por circunstância alheia à vontade do agente (CP, art. 14, II). Adotando a teoria objetiva temperada, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial processado sob a forma do art. 543-C do Código de Processo Civil, consagrou a tese de que, embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Nesse sentido, no mesmo julgamento, foi consolidado o entendimento de que somente se configura a hipótese de delito impossível quando, na dicção do art. 17 do Código Penal, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (STJ, HC 351.194/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 13/06/2016).

O Código Penal adotou a Teoria Objetiva Temperada, de sorte que a eventual caracterização do crime impossível fica condicionada à absoluta eficácia do meio ou à absoluta impropriedade do objeto. (TJRJ, AC, 0212057-10.2013.8.19.0001, Rel. Des. Carlos Eduardo Roboredo, j. 26/8/2014).

Meio

É todo instrumento utilizado na prática da infração penal.

Objeto

É a pessoa ou a coisa contra a qual recai a conduta do agente.

Ineficácia absoluta do meio

Diz respeito ao fato de que, por mais que o agente quisesse, o resultado jamais se consumaria levando-se em consideração o meio por ele utilizado, a exemplo daquele que dispara em alguém com uma arma sem munição.

Absoluta impropriedade do objeto

Significa que a coisa ou a pessoa sobre a qual recai a conduta é imprópria para efeitos de reconhecimento da figura típica, como no caso do agente que atira em um cadáver acreditando que estivesse atirando em um ser humano vivo.

Para que se configure o crime impossível pela absoluta improriedade do objeto é necessário que o bem jurídico protegido pela norma penal não sofra qualquer risco. (STJ, HC 278239/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 12/6/2014).

A cártyula de cheque assinada, ainda que não preenchida, pode ser objeto de crime contra o patrimônio, eis que nessas condições, diferente do cheque totalmente em branco, assume feição de título ao portador, dotado assim de valor econômico intrínseco. A caracterização de crime impossível, por absoluta improriedade do objeto, requer, nos delitos patrimoniais, que a *res* seja completamente destituída de valor econômico, situação, por sua vez, não verificada na hipótese (STJ, HC 110587/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 2/2/2009).

Reconhece-se o crime impossível, por absoluta improriedade do objeto, quando o agente, tencionando subtrair dinheiro da vítima, toma-lhe a bolsa que, entretanto, não possui a *res* perseguida, momento em que atira o objeto não desejado na rua. Tanto o meio quanto o objeto serão considerados absolutamente ineficazes ou impróprios quando não servirem, ao menos, para traduzir um risco de dano ao valor tutelado pela norma penal. Para que seja feita a necessária avaliação do perigo que a ação realizada poderia representar para o bem jurídico, com base na teoria objetiva, a análise das circunstâncias deverá ser *ex post* (TJMG, AC 1.0105.02.059433-6/001, Rel. Des. Hélcio Valentim, DJ 14/7/2006).

Súmula nº 145 do STF

Por intermédio da Súmula nº 145 do STF que diz que *não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*, foi pacificado o entendimento daquela Corte no sentido de que, em determinadas situações, se a polícia preparar o flagrante de modo a tornar impossível a consumação do delito, tal situação importará em crime impossível, não havendo, por conseguinte, qualquer conduta que esteja a merecer a reprimenda do Estado.

Uma vez preparado o flagrante pela polícia, a total impossibilidade de se consumar a infração penal pretendida pelo agente pode ocorrer tanto no caso de absoluta ineficácia do meio por ele utilizado como no de absoluta improriedade do objeto. Temos visto a distinção entre o chamado *flagrante preparado* e o *flagrante esperado*. Mas qual a diferença entre os dois tipos de flagrante? No primeiro, isto é, no flagrante preparado, o agente é estimulado pela vítima, ou mesmo pela autoridade policial, a cometer a infração penal com o escopo de prendê-lo. A vítima e a autoridade policial, bem como terceiros que se prestem a esse papel, são conhecidos como *agentes provocadores*. Já no flagrante esperado não haveria essa estimulação por parte da vítima, da autoridade policial ou mesmo de terceiros, no sentido de induzir o agente à prática do delito. O agente, aqui, não é induzido a cometer delito algum. Nesses casos, tendo a autoridade policial prévio conhecimento da intenção do agente em praticar a infração penal, o aguarda, sem estimulá-lo a absolutamente nada, e cuida de todos os detalhes de modo a evitar a consumação do crime. Fala-se, nessa hipótese, em possibilidade de tentativa.

No flagrante preparado, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível, ao passo que no flagrante forjado a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico. Hipótese totalmente diversa é a do flagrante esperado, em que a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e aguarda o momento de sua consumação para executar a prisão (STJ, RHC 38.810/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 18/11/2015).

Não há que se confundir flagrante forjado com esperado, em que a polícia tão somente espera a prática da infração, sem que haja instigação, tampouco a preparação do ato, mas apenas o exercício de vigilância na conduta do agente criminoso (STJ, HC 20283/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 4/6/2007).

A diferença entre esses tipos de flagrantes, como se percebe, reside no fato de que, no flagrante preparado ou provocado, o agente é induzido, é estimulado a cometer a infração penal; já no flagrante esperado não existe esse estímulo, mas o agente é impedido de praticar o delito pelo fato de ter a autoridade policial tomado conhecimento prévio da ação criminosa.

Não vislumbramos, contudo, qualquer distinção que importe em atribuir a tentativa no flagrante esperado e o crime impossível no flagrante preparado.

Se o agente, analisando o caso concreto, estimulado ou não a praticar o crime, não tinha como alcançar sua consumação porque dele soubera com antecedência a autoridade policial e preparou tudo de modo a evitá-la, não podemos lhe atribuir o *conatus*.

Não importa se o flagrante é preparado ou esperado. Desde que o agente não tenha qualquer possibilidade, em hipótese alguma, de chegar à consumação do delito, o caso será o de crime impossível, considerando-se a absoluta ineficácia do meio por ele empregado, ou a absoluta improriedade do objeto.

Se, porventura, restar consumada a infração penal, mesmo que tenham sido tomadas todas as providências para evitá-la, o agente responderá pelo crime, haja vista que, nesse caso, tendo conseguido alcançar o resultado inicialmente pretendido, é sinal de que os meios ou os objetos não eram absolutamente ineficazes ou impróprios.

Diferença entre crime impossível e crime putativo

Na precisa distinção feita por Maggiore, no delito putativo “o agente crê haver efetuado uma ação delituosa que existe somente em sua fantasia; em outras palavras, julga punível um fato que não merece castigo. No delito impossível o agente crê atuar de modo a ocasionar um resultado que, pelo contrário, não pode ocorrer, ou porque falta o objeto, ou porque a conduta não foi de todo idônea”.⁷⁴

Dispositivos de segurança em veículo

O chamado crime impossível somente ocorre quando o agente não consegue chegar à consumação do delito, seja pela ineficácia absoluta do meio ou em virtude da absoluta improriedade do objeto. A utilização de dispositivos de segurança em veículos é necessária para evitar a ocorrência de ações delituosas, não podendo ser utilizada como forma de assegurar a impunidade. O simples fato de existir dispositivo de segurança não

pode afastar a configuração do delito de furto, em sua forma tentada (TJ-MG, AC 1500385-52.2006.8.13.0024, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caires, DJe 14/09/2011).

A existência de dispositivos de segurança em veículo, como alarme, não enseja a ineficácia absoluta do meio nem a absoluta improriedade do objeto, aptos a configurar o crime impossível (TJMG, AC 1.0479.06.106644-1/001, Rel. Des. Pedro Vergara, DJ 10/2/2007).

Estabelecimento comercial com vigilante

Pretende, inicialmente, a Defesa técnica a absolvição com a tese de crime impossível aduzindo que o local onde a conduta delituosa praticada foi vigiada e, desse modo não havia a mínima possibilidade de o mesmo atingir o resultado em razão da pronta atuação da segurança da loja. Sem razão o pleito. A toda evidência não se trata de crime impossível porque o réu percorreu todo o *iter criminis* e só não logrou consumar o furto porque foi preso em flagrante em rua próxima ao local. Vê-se, portanto, que o Apelante conseguiu driblar os mecanismos de segurança do estabelecimento. Assim, afasta-se a tese de crime impossível (TJ-RJ, AC 0424236-89.2013.8.19.0001, Rel. Des. José Muiños Piñeiro Filho, DJe 02/08/2016).

Inexiste crime impossível, e, sim, tentativa de furto, quando a subtração não ocorre porque o agente é detido por vigilante do estabelecimento comercial, já que havia a possibilidade de consumação do delito (TJMG, AC 1.0145.05.214953-4/002, Rel. Des. Pedro Vergara, DJ 29/6/2007).

Estabelecimento comercial com vigilância eletrônica

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial processado sob a forma do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou orientação segundo a qual, embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais (REsp 1.385.621/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, S. 3, j. 27/05/2015, DJe 02/06/2015). No mesmo julgamento, foi consolidado o entendimento de que somente se configura a hipótese de delito impossível quando, na dicção do art. 17 do Código Penal, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta improriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (STJ, HC 338.684/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T, DJe 16/05/2016).

O nosso Código Penal, ao tratar do quase crime, adotou a teoria objetiva temperada, sendo punível o ato praticado pelo agente quando os meios e os objetos são relativamente ineficazes ou impróprios, isto é, quando há alguma possibilidade de se alcançar o resultado pretendido. Lições de Hungria. A circunstância de no local existir câmera de monitoramento, por si só, não impede, de forma absoluta, a consumação do delito, pouco importando que, no caso concreto, a ação inicial tenha sido notada pelo segurança do estabelecimento, o que pode ser considerado quando da redução da pena pela tentativa. Questão pacificada no STJ, decidida em recurso repetitivo: “a existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial” (TJ-RJ, AC 1041481-32.2011.8.19.0002, Rel. Des. Marcus Henrique Pinto Basílio, DJe 30/05/2016).

Embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Assim, não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito etc. Conquanto se possa crer, sob a perspectiva do que normalmente acontece em situações tais, que na maior parte dos casos não logrará o agente consumar a subtração de

produtos subtraídos do interior do estabelecimento comercial provido de mecanismos de vigilância e de segurança, sempre haverá o risco de que tais providências, por qualquer motivo, não frustrem a ação delitiva. Somente se configura a hipótese de delito impossível quando, na dicção do art. 17 do Código Penal, “por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.” Na espécie, embora remota a possibilidade de consumação do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas não era absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto (STJ, REsp 1.385.621/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, S3, DJe 02/06/2015).

Na hipótese em que o sistema de vigilância não inviabiliza, mas apenas dificulta a consumação do crime de furto, não há que falar na incidência do instituto do crime impossível por ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17). Precedentes. (STF, HC 120083/SC, Rel. Min. Teori Zavascky, 2^a T., DJe 6/8/2014).

Art. 18. Diz-se o crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*)

Crime doloso (*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Crime culposo** (*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

(*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Parágrafo único.** Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

(*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Conceito de dolo**

Dolo⁷⁵ é a vontade e a consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador. Conforme preleciona Welzel, “toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo (= dolo do tipo)⁷⁶”,⁷⁶ ou, ainda, na lição de Zaffaroni, “dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado”.⁷⁷ Assim, podemos perceber que o dolo é formado por um elemento intelectual e um elemento volitivo.

Habeas corpus

Se as instâncias ordinárias, com base em circunstâncias concretas dos autos, entenderam que a conduta imputada ao paciente é revestida de dolo, tal premissa não pode ser constituída em sede de *writ*, porquanto não cabe nesta via estreita o revolvimento detido do conjunto fático-probatório. Precedentes (STJ, HC 336.590/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 10/05/2016).

O *habeas corpus*, sendo instrumento de cognição sumária e célere, não se presta à análise aprofundada do conjunto fático-probatório, sobretudo quando se objetiva a reclassificação ou desclassificação da conduta por ausência de dolo (STF, HC 90017/AP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1^a T., DJ 14/9/2007, p. 44).

É sabidamente descabida, em sede de *habeas corpus*, a discussão acerca do elemento subjetivo (dolo) das condutas delituosas (STJ, HC 16738/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 3/10/2005, p. 285).

Tipo doloso como regra

Dispõe o parágrafo único do art. 18 do Código Penal: *Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.* A regra contida nesse parágrafo é a de que todo crime é doloso, somente havendo a possibilidade de punição pela prática de conduta culposa se a lei assim o previr expressamente. Em síntese, o dolo é a regra; a culpa, a exceção.

Teorias do dolo

Podemos destacar quatro teorias a respeito do dolo: *a)* teoria da vontade; *b)* teoria do assentimento; *c)* teoria da representação; *d)* teoria da probabilidade.

Segundo a *teoria da vontade*, dolo seria tão somente a vontade livre e consciente de querer⁷⁸ praticar a infração penal, isto é, de querer levar a efeito a conduta prevista no tipo penal incriminador.

Já a *teoria do assentimento* diz que atua com dolo aquele que, antevendo como possível o resultado lesivo com a prática de sua conduta, mesmo não o querendo de forma direta, não se importa com sua ocorrência, assumindo o risco de vir a produzi-lo. Aqui o agente não quer o resultado diretamente, mas o entende como possível e o aceita. Segundo a precisa lição de Juarez Tavares, “a *teoria do consentimento* ou da assunção é a teoria dominante e tem por base uma vinculação emocional do agente para com o resultado. Vale dizer, exige não apenas o conhecimento ou a previsão de que a conduta e o resultado típicos podem realizar-se, como também que o agente se ponha de acordo com isso ou na forma de *conformar-se* ou de *aceitar* ou de *assumir o risco* de sua produção”.⁷⁹

Para a *teoria da representação*, podemos falar em dolo toda vez que o agente tiver tão somente a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decidir pela continuidade de

sua conduta. Para os adeptos dessa teoria, não se deve perquirir se o agente havia assumido o risco de produzir o resultado, ou se, mesmo o prevendo como possível, acreditava sinceramente na sua não ocorrência. Para a teoria da representação, não há distinção entre dolo eventual e culpa consciente, uma vez que a antevisão do resultado leva à responsabilização do agente a título de dolo.

Segundo a *teoria da probabilidade*, conforme as lições de José Cerezo Mir, “se o sujeito considerava provável a produção do resultado estaríamos diante do dolo eventual. Se considerava que a produção do resultado era meramente possível, se daria a imprudência consciente ou com representação”.⁸⁰ Na verdade, a teoria da probabilidade trabalha com dados estatísticos, ou seja, se, de acordo com determinado comportamento praticado pelo agente, estatisticamente, houvesse grande probabilidade de ocorrência do resultado, estaríamos diante do dolo eventual.

Espécies de dolo

Costuma-se distinguir o dolo em: *direto* e *indireto*. O dolo direto se biparte em: *dolo direto de primeiro grau* e *dolo direto de segundo grau*. O dolo indireto, a seu turno, pode ser concebido como: *dolo alternativo* e *dolo eventual*. A alternatividade do dolo pode ser: *subjetiva* (quando se referir à pessoa) e *objetiva* (quando disser respeito ao resultado).

Dolo geral (hipótese de erro sucessivo)

Fala-se em dolo geral (*dolus generalis*), segundo Welzel, “quando o autor acredita haver consumado o delito quando na realidade o resultado somente se produz por uma ação posterior, com a qual buscava encobrir o fato”,⁸¹ ou, ainda, na definição de Hungria, “quando o agente, julgando ter obtido o resultado intencionado, pratica segunda ação com diverso propósito e só então é que efetivamente o dito resultado se produz”.⁸² Exemplificando, os insignes juristas trazem à colação caso do agente que após desferir golpes de faca na vítima, supondo-a morta, joga o corpo dela em um rio, vindo esta, na realidade, a morrer por afogamento. A discussão travada na Alemanha cingia-se ao fato de que, com a primeira conduta, o agente não havia alcançado o resultado morte, razão pela qual deveria responder por um crime tentado; em virtude de seu segundo comportamento, isto é, o fato de jogar o corpo da vítima num rio, seria responsabilizado por homicídio culposo.

Dolo genérico e dolo específico

Fazia-se, quando prevalecia a teoria natural da ação, a distinção entre dolo genérico e dolo específico. Dizia-se que dolo genérico era aquele em que no tipo penal não havia indicativo algum do elemento subjetivo do agente ou, melhor dizendo, não havia indicação alguma da finalidade da conduta do agente. Dolo específico, a seu turno, era aquele em que no tipo penal podia ser identificado o que denominamos de *especial fim de agir*. No tipo do art. 121 do

Código Penal, por exemplo, não há, segundo os adeptos dessa distinção, indicação alguma da finalidade do agente, razão pela qual vislumbavam, ali, o dolo genérico. Ao contrário, no caso de tipos penais como o do art. 159 do Código Penal, em que na sua redação encontramos expressões que indicam a finalidade da conduta do agente (com o fim de etc.), existiria um dolo específico.

Dolo normativo (*dolus malus*)

Na precisa lição de Assis Toledo, “a teoria extremada do dolo – a mais antiga – situa o dolo na culpabilidade e a consciência da ilicitude no próprio dolo. O dolo é, pois, um dolo normativo, o *dolus malus* dos romanos, ou seja: vontade, previsão e mais o conhecimento de que se realiza uma conduta proibida (consciência atual da ilicitude). A teoria limitada do dolo quer ser um aperfeiçoamento da anterior, pois desta não diverge a não ser em alguns pontos: substitui o conhecimento atual da ilicitude pelo conhecimento potencial; além disso, exige a consciência da ilicitude material, não puramente formal”.⁸³

Dolo subsequente (*dolus subsequens* ou dolo consecutivo)

Para efeito de raciocínio, estaríamos diante de uma hipótese, por exemplo, em que o agente tivesse produzido um resultado sem que, para tanto, houvesse qualquer conduta penalmente relevante, em face da inexistência de dolo ou culpa ou, mesmo, diante de um fato inicialmente culposo, sendo que, após verificar a ocorrência desse resultado, o agente teria se alegrado ou mesmo aceitado sua produção. Conforme bem observado por Günter Stratenwerth, como não se pode querer realizar o que já aconteceu, a “mera aprovação retroativa de um resultado já produzido nunca constitui dolo”.⁸⁴

Dolo de propósito e dolo de ímpeto

A doutrina também faz distinção entre os chamados dolo de propósito e dolo de ímpeto. Rogério Sanches Cunha, com precisão, aduz que: “É denominado dolo de propósito a vontade e consciência refletida, pensada, premeditada. Difere-se do dolo de ímpeto, caracterizado por ser repentino, sem intervalo entre a fase da cogitação e de execução do crime. Nem sempre a premeditação agrava a pena do crime, mas o ímpeto poderá corresponder a uma privilegiadora (art. 121, § 1º, CP) ou circunstância atenuante (art. 65, III, “c” CP).”⁸⁵

Ausência de dolo em virtude de erro de tipo

O erro, numa concepção ampla, é a falsa percepção da realidade. Aquele que incorre em erro imagina uma situação diversa daquela realmente existente. O erro de tipo, na precisa lição de Zaffaroni, “é o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo”.⁸⁶ No exemplo do caçador que atira em seu companheiro supondo-o um animal, não podemos, mesmo

sendo inescusável o erro, vislumbrar o dolo em sua conduta. Isso porque, pelo exemplo fornecido, a vontade do agente não era de matar alguém e, sim, um animal que ele supunha estar naquele local. Tampouco tinha consciência de que matava um ser humano. Dessa forma, a consequência natural do erro de tipo é a de, sempre, afastar o dolo do agente, permitindo, contudo, sua punição pela prática de um crime culposo, se houver previsão legal, conforme determina o *caput* do art. 20 do Código Penal, assim redigido: *O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.*

Conceito e elementos do crime culposo

Na lição de Mirabete, tem-se conceituado o crime culposo como “a conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado”.⁸⁷

Nota-se, portanto, que para a caracterização do delito culposo é preciso a conjugação de vários elementos, a saber: *a)* conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva; *b)* inobservância de um dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia); *c)* o resultado lesivo não querido, tampouco assumido, pelo agente; *d)* nexo de causalidade entre a conduta do agente que deixa de observar o seu dever de cuidado e o resultado lesivo dela advindo; *e)* previsibilidade (objetiva e subjetiva); *f)* tipicidade.

O crime culposo tem como elementos a conduta, o nexo causal, o resultado, a inobservância ao dever objetivo de cuidado, a previsibilidade objetiva e a tipicidade (STJ, HC 186451/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., RT, v. 937, p. 644.).

Imprudência, negligência e imperícia

Mais do que uma conceituação de crime culposo, o inc. II do art. 18 do Código Penal nos fornece as modalidades de condutas que fazem com que o agente deixe de observar o seu exigível dever de cuidado. Esta falta de observância ao dever de cuidado pode ocorrer em virtude de imprudência, negligência ou imperícia do agente.

O fundamento da responsabilidade penal pelo crime culposo reside na violação do dever objetivo de cuidado exigido do agente nas circunstâncias concretas. Na espécie, ao transitar em velocidade excessiva e superior à permitida para o local, o motorista agiu de modo imprudente, o que lhe acarreta responsabilidade, por culpa concorrente, pelo abaloamento do ciclista que, de inopino, ingressou na via onde aquele trafegava. Não pode se escorar no princípio da confiança o condutor de ônibus que não guarda comportamento diligente e esperado pela comunidade e não observa as regras de trânsito vigentes. Na espécie, desacolhe-se a pretensão do recorrido de afastar a atipicidade de sua conduta, por alegada culpa exclusiva da vítima, ao se constatar que, imprudentemente, conduzia o veículo de transporte coletivo em velocidade acima da permitida para a via. Por sua vez, a conduta também imprudente da vítima deve ser valorada na análise das circunstâncias judiciais, não podendo servir de justificativa para afastar a responsabilidade penal do recorrido (STJ, REsp 1.580.438/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 18/04/2016).

Imprudente seria a conduta positiva praticada pelo agente que, por não observar seu dever de cuidado, causasse o resultado lesivo que lhe era previsível. Na definição de Aníbal Bruno, “consiste a imprudência na prática de um ato perigoso sem os cuidados que o caso requer”.⁸⁸ Por exemplo, imprudente é o motorista que imprime velocidade excessiva ao seu veículo ou o que desrespeita um sinal vermelho em um cruzamento *etc.* A imprudência é, portanto, um fazer alguma coisa.

O condutor de automóvel que realiza ultrapassagem em trecho de rodovia com faixa contínua, invadindo a contramão e causando colisão com motocicleta que trafegava em sentido contrário, causando a morte de motociclista, pratica conduta ilícita, caracterizada pela imprudência (TJMG, AC 1.0024.02.801342-3/001, Rel. Des. Eduardo Maniré da Cunha, DJ 30/11/2006).

A *negligência*, ao contrário, é um deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha. É o caso, por exemplo, do motorista que não conserta os freios já gastos de seu automóvel ou o do pai que deixa arma de fogo ao alcance de seus filhos menores.

Não há falar em negligência na conduta de quem deixa de fiscalizar serviço alheio, desde que executado por profissional qualificado e especificamente contratado para tal fim, tendo em vista que, nessa hipótese, aplique-se o princípio da confiança (TJMG, AC 1.0701.04.070527-2/001, Rel. Des. Hélcio Valentim, DJ 1º/8/2007).

Fala-se em *imperícia* quando ocorre uma inaptidão, momentânea ou não, do agente para o exercício de arte, profissão ou ofício. Diz-se que a imperícia está ligada, basicamente, à atividade profissional do agente. Um cirurgião plástico, v.g., durante um ato cirúrgico, pode praticar atos que, naquela situação específica, conduzam à imperícia.

O homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que não se confundem com a inobservância de regra técnica da profissão, que é causa especial de aumento de pena que se situa no campo da culpabilidade, por conta do grau de reprovabilidade da conduta concretamente praticada. Precedentes (STJ, HC 94973/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 30/6/2008).

Crime culposo e tipo aberto

Os crimes culposos são considerados tipos abertos. Isso porque não existe uma definição típica completa e precisa para que se possa, como acontece em quase todos os delitos dolosos, adequar a conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei. A redação do tipo culposo é diferente daquela destinada ao delito doloso. Em virtude disso, Welzel diz: “Nos delitos culposos a ação do tipo não está determinada legalmente. Seus tipos são, por isso, ‘abertos’ ou ‘com necessidade de complementação’, já que o juiz tem que ‘completá-los’ para o caso concreto.”⁸⁹

Embora os tipos culposos possam ser considerados como abertos, existem algumas exceções a essa regra, a exemplo do que ocorre com a receptação culposa, prevista no § 3º, do art. 180 do Código Penal, onde há a narração completa do comportamento típico, e também o art. 38 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Culpa consciente e culpa inconsciente

A culpa inconsciente distingue-se da culpa consciente no que diz respeito à previsão do resultado; naquela, o resultado, embora previsível, não foi previsto pelo agente; nesta, o resultado é previsto, mas o agente, confiando em si mesmo, nas suas habilidades pessoais, acredita *sinceramente* que este não venha a ocorrer. A culpa inconsciente é a culpa sem previsão e a culpa consciente é a culpa com previsão.

Diferença entre culpa consciente e dolo eventual

Na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, acredita sinceramente na sua não ocorrência; o resultado previsto não é querido ou mesmo assumido pelo agente. Já no dolo eventual, o agente, embora não queira diretamente o resultado, assume o risco de vir a produzi-lo. Na culpa consciente, o agente, sinceramente, acredita que pode evitar o resultado; no dolo eventual, o agente não quer diretamente produzir o resultado, mas, se este vier a acontecer, pouco importa.

O dolo eventual está previsto na segunda parte do inciso I do art. 18 do Código Penal, que diz ser o crime doloso quando o agente quis o resultado ou *assumiu o risco de produzi-lo*.

Assim, para efeitos de distinção, raciocinemos com o exemplo do exímio atirador de facas, em que a pessoa que com ele trabalha fica presa a um alvo giratório. O atirador representa como possível o fato de acertar na pessoa que se encontra presa ao alvo. No entanto, em razão de sua habilidade pessoal, confia sinceramente que esse resultado não vá ocorrer. Caso erre o alvo, estaremos diante de um crime culposo (homicídio ou lesão corporal), que lhe deverá ser imputado a título de culpa consciente.

Por outro lado, imagine-se a hipótese em que, em uma manifestação popular, um dos participantes resolva denotar um rojão de fogos em direção a determinado policial, seu vizinho, aproveitando-se da ocasião para se vingar de uma animosidade anterior que havia entre eles. Tal policial, contudo, estava ao lado de outro companheiro de farda, que também fora visto pelo agente. Ainda assim, mesmo antevendo como possível acertar o outro policial, que o agente nem sequer conhecia e nada tinha contra ele, leva adiante seu plano criminoso, acende o rojão e faz a mira, vindo, contudo, atingir a vítima que se encontrava ao lado de seu vizinho. Nesse caso, embora o agente não quisesse diretamente a produção desse resultado, havia assumido, aceitado o risco de produzi-lo, podendo por ele ser responsabilizado a título de dolo eventual.

A seu turno, por ser tênue a linha entre o dolo eventual e a culpa consciente, o elemento subjetivo que caracteriza o injusto penal deve estar bem indicado em dados empíricos constantes dos autos e referidos expressamente na denúncia, o que não ocorreu na hipótese aqui analisada, visto que se inferiu o dolo eventual a partir da simples afirmação de que ‘a denunciada deixou de atender a vítima, pouco se importando com a ocorrência do resultado morte’. (STJ, RHC 39627/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 30/4/2014).

Dolo eventual ou culpa consciente nos delitos praticados na direção de veículos automotores

Muito se tem discutido ultimamente quanto aos chamados delitos de trânsito. Os jornais, quase que diariamente, nos dão notícias de motoristas que, além de embriagados, dirigem em velocidade excessiva e, em virtude disso, produzem resultados lastimáveis. Em geral, ou causam a morte ou deixam sequelas gravíssimas em suas vítimas. Em razão do elevado número de casos de delitos ocorridos no trânsito, surgiram, em vários Estados da Federação, associações com a finalidade de combater esse tipo de criminalidade. O movimento da mídia exigindo punições mais rígidas fez com que juízes e promotores passassem a enxergar o delito de trânsito cometido nessas circunstâncias, ou seja, quando houvesse a conjugação da velocidade excessiva com a embriaguez do motorista atropelador, como hipótese de dolo eventual, tudo por causa da frase contida na segunda parte do inciso I do art. 18 do Código Penal, que diz ser dolosa a conduta quando o agente *assume o risco de produzir o resultado*.

Tal fórmula vinha se espalhando por todo o país, conforme se verifica nos seguintes julgados: É admissível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual, a depender das circunstâncias concretas da conduta. Na espécie, as instâncias de origem concluíram que o fato de o réu dirigir embriagado veículo automotor em via pública, fazendo zigue-zague na pista e, ao atingir a vítima, não prestar socorro, são circunstâncias que indicam que o paciente agiu com dolo eventual (STJ, HC 226.338/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 28/04/2016).

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o dolo eventual não é extraído da “mente do agente”, mas das circunstâncias do fato, de modo que a ocorrência das duas mortes e da lesão corporal, ou seja, a ofensa à integridade física de três vítimas, faz parte do resultado assumido pelo agente, que, sob a influência de álcool e em alta velocidade, trafegou na contramão de direção. No caso, tais elementos foram bem delineados na denúncia, demonstrando-se a antevisão do acusado a respeito do resultado assumido, sendo capaz, portanto, de justificar a imputação (STJ, HC 301.295/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 13/05/2015).

O dolo eventual, abrigado na segunda parte do art. 18, inciso I, do Código Penal, caracterizado na conduta do agente que assente no resultado representado, tem sido, atualmente, reconhecido com grande frequência nos delitos de trânsito, como resultado das inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o risco da direção perigosa e a necessidade de punir o motorista que revela seu desapego à incolumidade alheia (STJ, HC 296.621/DF, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, Desembargador convocado do TJ-SP, 5^a T., DJe 11/11/2014).

Pronúncia – Atropelamento – Desclassificação para forma culposa – Inadmissibilidade – Réu, alcoolizado, que desenvolvia velocidade inadequada – Não redução ao ver pessoas tentando a travessia – Conduta que evidencia dolo eventual – Consciência do perigo concreto – Assunção ao risco de produzi-lo – Julgamento pelo Conselho de Sentença – Pronúncia mantida – Recurso parcialmente provido para outro fim.

Caracteriza-se o dolo do agente, na sua modalidade eventual, quando este pratica ato do qual pode evidentemente resultar o efeito lesivo (neste caso, morte), ainda que não estivesse nos seus desígnios produzir aquele resultado, mas tendo assumindo claramente, com a realização da conduta, o risco de provocá-lo (art. 18, I, do CPB). O agente de homicídio com dolo eventual produz, inequivocamente, perigo comum (art. 121, § 2º,

III, do CPB), quando, imprimindo velocidade excessiva a veículo automotor (165 km/h), trafega em via pública urbana movimentada (Ponte JK) e provoca desastre que ocasiona a morte do condutor de automóvel que se deslocava em velocidade normal, à sua frente, abalroando-o pela sua parte traseira (STJ, REsp. 912060/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJe 10/3/2008).

A questão não era tão simples como se pensava. Essa fórmula criada, ou seja, embriaguez + velocidade excessiva = dolo eventual, não podia prosperar. Não se podia partir do princípio de que todos aqueles que dirigiam embriagados e/ou com velocidade excessiva não se importavam em causar a morte ou mesmo lesões em outras pessoas. O dolo eventual, como vimos, reside no fato de o agente não se importar com a ocorrência do resultado por ele antecipado mentalmente, ao contrário da culpa consciente, em que este mesmo agente, tendo a previsão do que poderia acontecer, acredita, sinceramente, que o resultado lesivo não viria a ocorrer. No dolo eventual, o agente não se preocupa com a ocorrência do resultado por ele previsto porque o aceita. Para ele, tanto faz, pouco importa. Na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer, nem assume o risco de produzir o resultado, porque se importa com sua ocorrência. O agente confia que, mesmo atuando, o resultado previsto será evitado.

Mercece ser frisado, ainda, que o Código Penal, como analisado, não adotou a teoria da representação, mas, sim, as teorias da vontade e a do assentimento. Exige-se, portanto, para a caracterização do dolo eventual, que o agente anteveja como possível o resultado e o aceite, não se importando realmente com sua ocorrência.

Com isso queremos salientar que nem todos os casos em que houver a fórmula embriaguez + velocidade excessiva haverá dolo eventual. Também não estamos afirmando que não há possibilidade de ocorrer tal hipótese. Só a estamos rejeitando como uma fórmula matemática, absoluta.

Imagine o exemplo daquele que, durante a comemoração de suas bodas de prata, beba excessivamente e, com isso, se embriague. Encerrada a festividade, o agente, juntamente com sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente para a sua residência, pois queria assistir a uma partida de futebol que seria transmitida pela televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva, a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão do seu estado de embriaguez, conjugado com a velocidade excessiva que imprimia ao veículo, colide o seu automóvel com outro veículo, causando a morte de toda a sua família. Pergunta-se: Será que o agente, embora dirigindo embriagado e em velocidade excessiva, não se importava com a ocorrência dos resultados? É claro que se importava.

Hungria, com precisão, também nos esclarece com um exemplo em que aduz: “Um motorista, dirigindo o seu carro com grande velocidade, já em atraso para atender ao compromisso de um encontro amoroso, divisa à sua frente um transeunte, que, à aproximação do veículo, fica atarantado e vacilante, sendo atropelado e morto. Evidentemente, o motorista previu a possibilidade desse evento; mas, deixando de reduzir ou anular a marcha do carro,

teria aceito o risco de matar o transeunte, ou confiou em que este se desvisasse a tempo de não ser alcançado? Na dúvida, a solução não pode ser outra senão a do reconhecimento de um homicídio simplesmente culposo (culpa consciente).⁹⁰

A insegurança começou a reinar. Fatos similares eram julgados de formas diferentes. Se um determinado acidente automobilístico recebesse a atenção da mídia, na hipótese em que um dos condutores houvesse agido numa das situações acima indicadas, vale dizer, em estado de embriaguez e/ou em velocidade excessiva, fatalmente seria indiciado, denunciado e levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, por homicídio doloso, a título de dolo eventual. Se outro acidente, muito parecido com o que anunciamos, tivesse a sorte de não ser percebido pela mídia, como regra, seria submetido a julgamento pelo juízo singular e, se fosse o caso, condenado pela prática de um delito de natureza culposa.

Assim, a diferença doutrinária entre dolo eventual e culpa consciente foi sendo pulverizada, quando seu raciocínio era feito levando-se em consideração fatos lesivos ocorridos através do tráfego de veículos automotores.

Alguma coisa tinha de ser feita para mudar essa situação. O erro praticado até então residia no fato de que a Justiça (aqui entendida como todos os seus operadores, desde a fase policial, passando pela *opinio delicti* do Ministério Público, até seu efetivo julgamento pelo Poder Judiciário) havia pervertido conceitos básicos do Direito Penal em prol de condenações mais duras contra esses motoristas que, constantemente, ceifavam vidas inocentes. Como se percebe sem muito esforço, não competia à Justiça essa tarefa, pois que, equivocadamente, mudava conceitos há muito consolidados pelo Direito Penal, a fim de dar uma satisfação à sociedade a respeito de fatos que, realmente, mereciam uma maior resposta penal por parte do Estado.

A solução correta, no entanto, teria de vir da lei. Era a lei que tinha de prever essas situações, não interferindo nos conceitos doutrinários consolidados pelo Direito Penal. Assim, ao longo dos anos, desde a edição do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), alterações foram sendo feitas, até culminar com a edição da Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014.

Dessa forma, inicialmente, o homicídio e as lesões corporais culposas praticadas na direção de veículo automotor deixaram de ser punidos pelo Código Penal, sendo tais comportamentos especializados com o Código de Trânsito Brasileiro. Além dessas infrações penais, outras foram criadas prevendo a punição de comportamentos que causavam situação de perigo, como, o delito tipificado no art. 306 do CTB, que teve sua redação original modificada duas vezes, sendo a primeira em 2008 e a segunda em 2012, culminando, atualmente, em prever o comportamento daquele que conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine

dependência.

Embora houvesse, como dissemos, a necessidade de se apontar, por meio da lei, quais os comportamentos que mereciam uma punição mais severa, tendo em vista que as modalidades culposas dos crimes de homicídio e lesão corporal culposos na direção de veículo automotor já não mais atendiam aos clamores sociais, a nova lei, tentando resolver essa situação, trouxe problemas maiores.

Nosso legislador, sem nenhuma *venia* ao dizer isso, é pródigo em criar leis com suas redações absurdas, sem sentido, dúbias, incoerentes e assistêmicas. Não foi diferente com a Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014, cujo § 2º, no delito de homicídio culposo, praticado na direção de veículo automotor, tipificado no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, assevera, *verbis*: § 2º *Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente:*

Penas – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

O absurdo é tão grande que, em vez de criar uma modalidade qualificada de homicídio culposo, praticado na direção de veículo automotor, o legislador cominou as mesmas penas penas previstas para o *caput* do mencionado artigo, modificando, somente, a pena de detenção para reclusão, o que, na prática, não fará qualquer diferença significativa.

Assim, o que seria para ser um homicídio culposo qualificado, em virtude do maior grau de reprovação do comportamento praticado pelo agente nas situações previstas pelo § 2º, somente teve o condão de ratificar as hipóteses como as de um crime culposo, com as mesmas penas para ele anteriormente previstas, afastando-se, consequentemente, o raciocínio correspondente ao delito de homicídio com dolo eventual.

Agora, portanto, se o agente vier a matar alguém na condução de seu veículo automotor, comprovando-se que estava com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no § 2º do art. 302 do CTB, ou seja, um homicídio de natureza culposa, sendo-lhe aplicada uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

E mais. Todos aqueles que foram condenados em situações similares, em que a Justiça, no afã de impor-lhes penalidades mais severas, considerou a hipótese como a de um homicídio praticado com dolo eventual, utilizando, equivocadamente, a expressão *assumiu o risco de*

produzir o resultado, terão direito à revisão criminal, adaptando suas condenações às disposições contidas no mencionado § 2º.

Se não bastasse tal absurdo, além disso, a situação topográfica das causas de aumento de pena, que estão previstas no § 1º, somente terão aplicação ao *caput* do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, tal como acontece, por exemplo, com o raciocínio correspondente à majorante relativa ao repouso noturno, elencada no § 1º do art. 155 do Código Penal, que somente se aplica ao furto simples, previsto no *caput* do mesmo artigo. Dessa forma, se um motorista, que dirigia com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, vier a atropelar alguém quando estava na condução de veículo de transporte de passageiros, por exemplo, somente responderá pelo § 2º do mencionado artigo, sem a aplicação da majorante apontada na parte final do inciso IV do § 1º do art. 302 já referido. Portanto, um comportamento mais reprovável sofrerá um juízo menor de reprovação, já que o § 1º não poderá ser aplicado às hipóteses do § 2º.

Com relação ao delito de lesão corporal culposa, não houve a mesma previsão no que diz respeito ao fato de estar o agente, que conduz veículo automotor, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente, quebrando, portanto, a isonomia no tratamento das infrações penais, já que somente houve previsão das mesmas causas de aumento elencadas no § 1º do art. 302, conforme determinado no § 1º do art. 303, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Mas a falta de coerência não para aí. O pior ainda estava por vir.

Houve alteração na redação constante do *caput* do art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro, bem como nas penas a ele cominadas, ficando assim redigido: *Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada:*

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Trata-se, portanto, de um crime de perigo concreto, havendo necessidade de ser comprovado que o comportamento narrado no tipo penal, praticado pelo condutor do veículo automotor, gerou, efetivamente, uma situação de risco à incolumidade pública ou privada. Aqui, por mais incrível que pareça, andou bem o legislador, já que o tipo penal revogado contentava-se com o perigo potencial de dano, ou seja, cuidava de infração penal de perigo abstrato, em que a simples prática do comportamento, independentemente da comprovação do perigo, já configurava o tipo em estudo.

A pena máxima cominada em abstrato também foi aumentada, impedindo, agora, que o fato seja julgado pelo Juizado Especial Criminal, uma vez que o teto ultrapassa o limite previsto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, deixando de ser considerada, portanto, uma infração penal de menor potencial ofensivo.

Ultrapassado o pouco que tinha de bom o artigo, vamos aos maiores absurdos de todos.

Previu o legislador duas modalidades qualificadas para o referido art. 308, dizendo: § 1º *Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.*

§ 2º *Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.*

O *caput* a que se referem os parágrafos transcritos tem redação similar à da segunda parte constante do § 2º do art. 302 do CTB, que diz que *se o agente participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente*, a pena será de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Ab initio, no que diz respeito à lesão corporal, o § 1º preocupou-se somente com o resultado objetivo, e não com o elemento subjetivo do agente. Como é cediço, nas hipóteses de lesão corporal culposa, não se argui se as lesões sofridas foram leves, graves ou gravíssimas. Tal fato somente importará no momento da aplicação da pena base, nos termos do art. 59 do Código Penal, que prevê, como uma das circunstâncias judiciais, as *consequências do crime*. A título de raciocínio, se uma pessoa é atropelada culposamente pelo agente e se, desse atropelamento, houver fraturas generalizadas, a vítima ficar internada no CTI devido às lesões sofridas etc., esses fatos serão considerados quando da aplicação da pena base. No entanto, as lesões continuam a ser consideradas de natureza culposa, não recebendo os qualificativos de leve, grave ou gravíssima, correspondentes àquelas praticadas dolosamente.

Aqui, ao que parece, se o agente não tiver atuado com dolo eventual, como não houve a previsão de comportamentos similares no delito de lesão corporal culposa, praticada na direção de veículo automotor, tipificado no art. 303 do CTB, poderão ocorrer as seguintes situações: a) se o agente, por exemplo, estiver participando de um “racha”, em via pública, e vier a atropelar alguém, causando-lhe lesões corporais de natureza leve, o fato deverá ser

capitulado como lesão corporal de natureza culposa, praticada na direção de veículo automotor, sendo o “racha” apontado como a não observância do dever objetivo cuidado, que era exigido do agente; b) por outro lado, se desse “racha” o agente vier a atropelar alguém, causando-lhe, objetivamente, lesões corporais de natureza grave ou gravíssima, tal fato deverá ser capitulado como sendo a hipótese constante do § 1º do art. 308 do CTB; c) se o agente, mesmo na direção de seu veículo automotor, atuar com dolo eventual, não se importando com a ocorrência da lesão corporal, deverá responder pelo resultado nos moldes preconizados pelo art. 121 do Código Penal, e não pelo Código de Trânsito Brasileiro; d) se o agente estiver dirigindo embriagado e se vier a atropelar alguém, produzindo-lhe lesões corporais, deverá ser responsabilizado, como regra, pelo delito tipificado no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro, independentemente na natureza das lesões, ou seja, se leve, grave ou gravíssima, servindo o resultado, como já dissemos, somente para efeitos de aplicação da pena base.

Nosso maior problema começa com a interpretação do § 2º do art. 308, comparativamente ao disposto no § 2º do art. 302, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, no que concerne à segunda parte desse último dispositivo legal, já que preveem situações similares. Assim, comparativamente, para que possamos visualizar as redações, nos permitiremos, mais uma vez, transcrevê-los parcialmente: *Art. 302. [...]*

§ 2º Se o agente [...] participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente:

Penas – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 308 Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada.

§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

Como diferenciar as duas situações? Imagine-se a hipótese em que o agente, durante um “racha”, atropele e mate alguém. Por qual infração penal deverá ser responsabilizado, partindo-se do pressuposto de que não agiu com dolo direto ou mesmo eventual?

Veja a situação em que nos colocou o legislador!

A corrida, a disputa, a competição automobilística, em via pública, sem a autorização da autoridade competente, configuram-se, pelo menos numa primeira análise, em inobservância ao

dever objetivo de cuidado do condutor do veículo automotor. Trata-se, portanto, de um dos requisitos indispensáveis à caracterização do crime culposo, que exige, além de outros, a produção de um resultado (morte ou lesão corporal). Por outro lado, se o agente, mesmo não observando seu dever de cuidado, não vier a produzir o resultado material (morte ou lesão corporal), deverá ser responsabilizado pelo crime de perigo se, com o seu comportamento, gerou risco à incolumidade pública ou privada. Até aqui, tudo normal.

No entanto, o legislador agregou um resultado naturalístico ao crime de perigo, nivelando-o com o delito de homicídio culposo, praticado na direção de veículo automotor. Ou seja, o fato que importa na inobservância ao dever objetivo de cuidado é o mesmo para ambas as situações – homicídio culposo (art. 302) e direção perigosa (art. 308). A diferença, até então, entre eles resumia-se na ocorrência ou não de um resultado lesivo. Agora, ambas infrações penais preveem o mesmo resultado, vale dizer, a morte de alguém.

Assim, ocorrendo tal hipótese, qual dos tipos penais deverá ser aplicado ao caso concreto? Tais complicações foram muito bem captadas por Márcio André Lopes Cavalcanti, que assim tentou resumi-las, com suas consequentes conclusões: “*1) Se o agente queria causar a morte (agiu com dolo direto quanto ao resultado)*: deverá responder pelo delito do art. 308, *caput*, do CTB em concurso formal com o art. 121 do CP.

Ex.: o condutor percebeu que seu inimigo estava assistindo ao “racha” na calçada e joga o veículo contra ele.

2) Se o agente assumiu o risco de causar a morte (agiu com dolo eventual quanto ao resultado): deverá responder pelo delito do art. 308, *caput*, do CTB em concurso formal com o art. 121 do CP.

Ex.: o condutor percebe que há muitos expectadores próximos à pista, mesmo assim resolve fazer a curva fechada, sem se importar caso alguém seja atingido. Em seu íntimo, tanto faz se alguém for atropelado.

3) Se o agente não queria nem assumiu o risco de causar a morte, mas apesar disso atuou de forma negligente, imprudente ou imperita (agiu com culpa CONSCIENTE): deverá responder pelo delito do art. 308, § 2º do CTB (ou pelo art. 302, § 2º, a depender da interpretação que seja dada pelos Tribunais).

Ex.: o condutor percebe que há muitos expectadores próximos à pista, mas mesmo assim resolve fazer a curva fechada, confiando sinceramente nas suas habilidades e que poderia concluir a manobra sem atingir ninguém.

4) Se o agente não queria nem assumiu o risco de causar a morte, mas apesar disso atuou de forma negligente, imprudente ou imperita (agiu com culpa INCONSCIENTE): deverá responder pelo delito do art. 302, § 2º do CTB.

Ex.: é madrugada e o condutor que estava participando do ‘racha’ não percebe que há um pedestre próximo à pista (apesar de isso ser previsível); ao fazer a curva, perde o controle do carro e acerta o transeunte, causando a sua morte”⁹¹.

Embora o renomado professor tenha tentado, de alguma forma, “salvar” os artigos, infelizmente, a única solução viável é a revogação do § 2º do art. 302 do CTB, punindo-se os condutores nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 308 do mesmo diploma legal, caso seus comportamentos venham se amoldar a eles.

Por outro lado, se, efetivamente, a Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014, vier a entrar em vigor, modificando, assim, os artigos do Código de Trânsito Brasileiro, teremos de optar pela solução mais benéfica aos acusados de praticarem os comportamentos previstos em ambos os tipos penais.

Assim, de nada adiantará a modificação legislativa se a finalidade era a de reprimir mais severamente tais comportamentos, se aplicarmos o § 2º do art. 302 do CTB, já que a pena cominada é a mesma daquela prevista no *caput* do mencionado artigo, permanecendo, com isso, aberta a discussão sobre os casos em que se tem aplicado o raciocínio do dolo eventual nas infrações praticadas na direção de veículos automotores.

Aqui, com dissemos, os agentes que foram condenados pela prática do crime de homicídio doloso, a título de dolo eventual, cujas condutas se amoldam à definição constante do § 2º do art. 302 do CTB, poderão requerer revisão criminal, com a finalidade de conseguir a redução das penas a eles aplicadas, tomando-se como base aquelas previstas pela nova redação legal.

Os absurdos são evidentes.

Decisão do júri sobre dolo eventual ou culpa consciente

A existência de dúvida razoável acerca da ocorrência de disputa automobilística, denominada “racha”, autoriza a prolação de decisão de pronúncia, cabendo ao Tribunal do Júri a análise não só do contexto fático em que ocorreu o fato, mas também o exame acerca da existência de dolo ou culpa, uma vez que “o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, é de competência do Tribunal do Júri (Súmula nº 83/STJ)” (STJ, HC 267.068/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 29/02/2016).

Verifica-se nos autos a existência de duas versões a respeito dos fatos ocorridos (dolo eventual e culpa consciente), oportunizando, dessa forma, ao Conselho de Sentença a escolha da tese que lhe pareceu mais convincente, ainda que possa não ser a mais técnica ou mais justa. Não estando a tese acolhida pelos jurados efetivamente divorciada das provas produzidas no processo, inadmissível é a sua reavaliação pelo Tribunal de Justiça, desconstituindo a opção do Júri, sob pena de afrontar o princípio da soberania dos veredictos, consagrado no art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal (STJ, HC 39286/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 22/8/2005, p. 309).

Racha

Vide art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014, *verbis*:

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada:

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.” (NR)

Verificando-se que a imputação diz respeito à morte ocasionada por acidente de trânsito em suposto contexto de “racha”, tem-se a materialidade, consistente na morte da vítima, bem como os indícios de autoria, uma vez que o recorrente conduzia o outro veículo envolvido na disputa. É isso que se requer, sucintamente, para autorizar o juízo de pronúncia. Assim, tratando-se de crime contra a vida, presentes indícios da autoria e materialidade, deve o acusado ser pronunciado, em homenagem ao princípio do *in dubio pro societate*, cabendo ao Tribunal do Júri respectivo proferir o juízo de mérito aplicável ao caso, bem como se o crime aconteceu com dolo eventual ou culpa (STJ, AgRg no REsp 1.525.082/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 1º/06/2016).

Para a submissão do acusado por homicídio simples no trânsito ao Tribunal do Júri exige-se, tão somente, convincentes indícios de autoria e a prova de materialidade do delito, cabendo ao Conselho de Sentença, decidir, em definitivo, após a apreciação das teses da acusação e da defesa, pela condenação ou absolvição do réu. Nessa fase, prevalece o princípio *in dubio pro societate*. Na hipótese, não se mostra evidente, como pretende a impetração, a alegada atipicidade da conduta, existindo elementos probatórios nos autos aptos a sustentar a tese acusatória, qual seja, de que o paciente estava em alta velocidade e participando de competição automobilística não autorizada (racha); dessa forma, concluir, desde logo, pela inexistência de dolo eventual implicaria dilatação probatória incompatível com o *mandamus*, além de usurpação da competência do Tribunal do Júri (STJ, HC 87962/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a T., DJe 9/12/2008).

Se fica patente nos autos que o recorrente, mesmo tendo sido advertido para diminuir sua velocidade, insistiu em participar de ‘racha’, imprimindo velocidade imoderada, prenuncia-se a possibilidade de ocorrência da tese do homicídio por dolo eventual, e mesmo que tal situação pudesse também conduzir ao homicídio culposo, o fato é que o único Juízo competente para o deslinde da questão fática e anímica do tema é o Tribunal do Júri, impondo-se a manutenção da pronúncia (TJMG, AC 1.0110. 03.000466-4/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 10/7/2007).

Culpa imprópria

Fala-se em culpa imprópria nas hipóteses das chamadas descriminantes putativas em que o agente, em virtude de erro evitável pelas circunstâncias, dá causa dolosamente a um resultado, mas responde como se tivesse praticado um delito culposo.

Compensação e concorrência de culpas

Embora não se admita a compensação de culpas em Direito Penal, a concorrência é plenamente possível.

Excepcionalidade do crime culposo

De acordo com o disposto no parágrafo único do art. 18 do Código Penal, o dolo é a regra; a culpa, a exceção. Aquele que, de forma imprudente, causar dano a um terceiro não pratica infração alguma de natureza penal, haja vista que o art. 163 do código penal não fez a previsão dessa modalidade de conduta. Deverá o agente, portanto, na esfera civil, reparar o dano por ele causado à vítima.

Culpa presumida

Não é admitida a presunção de culpa em Direito Penal.

O crime culposo é definido, em regra, por um tipo penal aberto, no qual se encaixa todo comportamento que viola o dever objetivo de cuidado. Assim, a contribuição para o evento culposo revela sempre coautoria, devendo aquele que de qualquer modo concorreu para o resultado, que violou o dever de cuidado, ser autor de sua própria negligência, imprudência ou imperícia. O conceito de culpa traduz a conduta voluntária, dirigida a objetivo, em regra, lícito, porém que resulta em ilícito penal, não desejado, mas previsível e evitável. Nos delitos culposos, a autoria está atrelada à conduta que infringe o dever de cautela, limitando-se, portanto, àquele que tinha esse dever. Não há se falar, contudo, em culpa presumida, devendo ser referido elemento sempre demonstrado e provado pela acusação (TJ-MG, AC 1556387-79.2008.8.13.0183, Rel.^a Des.^a Luziene Barbosa Lima – JD Convocada, DJe 04/03/2016).

Sendo incerta a relação de causalidade entre a conduta do recorrente e o furto do qual foi condenado, não pode ele ser responsabilizado por crime, porque inadmissível no Direito Penal a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva (STJ, REsp. 224709/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5^a T., DJ 16/2/2004, p. 284).

Tentativa nos delitos culposos

Parte da doutrina aceita a possibilidade de tentativa nos crimes culposos, quando da ocorrência da chamada culpa imprópria (culpa por extensão, por assimilação, por equiparação), isto é, quando o agente, nos casos de erro evitável nas descriminantes putativas, atua com dolo, mas responde pelo resultado causado com as penas correspondentes ao delito culposo.

11/7/1984.) Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Finalidade

Eliminar a chamada responsabilidade penal objetiva, também conhecida como responsabilidade penal sem culpa ou pelo resultado, evitando-se, dessa forma, que o agente responda por resultados que sequer ingressaram na sua órbita de previsibilidade.

Princípio da culpabilidade

O item 16 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal explica a adoção expressa do princípio da culpabilidade no art. 19 do Código Penal, dizendo: *16. Retoma o Projeto, no art. 19, o princípio da culpabilidade, nos denominados crimes qualificados pelo resultado, que o Código vigente submeteu à injustificada responsabilidade objetiva. A regra se estende a todas as causas de aumento situadas no desdobramento causal da ação.*

Crimes qualificados pelo resultado

Conforme preleciona Roxin, “historicamente, os delitos qualificados pelo resultado procedem da teoria, elaborada pelo Direito Canônico, do chamado *versari in re illicita* [...]”, conforme a qual qualquer pessoa responderá, ainda que não tenha culpa, por todas as consequências que derivem de sua ação proibida”.⁹²

Atualmente, ocorre o crime qualificado pelo resultado quando o agente atua com dolo na conduta e dolo quanto ao resultado qualificador, ou dolo na conduta e culpa no que diz respeito ao resultado qualificador. Daí dizer-se que todo crime preterdoloso é um crime qualificado pelo resultado, mas nem todo crime qualificado pelo resultado é um crime preterdoloso. Há, portanto, dolo e dolo, ou dolo e culpa.

O roubo qualificado (CP, art. 157, § 3º) é crime qualificado pelo resultado, cujo resultado agravador, morte ou lesão corporal grave, pode ter sido provocado dolosa ou culposamente, contudo, a violência que causa o resultado deve ser necessariamente dolosa. De fato, se o resultado agravador é causado culposamente, não há falar em tentativa, sendo necessária sua efetiva ocorrência; por outro lado, plenamente possível a tentativa do roubo qualificado em caso de *animus necandi* ou *animus laedendi*. Mais do que isso, essencial a existência de relação de causalidade entre a subtração patrimonial e a violência empregada, seja para possibilitar a subtração (conexão teleológica), seja para, após a subtração do bem, assegurar sua posse ou a impunidade do agente (conexão consequencial) (STJ, HC 226.359/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 12/08/2016).

É cabível a aplicação da agravante genérica do art. 61, inc. II, alínea “c” do Código Penal, ainda que em sede de crime preterdoloso. Isso porque, nos crimes qualificados pelo resultado na modalidade preterdolosa, a conduta-base dolosa preenche autonomamente o tipo legal e o resultado culposo denota mera consequência que, assim sendo, constitui elemento relevante em sede de determinação da medida da pena. Não há, portanto, qualquer incompatibilidade ou óbice legal que vede a aplicação da referida agravante genérica (STJ, REsp 1.254.749/SC, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 27/05/2014).

Nos crimes qualificados pelo resultado, a majoração da pena atinge todos os agentes aos quais as consequências mais graves eram previsíveis e admitiram o risco. Assim, não há falar em menor participação dos réus na empreitada criminosa, não lhe sendo aplicável a causa de redução de pena prevista no art. 29, § 1º, do CP. No crime de latrocínio, independente de quem tenha disparado o projétil que deu causa à morte da vítima, o resultado é mero desdobramento da empreitada criminal, logo, todos os coautores incidem no delito (TRF-

1^a Reg., ACR 0019731-59.2011.4.01.4000/PI, Rel. Des. Fed. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJe 28/7/2014).

Por força do disposto no parágrafo único do art. 18 e no art. 19, ambos do CP, a responsabilidade penal, mesmo nos crimes qualificados pelo resultado, não pode ser objetiva (princípio da culpabilidade). Se, em relação ao resultado mais grave, não ocorreu dolo ou culpa, ele não pode ser atribuído ao acusado (STJ, REsp. 285560/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., RSTJ 160, p. 461).

Crítica aos crimes preterdolosos

Embora nosso ordenamento jurídico preveja uma série de crimes preterdolosos, sua existência contradiz a regra constante do parágrafo único do art. 18 do Código Penal, que assevera: *Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*

Isso porque, nas hipóteses em que o resultado qualificador deva ser atribuído ao agente a título de culpa, não existe nenhuma ressalva nos artigos constantes do Código Penal ou na legislação extravagante. Em algumas situações, o resultado qualificador poderá ser imputado tanto a título de dolo como de culpa. Veja-se, por exemplo, o que ocorre com a lesão corporal qualificada pela perda ou inutilização de membro, sentido ou função. Esse resultado, como é cediço, poderá ter sido querido inicialmente pelo agente, fazendo, outrossim, parte do seu dolo, ou poderá ter sido produzido culposamente. Em ambas as hipóteses, o agente responderá pelo delito qualificado.

Em crimes preterdolosos ou preterintencionais, imprescindível é que a denúncia impute a previsibilidade e culpa no crime consequente, sob pena de indevida responsabilização objetiva em Direito Penal, com atribuição de responsabilidade apenas pelo nexo causal. Tendo a denúncia apenas narrado as agressões e o nexo causal com o resultado morte, expressamente não desejado pelos recorrentes, mas deixando de descrever o elemento subjetivo culposo no resultado morte, tem-se como inepta a peça acusatória para persecução por este crime (STJ, RHC 59.551/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 23/08/2016).

Admitindo-se a possibilidade, em certos casos, na linha da dicção de parte da doutrina, da *conatus* em crimes preterdolosos (v.g., quando a ação realiza culposamente o resultado mais grave e não perfaz totalmente a forma básica do delito), tal não alcançaria a hipótese em que o evento mais grave, a par de incompleto, se realiza accidentalmente (sem afirmação, sequer, de culpa) (STJ, REsp. 285560/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., RSTJ 160, p. 461).

Erro sobre elementos do tipo (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Art. 20.** O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto

em lei.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Descriiminantes putativas**

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Erro determinado por terceiro**

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Erro sobre a pessoa**

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Conceito de erro**

Erro, seguindo a lição de Luiz Flávio Gomes, “é a falsa representação da realidade ou o falso ou equivocado conhecimento de um objeto (é um estado positivo). Conceitualmente, o erro difere da ignorância: esta é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto⁹³ (é um estado negativo)”.⁹⁴

Erro de tipo

Entende-se por erro de tipo aquele que recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que se agregue à determinada figura típica, ou ainda aquele, segundo Damásio, incidente sobre os “pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora”.⁹⁵

Segundo Wessels, ocorre um “erro de tipo quando alguém não conhece, ao cometer o fato, uma circunstância que pertence ao tipo legal. O erro de tipo é o reverso do dolo do tipo: quem atua ‘não sabe o que faz’, falta-lhe, para o dolo do tipo, a representação necessária”.⁹⁶

Quando o agente tem essa “falsa representação da realidade”, falta-lhe, na verdade, a consciência de que pratica uma infração penal e, dessa forma, resta afastado o dolo que, como vimos, é a vontade livre e consciente de praticar a conduta incriminada.

Afigura-se indevida, assim, a absolvição sumária por erro de tipo no caso em análise, em que se discutia a ciência por parte do recorrente acerca da procedência estrangeira das máquinas caça-níqueis apreendidas em seu comércio, na medida em que inviável o juízo de certeza necessário à abreviação sumária do rito processual, formando-se coisa julgada material de maneira prematura. Precedentes (STJ, AgRg no REsp 1.290.412/ES, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, DJe 11/11/2014).

Não há que se falar em erro de tipo essencial invencível quando resta provado que o acusado tinha pleno conhecimento da idade da vítima (TJ-RJ, AC 0003380-84.2012.8.19.0073, Rel. Des. Paulo Sérgio Rangel do Nascimento, DJe 13/06/2014).

Se o recorrente sequer tinha conhecimento que a área por ele alugada era considerada de preservação permanente, acreditando piamente tratar-se de área destinada ao plantio, configurado está o erro de tipo, pois o agente nem ao menos sabia que estava, através de sua atividade agrícola, impedindo ou dificultando a regeneração de florestas e demais formas de vegetação, elementares do tipo penal insculpido no art. 48 da Lei nº 9.605/98, cuja inexistência de forma culposa impõe a decretação da absolvição (TJMG, AC 1.0024.06.106430-9/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 30/5/2007).

O acusado que porta Carteira Nacional de Habilitação falsificada, acreditando tratar-se de documento legítimo, não pratica o delito previsto no art. 304 do CP. Erro de tipo que afasta a caracterização do fato como criminoso (TJRS, AC 70018565275, 4ª C., Rel. Des. Gaspar Marques Batista).

Consequências do erro de tipo

O erro de tipo, afastando a vontade e a consciência do agente, exclui sempre o dolo. Entretanto, há situações em que se permite a punição em virtude de sua conduta culposa, se houver previsão legal. Podemos falar, assim, em *erro de tipo invencível* (escusável, justificável, inevitável) e *erro de tipo vencível* (inescusável, injustificável, evitável).

No crime do art. 304 do Código Penal, pune-se o uso de documento falso. Logo, é indispensável que o agente conheça a falsidade do documento e ainda assim disponha-se a usá-lo. Esta prova cabia ao Ministério Público, que não se desincumbiu de produzi-la. Ressalto que a hipótese em julgamento descreve um erro de tipo, que sendo invencível exclui o dolo e a culpa, afastando em consequência a própria tipicidade e, sendo vencível, também afasta a tipicidade, já que não existe esse crime na modalidade culposa (TJ-RJ, AC 0001129-68.2011.8.19.0028, Rel. Des. Cairo Ítalo França David, DJe 13/09/2016).

Erro de tipo essencial e erro de tipo accidental

Ocorre o *erro de tipo essencial* quando o erro do agente recai sobre elementares, circunstâncias ou qualquer outro dado que se agregue à figura típica. O erro de tipo essencial, se inevitável, afasta o dolo e a culpa; se evitável, permite seja o agente punido por um crime culposo, se previsto em lei. O *erro accidental*, ao contrário do essencial, não tem o condão de afastar o dolo (ou o dolo e a culpa) do agente, e, na lição de Aníbal Bruno, “não faz o agente julgar lícita a ação criminosa. Ele age com a consciência da antijuridicidade do seu comportamento, apenas se engana quanto a um elemento não essencial do fato ou erra no seu movimento de execução”.⁹⁷

Poderá o erro accidental ocorrer nas seguintes hipóteses: *a) erro sobre o objeto (error in objecto); b) erro sobre a pessoa (error in persona) – art. 20, § 3º, do Código Penal; c) erro na execução (aberratio ictus) – art. 73 do Código Penal; d) resultado diverso do pretendido (aberratio criminis) – art. 74 do Código Penal; e) aberratio causae.*

Descriminantes putativas

Diz respeito à situação em que o agente, nos termos do § 1º do art. 20 do Código Penal, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. O agente, portanto, atua acreditando estar agindo justificadamente, ou seja, em legítima defesa, em estado de necessidade, no estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito quando, na verdade, a situação que permitiria tal atuação não existe no mundo real, sendo, tão somente, imaginada por ele.

Efeitos das descriminantes putativas

Nos termos do art. 20, § 1º, do Código Penal, o erro plenamente justificável pelas circunstâncias, ou seja, o erro escusável, isenta o agente de pena. Sendo inescusável, embora ele tenha agido com dolo, será responsabilizado como se tivesse praticado um delito culposo.

Acusado que, em face de errônea apreciação da realidade fática, supôs atuar em legítima defesa porque, ao retirar-se do salão durante o tiroteio, deparando-se com um indivíduo, contra ele atirou, pensando ser integrante do grupo de agressores. Incidência da descriminante putativa derivada de erro de tipo permissivo [...] (TJRS, Ap. Crim. 696162858, 2ª Câm. Crim., Rel. Luiz Armando Bertanha de Souza Leal, j. 22/5/1997).

Hipóteses de erro nas descriminantes putativas

Para que se tenha um erro de tipo, nas hipóteses de descriminantes putativas, é preciso que o agente erre, como diz o § 1º do art. 20 do Código Penal, sobre uma *situação de fato* que, se existisse, tornaria a ação legítima.

Diante dessa expressão, podemos fazer a seguinte ilação: somente quando o agente tiver uma falsa percepção da realidade no que diz respeito à situação de fato que o envolvia, levando-o a crer que poderia agir amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, é que estaremos diante de um erro de tipo. Quando o erro do agente recair sobre a existência ou mesmo sobre os limites de uma causa de justificação, o problema não se resolve como erro de tipo, mas, sim, como erro de proibição, previsto no art. 21 do Código Penal.

Para o reconhecimento da legítima defesa putativa, seria necessário prova indvidosa, a cargo da defesa, nos termos dispostos no art. 156 do CPP, das circunstâncias que antecederam os fatos, de modo a justificar a suposição do réu de estar face uma agressão atual e injusta (TJMG, AC 0043476-71.2002.8.13.0393, Rel. Des. Paulo Cezar Dias, DJe 21/8/2012).

Para que o réu seja absolvido, com base na legítima defesa, é necessário que a prova seja perfeitamente convincente de que o acusado, usando moderadamente dos meios necessários, repeliu injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, causada pela vítima. Evidenciado que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias – a embriaguez combinada com o estado de exaltação decorrente de discussão acalorada prévia –, o agente supôs a existência de uma situação de fato que legitimaria sua ação de atirar para o alto para afugentar seu algoz, resta caracterizada a descriminante putativa do art. 20, § 1º, do CP (TJMG, AC 0342881-11.2008.8.13.0515, Rel. Des. Cássio Salomé, DJe 20/8/2012).

Restando evidenciada nos autos a hipótese em que o agente supõe equivocadamente a ocorrência de uma causa de justificação que, caso constatada, tornaria a sua ação legítima, é de rigor a manutenção da sua absolvição sumária com base na legítima defesa putativa (TJMG, AC 3035860-95.2006.8.13.0702, Rel. Des.

Teorias extremada e limitada da culpabilidade

Segundo Assis Toledo, para a “teoria extremada da culpabilidade todo e qualquer erro que recaia sobre uma causa de justificação é erro de proibição”,⁹⁸ não importando, aqui, distinguir se o erro em que incorreu o agente incide sobre uma situação de fato, sobre a existência ou mesmo sobre os limites de uma causa de justificação.

A teoria limitada da culpabilidade difere da teoria anterior em um ponto muito importante: para a teoria limitada, se o erro do agente recair sobre uma *situação fática*, estaremos diante de um erro de tipo, que passa a ser denominado de *erro de tipo permissivo*; caso o erro do agente não recaia sobre uma situação de fato, mas, sim, sobre os limites ou a própria existência de uma causa de justificação, o erro passa a ser, agora, o de proibição.

A nova Parte Geral do Código Penal adotou a teoria limitada da culpabilidade, conforme se dessume do item 17 da sua exposição de motivos.

Teoria da culpabilidade que remete às consequências jurídicas

Conforme preleciona Luiz Flávio Gomes, “o erro de tipo permissivo, segundo a moderna visão da culpabilidade, não é um erro de tipo incriminador excludente do dolo nem pode ser tratado como erro de proibição: é um erro *sui generis* (*recte*: erro de proibição *sui generis*), excludente da *culpabilidade dolosa*: se inevitável, destarte, exclui a culpabilidade dolosa, e não o dolo, não restando nenhuma responsabilidade penal para o agente; se vencível o erro, o agente responde pela *culpabilidade negligente* (pela pena do crime culposo, se previsto em lei), não pela pena do crime doloso, com a possibilidade de redução. [...] Esta solução apresentada pela ‘teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica’ é a que, segundo penso, está inteiramente de acordo com o nosso *jus positum*. É ela que, adequadamente ao Código Penal brasileiro, explica a natureza jurídica, as características e as consequências do erro nas descriminantes putativas fáticas (erro de tipo permissivo), disciplinado no art. 20, § 1º, do CP.”⁹⁹

Delito putativo por erro de tipo

Ocorre o delito putativo por erro de tipo, também conhecido como *delito de alucinação*, quando o agente supõe praticar uma infração penal que, na verdade, por ausência de um elemento constante do tipo, é um fato considerado como um indiferente penal, a exemplo daquele que, no exemplo fornecido por Paulo Cesar Busato, “traz consigo um invólucro contendo um pó branco, adquirido do traficante como se fosse cocaína, o qual, depois, constata-se ser apenas talco, não está cometendo crime”.¹⁰⁰

Erro de subsunção

Ocorre o erro de subsunção, nas precisas lições de Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, quando o erro do agente recai: “Sobre conceitos jurídicos, ou seja, sobre a compreensão do sentido jurídico de um requisito (normativo) previsto no tipo legal. No erro de subsunção há, portanto, uma valoração jurídica equivocada, isto é, há uma interpretação jurídica errônea do que está contido no tipo. O erro de subsunção não afasta a responsabilidade penal do agente (ou seja: é irrelevante).

Quem erra sobre o conceito de documento contido nos arts. 297 e ss. do CP responde pelo delito de falsidade normalmente. Quem supõe que um cheque não é documento ou não é documento público e o falsifica, responde pelo delito.”¹⁰¹

Assim, o erro de subsunção não elimina o dolo ou a culpa, fazendo com que o agente responda pela infração penal por ele cometida. No entanto, como bem destacado por Rogério Sanches Cunha, dependendo da situação concreta, poderá “incidir a atenuante genérica do art. 66 do Código Penal”.¹⁰²

Erro sobre a ilicitude do fato (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Art. 21.** O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Parágrafo único.** Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Diferença entre o desconhecimento da lei e a falta de consciência sobre a ilicitude do fato

Parece que, por meio da redação constante do *caput* do art. 21, o Código Penal tenta fazer uma distinção entre o desconhecimento da lei e a falta de conhecimento sobre a ilicitude do fato, distinção esta que acaba caindo por terra em virtude da existência do chamado erro de proibição direto, conforme veremos mais adiante.

Consciência real e consciência potencial sobre a ilicitude do fato

A diferença fundamental entre consciência real e consciência potencial reside no fato de que, naquela, o agente deve, efetivamente, saber que a conduta que pratica é ilícita; na consciência potencial, basta a possibilidade que o agente tinha, no caso concreto, de alcançar esse conhecimento.

Segundo Sanzo Brodt, “conforme a concepção finalista da teoria do delito, à reprovação

penal não é necessária a atual consciência da ilicitude; basta a possibilidade de obtê-la. Daí conceituarmos consciência da ilicitude como a capacidade de o agente de uma conduta proibida, na situação concreta, apreender a ilicitude de seu comportamento".¹⁰³

A potencial consciência da ilicitude ou a exigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade em sentido estrito, não fazendo parte do rol das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, logo, não constitui elemento idôneo a justificar a exacerbação da pena-base (STJ, RHC 41.883/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares Fonseca, 5ª T., DJe 13/04/2016).

Inviabiliza o reconhecimento de erro sobre a ilicitude do fato, previsto no art. 21 do Código Penal, quando o agente não logra demonstrar, de forma inequívoca, o desconhecimento acerca de determinada conduta criminosa, notadamente quanto às previstas no Estatuto do Desarmamento, amplamente divulgadas nos meios de comunicação (TJSC, AC 2012.024637-3, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 26/3/2013).

A quem possui e administra banca de camelô no centro de Belo Horizonte e se dispõe a vender bens falsificados para gerar maiores rendimentos, não é dado alegar desconhecimento acerca da ilicitude de seu ato, ao menos em relação àqueles abrangidos por seu ramo comercial, no caso, compra e venda de obras musicais e de videogramas, lembrando

-se, ao ensejo, a permanente cobertura da mídia nacional direcionada a mostrar a ilegalidade da comercialização de produtos piratas. Algo mais do que suficiente a possibilitar ao agente a avaliação de seu procedimento como contrário ao ordenamento jurídico (TJMG, AC 1.0024. 05.583594-6/001, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caires, DJ 3/3/2007).

A infração penal, por ser conduta proibida, implica reprovação ao agente. Ocorre, pois, culpabilidade, no sentido de censura ao sujeito ativo. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, exclui a punibilidade. Evidente, as circunstâncias não acarretam a mencionada censura. Não se confunde com o desconhecimento da lei. Este é irrelevante. A consciência da ilicitude resulta da apreensão do sentido axiológico das normas de cultura, independentemente de leitura do texto legal (STJ, RHC 4772/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., RSTJ, v. 100, p. 287).

Consciência profana do injusto

De acordo com as lições de Cezar Roberto Bitencourt, "com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade. São conhecimentos que, no dizer de Binding, vêm naturalmente com o ar que a gente respira".¹⁰⁴

Restando comprovado o porte ilegal voluntário e consciente de arma de fogo, com numeração raspada, pelo acusado, que tinha plena ciência da ilicitude de sua conduta, impõe-se a sua condenação pela prática do delito previsto no art. 16, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 10.826/2003 (TJMG, AC 1.0024.05.583594-6/001, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caires, DJ 3/3/2007).

O erro sobre a ilicitude do fato ocorre quando o agente, por erro plenamente justificado, não tem ou não lhe é possível o conhecimento do fato, supondo que atua licitamente. Indiscutível a culpabilidade se o agente

conhecia ou devia conhecer a proibição de vender medicamentos controlados, capazes de causar dependência física ou psíquica, em banca de camelô (TJMG, AC 1.0000.00.351102-9/000, Rel.^a Des.^a Márcia Milanez, DJ 26/9/2003).

Espécies de erro sobre a ilicitude do fato

- O erro sobre a ilicitude do fato, ou erro de proibição, pode ser:
 - a)* direto;
 - b)* indireto;
 - c)* mandamental.

Erro de proibição direto – Diz-se direto quando o erro do agente recai sobre o conteúdo proibitivo de uma norma penal. Nas lições de Assis Toledo, no erro de proibição direto o agente, “por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, ou por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhecê-la mal, ou por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência.”¹⁰⁵

Erro de proibição indireto – Na precisa definição de Jescheck, “também constitui erro de proibição a suposição errônea de uma causa de justificação, se o autor erra sobre a existência ou os limites da proposição permissiva (erro de permissão)”.¹⁰⁶

Aponta a doutrina, com base em orientação jurisprudencial, que ‘não se configura erro de proibição quando a consciência da ilicitude do fato típico era passível de ser alcançada pelo agente, com base na sua experiência de vida’ (DELMANTO, Celso. Código penal *comentado*, Editora Renovar, 6^a edição). (TJPR, Processo 1154652-8, Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida, DJe 9/5/2014).

Em se tratando do crime de estupro contra menor de 14 anos, em que a violência é absoluta, a lei penal impõe o dever de abstenção da prática da conjunção carnal com tais menores, não tendo relevância jurídico-penal o possível consentimento da vítima. No caso em análise não há que se falar de erro sobre a ilicitude do fato, previsto no art. 21 do CP. Age em erro de proibição aquele que, equivocadamente, supõe ser lícita uma conduta que, na realidade, é proibida. *In casu*, restou devidamente comprovado que o réu constrangeu a vítima a manter com ele conjunção carnal e, mediante ameaças, impedia que a vítima contasse o fato aos seus genitores. Recurso improvido. (TJBA, AC 0000608-83.2012.8.05.0253, DJe 19/12/2013).

O conjunto probatório dos autos demonstrou, à saciedade, que o ora apelante simplesmente guardou em sua bolsa a arma de fogo que era trazida por um amigo, o qual estava embriagado e deprimido pelo aniversário de falecimento da esposa, ameaçando, inclusive, de suicídio, ou seja, agiu para evitar uma tragédia. O réu teve o cuidado de desmuniciar a arma e guardar os projéteis no bolso da calça, onde foram encontrados no dia seguinte, por milicianos que o revistaram numa *blitz* de rotina, quando o mesmo se encaminhava para devolver a arma ao seu legítimo dono. Entendo que o ora apelante agiu de boa-fé, sendo pessoa de humildes recursos, metalúrgico desempregado, com primeiro grau incompleto, ou seja, sem condições de perceber que sua ação poderia estar revestida de qualquer ilegalidade, merecendo ser reconhecida a incidência da figura jurídica do erro de proibição indireto, onde o autor possui o conhecimento da existência da norma proibitiva, porém acredita que, em caso concreto, existe uma causa que, justificada em juízo, autoriza a conduta típica (TJRJ, Ap. Crim. 2006.050.00192, Rel.^a Des.^a Elizabeth Gregory, 7^a Câm. Crim., j. 11/4/2006).

Erro mandamental – É aquele que incide sobre o mandamento contido nos crimes

omissivos, sejam eles próprios ou impróprios. Conforme preleciona Cezar Bitencourt, é o “erro que recai sobre uma norma mandamental, sobre uma norma impositiva, sobre uma norma que manda fazer, que está implícita, evidentemente, nos tipos omissivos.”¹⁰⁷

Erro sobre elementos normativos do tipo

Há discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica do chamado erro sobre os elementos normativos do tipo. Elementos normativos são aqueles cujos conceitos são provenientes de uma norma, ou aqueles sobre os quais o intérprete, obrigatoriamente, deverá realizar um juízo de valor, a exemplo do que ocorre com as expressões *indevidamente* (art. 40, *caput*, da Lei nº 6.538/78) e *sem justa causa* (art. 153 do CP).

Alcidez Munhoz Neto assevera ser preciso fazer a distinção entre elementos jurídico-normativos do tipo e elementos jurídico-normativos da ilicitude: “São elementos jurídico-normativos do tipo os conceitos que se constituem em circunstâncias do fato criminoso, como ‘cheque’, *warrant*, ‘documento’, ‘coisa alheia’, ‘moeda de curso legal’ etc. São elementos jurídico-normativos da ilicitude os que acentuam o desvalor da conduta, como ‘indevidamente’, ‘sem observância de disposição legal’, ‘sem justa causa’ ou ‘sem licença da autoridade’. Embora incorporadas à descrição legal, estas referências à antijuridicidade não são circunstâncias constitutivas do fato típico; apenas ressaltam, desnecessariamente, a ilicitude comum a todas as condutas delituosas, ou estabelecem, *a contrario sensu*, especiais situações de licitude, a exemplo do que sucede com a ‘licença da autoridade’, que só excepcionalmente justifica determinados comportamentos (CP 1940, arts. 166 e 253). Nos dois casos, entretanto, o relevo dado à antijuridicidade nada acrescenta a estrutura do tipo. O erro sobre elemento jurídico-

-normativo da ilicitude é erro de proibição e como tal deve ser tratado. O erro sobre elementos jurídico-normativos do tipo é erro sobre circunstância constitutiva do crime e a este deve ser equiparado”.¹⁰⁸

Sanzo Brodt, seguindo a posição adotada por Jair Leonardo Lopes, aduz que “não há razão para distinguir entre elementos normativos do tipo e elementos normativos da ilicitude. Já que estão integrados ao tipo, o erro que incide sobre esses elementos será sempre o erro de tipo”.¹⁰⁹ Filiamo-nos a esta última corrente.

Consequências do erro de proibição

As consequências do erro de proibição estão descritas no art. 21 do Código Penal, que diz, na sua segunda parte, que o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Diferença entre erro de proibição e delito putativo

Quando falamos em erro de proibição direto estamos querendo dizer que o agente supunha ser lícita uma conduta que, no entanto, era proibida pelo nosso ordenamento jurídico. No exemplo do turista que fuma um cigarro de maconha no Brasil, ele acredita, por erro, que a sua conduta não importa na prática de qualquer infração penal. Não quer, portanto, praticar crime.

No que diz respeito ao delito putativo, o raciocínio é outro. Podemos dizer que erro de proibição e delito putativo são como o verso e o reverso. Isso porque no crime putativo o agente quer praticar uma infração penal que, na verdade, não se encontra prevista em nosso ordenamento jurídico-

-penal. O agente acredita ser proibida sua conduta quando, na verdade, é um indiferente penal.

Coação irresistível e obediência hierárquica (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Culpabilidade**

É o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Nas lições de Welzel, “culpabilidade é a ‘reprovabilidade’ da configuração da vontade. Toda culpabilidade é, segundo isso, ‘culpabilidade de vontade’. Somente aquilo a respeito do qual o homem pode algo voluntariamente lhe pode ser reprovado como culpabilidade”.¹¹⁰ Na definição de Cury Urzúa, “a culpabilidade é reprovabilidade do fato típico e antijurídico, fundada em que seu autor o executou não obstante que na situação concreta podia submeter-se às determinações e proibições do direito”.¹¹¹

Elementos da culpabilidade na concepção finalista

Nos moldes da concepção trazida pelo finalismo de Welzel, a culpabilidade é composta pelos seguintes elementos normativos: *a) imputabilidade; b) potencial consciência sobre a ilicitude do fato; c) exigibilidade de conduta diversa.*

Exigibilidade de conduta diversa

Diz respeito à possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana. Cury Urzúa define a exigibilidade como a “possibilidade, determinada pelo ordenamento jurídico, de atuar de uma forma distinta e melhor do que aquela a que o sujeito se decidiu.”¹¹²

Coculpabilidade

Partindo do pressuposto de que, em algumas infrações penais, o agente, excluído socialmente, poderia ter sido premido à prática de crimes, a teoria da cocalpabilidade propõe, basicamente, duas alternativas, a saber: *a*) nas situações extremas, conduziria à absolvição, a exemplo do que ocorre quando um casal de mendigos tem relação sexual embaixo de um viaduto, fato que, em uma situação de normalidade, possibilitaria a sua condenação pela prática do delito tipificado no art. 233 do Código Penal; *b*) poderá ser aplicada a circunstância atenuante genérica prevista pelo art. 66 do Código Penal.

Cristiano Rodrigues, com o brilhantismo que lhe é peculiar, defende a possibilidade de ser arguida a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal a fim de possibilitar a absolvição do agente, levando-se em consideração a teoria da cocalpabilidade, dizendo que: “somente através da ampliação do conceito de exigibilidade de conduta diversa em face da normalidade das circunstâncias concretas, e de uma aceitação mais ampla da inexigibilidade como causa de exculpação (mesmo sem expressa previsão legal), tornar-se-á possível instrumentalizar, materializar e aplicar a Teoria da Cocalpabilidade em nosso ordenamento jurídico, passo fundamental na direção de um Direito Penal garantista, humano e mais isonômico”¹¹³.

Exigibilidade de conduta diversa e o tribunal do júri

O art. 482 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, em nossa opinião, eliminou a dúvida que existia no que dizia respeito à possibilidade de se arguir, em Plenário do Júri, a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Isso porque as partes poderão alegar os fatos que conduzirão a essa conclusão, ou seja, de que o acusado, nas circunstâncias em que se encontrava, não podia ter agido de forma diferente. Dessa forma, os jurados, se forem convencidos pelos argumentos expendidos pelas partes, deverão responder afirmativamente ao quesito legal, constante do § 2º do mencionado art. 483 do estatuto processual, assim redigido: *O jurado absolve o acusado?*

Como destaca Paulo Rangel, “com a nova quesitação não importa qual seja a tese da defesa, isto é, se legítima defesa, inexigibilidade de conduta diversa ou coação moral irresistível, por exemplo, pois a pergunta é uma só: *O jurado absolve o acusado?* Se os jurados absolverem o réu, não se saberá qual foi a tese acatada, se houver mais de uma”.¹¹⁴

Exigibilidade de conduta diversa e agente infiltrado

Não somente o Código Penal prevê hipóteses legais de inexigibilidade de conduta diversa. Encontramos essa situação, também, na legislação extravagante, a exemplo do que ocorre com o parágrafo único do art. 13 da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que definiu *organização criminosa* e, dentre outras providências, dispôs sobre a investigação criminal e os meios de

obtenção da prova, que, após cuidar do tema correspondente à infiltração de agentes, na seção II, do seu capítulo II, diz, textualmente: *Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados:*

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Quer isso dizer que, por exemplo, se um agente infiltrado em uma organização criminosa, para que ganhe a confiança do grupo, durante as investigações, for obrigado a torturar alguém a mando dos seus chefes, se esse comportamento for necessário para que não seja descoberta sua verdadeira identidade e coloque em risco sua própria segurança, poderá ser praticado, uma vez que estará o agente acobertado pela excludente da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. No entanto, somente os atos realmente necessários deverão estar amparados, pois se, no caso concreto, verificar-se que a conduta do agente podia ser evitada, já que não era necessária para a manutenção da sua atuação infiltrada, deverá o agente responder pelo delito praticado.

Coação irresistível

Inicialmente, devemos ressaltar que a coação mencionada no citado art. 22 é aquela de natureza moral (*vis compulsiva*), e não física (*vis absoluta*). Isso porque a coação física afasta a própria conduta do agente, por ausência de dolo ou culpa. No caso de coação moral irresistível, o coagido pratica, geralmente, um fato típico e antijurídico. O injusto penal por ele cometido é que não lhe poderá ser imputado, pois, em virtude da coação a que foi submetido, não se lhe podia exigir uma conduta conforme o direito.

Não há como acolher a tese de coação moral irresistível, porquanto não ficou suficientemente comprovado que os recorrentes teriam sido vítimas de promessa de mal grave e iminente, tampouco que teriam sofrido ameaças irresistíveis por parte de qualquer outra pessoa. Ao contrário, as instâncias ordinárias destacaram que os recorrentes aceitaram, livremente, o negócio escuso e rentável, pelo qual receberiam cerca de 25 mil dólares cada um, havendo aderido, sem nenhum vício de vontade, ao plano criminoso (STJ, REsp 1.136.233/CE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 29/02/2016).

O temor, como a embriaguez, a emoção e a paixão, não excluem o crime e a coação só pode ser considerada irresistível, se o agente não tiver outra opção, que não seja a prática criminosa. Apelação da defesa, improvida (TJRS, AC 70053353744, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 9/5/2013).

A coação irresistível deve ser cumpridamente demonstrada por quem a alega, sob pena de ser criada uma infalível válvula de escape e uma garantia de impunidade para todos os réus: bastaria que dissessem terem sido coagidos, para conseguirem absolvição (TJMG, AC 1.0024.03.022840-7/001, Rel. Des. Eduardo Brum, DJ 1º/8/2006).

Para que a coação seja caracterizada como ‘irresistível’, necessário que esta seja atual, eminente, inevitável, insuperável, inelutável, uma força de que o coacto não pode se subtrair, tudo sugerindo situação a qual ele não se pode opor, recusar-se ou fazer face, mas tão somente sucumbir, ante o decreto do inexorável (STJ, REsp.

Coação resistível

Nos casos de coação resistível, embora o fato seja considerado típico, ilícito e culpável, poderá ser aplicada ao agente a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, c, primeira parte, do Código Penal.

Estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico

A estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico afasta a culpabilidade do agente em virtude de não lhe ser exigível, nessas condições, um comportamento conforme o direito. Para que possa ser beneficiado com essa causa legal de exclusão da culpabilidade, é preciso, nos termos do art. 22, a presença de vários requisitos, a saber: a) que a ordem seja proferida por superior hierárquico; b) que essa ordem não seja manifestamente ilegal; c) que o cumpridor da ordem se atenha aos limites da ordem.

Hierarquia

Hierarquia é relação de Direito Público. Para que a máquina administrativa possa funcionar com eficiência, é preciso que exista uma escala hierárquica entre aqueles que detêm o poder de mando e seus subordinados. Nesse sentido, Frederico Marques, quando aduz que para que se possa falar em obediência hierárquica é preciso que “exista dependência funcional do executor da ordem dentro do serviço público, em relação a quem lhe ordenou a prática do ato delituoso”.¹¹⁵ Isso quer dizer que não há relação hierárquica entre particulares, como no caso do gerente de uma agência bancária e seus subordinados, bem como tal relação inexiste nas hipóteses de temor reverencial entre pais e filhos ou mesmo entre líderes religiosos e seus fiéis.

Objecção de consciência

Existem determinadas situações que fazem com que algumas pessoas se recusem, terminantemente, a cumprir as determinações legais em virtude de sua consciência. Muitas vezes, preferem a morte a aviltar suas convicções pessoais. Isso, de forma simplificada, é o que a doutrina reconhece como *objecção de consciência*.

Bruno Heringer Júnior, dissertando sobre o tema, esclarece, com perfeição, que “a particularidade da escusa de consciência reside na irresistibilidade, para o agente individual, dos imperativos morais que segue, o que pode provocar situações de conflito verdadeiramente existenciais, não lhe deixando margem de ação lícita, senão ao custo de significativo comprometimento de sua personalidade”.¹¹⁶

Cuidando a respeito do tema, determina o inc. VIII do art. 5º da Constituição Federal que *ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica*

ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Exclusão de ilicitude (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*)

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – em estado de necessidade; (*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – em legítima defesa;

(*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Excesso punível

(*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Parágrafo único.** O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Ilicitude ou antijuridicidade

É a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico (*ilicitude formal*) que cause lesão, ou exponha a perigo de lesão, um bem juridicamente protegido (*ilicitude material*).

Necessidade do elemento subjetivo nas causas de justificação

De acordo com a precisa lição de Welzel, “as causas de justificação possuem elementos objetivos e subjetivos. Para a justificação de uma ação típica não basta que se deem os elementos objetivos de justificação, senão que o autor deve conhecê-los e ter, ademais, as tendências subjetivas especiais de justificação. Assim, por exemplo, na legítima defesa ou no estado de necessidade (justificante), o autor deverá conhecer os elementos objetivos de justificação (a agressão atual ou o perigo atual) e ter a vontade de defesa ou de salvamento. Se faltar um ou outro elemento subjetivo de justificação, o autor não se justifica apesar da existência dos elementos objetivos de justificação.”¹¹⁷

Estrito cumprimento de dever legal

O Código não se preocupou em definir o conceito de estrito cumprimento de dever legal, tal como procedeu com o estado de necessidade e a legítima defesa. Contudo, seus elementos caracterizadores podem ser visualizados pela só expressão “estrito cumprimento de dever legal”.

Aqui, da mesma forma que as demais causas de justificação, exige-se a presença de seus elementos objetivos e subjetivos.

Incialmente, é preciso que haja um *dever legal* imposto ao agente, dever este que, em geral, é dirigido àqueles que fazem parte da Administração Pública, tais como os policiais e oficiais de justiça, pois que, conforme preleciona Juarez Cirino dos Santos, “o estrito cumprimento de dever legal compreende os deveres de intervenção do funcionário na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens de superiores da administração pública, que podem determinar a realização justificada de tipos legais, como a coação, privação de liberdade, violação de domicílio, lesão corporal etc.”¹¹⁸ Em segundo lugar, é necessário que o cumprimento a esse dever se dê nos exatos termos impostos pela lei, não podendo em nada ultrapassá-los.

O réu, policial militar, conduzia viatura da Brigada Militar juntamente com dois colegas, ocasião em que avistaram um veículo Fiat Uno em situação de roubo, trafegando de forma perigosa e colocando em risco a vida de terceiros. Após inúmeros sinais de alerta para que o veículo parasse, sem sucesso, o acusado efetuou cerca de três disparos de arma de fogo contra os pneus do automóvel em fuga, o que foi devidamente corroborado pelo depoimento de seus colegas, os quais, inclusive, afirmaram que no momento dos disparos não havia residências nas proximidades, tampouco transeuntes. Desta forma, certifico que o réu estava agindo em estrito cumprimento de dever legal, o que exclui a ilicitude de sua conduta. Apelo ministerial desprovido (TJ-RS, AC 70064919830, Rel. Des. Rogerio Gesta Leal, j. 23/07/2015).

O estrito cumprimento de dever legal é o instituto jurídico penal que compreende as normas e princípios relativos à atuação de quem, sob comando legal (ditado por relevante interesse público e legitimado pela observância dos limites impostos pela própria lei e pelos direitos fundamentais consagrados na Constituição), pratica conduta descrita em um tipo legal de crime. A conduta em estrito cumprimento de dever legal pode ter por agente tanto o funcionário público quanto o particular. Porém, exige sempre a existência de uma norma preceptiva, impondo a alguém a realização de comportamento definido em tipo legal incriminador. A atuação em estrito cumprimento de dever legal pressupõe que se persiga a realização do interesse público relevante que fundamenta a existência da norma preceptiva. Porém, para a execução de tal escopo, o encarregado de cumprir a determinação legal somente poderá valer-se de meios permitidos pela ordem jurídica e de modo que lese o menos possível o interesse dos particulares.” (Artigo extraído do site <www.datavenia.net.com.br>. Autor: Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt – Advogado criminalista, professor adjunto do Departamento de Ciências Jurídicas da Fundação Universidade Federal de Rio Grande, Mestre e Doutor em Ciências Penais – UFMG) Note-se que o bem jurídico tutelado no fragmento supra-citado é a incolumidade pública, configurando-se um crime de perigo comum e abstrato, visto que é a coletividade que sofre o perigo e, provado o caso concreto, presume-se que o agente incorreu em risco. Vislumbra-se, no caso, que o réu exorbitou no cumprimento do dever legal, porquanto, ainda que estivesse diligenciando no sentido ir ao encontro dos suspeitos do furto de fardamento e munição dentro de seu veículo, agiu de modo imprudente, efetuando disparos de arma de fogo em local público, sem qualquer motivação, colocando em risco a incolumidade pública, notadamente o casal que no momento encontrava-se no local (TJPR, AC 6.816130-6, Rel. Des. Lídio José Rotoli de Macedo, DJe 24/2/2012).

Não há falar em estrito cumprimento do dever legal, precisamente porque a lei proíbe à autoridade, aos seus agentes e a quem quer que seja desfilar tiros de revólver ou pistola contra pessoas em fuga, mais ainda contra quem, devida ou indevidamente, sequer havia sido preso efetivamente (STJ, REsp. 402419/RO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 15/12/2003, p. 413).

Com a devida *venia*, confundindo a situação de legítima defesa com o estrito cumprimento

de dever legal, já decidiu o TJMG: Se por um lado o delito de disparo de arma de fogo não exija resultado naturalístico à sua configuração, pois a singular relevância do bem enseja que o Direito Penal se antecipe em sua tutela, por outro se impõe a absolvição do acusado que, na condição de policial, age amparado pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal ao tentar a abordagem de individuo que estaria pulando o muro de uma residência e ao ser advertido de longe, saca sua arma e dispara contra o policial, vindo o mesmo a revidar os disparos a fim de arrostar o mau, como meio para atender ao dever declinado no art. 301 do Código de Processo Penal (TJMG, AC 1.0479.04.074997-6/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 15/5/2009).

Exercício regular de direito

Tal como ocorre com o estrito cumprimento de dever legal, sua definição ficou a cargo da doutrina, sendo que seus elementos podem ser extraídos da expressão exercício regular de direito. Esse direito pode surgir de situações expressas nas regulamentações legais em sentido amplo, ou até mesmo dos costumes, ou, na precisa lição de Paulo José da Costa Júnior, “o conceito de direito, empregado pelo inc. III do art. 23, compreende todos os tipos de direito subjetivo, pertençam eles a este ou àquele ramo do ordenamento jurídico – de direito penal, de outro ramo do direito público ou privado – podendo ainda tratar-se de norma codificada ou consuetudinária”.¹¹⁹

Consentimento do ofendido

O consentimento do ofendido, na teoria do delito, pode ter dois enfoques com finalidades diferentes: a) afastar a tipicidade;

b) excluir a ilicitude do fato.

Para que o consentimento do ofendido possa excluir a ilicitude, deverão estar presentes os seguintes requisitos: 1) que o ofendido tenha capacidade para consentir; 2) que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível; 3) que o consentimento tenha sido dado anteriormente ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente.

Excesso punível

Ao contrário do que ocorria com a Parte Geral do Código Penal de 1940, que previa o excesso culposo na hipótese de legítima defesa, o parágrafo único do art. 23 da atual Parte Geral estendeu a possibilidade de reconhecimento do excesso punível às quatro causas de justificação elencadas nos incisos do mencionado art. 23.

Estado de necessidade

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Estado de necessidade**

Diferentemente da legítima defesa, em que o agente atua defendendo-se de uma agressão injusta, no estado de necessidade a regra é de que ambos os bens em conflito estejam amparados pelo ordenamento jurídico. Esse conflito de bens é que levará, em virtude da situação em que se encontravam, à prevalência de um sobre o outro.

No que se refere à alegação de estado de necessidade e de ausência de outro meio de subsistência de sua família, esclarece-se que, para que seja configurada a atipicidade da conduta ou reconhecida a existência de circunstâncias que excluam o crime ou o isente da pena, deveria ser demonstrada, nos autos, a situação de miserabilidade extrema do recorrido a ponto de não haver outra alternativa de meio de vida, o que não ocorreu no caso (STJ, AgRg no AREsp 304.132/AC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 24/08/2016).

A alegação de estado de necessidade, *in casu*, esbarra de pronto na proibição insculpida na Súmula nº 07-STJ. Além do mais, na dicção de respeitada doutrina, entre outras exigências, o estado de necessidade não pode acudir situação geral mas tão só concreta e individual, observadas, ainda, as superiores representações valorativas da comunidade (STJ, REsp. 410054/PR, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., DJ 3/2/2003 p. 344).

Estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante

Para a teoria unitária, adotada pelo nosso Código Penal, todo estado de necessidade é justificante, ou seja, tem a finalidade de eliminar a ilicitude do fato típico praticado pelo agente. A teoria diferenciadora, por sua vez, traça uma distinção entre o *estado de necessidade justificante* (que afasta a ilicitude) e o *estado de necessidade exculpante* (que elimina a culpabilidade), considerando-se os bens em conflito. Mesmo para a teoria diferenciadora existe uma divisão interna quanto à ponderação dos bens em conflito. Para uma corrente, haverá estado de necessidade justificante somente nas hipóteses em que o bem afetado foi de valor inferior àquele que se defende. Assim, haveria estado de necessidade justificante, por exemplo, no confronto entre a vida e o patrimônio, ou seja, para salvar a própria vida, o agente destrói patrimônio alheio. Nas demais situações, vale dizer, quando o bem salvaguardado fosse

de valor igual ou inferior àquele que se agride, o estado de necessidade seria exculpante.

Código Penal Militar

O Código Penal Militar adotou a teoria diferenciadora em seus arts. 39 e 43.

Prática de fato para salvar de perigo atual

Assis Toledo, ao enfrentar o tema, deixou transparecer que, na expressão perigo atual, está abrangida, também, a iminência, quando aduz que “perigo é a probabilidade de dano. Perigo atual ou iminente (a atualidade engloba a iminência do perigo) é o que está prestes a concretizar-se em um dano, segundo um juízo de previsão mais ou menos seguro. Se o dano já ocorreu, o perigo perde a característica da atualidade”.¹²⁰ Em sentido contrário é a posição de José Frederico Marques que, apegando-se à letra da lei, que consigna somente a atualidade do perigo, diz daí não se incluir “o perigo iminente porque é evidente que não se pode exigir o requisito da iminência da realização do dano”.¹²¹ Entendemos que a razão se encontra com a maioria dos autores, que concluiu que na expressão *perigo atual* também está incluído o perigo iminente. Somente afastará a referida causa de exclusão da ilicitude o perigo passado, ou seja, o perigo já ocorrido, bem como o perigo remoto ou futuro, no qual não haja uma possibilidade quase que imediata de dano.

Perigo provocado pelo agente

Na redação do art. 24 do Código Penal, ressalvou o legislador a possibilidade de ser arguido o estado de necessidade, desde que a situação de perigo não tenha sido provocada pela *vontade* do agente. Assim, o que significa a expressão “que não provocou por sua vontade”, contida no referido art. 24? Vontade quer dizer dolo, somente, ou dolo e culpa? Embora exista controvérsia doutrinária, a exemplo de Noronha, que dizia que “o fato de no art. 24 ler-se ‘[...] perigo atual, que não provocou por sua vontade [...]’ não é indicativo de dolo, já que na culpa (*stricto sensu*) também existe vontade – vontade na ação causal e, por exceção, até no próprio resultado”,¹²² entendemos que a expressão “que não provocou por sua vontade” quer traduzir tão somente a conduta dolosa do agente na provocação da situação de perigo, seja esse dolo direto ou eventual.

Evitabilidade do dano

Conforme a lição de Reyes Echandia, “a inevitabilidade do perigo supõe que, dadas as concretas circunstâncias pessoais, temporais e espaciais com as quais o agente teve de atuar, a ação lesiva executada para salvar-se a si mesmo ou livrar outro do perigo, tenha sido a mais eficaz e, ao mesmo tempo, a que causou o menor dano possível ao titular do bem jurídico afetado”. Com apoio em Manzini, continua o mestre dizendo que “se deve entender evitável o perigo e, como consequência, não justificável a conduta, não somente quando o autor podia

escolher conduta lícita ou indiferente para salvar-se, senão também quando, podendo escolher entre várias condutas delitivas, preferiu voluntariamente a mais grave ou a que causava maior dano [...]", concluindo que "em tais condições, se o perigo pode ser evitado pela via da fuga, esta deve ser escolhida, sem que seja válido argumentar que seria decisão humilhante, dado que no estado de necessidade não se reage contra injusto agressor, senão que se lesioná a quem não tenha criado o perigo; por esta razão, o dano que se lhe ocasiona tem que ser a *ultima ratio* para salvar-se ou a um terceiro".¹²³

Estado de necessidade próprio e de terceiros

O estado de necessidade é próprio quando a situação importa na criação de perigo para os bens pertencentes àquele que atua amparado por essa causa de justificação, ao contrário do que ocorre com o estado de necessidade de terceiros, em que os bens protegidos pertencem a outro que não àquele que atua nessa condição.

Razoabilidade do sacrifício

O princípio da razoabilidade, norteador do estado de necessidade, vem expresso no art. 24 do Código Penal, pela expressão *cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se*. Aqui sobreleva a necessidade da ponderação dos bens em conflito, para se concluir se o bem que é defendido pelo agente é de valor superior, igual ou mesmo inferior àquele que é atacado.

O acusado ao tempo do fato possuía totais condições de trabalhar em atividade lícita remunerada, mas preferiu adotar o meio mais rápido de obter dinheiro, já que o tráfico de entorpecentes tem por motivação o lucro fácil. No caso concreto, houve a clara violação de bem jurídico protegido pela norma – saúde pública – com a conduta do réu, cujo objetivo era a obtenção de benefícios próprios que poderiam ser atingidos pelo trabalho honesto. De mais a mais, sequer restou demonstrado qualquer perigo ou mesmo ameaça atual a "direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se", consoante exigência do art. 24 do CP, razão por que não há falar em excludente de ilicitude. Desclassificação. Eventual dependência química do réu – sequer comprovada – não impede a prática delituosa, tendo em vista que incomum não é a figura do usuário-traficante (TJ-RS, AC 70067410936, Rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, j. 10/03/2016).

No estado de necessidade, o bem jurídico sacrificado pelo agente, para não ver sacrificado o próprio direito, é de um terceiro inocente. Se o perigo é consequência de ofensa injusta praticada por outrem, contra quem o agente reage para se defender, o caso é legítima defesa (TJSP, AC, Rel. Octávio Stucchi, RT 400, p.113).

Dever legal de enfrentar o perigo

Detalhe importante contido no § 1º do art. 24 do Código Penal está na expressão *dever legal*. A pergunta que se faz é a seguinte: Na expressão dever legal está contido tão somente aquele dever imposto pela lei, ou aqui também está abrangido, por exemplo, o dever contratual? Hungria posiciona-se no sentido de que somente o dever legal impede a alegação do estado de necessidade, e não o dever jurídico de uma forma geral, tal como o dever contratual. Diz o mestre que "o direito é um complexo harmonioso de normas, não admitindo

conflictos, realmente tais, em seu seio”.¹²⁴ Costa e Silva e Bento de Faria¹²⁵ entendem, entretanto, ser abrangido o dever contratual. Ora, quando o Código fala apenas em lei, não se pode ler também contrato. O dever de que aqui se cogita é tão somente o que se apresenta diretamente imposto *ex lege*.

Estado de necessidade defensivo e agressivo

Diz-se defensivo o estado de necessidade quando a conduta do agente dirige-se diretamente ao produtor da situação de perigo, a fim de eliminá-la. Agressivo seria o estado de necessidade em que a conduta do necessitado sacrificasse bens de um inocente não provocador da situação de perigo.

Elemento subjetivo no estado de necessidade

Para que possa ser erigida a causa de justificação do estado de necessidade é preciso que o agente tenha conhecimento de que atua ou, no mínimo, acredite que atua nessa condição. Caso contrário, não poderá por ela ser beneficiado.

Excesso no estado de necessidade

Vide excesso na legítima defesa.

Aberratio e estado de necessidade

Será possível o raciocínio das hipóteses relativas aos crimes aberrantes quando estivermos diante de uma situação de estado de necessidade.

Estado de necessidade putativo

Ocorre quando, imaginando existir uma situação de perigo atual, o agente pratica o fato produzindo lesão em bens de terceiros, aplicando-se, aqui, a regra constante do art. 20, § 1º, do Código Penal.

Estado de necessidade e dificuldades econômicas

Embora não seja pacífico esse entendimento, acreditamos ser perfeitamente admissível a aplicação do raciocínio relativo ao estado de necessidade alegado pelo agente que se encontra premido por dificuldades econômicas extremas, que colocam em risco a sua vida ou a saúde, bem como a de seus familiares.

O estado de necessidade não está caracterizado se não esteve presente, em nenhum momento, o perigo atual e iminente para o réu, condição essencial ao reconhecimento da excludente de ilicitude, nos termos do art. 24 do Código Penal. A mera alegação de dificuldade financeira não justifica a prática delitiva (STJ, AgRg no REsp 1.591.408/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 17/06/2016).

A alegação de dificuldades financeiras, por si só, não é idônea a comprovar o estado de necessidade, principalmente se o acórdão registrou que o crime foi praticado durante mais de cinco anos, situação fática

incompatível com a tese de perigo atual ou iminente, que os recorrentes não podiam de outro modo evitar (STJ, AgRg no AREsp 832.864/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 05/09/2016).

Para a caracterização do estado de necessidade é exigida a demonstração da impossibilidade concreta de evitar por outro modo o perigo, não sendo suficiente a mera alegação de estar desempregado para justificar o cometimento do crime. Crime de extorsão mediante sequestro que é cruel, hediondo e que leva a um profundo sofrimento das vítimas. Apelante que recebeu entre R\$ 10.000,00 e 20.000,00 o que supera, em muito, o alegado estado de necessidade (TJ-RJ, AC 0438811-39.2012.8.19.0001, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 03/06/2015).

A alegação de dificuldades financeiras sem efetiva comprovação de situação de penúria suscetível a caracterizar eventual perigo não configura a causa excludente de tipicidade de estado de necessidade, ainda mais quando há a possibilidade do uso de meios lícitos para suprir eventuais dificuldades. Praticar o crime por dificuldades financeiras não tem relevância social, nem sequer moral, a ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, *a*, do Código Penal (TJSC, AC 2012.007892-1, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 11/6/2013).

Não se confundem estado de necessidade e estado de precisão, carência ou penúria. Tão só poderá aceitar-se a justificativa quando o agente se defronte com situação aflitiva atual, inevitável e de real seriedade, de modo a não possuir outra alternativa, a não ser a prática do fato típico proibido. O estado de necessidade, como causa de exclusão da criminalidade, corresponde a situação que legitima a ofensa ao bem jurídico alheio, em momento eventual, passageiro, ocasional e único; não uma lesão permanente, um ataque constante ao patrimônio do próximo, uma repetida violação ao direito de outrem, pois que isso, antes de ser delinquência esporádica, como há de ser próprio do estado de necessidade, corresponde à persistência criminosa, ao comodismo delinquencial, não tolerados por lei (TJMG, AC 1.0024.07. 492632-0/001, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caíres, DJ 1º/7/2008).

Efeitos civis do estado de necessidade

O Código Civil, conforme se verifica pela redação do seu art. 188, II, não considera ilícito o ato daquele que atua em estado de necessidade e que, por se encontrar diante de uma situação de perigo iminente, vê-se obrigado a deteriorar ou a destruir a coisa alheia ou produzir lesão a pessoa a fim de remover esse perigo.

Contudo, embora o ato não seja considerado ilícito, como ambos os bens em conflito estão amparados pelo ordenamento jurídico, o Código Civil permitiu àquele que sofreu com a conduta daquele que agiu em estado de necessidade obter uma indenização deste último, correspondente aos prejuízos experimentados.

Legítima defesa Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Bens amparados pela legítima defesa

Zaffaroni e Pierangeli, dissertando sobre o tema, prelecionam: “A defesa a direito seu ou de outrem, abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico”.¹²⁶ No entanto, excepcionando a regra, Muñoz Conde assevera que “os bens jurídicos comunitários não podem ser objeto de legítima defesa”,¹²⁷ posição corroborada por José Cerezo Mir, quando afirma: “Os bens jurídicos supraindividuais, cujo portador é a sociedade (por exemplo, a fé pública, a saúde pública, a segurança do tráfego) ou o Estado, como órgão do poder soberano (a segurança exterior e interior do Estado, a ordem pública, o reto funcionamento da Administração Pública, da Administração da Justiça etc.), não são, por isso, suscetíveis de legítima defesa. Somente quando o Estado atuar como pessoa jurídica serão seus bens jurídicos (a propriedade, por exemplo) suscetíveis de legítima defesa.”¹²⁸

Espécies de legítima defesa

Podemos apontar duas espécies de legítima defesa, a saber: *a) legítima defesa autêntica (real); b) legítima defesa putativa (imaginária).*

O conselho de sentença não foi contra a prova dos autos, uma vez que reconheceu a materialidade delitiva e a autoria dos disparos na pessoa do apelado, contudo acolheu a tese defensiva de legítima defesa putativa, a qual encontra total guarida nas provas carreadas aos autos, haja vista os depoimento das próprias vítimas no sentido de que durante a discussão de trânsito entre o apelado e a vítima João Carlos, a frente do rádio do carro deste caiu no chão, ocasião em que se abaixou para apanhá-la, e ao levantar com a mesma na mão, o apelado confundiu tal objeto com uma arma e, desta forma efetuou os disparos (TJ-RJ, AC 0008951-77.2002.8.19.0205, Rel. Des. Fernando Antônio de Almeida, DJe 13/07/2016).

A legítima defesa putativa apenas fica caracterizada se o agente supor encontrar-se em face de agressão injusta, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias. (TJSC, AC 2011.055579-8, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 5/3/2013).

Injusta agressão

Esclarece Maurach que, “por agressão deve entender-se a ameaça humana de lesão de um interesse juridicamente protegido”;¹²⁹ ¹²⁹ ou, ainda, na lição de Welzel, “por agressão deve entender-se a ameaça de lesão de interesses vitais juridicamente protegidos (bens jurídicos), proveniente de uma conduta humana”.¹³⁰

Torna-se inadmissível a incidência da excludente suscitada se a defesa não se desincumbe do ônus de demonstrar a injusta agressão, dever que lhe competia a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal, especialmente quando as provas nos autos convergem desfavoráveis ao agente, ao revelarem ter este um comportamento agressivo. Outrossim, ainda que a agressão injusta tivesse ocorrido, não se pode reputar em legítima defesa o agente que se dirige até a casa do suposto agressor e, de forma imoderada e perversa, desfere tiros com arma de fogo, até causar-lhe a morte, embora a suposta ameaça não fosse mais atual ou iminente (TJES; ACR 11070156952, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama; DJES 16/7/2010, p. 137).

Meios necessários

Meios necessários são todos aqueles eficazes e suficientes à repulsa da agressão que está

sendo praticada ou que está prestes a acontecer.

Age em legítima defesa aquele que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente. Ausentes quaisquer desses pressupostos, inviável o reconhecimento da excludente de ilicitude (art. 25 do Código Penal). Não há contradição nas respostas oferecidas pelos jurados quando, a despeito de reconhecerem que o agente se defendeu de uma agressão iminente, atestam ser esta justa e, por conseguinte, afastam a legítima defesa por ausência de um dos requisitos necessários ao seu reconhecimento – injustiça da agressão (STJ, AgRg no Ag 1.157.150/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 03/10/2013).

Alegítima defesa necessita que o uso dos meios necessários sejam suficientes para repelir a agressão. Varia de simples admoestação até o próprio uso de violência. No entanto, o defensor deve se utilizar, entre os meios de que dispõe para sua defesa, no momento da agressão, aquele que menor lesão pode causar. Além disso, é imperioso que seja moderado na reação, que não use o meio de forma a cometer excesso na repulsa (TJSC, AC 2013.002261-1, Rel. Des. Ricardo Roesler, j. 12/3/2013).

Moderação no uso dos meios necessários

Além de o agente selecionar o meio adequado à repulsa, é preciso que, ao agir, o faça com moderação, sob pena de incorrer no chamado excesso. Quer a lei impedir que ele, agindo inicialmente numa situação amparada pelo direito, utilizando os meios necessários, atue de forma imoderada, ultrapassando aquilo que, efetivamente, seria necessário para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada.

Exige-se, para se caracterizar a legítima defesa, que concorram, simultaneamente, a agressão injusta, atual ou iminente; direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; e o chamado *animus defendendi*. Além da desproporção entre a ação em cotejo e as alegadas injustas agressões e ameaças noticiadas, porém não demonstradas, o réu também não comprovou ter agido com *animus defendendi*, sendo vedado ao mesmo se escusar da responsabilidade que lhe é inherente sob o pretexto de ter agido em legítima defesa (TJMG, AC 0065676-15.2000.8.13.0079, Rel. Des. Walter Luiz, DJe 17/9/2012).

A excludente de legitima defesa deve ser reconhecida quando o agente usa de meios que estão ao seu alcance para se defender, em razão de agressão mútua entre acusado e vítima. A ‘necessidade’ prevista para o reconhecimento da excludente de ilicitude da legítima defesa se determina de acordo com a força real da agressão, sendo certo que o ‘meio necessário’ é aquele de que dispõe o agente no momento em que rechaça a violência sofrida, podendo ser até mesmo desproporcional ao utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição. Uma vez demonstrados os requisitos necessários ao reconhecimento da discriminante da legítima defesa, imperiosa a absolvição do agente, nos termos do art. 386, inc. VII, do CPP (TJMG, AC 7999100-25.2007.8.13.0024, Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, DJe 25/5/2012).

Atualidade e iminência da agressão

Considera-se como atual a agressão que já esteja efetivamente acontecendo; iminente, a seu turno, é aquela que está prestes a acontecer.

Não se constata a apontada contradição na decisão do Conselho de Sentença que, embora tenha reconhecido que o paciente agiu em defesa própria, entendeu que a agressão da vítima não era atual ou iminente, afastando, nos termos do art. 25 do Código Penal, a caracterização da legítima defesa, por ausência de um dos seus elementos (STJ, HC 89513/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 8/2/2010).

Defesa de direito próprio ou de terceiro

Há possibilidades, ainda, de o agente não só defender-se a si mesmo, como também de intervir na defesa de terceira pessoa, mesmo que esta última não lhe seja próxima, como nos casos de amizade e parentesco. Fala-se, assim, em *legítima defesa própria* e *legítima defesa de terceiros*.

Elemento subjetivo na legítima defesa

Para que se possa falar em legítima defesa, não basta somente a presença de seus elementos de natureza objetiva, descritos no art. 25 do Código Penal. É preciso que, além deles, saiba o agente que atua nessa condição, ou, pelo menos, acredita agir assim, pois, caso contrário, não se poderá cogitar de exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, ainda, contrária ao ordenamento jurídico.

O depoimento da testemunha Adriano corroborou o depoimento de Jurema, afirmando que a vítima estava aparentemente embriagada, e que Israel havia chegado no local já armado. Nesse sentido, não há que se falar em legítima defesa, pois não foram preenchidos os requisitos necessários para o seu reconhecimento. O réu não agiu para defender-se, mas sim com o único objetivo de levar o desafeto a óbito. A ausência do requisito de ordem subjetiva leva à exclusão da legítima defesa (TJ-RJ, RSE 0126012-28.1998.8.19.0001, Rel. Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior, DJe 05/09/2016).

Legítima defesa e agressão de inimputáveis

Embora exista controvérsia doutrinária, será possível a legítima defesa contra agressão praticada por inimputável.

Legítima defesa recíproca

Pela simples leitura do art. 25 do Código Penal verifica-se a total impossibilidade de ocorrer a chamada legítima defesa recíproca (*autêntica versus autêntica*). Isso porque as duas agressões são injustas, não se cogitando, nessa hipótese, em legítima defesa, pois ambas as condutas são contrárias ao ordenamento jurídico. Somente poderá ser aventada a hipótese de legítima defesa se um dos agentes agredir injustamente o outro, abrindo-se ao ofendido a possibilidade de defender-se legitimamente.

A tese de legítima defesa é manifestamente insubstancial. Não foi produzido qualquer elemento probatório nesse sentido e, especialmente, inexiste no Direito brasileiro a figura da legítima defesa real recíproca – hipótese em que um agressor atacaria sua vítima em virtude da lícita repulsa exercida por essa. A legítima defesa autêntica, evidentemente, pressupõe agressão injusta, o que não se tem no caso em exame, considerando que o réu iniciou a violência, apertando e segurando sua companheira. E não há falar em aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, considerando que a dignidade da mulher deve ser alçada aos mais importantes postos de tutela estatal (TJ-RS, AC 70069445047, Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, j. 27/07/2016).

Não comprovada anterior agressão da vítima ao réu, sendo certo, ainda, que, acaso eventualmente tenha ocorrido, sua reação seria extremamente desproporcional e excessiva, não há que se falar em legítima defesa

ou lesões corporais recíprocas (TJ-DF, 20130910290806APR, Rel. Des. Cesar Loyola, DJe 13/07/2016).

No caso em tela, havendo dúvida sobre quem teria começado as agressões físicas ou agido em legítima defesa, a absolvição se impõe, até porque a perícia apontou a ocorrência de lesões recíprocas (TJ-RJ, AC 0010977-86.2010.8.19.0037, Rel.^a Des.^a Mônica Tolledo de Oliveira, julg. 12/05/2015).

Apelação criminal. Lesão corporal de natureza grave. Absolvição. Recurso da acusação objetivando a reforma da sentença. Agressões físicas e lesões recíprocas entre vizinhos, após discussão sobre a destruição de plantas cultivadas na beirada do muro. Materialidade comprovada. Inexistência, no entanto, de prova segura sobre o(s) responsável(eis) pelo início da contenda que se generalizou entre os familiares dos envolvidos (réus e vítimas). Insuficiência de provas para a condenação dos acusados. Exegese do art. 386, inc. vii, do código de processo penal. Sentença absolutória mantida (TJSC, AC 2011.038531-1, Rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 30/4/2013).

Legítima defesa putativa *versus* legítima defesa autêntica (real)

Não obstante a impossibilidade de falarmos em legítima defesa recíproca quando ocorrerem, simultaneamente, duas agressões injustas, não podemos negar a possibilidade de coexistirem uma legítima defesa putativa e uma legítima defesa real.

Legítima defesa *versus* estado de necessidade

Embora não se possa falar em legítima defesa recíproca (autêntica *versus* autêntica), seria possível cogitar de situação em que um dos agentes atue em legítima defesa e o outro em estado de necessidade? Absolutamente não. Isso porque aquele que age em estado de necessidade pratica uma conduta amparada pelo ordenamento jurídico, mesmo que esta conduta venha ofender bens também juridicamente protegidos.

Legítima defesa contra a multidão

Cleber Masson assevera que “prevalece o entendimento pela sua admissibilidade, pois o instituto da legítima defesa reclama tão somente uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, emanada de seres humanos, pouco importando sejam eles individualizados ou não”. Em sentido contrário, aponta a opinião de Vincenzo La Medica, para quem o comportamento de defesa contra a multidão configura estado de necessidade”¹³¹.

Legítima defesa preventiva

O ordenamento jurídico não comporta as excludentes de “legítima defesa preventiva” ou “estado de necessidade virtual”, de forma que a simples alegação de que poderia ser agredido por desafetos não justifica a conduta de possuir armas ilegais, até porque a intenção do Estatuto do Desarmamento foi obstar a banalização do uso de armas de fogo, evitando que conflitos corriqueiros terminem em agressões a tiros (TJ-MG, AC 0309899-83.2011.8.13.0079, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJe 13/06/2016).

O ordenamento jurídico não comporta as excludentes de ‘legítima defesa preventiva’ ou ‘estado de necessidade virtual’. O temor pela violência urbana não legitima a prática de crimes, vedada e punida pela norma substantiva penal (TJMG, AC 0015026-04.2011.8.13.0620, Rel. Des. Eduardo Brum, DJe 27/2/2012).

Excesso na legítima defesa

O excesso, segundo o parágrafo único do art. 23 do Código Penal, pode ser considerado doloso ou culposo.

Diz-se doloso o excesso em duas situações:

a) quando o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão, continua o ataque porque quer causar mais lesões ou mesmo a morte do agressor inicial (excesso doloso em sentido estrito); ou b) quando o agente, também, mesmo depois de fazer cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa, pelo fato de ter sido agredido inicialmente, em virtude de erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa de justificação), acredita que possa ir até o fim, matando o seu agressor, por exemplo.

Ocorre o excesso culposo nas seguintes situações: a) quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, hipótese na qual será aplicada a regra do art. 20, § 1º, segunda parte, do Código Penal; ou b) quando o agente, em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito a aferição das circunstâncias que o cercavam, excede-se em virtude de um “erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao *modus* da reação” (excesso culposo em sentido estrito).¹³²

Conforme esclarece Aramis Nassif, “não se consagra o excesso pelo comportamento tecnicamente culposo, pois a culpa, no sistema penal brasileiro, diz com comportamento imprudente, negligente ou imperito. Como identificar na ação de alguém que, sofrendo agressão injusta atual ou iminente, para defender--se adote conduta meramente imprudente, negligente ou imperita?”¹³³

Para configurar a legítima defesa é imprescindível que estejam presentes os requisitos: agressão injusta, atual ou iminente, uso moderado dos meios e que não haja excesso culposo ou doloso. Basta examinar as provas testemunhais e o laudo de exame de lesões corporais da vítima para excluir citada tese defensiva (TJ-DF, Processo: 20150310024478APR, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, DJe 08/06/2016).

Não se afasta a legítima defesa tão somente porque o réu não mediou, com racionalidade, a proporção do revide, haja vista que, no calor da discussão, não se exige a mensuração matemática dos meios a serem utilizados como forma de afastar a agressão injusta e iminente (TJMG, AC 0005220-28.2005.8.13.0628, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, DJe 13/7/2012).

Excesso intensivo e excesso extensivo

Ocorrerá o excesso intensivo quando o autor, “por consternação, medo ou susto, excede a medida requerida para a defesa;”¹³⁴ ou, na definição de Fragoso, é o excesso “que se refere à espécie dos meios empregados ou ao grau de sua utilização”.¹³⁵

Diz-se extensivo o excesso quando o agente, inicialmente, fazendo cessar a agressão injusta que era praticada contra a sua pessoa, dá continuidade ao ataque, quando este já não

mais se fazia necessário.

Excesso na causa

Fala-se em excesso na causa quando há “inferioridade do valor do bem ou interesse defendido, em confronto com o atingido pela repulsa”.¹³⁶

Excesso exculpante

É o que tem por finalidade afastar a culpabilidade do agente sob o argumento da inexigibilidade de conduta diversa.

O excesso exculpante não se confunde com o excesso doloso ou culposo, por ter como causas a alteração no ânimo, o medo, a surpresa. Ocorre quando é oposta à agressão injusta, atual ou iminente, reação intensiva, que ultrapassa os limites adequados a fazer cessar a agressão (STF, HC 72341/RS, Rel. Min. Maurício Correa, 2ª T, DJ 20/3/1998, p. 5).

Legítima defesa sucessiva

É a originária do excesso da legítima defesa, em que o agressor inicial se transforma em vítima e a vítima, a seu turno, se transforma em agressora.

Legítima defesa e *aberratio ictus* Pode ocorrer que determinado agente, almejando repelir agressão injusta, agindo com *animus defendendi*, acabe ferindo outra pessoa que não o seu agressor, ou mesmo a ambos (agressor e terceira pessoa). Nesse caso, embora tenha sido ferida ou mesmo morta outra pessoa que não o seu agressor, o resultado advindo da aberração no ataque (*aberratio ictus*) estará também amparado pela causa de justificação da legítima defesa, não podendo, outrossim, por ele responder criminalmente.

Efeitos civis da legítima defesa

Nos termos do inc. I do art. 188 do Código Civil, aquele que atua em legítima defesa não pratica ato ilícito capaz de suportar a obrigação de indenizar.

Nos termos do art. 188, I, do Código Civil, não constituem atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (STJ, REsp 1.596.589/AL, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T, DJe 27/06/2016).

Reconhecida a excludente de criminalidade da legítima defesa, em sentença penal absolutória, não há possibilidade de se rediscutir, no juízo cível, a existência de culpa do réu, sob pena de ofensa à coisa julgada criminal (TJMG, Ap 0009559-66.2001.8.13.0629, Rel. Des. Eduardo Marine da Cunha, DJe 20/7/2012).

Ofendículos

Ofendículos, na definição de Mirabete, “são aparelhos predispostos para a defesa da propriedade (arame farpado, cacos de vidro em muros etc.) visíveis e a que estão equiparados os ‘meios mecânicos’ ocultos (eletrificação de fios, de maçanetas de portas, a instalação de armas prontas para disparar à entrada de intrusos etc.”).¹³⁷

Apesar da definição do renomado autor, entendemos que os ofendículos não se prestam somente à defesa do patrimônio, mas também à vida, à integridade física etc., daqueles que os utilizam como artefato de defesa.

A discussão maior a respeito dos ofendículos cinge-se à apuração de sua natureza jurídica. Hungria os considerava como uma situação de *legítima defesa preordenada*. Isso porque os instrumentos somente agiriam quando os bens estivessem sendo agredidos e, dessa forma, já haveria uma situação de defesa legítima. Outros, ao contrário, a exemplo de Aníbal Bruno, entendem que aqueles que utilizam os ofendículos atuam no *exercício regular de um direito*. Afirma o mestre pernambucano que “a essa mesma categoria de exercício de um direito pertence o ato do indivíduo que, para defender a sua propriedade, cerca-a de vários meios de proteção, as chamadas defesas predispostas ou *offendicula*”.¹³⁸

Habeas corpus e legítima defesa

A tese de que o crime foi cometido sob a excludente de ilicitude da legítima defesa consiste, em suma, em alegação de inocência, a qual não encontra espaço de análise na estreita via do *habeas corpus* ou do recurso ordinário, por demandar exame do contexto fático-probatório (STJ, HC 326.530/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 10/08/2016).

A alegação de que as vítimas teriam iniciado a agressão contra corréu, a qual, em princípio, seria apta a configurar a excludente de legítima defesa, bem como o pedido visando à declaração da atipicidade da conduta, são matérias insuscetíveis de exame na via do *habeas corpus*, por demandarem análise de prova (STF, RHC 90524/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., DJ 9/5/2008).

Absolvição sumária

O art. 415, *caput* e incisos, do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhes foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, preveem a absolvição sumária do agente que havia sido denunciado pela prática, em tese, de crime da competência do Tribunal do Júri, dizendo, *verbis*: *Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:*

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inc. IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

Aplica-se a Súmula nº 83 do STJ ao recurso especial quando o entendimento da instância ordinária foi de que, havendo dúvida sobre a tese da legítima defesa arguida em favor do acusado, mostra-se descabida a

absolvição sumária, em atenção ao princípio *in dubio pro societate*, devendo ficar a apreciação da conduta do réu para o Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de sua competência constitucional para julgar os crimes dolosos contra a vida. Isso porque tal entendimento está em consonância com precedente desta Corte Superior (STJ, AgRg no AREsp 872.992/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 1º/07/2016).

Absolvição sumária por legítima defesa, na firme compreensão da jurisprudência e doutrina pátrias, somente há de ter lugar, quando houver prova unívoca da excludente, a demonstrá-la de forma peremptória (Código de Processo Penal, art. 411) (HC 25.858/RS, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 1º/08/2005) (STJ, HC 295.547/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 04/09/2015).

A legítima defesa só pode ser liminarmente reconhecida quando comprovada de maneira uniforme, transparente e estreme de dúvida. Caso contrário, sobreleva o interesse da sociedade, a quem competirá julgar o acusado (JC 69/446) (TJSC, Recurso Criminal 2012.059167-0, Rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 20/6/2013).

A absolvição sumária, pela legítima defesa, exige prova inequívoca. Inexistentes nos autos provas seguras e incontrovertíveis se a conduta do acusado está ou não acobertada pela excludente invocada, imperioso que a questão seja submetida à apreciação do Tribunal do Júri, competente para julgar os crimes dolosos contra a vida (TJSC, Recurso Criminal 2012.091209-4, Rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 20/6/2013).

Se, durante o durante o *judicium accusationis*, fica claro que o acusado agiu sob o manto da excludente de ilicitude da legítima defesa, é forçoso absolvê-lo sumariamente da prática do crime de tentativa de homicídio (TJMG, AC 3644727-91.2007.8.13.0702, Rel. Des. Cássio Salomé, DJe 20/8/2012).

Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, o julgamento pelo Tribunal Popular só pode deixar de ocorrer, provada a materialidade do delito, caso se verifique ser despropositada a acusação, porquanto aqui vigora o princípio *in dubio pro societate*. Absolvição sumária por legítima defesa, na firme compreensão da jurisprudência e doutrina pátrias, somente há de ter lugar, quando houver prova unívoca da excludente, a demonstrá-la de forma peremptória. (HC 25858/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 1º/8/2005) (STJ, HC 99194/PE, Rel. Min. Felix Fischer, 5ªT., DJe 18/8/2008).

Pronúncia e legítima defesa

O art. 413 e seu § 1º do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhes foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, no que diz respeito à pronúncia do acusado, dizem, *verbis*:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incursivo o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, configurado o excesso de linguagem na decisão de pronúncia, são inadequados o desentranhamento e o envelopamento da peça para impedir o seu conhecimento pelos jurados. O excesso de linguagem é evidente se o juiz sentenciante conclui que a tese de legítima defesa alegada pelo recorrente é inverídica e contraditória e declara que a sua versão dos fatos não merece crédito (STJ, REsp 1.575.493/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 31/03/2016).

A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários a prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 413 do Código Processual Penal. Tendo a decisão impugnada asseverado que, na espécie, não há um conjunto harmônico de provas aptas para se concluir que o recorrente agiu em legítima defesa, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal suportado em decorrência da pronúncia (STJ, RHC 63.880/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, DJe 09/03/2016).

Uma vez interposto recurso contra a sentença de pronúncia, insistindo-se na configuração da legítima defesa, cumpre ao órgão julgador analisar os elementos coligidos. Esse procedimento não implica supressão da prerrogativa do corpo de jurados quanto ao julgamento final da matéria, nem extravasamento dos limites próprios à fase de submissão do acusado ao Júri (STF, HC 90909/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T, DJ 21/11/2008).

Não havendo prova estreme de dúvida de que o recorrente agiu sob o amparo da legítima defesa, é de rigor que se mantenha a decisão de pronúncia para que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, juiz natural da causa (TJPR,

1ª C., RSE 0381361-2, Foro Regional de Araucária da Região Metropolitana de Curitiba, Rel. Des. Jesus Sarrão, j. 3/5/2007).

¹ Francisco Bueno Arús, dissertando sobre o conceito unitário do crime, diz, com acerto: “Penso que a Escola penalista nazista de Kiel tinha razão em um ponto: que o delito é *um ente unitário*, não fracionável em partes, perceptível pelo intelecto de maneira global, ainda que, para compreender melhor sua essência, seja didático explicar sucessivamente seus diversos caracteres” (*La ciencia del derecho penal – Un modelo de inseguridad jurídica*, p. 67).

² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 57.

³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova lei de drogas comentada*, p. 110.

⁴ “Conceito definitorial de delito – segundo a teoria do *labeling approach* (ou teoria do etiquetamento). Para esta teoria, o delito carece de consistência material (ou ontológica), mas, mais do que isso, são os processos de reação social – é dizer, o controle social mesmo – que criam a conduta desviada, ou seja, a conduta não é desviada *em si* (qualidade negativa inerente à conduta), mas em razão dum processo social – arbitrário e discriminatório – de reação e seleção. O delito (comportamento desviado, por excelência) é, em consequência, uma *etiqueta*, que se associa a certas pessoas, sobretudo em razão do seu *status social* (do delinquente) e da vítima, da repercussão social, das suas consequências, da reação das partes envolvidas etc.” (Queiroz, Paulo de Souza. *Direito penal – Introdução crítica*, p. 95-96).

⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, v. I, p. 209.

⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 80.

⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*, p. 1.

⁸ Conforme esclarece Cesar Roberto Bitencourt, “a elaboração do conceito analítico começou com Carmignani (1833), embora encontre antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732). Para Carmignani, a ação delituosa compor-se-ia do concurso de uma força física e de uma força moral. Na força física estaria a ação executora do dano material do delito, e na força moral situar-se-ia a culpabilidade e o dano moral do delito. Essa construção levou ao sistema bipartido do conceito clássico de crime, dividido em aspectos objetivo e subjetivo. A construção do conceito analítico do delito, no entanto, veio a completar-se com a contribuição decisiva de Beling (1906), com a introdução do elemento tipicidade. Embora a inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico, predominante, passou a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável” (BITENCOURT, Cesar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 22).

⁹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 85-86.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal – Parte general*, p. 324.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*.

¹² BITENCOURT, Cesar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 5.

¹³ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – Parte geral*, p. 94.

¹⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*, p. 335-339.

¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 94.

- 16 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, p. 18-19.
- 17 VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*, t. I, p. 193.
- 18 CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de La. *Tipicidad e imputación objetiva*, p. 48.
- 19 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 39.
- 20 “O ponto de partida do modelo final de ação é a distinção entre *fato natural* e *ação humana*: o fato natural é fenômeno determinado pela causalidade, um produto mecânico de relações causais cegas; a ação humana é acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim. Na ação humana, a vontade é a energia produtora da ação, enquanto a consciência do fim é sua direção inteligente: a finalidade dirige a causalidade para configurar o futuro conforme o plano do autor” (Santos, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 15).
- 21 MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*, p. 67.
- 22 WESSELS, Johannes. *Derecho penal – Parte general*, p. 23-24.
- 23 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal – Parte general*, p. 342.
- 24 Tais fases dizem respeito à conduta dolosa.
- 25 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 40.
- 26 VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 19.
- 27 SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*, p. 23.
- 28 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 41.
- 29 ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 458.
- 30 BELING apud Vargas, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 21.
- 31 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Conduta punível*, p. 117-118.
- 32 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 43.
- 33 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal – Parte general*, p. 387.
- 34 FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Misión de garantía del derecho penal*, p. 31-32.
- 35 MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A estrutura jurídica da culpabilidade*, p. 141.
- 36 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 151.
- 37 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal – Parte geral*, p. 92.
- 38 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 48-49.
- 39 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – Parte geral*, p. 184.
- 40 CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. *Curso de direito constitucional*, p. 271.
- 41 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 139.
- 42 TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime*, p. 34-35.
- 43 STEFAM, André. *Direito penal – Parte geral*, v. I, p. 102.
- 44 MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, parte geral, v. I, p. 213.
- 45 BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*, p. 56.
- 46 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*, p. 59-60.
- 47 GRECO, Luís. Introdução: In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 29.
- 48 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 124.
- 49 Há crimes omissivos próprios ou puros que só podem ser cometidos por determinadas pessoas, sendo, portanto, classificados doutrinariamente como delitos próprios, como é o caso do art. 269 do Código Penal, que prevê a omissão de notificação de doença em que somente o médico pode ser o sujeito ativo.
- 50 BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*, p. 91.
- 51 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Crimes omissivos por comissão (?)*. Disponível em: Acesso em: 3 ago. 2010 <http://www.buscalegis.ufsc.br/revisitas/index.php/buscalegis/article/view/11339/10904>
- 52 “A realização do risco, ao contrário do que pensam alguns, não substituiu a causalidade, mas a pressupõe: é impossível dizer que determinado risco se realizou no resultado, se a conduta do autor não foi sequer *conditio sine qua non*, ou, para utilizar a teoria mais aceita na Alemanha atualmente, condição segundo uma lei natural, do resultado” (Greco, Luís. Introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 88-89).
- 53 Nesse sentido, afirma Fernando Galvão: “Pode-se distinguir causalidade material de imputação objetiva. A relação de causalidade material relaciona uma conduta a um determinado resultado no plano naturalístico e constitui pressuposto para a imputação objetiva nos crimes materiais. A definição do critério a ser utilizado para estabelecer a vinculação resulta de opção político-criminal, que acolhe qualquer das diversas teorias elaboradas para a determinação da causalidade. A imputação objetiva, por sua vez, é atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de modo a viabilizar sua responsabilização” (*Imputação objetiva*, p. 43).
- 54 Apud PARMA, Carlos. *Culpabilidad*, p. 94.
- 55 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 148.
- 56 Para Cezar Roberto Bitencourt, o *iter criminis* possui tão somente quatro fases, encerrando-se com a consumação do delito (BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 464).
- 57 PARMA, Carlos. *La tentativa*, p. 56.
- 58 Apud HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 84.
- 59 BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte geral*, p. 678.
- 60 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 85.
- 61 BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 450.

- 62 CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español* – Parte general, v. III, p. 186.
- 63 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. II, p. 384.
- 64 GALVÃO, Fernando. *Direito penal* – Parte geral, p. 720.
- 65 BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, v. II, p. 269.
- 66 VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*, p. 342.
- 67 WESSELS, Johannes. *Derecho penal* – Parte general, p. 186.
- 68 Apud HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 96.
- 69 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 93.
- 70 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal* – Parte geral, p. 296.
- 71 Esclarece Miguel Ángel Nuñez Paz que “na tentativa inidônea, o autor crê erroneamente na concorrência de um elemento objetivo do tipo inexistente (dispara contra uma pessoa morta, crendo-a viva; trata-se do chamado erro de tipo ao revés” (*El delito intentado*, p. 119).
- 72 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v.I, t. II, p. 101.
- 73 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v.I, t. II, p. 99.
- 74 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*, v. I, p. 545-546.
- 75 Dissertando sobre as origens do dolo, Patricia Laurenzo Copello esclarece que “o dolo, como pressuposto do delito, aparece pela primeira vez no Direito romano, onde foi concebido com perfis muito nítidos e definidos, identificando-o com a intenção ou, melhor ainda, com a ‘má intenção’ ou malícia na realização do fato ilícito. Deste modo ficava superada a primitiva concepção do ilícito penal como mera causação objetiva de resultados, exigindo-se a ‘intenção imoral dirigida a um fim antijurídico’ – o ‘dolus malus’ – como fundamento para a aplicação da pena pública” (*Dolo y conocimiento*, p. 27).
- 76 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 77.
- 77 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal* – Parte general, p. 405.
- 78 “O verbo *querer*, empregado para exprimir a vontade humana, é um verbo auxiliar que necessita, sempre, de um verbo principal para explicitar seu conteúdo; neste caso, o verbo *querer* deve ser completado com o verbo *realizar*, porque o direito penal proíbe *realizar* crimes e, portanto, o componente *volitivo* do dolo define-se como *querer realizar* o tipo objetivo de um crime” (Santos, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 63).
- 79 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 278-279.
- 80 CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español* – Parte general, v. II, p. 149.
- 81 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 89.
- 82 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 182.
- 83 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 282-283.
- 84 STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal* – Parte general 1, p. 171.
- 85 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal* – parte geral, p. 179.
- 86 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal* – Parte general, p. 411.
- 87 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal* – Parte geral, p. 138.
- 88 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, p. 88.
- 89 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 157.
- 90 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, T. II, p.120.
- 91 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.971/2014, que alterou o Código de Trânsito Brasileiro*. 2014 apud GRECO, Rogério. *Os absurdos da Lei 12.971, de 9 de maio de 2014*. Disponível em: <//Users/rogeriogreco/Desktop/Dizer%20o%20Direito.%20Comentários%20à%20Lei%2012.971:2014.%20que%20alterou%20o%20Código%20de%20Trânsito%20Brasileiro.webarchive>. Acesso em: 19 maio 2014.
- 92 ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general, p. 335.
- 93 “O objeto do erro de tipo não tem a extensão sugerida pela lei penal: o tipo legal é um conceito *constituído* de elementos subjetivos e objetivos, mas o erro de tipo só pode incidir sobre *elemento objetivo* do tipo legal, um conceito menos abrangente do que *elemento constitutivo* do tipo legal, que inclui a dimensão subjetiva do tipo” (Santos, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 82).
- 94 GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, p. 23.
- 95 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal* – Parte geral, v. I, p. 265.
- 96 WESSELS, Johannes. *Derecho penal* – Parte general, p. 129.
- 97 BRUNO, Aníbal. *Direito penal* – Parte geral, t. II, p. 123.
- 98 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 285.
- 99 GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, p. 184.
- 100 BUSATO, Paulo César. *Direito penal* – parte geral, p. 653.
- 101 GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal* – parte geral, v. 2, p. 393.
- 102 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal* – parte geral, p. 198.
- 103 SANZO BRODT, Luis Augusto. Da consciência da ilicitude no direito penal, p. 17-18.
- 104 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal*, p. 326-327.
- 105 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 270.
- 106 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, v. I, p. 632.
- 107 BITENCOURT, Cesar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 421.
- 108 MUNHOZ NETTO, Alcidez. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, p. 133-134.

- 109 SANZO BRODT, Luís Augusto. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*, p. 84.
- 110 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 167.
- 111 CURYURZÚA, Enrique. *Derecho penal – Parte general*, t. II, p. 7.
- 112 CURYURZÚA, Enrique. *Derecho penal – Parte general*, t. II, p. 76.
- 113 RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*, p. 252.
- 114 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, p. 619.
- 115 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v.II, p. 310.
- 116 HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objeção de consciência e direito penal – Justificação e limites*, p. 118.
- 117 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 100.
- 118 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 187.
- 119 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal objetivo*, p. 62.
- 120 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 184-185.
- 121 Apud JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. I, p. 324.
- 122 NORONHA, Magalhães. *Direito penal*, v. I, p. 183-184.
- 123 REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Antijuridicidad*, p. 80.
- 124 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 279.
- 125 Apud HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 279.
- 126 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 582.
- 127 MUÑOZ CONDE, Francisco. BITENCOURT, Cesar Roberto. *Teoria geral do delito*, p. 247.
- 128 CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal – Parte general*, v. II, p. 209.
- 129 MAURACH, Reinhart. *Derecho penal – Parte general*, p. 440.
- 130 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 101.
- 131 MASSON, Cleber. *Direito penal – Parte geral*, p. 391
- 132 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 304-305.
- 133 NASSIF, Aramis. *O novo Júri Brasileiro*, p. 151.
- 134 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 182.
- 135 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte geral*, p. 188.
- 136 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 305.
- 137 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 190.
- 138 BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*, t. II, p. 9.

Título III – Da Imputabilidade Penal

Inimputáveis Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Redução de pena Parágrafo único.** A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Imputabilidade (capacidade de culpabilidade)**

Para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido, é preciso que seja imputável. A imputabilidade, portanto, é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção.

Sanzo Brodt assevera: “A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. *Bettoli* diz que o agente deve poder ‘prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social’, deve ter, pois, ‘a percepção do significado ético-social do próprio agir’. O segundo, a ‘capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme *Bettoli*, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal’.¹

O Código Penal erigiu as hipóteses que, segundo critério político-legislativo, conduziriam à inimputabilidade do agente, a saber: I – inimputabilidade por doença mental; II – inimputabilidade por imaturidade natural.

Inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Pela redação do *caput* do mencionado art. 26, verifica-se que o Código Penal adotou a conjugação de dois critérios que nos levam a concluir pela inimputabilidade do agente, a saber: *a) existência de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico); b) a absoluta incapacidade de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério*

psicológico).

Isso significa que o Código Penal, pelo seu art. 26, *caput*, adotou o *critério biopsicológico* para a aferição da inimputabilidade do agente.

Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g., perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa (STJ, HC 33401/RJ, Min. Felix Fischer, 5ª T, DJ 3/11/2004, p. 212).

Doença mental

A expressão *doença mental* já de há muito vem sendo criticada. Conforme assevera Nélson Hungria, essa expressão “não colheu aprovação geral no seio da classe médica”, cuja preferência se inclina para a locução *alienação mental*. Explicando os motivos pelos quais o legislador havia acolhido a expressão *doença mental* em vez de *alienação mental*, diz Nélson Hungria: “O título ‘alienação mental’, ainda que tivesse um sentido incontrovertido em psiquiatria, prestar-se-ia, na prática judiciária, notadamente no tribunal de juízes de fato, a deturpações e mal-entendidos. Entre gente que não cultiva a ciência psiquiátrica, *alienação mental* pode ser entendida de modo amplíssimo, isto é, como todo estado de quem está *fora de si*, alheio a si, ou de quem deixa de ser igual a si mesmo, seja ou não por causa patológica. [...] a preferência pela expressão ‘doença mental’ veio de que esta, nos tempos mais recentes, já superado em parte o critério de classificação a que aludia Gruhle, abrange todas as psicoses, quer as *orgânicas e tóxicas*, quer as *funcionais* (funcionais propriamente ditas e sintomáticas), isto é, não só as resultantes de processo patológico instalado no mecanismo cerebral precedentemente são (paralisia geral progressiva, sífilis cerebral, demência senil, arteriosclerose cerebral, psicose traumática etc.) e as causadas por venenos *ab externo* (alcoolismo, morfinismo, cocainismo, saturnismo etc.) ou *toxinas metabólicas* (consecutivas a transtornos do metabolismo produzidos por infecções agudas, enfermidades gerais etc.), como também as que representam perturbações mentais ligadas ao psiquismo normal por transições graduais ou que assentam, como diz Bumke, muito verossimilmente sobre anomalias não tanto da estrutura quanto da função do tecido nervoso ou desvios puramente quantitativos, que nada mais traduzem que variedades da disposição física normal, a que correspondem funcionalmente desvios da normal conduta psíquica (esquizofrenia, loucura circular, histeria paranoia)”.²

Desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Sob essa expressão se agrupam, ainda nas lições de Hungria, “não só os deficitários congênitos do desenvolvimento psíquico ou *oligofrênicos* (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os silvícolas

inadaptados”.³ Abrindo um parêntese nas precisas lições do mestre, é preciso ressaltar que os surdos-mudos, nos dias de hoje, como regra, têm uma vida basicamente igual à daqueles que não possuem a deficiência da surdo-

-mudez. A possibilidade de entender e fazer-se entender já não permite alocar os surdos-mudos na categoria de pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Sentença absolutória imprópria

Se comprovada a total inimputabilidade do agente, deverá ele ser absolvido, nos termos do inc. VI do art. 386 do Código de Processo Penal, conforme nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, aplicando-se-lhe, por conseguinte, medida de segurança. Daí dizer-se que tal sentença é impropriamente absolutória, uma vez que, embora absolvendo o inimputável, aplica-se-lhe medida de segurança.

Semi-imputabilidade

O parágrafo único do art. 26 do Código Penal prevê a redução de pena de um a dois terços para aquele que, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, *não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*.

A diferença básica entre o *caput* do art. 26 e seu parágrafo único reside no fato de que, neste último, o agente *não era* inteiramente incapaz de entender a ilicitude do fato ou de determinar-

-se de acordo com esse entendimento. Isso quer dizer que o agente pratica um fato típico, ilícito e culpável. Será, portanto, condenado, e não absolvido, como acontece com aqueles que se amoldam ao *caput* do art. 26. Contudo, o juízo de censura que recairá sobre a conduta do agente deverá ser menor em virtude de sua perturbação da saúde mental ou de seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado, razão pela qual a lei determina ao julgador que reduza sua pena entre um a dois terços.

Verificada a condição de semi-imputabilidade do agente, o Magistrado, dentro de seu âmbito de discricionariedade motivada, poderá optar por reduzir a reprimenda do réu nos termos do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, ou substituir o cumprimento da pena por internação ou tratamento ambulatorial conforme disposição do art. 98 do Diploma Penalista. Precedentes (STJ, HC 298.252/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 28/04/2016).

A redução da pena pela semi-imputabilidade deve levar em conta a maior ou menor intensidade da perturbação mental, autorizando-se a aplicação da fração mínima se, quanto tolhida parcialmente a capacidade de determinação, o agente não apresenta déficits evidentes de desenvolvimento mental, segundo laudo pericial (TJMG, AC 2659628-39.2011.8.13.0024, Rel. Des. Júlio Cesar Gutierrez, DJe 19/8/2014).

É imperiosa a comprovação de que o agente não possuía plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato para ter sua reprimenda diminuída, nos termos do art. 26, parágrafo único, do Código Penal (TJPR,

O abrandamento da reprimenda em virtude da semi-imputabilidade deve ser balizado pelo grau de perturbação da saúde mental do réu, aferindo-se a magnitude de seu entendimento sobre o caráter ilícito de sua conduta. Assim, quanto maior se revelar a condição do acusado em entender a ilicitude do fato praticado, menor será a diminuição da pena em razão da semi-imputabilidade, e vice-versa (TJMG, AC 0416687-54.2010.8.13.0145, Rel. Des. Furtado de Mendonça, DJe 17/8/2012).

Demonstrado que o paciente não era portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, apenas não possuindo plena capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão de perturbação na sua personalidade, justificada a escolha pela fração mínima (1/3) prevista no parágrafo único do art. 26 do CP (STJ, HC 186149/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 19/8/2011).

A diminuição da pena deve ser medida pela amplitude da perturbação da saúde mental do réu, ou pela graduação de seu desenvolvimento mental, com a verificação da intensidade de seu entendimento quanto ao caráter ilícito do fato praticado (STJ, HC 41061/SP, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJ 12/6/2006, p. 543).

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Se o condenado, na hipótese do parágrafo único do art. 26 do Código Penal, necessitar de especial tratamento curativo, poderá o juiz, com base no art. 98 do Código Penal, substituir a pena privativa de liberdade pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de um a três anos, nos termos do art. 97 e seus parágrafos, do Código Penal.

Não há que se falar em *reformatio in pejus* quando o tribunal de origem, ao julgar o recurso exclusivo da defesa, substitui a pena privativa de liberdade por uma medida de segurança, acolhendo um dos pedidos formulados em favor do réu. Não se vislumbra ofensa ao Enunciado sumular nº 525 do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, prevalecendo o sistema vicariante, é possível que o tribunal de origem, ao apreciar o recurso da defesa, substitua a pena privativa de liberdade por uma medida de segurança, desde que comprovada a semi-imputabilidade do réu e a necessidade do tratamento. Doutrina e jurisprudência (STJ, HC 331.164/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 03/12/2015).

Denúncia oferecida em face de um inimputável

Tomando conhecimento de que um agente comprovadamente inimputável praticou um fato típico e antijurídico, deve o Promotor de Justiça denunciá-lo, narrando com exatidão os fatos por ele cometidos, para que, durante a instrução do processo, possa ser assegurada sua ampla defesa. Ao final da peça acusatória, deverá o membro do *Parquet*, mencionando a causa dirimente da culpabilidade, pugnar pela *absolvição* do réu, com a consequente aplicação de medida de segurança. Não haverá possibilidade, nessa hipótese, de ser formulado pedido condenatório, haja vista que a peça teria de ser rejeitada por faltar-lhe uma das condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, qual seja, a *possibilidade jurídica do pedido*.

Absolvição sumária

Vide parágrafo único do art. 415 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.

É cediço que a reforma processual operada em 2008 trouxe ao magistrado a possibilidade de absolver sumariamente o réu quando verificar: i) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude; ii) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; iii) que o fato narrado não constitui crime; ou iv) extinta a punibilidade do agente. Poderá também, segundo preconiza abalizada doutrina, rever, após as alegações defensivas, a presença das condições da ação e pressupostos processuais. Dessarte, a nova regulamentação do tema permite concluir que, uma vez não verificadas as hipóteses de absolvição sumária, deverá se dar seguimento ao feito, sem maiores considerações, designando-se data para a audiência a ser realizada, sob pena de configurar-se antecipação do provimento jurisdicional, sem a produção das provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (STJ, RMS 47.774/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T, DJe 04/05/2016).

Constatada, através de exame psiquiátrico, a inimputabilidade do acusado, que, ao tempo da ação, tinha parcial capacidade de entender o caráter ilícito da ação, mas não de determinar-se de acordo com esse entendimento, impõe-se, ainda na fase da pronúncia, a sua absolvição sumária [...], com aplicação imediata de medida de segurança, sem necessidade de submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri (TJMG, AC 1.0035.07.088762-1/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 6/2/2009).

Constatada a inimputabilidade do agente, bem como sua periculosidade, em virtude de doença mental, revela-se adequada a aplicação de medida de segurança, após sua absolvição sumária (TJMG, AC 1.0210.04.018192-2/001, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caires, DJ 23/3/2006).

Semi-imputabilidade e julgamento pelo Júri

Vide art. 483, inc. IV, do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.

Para ser acolhida a tese de exclusão da culpabilidade – inimputabilidade – as provas devem ser seguras e incontrovertíveis, do contrário, reserva-se ao crivo do Tribunal do Júri a análise da questão. A semi-imputabilidade, por se tratar de mera causa de diminuição de pena (art. 26, parágrafo único, do CP), não exclui a culpabilidade do acusado e não enseja, portanto, por si só, a absolvição sumária (TJ-MG, AC 0011800-62.2014.8.13.0142, Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, DJe 20/04/2016).

A conclusão de perícia médica realizada em incidente de sanidade que aponta parcial condição de entendimento do caráter ilícito do fato ou de autodeterminação não autoriza a absolvição sumária com aplicação da medida de segurança – absolvição imprópria –, haja vista que se estaria diante de eventual semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, do Código Penal), devendo, pois, ser o acusado submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, ocasião em que referida circunstância deverá ser objeto de apreciação pelo Conselho de Sentença (TJMG, AC 1.0000.00.317032-1/000, Rel. Des. Tibagy Salles, DJ 21/2/2003).

Cleptomania

Provado que o apelante cometeu o crime que lhe foi imputado, é incabível a solução absolutória. Não se pode ignorar que *clepto* vem do grego *kléptein*, que significa furtar, roubar; daí a mania de furtar. Mas, não se pode, nem se deve restringir o alcance do mal ao furto, porque, dadas as circunstâncias do estelionato, que motivou sua condenação, o apelante experimentou o que compulsivamente buscava, isto é, a sensação de risco, própria da cleptomania. Com efeito, acompanhado daquele a quem furtara o cartão, o usou, como se fosse seu, em determinada compra de valor mínimo. Assim, conhecido o recurso, fica parcialmente provido, para, considerando-se o pequeno valor da vantagem obtida e que o apelante tem sua capacidade de autodeterminação reduzida pela comprovada cleptomania, abrandar sua pena e declarar extinta a punibilidade por força da prescrição, tendo em vista o tempo decorrido entre o recebimento da denúncia e a edição da sentença.

Unanimidade (TJ-RJ, AC 0130370-60.2003.8.19.0001, Rel. Des. Nildson Araujo da Cruz, DJe 08/01/2009).

Comprovada a cleptomania e a capacidade da agente de entender o caráter ilícito dos fatos praticados, mas a incapacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, tem-se a semi-imputabilidade da ré, com a consequente redução de pena (TJMG, AC 2.0000.00. 480898-2/000, Rel. Des. Ediwal José de Moraes, *DJ* 30/3/2005).

Inimputável preso e constrangimento ilegal

Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, a prisão que antecede a condenação transitada em julgado só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência. No caso, o magistrado singular, corroborado pelo Tribunal de origem, ao absolver sumariamente o acusado, acolhendo a tese de inimputabilidade, e aplicar-lhe medida segurança de internação, negou-lhe o direito de recorrer em liberdade, sem apontar elementos novos e concretos que justificassem a manutenção da prisão, bem como não se atentou para o fato de que, reconhecendo a inimputabilidade do acusado, não poderia submetê-lo à segregação cautelar destinada aos presos comuns. Sobreveio o julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa contra a decisão que, acolhendo a tese de inimputabilidade, absolveu sumariamente o paciente, aplicando-lhe medida de internação. Na ocasião, a Corte estadual deu provimento ao apelo para pronunciar o paciente pelo crime de homicídio simples tentado, tendo em vista a existência de outra tese defensiva, além da inimputabilidade, nada afirmando a respeito da manutenção, ou não, da prisão preventiva. Tal situação demonstra que o constrangimento ilegal decorrente da ausência de fundamentação da segregação cautelar persiste (STJ, HC 336.560/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 29/03/2016).

No caso dos autos, imposta medida de segurança de internação, observa-se a existência de patente constrangimento ilegal o fato de ter sido o paciente colocado em presídio comum, em razão da falta de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado. A insuficiência de recursos do Estado não é fundamentação idônea a ensejar a manutenção do paciente em regime prisional, quando lhe foi imposta medida de segurança de internação. Precedentes do STJ. Ordem concedida para determinar a imediata transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, devendo, na falta de vaga, ser submetido a regime de tratamento ambulatorial (STJ, HC 108517/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJe 20/10/2008).

Sendo incontroversa a inimputabilidade do réu que se encontra preso em estabelecimento prisional, resta configurado o constrangimento ilegal (STJ, HC 60232/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 18/12/2006, p. 429).

Substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial

Em casos excepcionais, admite-se a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade da internação (STF, HC 85.401/RS, 2^a T., Rel. Min. Cesar Peluso, DJe 12/2/2010).

Inimputabilidade e incidente de sanidade mental Nesse contexto, o incidente de insanidade mental é meio essencial à aferição da inimputabilidade do acusado, se afigurando absolutamente necessário, não havendo se falar em constrangimento ilegal com a sua instauração (STJ, HC 325.052/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 07/12/2015).

Encontrando-se o curso do feito estagnado há mais de um ano para a realização de exame de sanidade mental do recorrente, sem perspectiva de próxima conclusão do incidente processual, e havendo elementos

indicativos de que o acusado sofre de doença mental – esquizofrenia paranoide, com relatos de episódios violentos – é de se determinar a sua internação provisória, ainda que não exista laudo psiquiátrico atestando a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade (STJ, RHC 62.075/BA, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 22/10/2015).

Semi-imputabilidade e indulto O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 628.658, em repercussão geral, firmou entendimento de que “Reveste-se de legitimidade jurídica a concessão, pelo Presidente da República, do benefício constitucional do indulto (CF, art. 84, XII), que traduz expressão do poder de graça do Estado, mesmo se se tratar de indulgência destinada a favorecer pessoa que, em razão de sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade, sofre medida de segurança, ainda que de caráter pessoal e detentivo” (STJ, HC 321.432/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 29/08/2016).

Menores de dezoito anos Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Inimputabilidade por imaturidade natural

A inimputabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, na qual, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito. Adotou-se, portanto, o critério puramente *biológico*.

A habilitação para conduzir veículo automotor e ciclomotor só pode se conferida ao penalmente imputável (STJ, MS 6245/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, S1, *RSTJ* 124, p. 91).

Considera-se penalmente responsável o agente que completou dezoito anos no dia da prática do crime (STJ, REsp. 90105/GO, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, 5^a T., *RSTJ* 104, p. 450).

Previsão constitucional

Nossa Constituição Federal teve a preocupação de consignar expressamente, em seu art. 228, que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Redução da maioridade penal

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioridade penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito sua redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreforáveis, uma vez que não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incs. I a IV do § 4º do

art. 60 da Carta Magna.⁴

A única implicação prática da previsão da inimputabilidade penal no texto da Constituição Federal, segundo nosso posicionamento, é que, agora, somente por meio de um procedimento qualificado de emenda, a maioridade penal poderá ser reduzida, ficando impossibilitada tal redução via lei ordinária.

Prova da menoridade

Deve ser feita por certidão de nascimento expedida pelo registro civil ou documento que o substitua, a exemplo da carteira de identidade, conforme determina o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008.

Hipótese em que os autos foram instruídos com vários documentos que comprovam a menoridade da vítima, todos firmados por agentes públicos, sendo desnecessária a juntada de certidão de nascimento se a inimputabilidade é comprovada por outros elementos (STJ, HC 160.039/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJe 18/10/2010).

Constatada, por meio de certidões, a inimputabilidade do recorrente à época do fato criminoso, deve ser anulado o processo, sujeitando-o à legislação especial (CP, art. 27) (STJ, RHC 8784/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., DJ 8/3/2000, p. 131).

A prova da menoridade, para fins de verificação da inimputabilidade penal, é realizada por meio de certidão do registro civil de nascimento (STJ, HC 9.062/PA, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., DJU 18/10/1999, p. 282).

Competência para julgamento

Compete ao Juízo da Vara da Infância e da Juventude, ou ao Juiz que, na Comarca, exerce tal função, processar e julgar o ato infracional cometido por menor inimputável, ainda que a infração seja equiparada a crime eleitoral (STJ – CC 38430/BA, Rel. Min. Felix Fischer, S3, DJ 18/8/2003, p. 150).

Emoção e paixão Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – a emoção ou a paixão; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Embriaguez** II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 1º. É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 2º. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de

determinar-
-se de acordo com esse entendimento.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Emoção e paixão

O inc. I do art. 28 do Código Penal assevera que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal. A *emoção*, segundo Montovoni, “é uma intensa perturbação afetiva, de breve duração e, em geral, de desencadeamento imprevisto, provocada como reação afetiva a determinados acontecimentos e que acaba por predominar sobre outras atividades psíquicas (ira, alegria, medo, espanto, aflição, surpresa, vergonha, prazer erótico etc.). *Paixão* é um estado afetivo violento e mais ou menos duradouro, que tende a predominar sobre a atividade psíquica, de forma mais ou menos alastrante ou exclusiva, provocando algumas vezes alterações da conduta que pode tornar-se de todo irracional por falta de controle (certas formas de amor sexual, de ódio, de ciúme, de cupidez, de entusiasmo, de ideologia política)”.⁵

Crime passional

Com essa redação, o Código Penal permitiu a punição dos chamados crimes passionais, ou seja, aqueles que são motivados por uma intensa paixão ou emoção. Os crimes passionais, como sabemos, são alegados com frequência perante o Tribunal do Júri, cuja composição do Conselho de Sentença é formada, geralmente, por pessoas leigas, que desconhecem as leis penais. Julgam de acordo com o próprio sentimento e colocam na urna o voto da sua consciência. Não precisam motivar suas decisões, razão pela qual aceitam as teses, tanto da acusação como da defesa, que mais lhe satisfazem a natureza. Com muita frequência, os jurados acolhem o descontrole emocional do réu e o absolvem do crime por ele cometido. Embora a perturbação mental sofrida pelo réu, advinda da sua emoção ou paixão, não afaste, no juízo singular, sua imputabilidade, isso não impede que os seus pares o absolvam, após se colocarem no lugar do agente.⁶

Sob o domínio de violenta emoção e sob a influência de violenta emoção

Existe diferença, de acordo com a redação do Código Penal, entre o *domínio* e a *influência* de violenta emoção, sendo aquele um sentimento arrebatador, que pode conduzir à redução da pena na hipótese prevista no § 1º do art. 121 do estatuto repressivo, e esta última, sendo de menor intensidade, importará na aplicação da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, c, do mesmo diploma penal.

Embriaguez alcoólica

Na definição de Eduardo Rodrigues, embriaguez alcoólica é a “perturbação psicológica mais ou menos intensa, provocada pela ingestão do álcool, que leva a total ou parcial incapacidade de entendimento e volição”.⁷

Actio libera in causa Na precisa definição de Narcélio de Queiroz, devemos entender por *actio libera in causa* “os casos em que alguém, no estado de não imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a podia ou devia prever”.⁸

A embriaguez, como causa de inimputabilidade, atrai a normatividade do art. 28 do Código Penal. A colocação em estado de inconsciência decorrente de caso fortuito ou de força maior resulta na atipicidade dos resultados lesivos produzidos pelo agente em tal condição, não havendo que se falar em responsabilização criminal, sob pena de violação ao princípio da culpabilidade. No entanto, a chamada teoria da *actio libera in causa* é inaplicável aos casos de embriaguez accidental, voluntária ou culposa, sob pena da reprimenda tornar-se inócuas para fins de prevenção e repressão (precedentes) (STJ, AgInt no HC 350.918/SC, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª T, DJe 03/05/2016).

Dada a adoção da teoria da *actio libera in causa* pelo Código Penal, somente a embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior que reduza ou anule a capacidade de discernimento do agente quanto ao caráter ilícito de sua conduta, é causa de redução ou exclusão da responsabilidade penal nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 28 do diploma repressor (STJ, AgRg. no REsp. 1165821/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, DJe 13/8/2012).

Pela adoção da teoria da *actio libera in causa* (embriaguez preordenada), somente nas hipóteses de ebriez decorrente de ‘caso fortuito’ ou ‘forma maior’ é que haverá a possibilidade de redução da responsabilidade penal do agente (culpabilidade), nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 28 do Código Penal. Em que pese o estado de embriaguez possa, em tese, reduzir ou eliminar a capacidade do autor de entender o caráter ilícito ou determinar-se de acordo com esse entendimento, tal circunstância não afasta o reconhecimento da eventual futilidade de sua conduta. Precedentes do STJ (STJ, REsp. 908.396/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T, DJe 30/3/2009).

Embriaguez voluntária

A embriaguez voluntária se biparte em voluntária em sentido estrito e culposa.

Diz-se voluntária em sentido estrito a embriaguez quando o agente, volitivamente, faz a ingestão de bebidas alcoólicas com a finalidade de se embriagar. É muito comum essa espécie de embriaguez, haja vista que principalmente os jovens, quando querem comemorar alguma data que considerem importante, dizem que “beberão até cair”. Querem, outrossim, colocar-se em estado de embriaguez.

Culposa é aquela espécie de embriaguez, também dita voluntária, em que o agente não faz a ingestão de bebida alcoólica querendo embriagar-se, mas, deixando de observar o dever de cuidado, ingere quantidade suficiente que o coloca em estado de embriaguez. Nessa hipótese, o agente, por descuido, por falta de costume ou mesmo sensibilidade do organismo, embriaga-se sem que fosse sua intenção colocar-se nesse estado.

Nas duas modalidades de embriaguez voluntária, o agente será responsabilizado pelos seus atos, mesmo que, ao tempo da ação ou da omissão, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Se sua ação, como diz a teoria da *actio libera in causa*, foi livre na causa, ou seja, no ato de ingerir bebida alcoólica, poderá o agente ser responsabilizado criminalmente pelo resultado.

Diferentemente da embriaguez decorrente de caso fortuito ou de força maior, em que há isenção ou diminuição de pena, a denominada embriaguez voluntária ou culposa, salvo quando preordenada – a qual configura circunstância agravante, resultando em aumento de pena –, conquanto não induza inimputabilidade, afeta a capacidade do autor de entender o caráter ilícito da conduta e de se autodeterminar-se conforme tal entendimento, de sorte que se, de um lado, não se presta para atenuar a reprimenda, não pode, de outro, servir como fundamento para seu recrudescimento (STJ, HC 190.486/ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 1º/10/2015).

A embriaguez voluntária não é causa de exclusão da imputabilidade penal, nos termos do artigo 28, inc. II, do Código Penal. Aplicação da teoria da *actio libera in causa*, segundo a qual considera-se imputável quem se coloca em estado de inconsciência ou de incapacidade de autocontrole, de forma dolosa ou culposa, e nessa situação comete o crime (TJES, ACr 11080061911, 2^a Câm. Crim., Rel. Des. Subst. Wallace Pandolfo Kiffer, DJES 13/8/2010, p. 191).

A embriaguez voluntária não exclui a culpabilidade. Inexistindo qualquer elemento que sugira, pelo menos, que o estado de embriaguez tenha sido alcançado por causa não atribuída ao próprio agente, é inviável a exclusão da culpabilidade (AC nº 1.0283. 06.005959-1/001, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, DJ 21/7/2009).

A intoxicação etílica, ou qualquer outra, desde que voluntária, não exclui a imputabilidade, conforme expressamente dispõe o art. 28, II, do CP' (TJMG, AC 1.0355.04.003711-9/001, Rel. Des. Eduardo Brum, DJ 23/1/2009).

Embriaguez involuntária

A embriaguez involuntária pode ser proveniente de caso fortuito ou força maior.

Costuma-se chamar de caso fortuito o evento atribuído à natureza e força maior aquele produzido pelo homem. Assim, no clássico evento daquele que, em visita a um alambique, escorrega e cai dentro de um barril repleto de cachaça, se, ao fazer a ingestão da bebida ali existente, vier a embriagar-se, sua embriaguez será proveniente de caso fortuito. Suponhamos, agora, que durante um assalto a vítima do crime de roubo, após ser amarrada, seja forçada a ingerir bebida alcoólica e venha a se embriagar. Essa embriaguez será considerada proveniente de força maior.

Para que possa ser afastada a culpabilidade do agente, isentando-o de pena, é preciso, conforme determina o § 1º do inc. II do art. 28 do Código Penal, que a involuntária e completa embriaguez do agente seja conjugada com sua total incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No sistema penal brasileiro, somente a embriaguez accidental exclui a imputabilidade se for completa, ou no caso se incompleta, atenua a pena do crime praticado pelo agente, nos termos do art. 28, §§ 1º e 2º, do Código

Penal. A embriaguez involuntária, proveniente de caso fortuito ou de força maior, é a única que exclui a culpabilidade do agente, devendo, para tanto, restar suficientemente demonstrada, não podendo o agente se valer deste argumento apenas porque estivesse embriagado ou drogado no momento dos fatos, sem que cuidasse de oferecer prova insofismável da involuntariedade de sua conduta (TJ-RJ, AC 0030537-57.2013.8.19.0021, Rel. Des. Luciano Silva Barreto, DJe 22/06/2016).

A embriaguez, para incidir como causa de isenção de pena, deve ser decorrente de caso fortuito ou força maior e deve tornar o réu, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento (TJMG, AC 1.0261.07.0564 35-4/001, Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, DJ 4/2/2009).

Isenção de pena na Lei Antidrogas

Da mesma forma que a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, também isenta de pena, como vimos, deverá ser considerado isento de pena o agente que, nos termos do art. 45 da Lei Antidrogas, sob o efeito de droga, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Sérgio Ricardo de Souza, analisando com precisão o mencionado artigo, preleciona que “não está afastada a possibilidade de aplicação dessa causa de exclusão da imputabilidade em relação a qualquer dos crimes previstos nesta Lei, desde que fique demonstrado que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, o agente era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento e isso resta evidente, por estar expressamente previsto na cabeça do art. 45 que ele se aplica ‘qualquer que tenha sido a infração penal praticada’. A ênfase do legislador serve para afastar controvérsias jurisprudenciais que estiveram presentes na vigência das leis revogadas, havendo quem entendesse que a referida causa de inimputabilidade não se aplicava ao tráfico”.⁹

A simples alegação defensiva de dependência química não é suficiente à absolvição decorrente da imputabilidade, ainda mais em se tratando de drogadição voluntária, que não ilide o réu de responsabilidade sobre seus atos, muito menos há de atenuar sua reprimenda. Qualquer causa de isenção da pena exige demonstração cabal de que o agente tenha agido em razão da dependência química ou sob o efeito de droga, proveniente de caso fortuito ou força maior, bem como de que ele, ao tempo da ação ou omissão, não fosse inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento, o que não restou comprovado nos autos, já que, embora existam indícios de uso de drogas por parte do acusado, não houve perícia demonstrando a dependência, a falta de capacidade de discernimento quanto à ilicitude da sua conduta ou eventual anomalia psíquica decorrente do abuso de drogas – o que se afigurava indispensável (TJ-RS, AC 70056187768, Rel. Des. José Luiz John dos Santos, j. 27/08/2015).

O uso de drogas – lícitas ou ilícitas – por si, salvo excludentes de embriaguez ou drogadição por acidente ou erro, não eximem a culpabilidade. A ideia de que quem usa droga é exculpável, sem indicativo concreto da redução ou ausência de capacidade penal, não pode prosperar. A condição de consumidor de drogas não conduz necessariamente à exclusão da culpabilidade pela inimputabilidade penal. Assim fosse, praticamente todos os

processos envolvendo, principalmente, crimes contra o patrimônio terminariam em exclusão de culpabilidade, pois, como é sabido, são, em sua maioria, praticados por usuários de entorpecentes na busca incessante pela satisfação de seu vício (TJRS, AC 70051406197, Rel^a Des^a Laura Louzada Jaccottet, j. 16/5/2013)

Embriaguez involuntária incompleta

Prevista pelo § 2º do art. 28 do Código Penal, continua a exigir a embriaguez involuntária, proveniente do caso fortuito ou de força maior, contudo, tal embriaguez não é completa e, em virtude disso, o agente tem alguma capacidade de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Dessa forma, o fato por ele cometido é considerado típico, ilícito e culpável. Dado o seu estado de embriaguez involuntário, o juízo de censura sobre sua conduta será menor, razão pela qual sua pena deverá ser reduzida de um a dois terços.

Redução de pena na Lei Antidrogas

O art. 46 da Lei Antidrogas, tal como o § 2º do art. 28 do Código Penal, prevê uma causa de redução de pena dizendo: *Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-*

-se de acordo com esse entendimento.

A simples alegação de dependência química não é suficiente à aplicação da excludente da pena preconizada no art. 45 da Lei nº 11.343/2006 ou da causa de redução de pena prevista no art. 46 do mesmo diploma legal, ainda mais em se tratando de drogadição voluntária, que não ilide o réu de responsabilidade sobre seus autos, muito menos há de atenuar sua reprimenda. Outrossim, as supramencionadas causas de isenção/redução da pena exigem demonstração cabal de que o agente tenha agido em razão da dependência química ou sob o efeito de droga, proveniente de caso fortuito ou força maior, bem como de que ele, ao tempo da ação ou omissão, não fosse inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento, o que não restou comprovado nos autos, já que, embora existam indícios de uso de drogas por parte do acusado, ele é feito de maneira voluntária e não houve perícia demonstrando a dependência, a falta de capacidade de discernimento quanto à ilicitude da sua conduta, ou eventual anomalia se afigurava indispensável (TJ-RS, AC 70069957876, Rel. Des. José Luiz John dos Santos, j. 14/09/2016).

A embriaguez só é proveniente de caso fortuito quando o sujeito desconhece o efeito inebriante da substância que ingere. Sendo voluntária, não há falar-se em exclusão da responsabilidade penal do réu (TJMT, Ap., Rel. Flávio José Bertin j. 7/4/1999, RT 768/650).

Se o agente não provar desconhecer os efeitos inebriantes da substância que o embriagou ou ignorar especial condição fisiológica que o predisponha à embriaguez completa, descabe invocar em seu favor, validamente, a descriminante prevista no art. 28, II, 1º, do CP (TJBA, Ap. Crim. 19.405-4/95, Rel. José Alfredo, j. 13/61995).

[1](#) SANZO BRODT, Luís Augusto. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*, p. 46.

[2](#) HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 333-335.

[3](#) HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 336.

[4](#) Em sentido contrário posiciona-se René Ariel Dotti, quando diz que a inimputabilidade “constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos *direitos individuais* inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma *cláusula pétreia*” (*Curso de direito penal – Parte geral*, p. 412-413).

[5](#) Apud SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral*, v. I, t. I, p. 430.

[6](#) Merece registro o pensamento de Roberto Lyra, quando diz que “o verdadeiro passional não mata. O amor é, por natureza e por finalidade, criador, fecundo, solidário, generoso. Ele é o cliente das pretorias, das maternidades, dos lares e não dos necrotérios, dos cemitérios, dos manicômios. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao banco dos réus. Para os fins da responsabilidade, a lei considera apenas o momento do crime. E nele o que atua é o ódio. O amor não figura nas cifras da mortalidade e sim nas da natalidade; não tira, põe gente no mundo. Está nos berços e não nos túmulos” (*Como julgar, como defender, como acusar*, p. 97).

[7](#) RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *A embriaguez e o crime*, p. 9.

[8](#) QUEIROZ, Narcélio de. *Teoria da “actio libera in causa” e outras teses*, p. 37.

[9](#) SOUZA, Sérgio Ricardo de. *A nova lei antidrogas*, p. 72.

Título IV – Do Concurso de Pessoas

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Concurso de pessoas**

Fala-se em concurso de pessoas quando duas ou mais pessoas concorrem para a prática de uma mesma infração penal. Essa colaboração recíproca pode ocorrer tanto nos casos em que são vários os autores como naqueles em que existirem autores e partícipes.

Para a caracterização do concurso de agentes não se mostra necessária a identificação do corréu, sendo suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, circunstância evidenciada no caso, vez que tanto a vítima como a testemunha foram uníssonas em afirmar que havia dois integrantes na prática delitiva. Precedentes (STJ, HC 162221/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 29/4/2013).

O art. 29, *caput*, do Código Penal, não se relaciona somente ao aspecto da dosimetria da pena, mas influencia na tipicidade da conduta, na medida em que se trata de norma de extensão, que permite a adequação típica de subordinação mediata (STJ, REsp. 944676/RS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 21/6/2011).

O art. 29 do Código Penal, ao definir o concurso de agentes e fixar a respectiva consequência normativa, deixa evidente que todos os partícipes devem ser imputáveis; a conduta do menor de 18 anos de idade é, penalmente, irrelevante (STJ, REsp. 76011/BA, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, LEXSTJ 114, p. 351).

Depois de cometido o delito é impossível a coautoria. O fato então praticado será delito autônomo, jamais, porém, o atribuído ao agente principal (TASP, Ap. 46099, Rel. Cardoso Rolim, RT 378, p. 307).

Requisitos para o concurso de pessoas

Para que se possa concluir pelo concurso de pessoas, será preciso verificar a presença dos seguintes requisitos: *a) pluralidade de agentes e de condutas; b) relevância causal de cada conduta; c) laime subjetivo entre os agentes; d) identidade de infração penal.*

Concurso de agentes que exige requisitos objetivos: 1. Pluralidades de condutas mesmo que idênticas; 2. Relevância causal de cada uma das ações para com o resultado e a identidade de resultado; e requisito subjetivo: união de vontades entre os agentes. Logo, se cada conduta foi isoladamente perpetrada não se está falando de concurso de agentes (TJ-RJ, HC 0056629-04.2014.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 31/03/2015).

Teorias sobre o concurso de pessoas

a) teoria pluralista; b) teoria dualista; c) teoria monista.

Para a teoria pluralista, haverá tantas infrações penais quantos forem o número de autores e partícipes. Já a teoria dualista distingue o crime praticado pelos autores daquele cometido pelos partícipes. Para essa teoria, haverá uma infração penal para os autores e outra para os partícipes. A teoria monista, também conhecida como unitária, adotada pelo nosso Código Penal, aduz que todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Para a teoria monista, existe um crime único, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, autores ou partícipes. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível.

Em atendimento à teoria monista ou unitária adotada pelo Estatuto Repressor Penal, malgrado o paciente não tenha praticado a violência elementar do crime de roubo, conforme o entendimento consagrado por este Superior Tribunal de Justiça, havendo prévia convergência de vontades para a prática de tal delito, a utilização de violência ou grave ameaça, necessárias à sua consumação, se comunica ao coautor, mesmo quando não seja este executor direto do gravame. Precedente (STJ, HC 343.601/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 10/03/2016).

Tratando-se de concurso de pessoas que agiram com unidade de desígnios e cujas condutas tiveram relevância causal para a produção do resultado, é inadmissível o reconhecimento de que um agente teria praticado o delito na forma tentada e o outro, na forma consumada. Segundo a teoria monista ou unitária, havendo pluralidade de agentes e convergência de vontades para a prática da mesma infração penal, como se deu no presente caso, todos aqueles que contribuem para o crime incidem nas penas a ele cominadas (CP, art. 29), ressalvadas as exceções para as quais a Lei prevê expressamente a aplicação da teoria pluralista (STF, HC 97652-2/RS, 2^a T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 18/9/2009).

Espécies de concurso de pessoas

O concurso poderá ocorrer na modalidade de coautoria ou de participação.

Não constitui ilegalidade cada autor, coautor ou participante responder pelas suas circunstâncias pessoais, dentre as quais se situa a motivação do delito – o executor será responsabilizado por ter aceitado retirar a vida de outrem mediante o recebimento de uma contraprestação, já o autor intelectual será responsabilizado pela sua intenção ao ter dado causa à prática infracional, como é o caso dos autos: a paciente – acusada de ser a suposta mandante do homicídio (STJ, RHC 14900/SC, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5^a T., DJ 9/8/2004, p. 277).

Conceitos de autor

Há conceito restritivo e conceito extensivo de autor.

Conceito restritivo de autor

Para os que adotam um conceito restritivo, autor será somente aquele que praticar a conduta descrita no *núcleo* do tipo penal. Todos demais que, de alguma forma, o auxiliarem, embora não realizem a conduta narrada pelo verbo do tipo penal, serão considerados partícipes.

Conceito extensivo de autor

O conceito extensivo de autor encontra-se

numa situação diametralmente oposta à do conceito restritivo. Pelo fato de partir da teoria da equivalência das condições, os adeptos do conceito extensivo não fazem distinção entre autores e partícipes. Todos aqueles que, de alguma forma, colaboraram para a prática do fato são considerados autores.

Teoria do domínio do fato

Autor é aquele que decide o *se*, o *como* e o *quando* da infração penal; é o senhor de suas decisões.

Domínio funcional sobre o fato

Baseia-se na ideia de *divisão de tarefas*. Nilo Batista, com autoridade, depois de afirmar que a ideia de divisão de trabalho é fundamental ao conceito de coautoria, dissertando sobre o *domínio funcional do fato*, aduz: “Só pode interessar como coautor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio ‘integral’ do fato, do qual tocaria a cada coautor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o coautor tem reais interferências sobre o ‘Se’ e o seu ‘Como’; apenas, face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada coautor tem a sorte do fato total em suas mãos, ‘através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato.’”¹

A partir da adoção da teoria do domínio do fato, flexibilizou-se o conceito de autor de modo a englobar não só o executor material do ilícito, mas também o autor mediato e o coautor que não pratica ato típico em sentido estrito, mas, de alguma forma, contribui na causação do resultado mediante ações distintas daquelas consideradas antijurídicas pelo preceito primário na norma penal incriminadora (TJ-RS, AC 70069070852, Rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta, j. 14/09/2016).

Na coautoria, todos os agentes possuem o domínio comum do fato típico, mediante uma divisão de tarefas. Não é necessário que todos os agentes pratiquem o verbo descrito no tipo; basta que a sua conduta, atípica, se isoladamente observada, seja essencial para a realização do fato típico. Dessa forma, em se tratando de coautoria, todos os agentes respondem pela prática do mesmo delito praticado. Em uma ação fortemente armada, o resultado morte deverá ser imputado a todos os coautores porque, mesmo não agindo diretamente na consecução do evento morte, esse resultado é mero desdobramento causal da ação delituosa (STJ, AgRg no AREsp 465.499/ES, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 07/05/2015).

A Teoria do Domínio Funcional do Fato, amplamente praticada pela jurisprudência, disciplina que todo agente que, senhor de suas decisões, tiver uma participação importante e necessária, dentro do conceito de divisão de tarefas, será coautor do fato, “não se exigindo que todos sejam executores, isto é, que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo” (TJ-RJ, AC 0002825-85.2012.8.19.0067, Rel. Des. Paulo

Coautoria

A teoria do domínio do fato fica mais evidente quando diversas pessoas, unidas pelo vínculo subjetivo, resolvem praticar uma mesma infração penal. Aqui, mais do que nunca, será de extrema importância saber quais são os autores e os partícipes. Na lapidar lição de Welzel, “a coautoria é autoria; sua particularidade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Coautor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito”.²

Não se exige, para a verificação da coautoria, que todos os agentes efetuem, necessariamente, a ação descrita pelo verbo componente do núcleo do tipo, sendo suficientes a adesão ao plano criminoso e a ajuda àquele que, efetivamente, pratica os atos de execução (TJMG, AC 1.0512.06.031578-9/001, Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, DJ 6/2/2007).

Autoria direta e autoria indireta

Autor pode ser aquele que executa diretamente a conduta descrita pelo núcleo do tipo penal, ocasião em que será reconhecido como autor direto ou autor executor; ou poderá ser, também, aquele que se vale de outra pessoa, que lhe serve, na verdade, como instrumento para a prática da infração penal, sendo, portanto, chamado de autor indireto ou mediato.

Autoria mediata

Seguindo as lições de Wessels, “autor mediato é quem comete o fato punível ‘por meio de outra pessoa’, ou seja, realiza o tipo legal de um delito comissivo doloso de modo tal que, ao levar a cabo a ação típica, faz com que atue para ele um ‘intermediário’ na forma de um instrumento”.³

Nesse caso, para que se possa falar em autoria indireta ou mediata, será preciso que o agente detenha o controle da situação, isto é, que tenha o domínio do fato. Nosso Código Penal prevê expressamente quatro casos de autoria mediata, a saber: *a) erro determinado por terceiro* (art. 20, § 2º, do CP); *b) coação moral irresistível* (art. 22, primeira parte, do CP); *c) obediência hierárquica* (art. 22, segunda parte, do CP); e *d) caso de instrumento impunível em virtude de condição ou qualidade pessoal* (art. 62, III, segunda parte, do CP).

Além dessas hipóteses, pode ocorrer, ainda, a autoria mediata, quando o autor se vale de interposta pessoa que não pratica qualquer comportamento – doloso ou culposo – em virtude da presença de uma causa de exclusão da ação, como ocorre nas situações de força irresistível do homem e do estado de inconsciência.

Para fins de condenação, considera-se autor mediato aquele que, em razão das circunstâncias às quais se encontra submetido, utiliza de uma terceira pessoa para realizar seus propósitos, valendo-se desta como *longa manus* para o cometimento do crime (TJ-MG, AC 0023826-19.2013.8.13.0598, Rel. Des. Rubens Gabriel Soares, DJe 14/08/2015).

Subtração de toca-fitas, do interior de veículo estacionado na via pública. Seriam partícipes os que limitam a instigar e prestar auxílio, vigiando o local e avisando da presença de policiais nas proximidades do veículo. Mas, sendo o executor menor inimputável, as condutas acessórias assumem a condição de autoria mediata (TJRS, Ap. Crim. 7000 2786135, 8ª Câm. Crim., Rel. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 29/10/2003).

Autoria mediata e crimes próprios

Entendemos ser perfeitamente possível a autoria mediata em crimes próprios, desde que o autor mediato possua as qualidades ou condições especiais exigidas pelo tipo penal. Zaffaroni e Pierangeli, esclarecendo o tema, afirmam: “O autor mediato deve reunir todos os caracteres que o tipo exige com relação ao autor, ou o *intraneus* (o funcionário, por exemplo), que se vale do *extraneus* (não funcionário) para praticar uma corrupção, é autor do crime de corrupção, mas o *extraneus* que se vale do *intraneus* não é autor mediato, por não possuir as condições típicas.”⁴

Autoria mediata e crimes de mão própria

Tem-se entendido, majoritariamente, não ser cabível autoria mediata em crimes de mão própria, uma vez que estes últimos são considerados personalíssimos, ou seja, aqueles que necessitam, para sua configuração, da atuação pessoal e intransferível do agente. No entanto, embora a posição doutrinária majoritária não admita a autoria mediata nos crimes de mão própria, no exemplo do crime de falso testemunho, pode haver quebra da regra geral. Assim, imagine-se a hipótese em que a testemunha seja coagida, irresistivelmente, a prestar um depoimento falso para beneficiar o autor da coação. Nesse caso, de acordo com a norma constante do art. 22 do Código Penal, somente será punido o autor da coação, sendo este, portanto, um caso de autoria mediata.

Assim, podemos dizer que, como regra, não se admite autoria mediata nos crimes de mão própria. No entanto, como toda regra, poderá sofrer exceções, como a do caso apontado, em que será possível a autoria mediata em um crime de falso testemunho praticado mediante coação irresistível.

Os tipos previstos nos arts. 4º e 5º da Lei nº 7.492/86 constituem crimes de mão própria, que somente podem ser praticados pelo controlador e pelos administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, os gerentes, os intervenientes, os liquidantes ou os síndicos das referidas instituições, nos moldes do art. 25 da referida lei (STJ, CC 139.742/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, S. 3, DJe 1º/02/2016).

É possível a imputação do crime de falsa perícia a terceiro que não é perito, embora se trate de crime de mão-própria, porque é admitida a participação sob as formas de instigação e cumplicidade (STJ, RHC 42.290/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 23/09/2015).

Os crimes de mão própria estão descritos em figuras típicas necessariamente formuladas de tal forma que só pode ser autor quem esteja em situação de realizar pessoalmente e de forma direta o fato punível. Não sendo delito de execução pessoal, como é a hipótese dos autos, a própria autoria mediata é plausível (STJ, REsp. 761354/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 16/10/2006, p. 421).

Coautoria e crimes próprios

Não haverá óbice algum nos delitos próprios, no que diz respeito à possibilidade de existirem, no critério de distribuição de funções, vários autores que, com unidade de desígnio, pratiquem a mesma infração penal, podendo-se falar, aqui, em coautoria. Poderão dois funcionários públicos, agindo em concurso, subtrair, valendo-se da facilidade que essa qualidade lhes proporcionava, um microcomputador existente na repartição na qual ambos trabalhavam. O crime de peculato é próprio, pois somente pode ser praticado por quem possua a qualidade de funcionário público. Contudo, embora próprio, admite a autoria mediata, bem como a coautoria, aplicando-se, com perfeição, a teoria do domínio funcional do fato.

A despeito de ser crime próprio, o agente que concorre para o evento delitivo também responde pelos atos praticados, a teor do art. 29 do Código Penal (STJ, AgRg nos EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 232.937/SC, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo – Desembargador Convocado do TJ-PE, 5^a T., DJe 24/06/2015).

Coautoria em crimes de mão própria

Da mesma forma que, como regra, não se admite em infrações penais dessa natureza a autoria mediata, também deverá ser afastada a possibilidade de coautoria. Isso porque, por se tratar de infrações personalíssimas, não há a possibilidade de divisão de tarefas. O delito, portanto, só pode ser realizado pessoalmente pelo agente previsto no tipo penal.

Em sentido contrário, já decidiu o STJ: Entendimento desta Corte de que é possível, em tese, atribuir a advogado a coautoria pelo crime de falso testemunho (STJ, REsp 402783/SP/Rec. Esp. 2001/0193430-6; 5^a T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 13/10/2003, p. 403).

Embora não se possa falar em coautoria em delitos de mão própria, nada impede que haja concurso de partícipes. Os partícipes, mesmo não possuindo o domínio sobre o fato, podem, de alguma forma, concorrer para a infração penal, induzindo, instigando ou auxiliando materialmente o autor.

O delito de falso testemunho, apesar de ser considerado delito de ‘mão própria’, admite a participação, nas modalidades de induzimento e instigação, ressalvadas raras exceções. Precedentes desta Corte e do STF (STJ, REsp. 659.512/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 29/11/2004, p. 397).

Autor intelectual

Fala-se em autoria intelectual quando se quer referir ao “homem inteligente” do grupo, aquele que traça o plano criminoso, com todos os seus detalhes. Segundo a lição de Damásio, “na autoria intelectual o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade”.⁵

Pode acontecer até mesmo que ao autor intelectual não seja atribuída qualquer função executiva do plano criminoso por ele pensado, o que não afasta, contudo, seu *status* de autor.

Pelo contrário. Pela teoria do domínio do fato percebe -se, com clareza, sua importância para o sucesso da infração penal.

O art. 62, I, do Código Penal diz que a pena será ainda agravada em relação ao agente que *promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes*.

A coautoria intelectual é pacificamente aceita, não se requerendo a participação efetiva de cada agente em cada ato executivo, bastando a sua aprovação consciente a todos eles (TACrim./SP, Ap. 362361-1, Rel. Bonaventura Guglielmi, j. 23/5/1984).

Autor de determinação

Pierangeli e Zaffaroni trazem uma hipótese na qual não se pode falar em autoria, direta ou indireta, tampouco em participação, mas que, diante da redação do art. 29 do Código Penal, permite punir o agente pelo fato de ter determinado a prática da infração penal, sendo chamado, em razão disso, de *autor de determinação*.

Esclarecendo seu raciocínio, trazem à colação a hipótese de alguém que se valha de outro, que não realiza conduta para cometer um delito de mão própria: uma mulher dá sonífero à outra e depois hipnotiza um amigo, ordenando-lhe que com aquela mantenha conjunção carnal durante o transe. O hipnotizado não realiza conduta, ao passo que a mulher não pode, nessa situação, ser autora de estupro, porque é delito de mão própria. Tampouco é partícipe, pois falta o injusto alheio em que cooperar ou a que determinar.⁶

Mesmo após a nova Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ao delito de estupro, o exemplo ainda é válido. Isso porque o art. 213 do Código Penal prevê a conjunção carnal, ou seja, a relação sexual normal, o coito vaginal, que só pode ser realizado entre um homem e uma mulher.

Considerando-se o estupro, praticado mediante conjunção carnal, como crime de mão própria, no caso em exame, a mulher que ministra o sonífero à outra, bem como que hipnotiza o homem que, durante o transe, é levado a manter relações sexuais com aquela, não pode ser autora mediata de estupro. Tampouco poderá ser partícipe, pois, adotada pela maioria dos autores a *teoria da acessoriedade limitada da participação*, somente poderá haver a participação quando o autor vier a praticar um fato típico e ilícito. Pelo exemplo fornecido, o homem que manteve a conjunção carnal com a mulher que estava sob o efeito do sonífero não pratica conduta dolosa ou culposa. Portanto, se não há conduta penalmente relevante, não há fato típico, e, se não há fato típico, não haverá crime.

O que fazer, então? Será que a agente que criou toda essa situação ficará impune?

Para essas hipóteses em que não se pode falar em autoria ou participação, surge outra figura, vale dizer, a do autor de determinação. Será punido, segundo os renomados tratadistas, com as penas correspondentes à infração penal que houverem determinado, e, não, segundo

elas, como autores dessa infração penal: “Não se trata de autoria de delito, mas de um *tipo especial de concorrência*, em que o autor só pode ser apenado como autor da determinação em si e não do delito a que tenha determinado. A mulher não é apenada como autora de estupro, mas lhe será aplicada a pena deste crime por haver cometido o *delito de determinar* para o estupro.”^{7,8}

Autoria por convicção

Ocorre naquelas hipóteses em que o agente conhece efetivamente a norma, mas a descumpre por razões de consciência, que pode ser política, religiosa, filosófica etc.

Reinhart Maurach e Heinz Zipf esclarecem, no que diz respeito ao delinquente por convicção, que o autor não desconhece o “desvalor de sua ação para o direito vigente e as concepções ético-sociais, mas que devido às suas convicções morais, religiosas ou políticas se sente obrigado ao fato [...]. Esse autor atuou corretamente segundo as leis de sua ética individual, da norma obrigacional reclamada para si”.⁹

Coautoria sucessiva

A regra é de que todos os coautores iniciem, juntos, a empreitada criminosa. Mas pode acontecer que alguém, ou mesmo o grupo, já tenha começado a percorrer o *iter criminis*, ingressando na fase dos atos de execução, quando outra pessoa adere à conduta criminosa daquele, e agora, unidos pelo vínculo psicológico, passam, juntos, a praticar a infração penal. Em casos como esse, quando o acordo de vontade vier a ocorrer após o início da execução, fala-se em coautoria sucessiva.

Suponhamos que **A** perceba que seu irmão **B** está agredindo **C**. Querendo auxiliá-lo, **A** se une a **B** para que, juntos, espanquem a **C**. Como o crime de lesões corporais já estava em andamento, o ingresso de **A** no fato é tido como caso de coautoria sucessiva.

Limites da coautoria sucessiva

É possível o conhecimento de *habeas corpus* após o trânsito em julgado em que se requer a desclassificação do delito se se tratar apenas de tese jurídica, analisável a partir do que restou consignado na sentença, sem a necessidade de extensão probatória. Não é admissível a coautoria após a consumação do crime, salvo se comprovada a existência de ajuste prévio. A pessoa que participa apenas no momento do exaurimento do crime comete crime de favorecimento real, se sabe prestar auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime (*HC 39732/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., j. 26/6/2007, DJ 3/9/200, p. 225*) **Autoria colateral, autoria incerta e autoria desconhecida**

Fala-se em *autoria colateral* quando dois agentes, embora convergindo suas condutas para a prática de determinado fato criminoso, não atuam unidos pelo liame subjetivo. Diz-se *incerta* a autoria quando, embora possamos apontar aqueles que, provavelmente, praticaram a infração penal, não podemos indicar, com precisão, o seu autor. Ressalta-se que a autoria incerta resulta

de uma situação de autoria colateral, pois os agentes não podem ter agido unidos pelo liame subjetivo, o que faria com que todos fossem considerados autores, independentemente de se apontar com precisão, por exemplo, aquele que praticou o ato de execução que culminou com a consumação da infração penal. Já nos casos de *autoria desconhecida*, como a própria denominação diz, não se conhece aquele (ou aqueles) que, provavelmente foram o autor (ou autores) da infração penal.

Autoria de escritório

Zaffaroni e Pierangeli dissertam sobre outra modalidade de autoria, chamada *autoria de escritório*.

Essa nova modalidade de autoria, tida como mediata pelos renomados autores, “pressupõe uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com a toda legalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma ‘mafiosa’, por exemplo”.¹⁰

Embora tratada como autoria mediata, o fato de alguém cumprir as ordens de um grupo criminoso extremamente organizado não o reduz à condição de mero instrumento, tal como acontece nos casos em que se pode falar em autoria mediata. Aqui, como em qualquer outro grupo organizado, como o “Comando Vermelho”, existente nas favelas e nos morros da cidade do Rio de Janeiro, aquele que executa as ordens emanadas pelo “cabeça da organização” o faz tendo o domínio funcional do fato que lhe fora atribuído. Não pode ser considerado simples instrumento, mas, na concepção de Zaffaroni e Pierangeli, trata-se de caso de *autoria mediata especial*.

Participação

Já afirmamos que o autor é o protagonista da infração penal. É ele quem exerce o papel principal. Contudo, não raras as vezes, o protagonista pode receber o auxílio daqueles que, embora não desenvolvendo atividades principais, exercem papéis secundários, mas que influenciam na prática da infração penal. Estes, que atuam como coadjuvantes na história do crime, são conhecidos como partícipes.

Modalidades de participação

Como atividade acessória, a participação pode ser *moral* ou *material*.

Diz-se moral a participação nos casos de induzimento (que é tratado pelo Código Penal como determinação) e instigação. Material seria a participação por cumplicidade (prestação de auxílios materiais).

Induzir ou determinar é criar, incutir, colocar, fazer brotar a ideia criminosa da cabeça do agente/autor. Nessa modalidade de participação, o autor não tinha a ideia criminosa, cuja

semente lhe é lançada pelo partícipe. A participação por instigação limita-se a reforçar, estimular uma ideia criminosa já existente na mente do autor.

A função do partícipe, com a sua instigação, é fazer com que o agente fortaleça sua intenção delitiva. A atuação do instigador, nas lições de Pierangeli e Zaffaroni, “deve ser decisiva no sentido de orientar e de determinar a execução, pelo autor, de uma conduta típica e antijurídica. Todavia, a punição da instigação decorre de ter levado o autor a decidir pela prática do crime, não pelo fato de ter-lhe dado a ideia, que até poderia ter sido dada por outrem”.¹¹

Na cumplicidade ou prestação de auxílios materiais, o partícipe facilita materialmente a prática da infração penal, por exemplo, cedendo a escada para aquele que deseja adentrar na casa da vítima, a fim de levar a efeito uma subtração, ou o que empresta sua arma para que o autor possa causar a morte de seu desafeto. Em toda prestação de auxílios materiais existe embutida uma dose de instigação. Aquele que empresta a escada ou sua arma para o autor está estimulando-o, mesmo que indiretamente, a praticar a infração penal, reforçando, portanto, sua ideia criminosa.

Não há falar em aplicação da minorante pela participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP) na hipótese em que evidenciada a alta relevância causal da atuação da recorrida para que concretizados os fatos típicos, bem como a gravidade da contribuição prestada, tendo restado inconteste que a ré auxiliou ativamente o condenado na prática dos estupros contra os menores (STJ, REsp 1.359.411/MG, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 16/05/2016).

Devida a condenação pela prática do crime de latrocínio quando o agente planejou em conjunto com inimputáveis a perpetração do ilícito, forneceu arma de fogo para sua consecução e foi até o local onde estava a vítima, dando apoio àquele que foi escolhido para efetuar a subtração. Não há falar em participação de menor importância em sendo a ação desempenhada pelo acusado essencial tanto material quanto moralmente para perpetração do crime. Além disso, no caso, não se pode afastar a hipótese de autoria mediata em vista de ter o réu obrado em conjunto com inimputáveis (TJRS, Ap. Crim. 70012052403, 8^a Câm. Crim., Rel. Roque Miguel Fank, j. 10/8/2005).

Cumplicidade necessária

Tem-se levado a efeito a distinção entre cumplicidade necessária e cumplicidade desnecessária, entendendo-se aquela nas hipóteses em que o bem ou o auxílio material são entendidos como escassos, ou seja, não poderiam ser fornecidos normalmente por qualquer pessoa, como ocorreria na segunda situação.

Teorias sobre a acessoriedade da participação

São quatro as teorias que disputam o tratamento sobre a acessoriedade da participação, a saber: *a)* teoria da acessoriedade mínima; *b)* teoria da acessoriedade limitada; *c)* teoria da acessoriedade máxima; e *d)* teoria da hiperacessoriedade.

Para a teoria da acessoriedade mínima, haverá participação punível a partir do momento em que o autor já tiver realizado uma conduta típica. Basta, para essa teoria, que o autor

pratique um fato típico, para que possa haver a responsabilização penal do partícipe. A teoria da acessoriedade limitada pune a participação se o autor tiver levado a efeito uma conduta típica e ilícita. Para a teoria da acessoriedade máxima, somente haverá a punição do partícipe se o autor tiver praticado uma conduta típica, ilícita e culpável. A teoria da hiperacessoriedade vai mais além e diz que a participação somente será punida se o autor tiver praticado um fato típico, ilícito, culpável e punível.

Instigação a autores e a fatos determinados

A participação deve dirigir-se a fatos e a pessoas determinadas. Não se estimula, genericamente, ao cometimento de fatos não determinados. O instigador, seguindo as lições de Zaffaroni e Pierangeli, “deve pretender o cometimento de um fato determinado, isto é, de um delito determinado”,¹² da mesma forma que deve dirigir-se a pessoa ou pessoas determinadas.

Participação punível – desistência voluntária e arrependimento do autor

Nas hipóteses de desistência voluntária ou de arrependimento eficaz do autor, o partícipe não será beneficiado com a regra contida no art. 15 do Código Penal, uma vez que, ao ser iniciada a execução, ali nasceu a possibilidade de puni-

-lo.¹³ Em sentido contrário, Nilo Batista aduz que a “impunidade do partícipe é decorrência da acessoriedade da participação”,¹⁴ ou seja, se a desistência ou o arrependimento do autor o levar à atipicidade da conduta inicial por ele praticada, tal fato deverá ser estendido ao partícipe. No mesmo sentido é a posição de Esther de Figueiredo Ferraz,¹⁵ quando diz: “se o executor desiste voluntariamente da consumação do crime ou impede que o resultado se produza, responderá apenas pelos atos já praticados (art. 13), beneficiando-se dessa circunstância inteiramente alheia às respectivas vontades os vários partícipes, uma vez que a isso conduz a doutrina unitária do concurso acolhida pelo art. 25.”¹⁶

Arrependimento do partícipe

Se o partícipe houver induzido ou instigado o autor, incutindo-lhe a ideia criminosa ou reforçando-a a ponto de este decidir-se pelo cometimento do delito, e vier a se arrepender, somente não será responsabilizado penalmente se conseguir fazer com que o autor não pratique a conduta criminosa. Caso contrário, ou seja, se não tiver sucesso na sua missão de evitar que o delito seja cometido, depois de ter induzido ou instigado inicialmente o autor, seu arrependimento não será eficaz e, portanto, não afastará sua responsabilidade penal como ato acessório ao praticado pelo autor. Nesse sentido, o posicionamento de Jescheck, quando diz: “Se o partícipe se esforçou em vão para fazer com que o autor desistisse, a sua desistência foi fracassada. A desistência pode, ao contrário, ter êxito, quando o partícipe impede voluntariamente a consumação do fato para o qual havia cooperado”.¹⁷

No que diz respeito à cumplicidade (prestações de auxílios materiais), a solução para o

partícipe nos parece mais tranquila. Se houve, de parte dele, a promessa de que emprestaria a arma a ser utilizada pelo autor e, antes que ela seja entregue, desiste de participar, e se o autor comete o delito valendo-se de outro instrumento que não aquele prometido pelo participante, este último não poderá ser penalmente responsabilizado. Aplica-se o mesmo raciocínio se já havia emprestado a arma e, antes da prática da infração penal, consegue reavê-la, impedindo o autor de usá-la.

Participação em cadeia (participação de participação)

É perfeitamente admissível, a exemplo da hipótese em que **A** induza **B** a induzir **C** a causar a morte de **D**. Ou que **A**, induza **B** a emprestar sua arma a **C**, para que este venha causar a morte de **D**.

Participação sucessiva

Damásio de Jesus preleciona que “a participação sucessiva ocorre quando, presente o induzimento (determinação) ou instigação do executor, sucede outra determinação ou instigação. Ex.: **A** instiga **B** a matar **C**. Após essa participação, o agente **D**, desconhecendo a precedente participação de **A**, instiga **B** a matar **C**. Se a instigação do sujeito **D** foi eficiente em face do nexo de causalidade, é considerado participante do homicídio”.¹⁸

Participação por omissão

A participação moral, segundo posição amplamente majoritária, é impossível de ser realizada por omissão. Nilo Batista, de forma absoluta, assevera: “Inimaginável o doloso processo de convencimento à resolução criminosa que se não estruture numa atuação positiva; nesse campo, poder-se-ia até abrir mão das palavras, porém nunca de uma ação.”¹⁹

Já a participação material, contudo, pode concretizar-se numa inação do participante, que, com a sua omissão, contribui para a ocorrência da infração penal. Merece frisar que o participante que contribui para o fato, auxiliando materialmente sua execução, não pode, em qualquer hipótese, ser considerado garantidor da não ocorrência desse mesmo fato, pois, caso contrário, se, tendo o dever de agir para impedir o resultado, nada faz, responderá pela infração penal a título de autoria, e não de participação.

Raciocinemos com o seguinte exemplo fornecido por Nilo Batista: “Numa firma comercial, o empregado **A** vem subtraindo semanalmente certa importância em dinheiro; **B**, que não é tesoureiro, nem caixa, nem exerce qualquer outra função que fizesse possível conceber o dever especial, mas que pode de alguma forma facilitar o acesso de **A** ao cofre, omite providências (chaves, horários etc.) que significariam obstáculos à atividade de **A**, desejando, por raiva do patrão, que a perda patrimonial seja expressiva.”²⁰

Participação de menor importância

O § 1º do art. 29 do Código Penal somente terá aplicação nos casos de participação (instigação e cumplicidade), não se aplicando às hipóteses de coautoria. Não se poderá falar, portanto, em coautoria de menor importância, a fim de atribuir a redução de pena a um dos coautores. Isso porque, segundo posição adotada pela teoria do domínio funcional do fato, observando-se o critério de distribuição de tarefas, coautor é aquele que tem o domínio funcional do fato que lhe fora atribuído pelo grupo, sendo sua atuação, assim, relevante para o sucesso da empreitada criminosa. Dessa forma, toda atuação daquele que é considerado coautor é importante para a prática da infração penal, não se podendo, portanto, falar em “participação de menor importância”.

Caso em que o paciente teria transportado os demais acusados, em seu automóvel, até a residência onde o roubo foi praticado, partindo, em seguida, para a sua própria casa. Com o paciente não foram encontrados os objetos subtraídos, tampouco lhe podem ser imputados os atos praticados no interior do local onde o roubo foi praticado. A simples condução dos demais acusados ao local da infração revela-se participação de menor importância pelo paciente na prática do delito (STJ, HC 346.297/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 09/03/2016).

Participação de menor importância. Embora não estivesse portando o instrumento pontiagudo referido pela vítima, o apelante estava no local e abordou a ofendida vítima juntamente com o coautor, participando ativamente do roubo, sendo, assim, inviável o reconhecimento da participação de menor importância (TJRS, AC 70053540555, Rel. Ícaro Carvalho de Bem Osório, j. 12/7/2013) Inexiste participação de menor importância ou cooperação dolosamente distinta em relação àquele que se responsabiliza por uma das fases de divisão de tarefas, a qual, aliada às demais, realiza um todo indivisível e determinante para o sucesso da empreitada criminosa, assumindo, outrossim, de modo premeditado, consciente e esperado, os riscos da produção de resultado mais grave. De acordo com a teoria monística, perfilhada pelo nosso Código Penal, em tema de codeliquênciam quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a estes combinadas [...] pelo resultado final respondem todos os agentes, sendo indiferente a circunstância de ter sido, durante a execução material do crime, menor a quota de participação física de algum deles, posta em confronto com a dos demais comparsas. – Precedentes. (TJMG, AC 1.0418.06.000 610-7/001, Rel. Des. Eduardo Brum, DJ 7/7/2009).

Não há falar em participação de menor importância em sendo a ação desempenhada pelo acusado essencial tanto material quanto moralmente para perpetração do crime (TJRS, AC 70012052403, Rel. Des. Roque Miguel Frank, 8ª Câm., j. 10/8/2005).

A colaboração de menor importância, a facultar ao magistrado a redução da pena, *ex vi* do § 1º do art. 29 do Código Penal, ‘é aquela secundária, praticamente dispensável, e que, embora dentro da causalidade, se não prestada não impediria a realização do crime.’ (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999) (STJ, HC 21767/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 10/5/2004, p. 348).

Participação em crime menos grave (desvio subjetivo de conduta)

Pelo que se dessume do mencionado parágrafo, o legislador pretendeu punir os concorrentes nos limites impostos pela finalidade de sua conduta, ou seja, se queria concorrer para o cometimento de determinada infração penal, se o seu dolo era voltado no sentido de cooperar e praticar determinado crime, não poderá responder pelo desvio subjetivo de conduta atribuído ao autor executor.

Imagine o seguinte exemplo: **A** estimula **B** a causar lesões em **C**. Ao dar início às agressões, **B**, agindo agora com *animus occidendi* (dolo de matar), espanca **C** até a morte. Como se percebe, **B** não fora instigado por **A** a causar a morte de **C**. Tal fato se deveu, exclusivamente, a um desvio subjetivo da conduta de **B**. Em razão do disposto no § 2º do art. 29 do Código Penal, **A** somente deverá ser responsabilizado por seu dolo, ou seja, se a finalidade de sua participação era estimular, instigar o agente a causar lesões em alguém, e se, durante a execução do crime, o autor executor resolver ir mais adiante e praticar outra infração penal que não aquela sugerida ou estimulada pelo partícipe, este último somente será responsabilizado pelo seu dolo. Se o dolo foi o de estimular o agente a cometer o delito de lesões corporais, por ele deverá ser responsabilizado. Se o resultado mais grave fosse previsível para o concorrente, a pena prevista para a infração penal para a qual queria concorrer será aumentada de metade.

O reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, da participação da recorrente para a prática do delito doloso contra a vida, indicando ao executor o local onde se encontrava a vítima e fornecendo a arma de fogo, não constitui óbice à conclusão de que quis participar de delito menos grave, em atenção ao disposto no art. 29, § 2º, do Código Penal, que prevê exceção à teoria monista no concurso de pessoas ao tratar do desvio subjetivo de conduta ou da denominada cooperação dolosamente distinta (STJ, REsp 1.501.270/PR, Rel. Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 23/10/2015).

Hipótese em que os agentes queriam realizar conduta menos grave (roubo qualificado), porém, havendo previsibilidade do resultado mais grave – a morte da vítima – entendeu-se pela aplicação da última parte do § 2º do art. 29 do CP (STJ, REsp. 669138/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 13/6/2005, p. 336).

Punibilidade no concurso de pessoas

Havendo concurso de pessoas, cada agente deverá ser responsabilizado, nos termos da parte final do art. 29 do Código Penal, *na medida de sua culpabilidade*, ou seja, o julgador deverá realizar um juízo de censura sobre cada comportamento praticado pelos agentes, individualmente.

Quando alguém concorre para o crime, responde na medida de sua culpabilidade (a ideia comumente aceita é a de que a pena deve corresponder à culpabilidade), sendo possível diminuir a pena em caso de reconhecida participação de menor importância (STJ, HC 104.880/MS, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma, DJe 9/3/2009).

No ordenamento penal em vigor, não há obrigatoriedade de redução de pena para o partícipe, em relação à pena do autor, considerada a participação em si mesma, ou seja; como forma de concorrência diferente da autoria (ou coautoria). A redução obrigatória da pena para o partícipe se dá apenas em face daquela que a Lei chama de ‘menor importância’ – o que já está a revelar que nem toda participação é de menor importância e que, a princípio, a punição do partícipe é igual a do autor. A diferenciação está ‘na medida da culpabilidade’ e, nessa linha, o partícipe pode, em tese, vir até mesmo a merecer pena maior que a do autor, como exemplo, no caso do inc. IV do art. 62 do CP’ (STJ, REsp. 575684/SP, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJ 23/4/2007, p. 317).

Embora cada agente deva ser responsabilizado na medida de sua culpabilidade, ou seja, de acordo com o juízo de censura que recai sobre o seu comportamento, tal raciocínio não permite

que, fora da hipótese prevista pelo § 2º do art. 29 do Código Penal, o julgador dê ao fato definição jurídica diversa para cada um dos coparticipantes, punindo-os, consequentemente, também de forma diversa, a exemplo do que ocorreu no caso relatado no *Habeas Corpus* 97.652/RS, tendo como Relator o Min. Joaquim Barbosa, do STF, em que um dos agentes foi condenado pelo delito consumado e o outro pela modalidade tentada, sendo que ambos agiram em concurso de pessoas, ou seja, convergiram as suas condutas, unidos pelo liame subjetivo, para prática de uma mesma infração penal, observada a divisão de tarefas.

Coautoria em crimes omissivos (próprios e impróprios)

Existe controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito da possibilidade de coautoria em crimes omissivos. Nilo Batista, com autoridade, afirma: “O dever de atuar a que está adstrito o autor do delito omissivo é indecomponível. Por outro lado, como diz Bacigalupo, a falta de ação priva de sentido o pressuposto fundamental da coautoria, que é a divisão do trabalho; assim, *no es conceible que alguien omita una parte mientras otros omiten el resto*. Quando dois médicos omitem – ainda que de comum acordo – denunciar moléstia de notificação compulsória de que tiveram ciência (art. 269 CP), temos dois autores diretos individualmente consideráveis. A inexistência do acordo (que, de resto, não possui qualquer relevância típica) deslocaria para uma autoria colateral, sem alteração substancial na hipótese. No famoso exemplo de Kaufmann, dos cinquenta nadadores que assistem passivamente ao afogamento do menino, temos cinquenta autores diretos da omissão de socorro. A solução não se altera se se transferem os casos para a omissão imprópria: pai e mãe que deixam o pequeno filho morrer à míngua de alimentação são autores diretos do homicídio; a omissão de um não ‘completa’ a omissão do outro; o dever de assistência não é violado em 50% por cada qual.”²¹

Para o renomado autor, portanto, não se cogita de coautoria nos delitos omissivos, uma vez que cada agente possui o dever de agir de forma individualizada, indecomponível e intransferível. Se dois garantidores, a exemplo do pai e da mãe, como citou o autor, deixam de fazer aquilo a que estavam obrigados, a fim de tentar evitar a produção do resultado, como a teoria do domínio funcional do fato não se aplica aos crimes omissivos, sejam eles próprios, sejam impróprios, embora tenham agido com identidade de propósito, não será o caso de coautoria, sendo cada um, individualmente, considerado autor.

Em sentido contrário é o entendimento de Cesar Bitencourt, quando afirma “ser perfeitamente possível a coautoria em crime omissivo próprio. Se duas pessoas deixarem de prestar socorro a uma pessoa gravemente ferida, podendo fazê-lo, sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime autônomo de omissão de socorro. Agora, se essas duas pessoas, de comum acordo, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão coautoras do crime de omissão de socorro. O princípio é o mesmo dos crimes comissivos: houve consciência e vontade de realizar um empreendimento comum, ou melhor, no caso de

não realizá-lo conjuntamente".²²

Tal raciocínio aplica-se, segundo o renomado autor, também aos crimes omissivos impróprios.

Coautor nada mais é do que autor e autor é quem tem o domínio final do fato e não se pode ter o domínio final do fato em um crime culposo: ou o indivíduo tem o dolo e dirige sua conduta a um determinado fim ou ele age com inobservância do dever objetivo de cuidado e acarreta um resultado lesivo por negligência, imprudência ou imperícia, mas isso, no caso em tela, somente pode ser imputado a quem dirigia o automóvel. Crime omissivo próprio ou impróprio que acarreta a impossibilidade de coautoria diante do dever geral de atuação de cada indivíduo. Nos crimes omissivos cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição de garantidor (TJ-RJ, HC 0056629-04.2014.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 31/03/2015).

Com a devida *venia* das posições em contrário, filiamo-nos à segunda corrente, acreditando ser possível falar em coautoria nos crimes omissivos, desde que cada agente possua o dever de agir naquele determinado caso concreto.

Participação em crimes omissivos (próprios e impróprios)

A maioria de nossos autores admite a participação em crimes omissivos, a exemplo de Fontán Balestra quando diz: "Não parece que ofereça dúvida a possibilidade de instigar, que é uma forma de participação nos delitos de omissão. Pode-se instigar a alguém para que faça ou deixe de fazer algo."²³

Coautoria em delitos culposos

Embora exista controvérsia doutrinária, a tendência contemporânea é a de aceitar a coautoria em delitos culposos. Duas pessoas podem, em um ato conjunto, deixar de observar o dever objetivo de cuidado que lhes cabia e, com a união de suas condutas, produzir um resultado lesivo.

A coautoria, tanto em crimes dolosos ou culposos, depende da existência de um nexo causal físico ou psicológico ligando os agentes do delito ao resultado (STJ, REsp. 25070/MT, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, 5ª T., RT 706, p. 375).

É perfeitamente admissível, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a possibilidade de concurso de pessoas em crime culposo, que ocorre quando há um vínculo psicológico na cooperação consciente de alguém na conduta culposa de outrem. O que não se admite nos tipos culposos, ressalve-se, é a participação. Precedentes desta Corte (STJ, HC 40.474/PR, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJ 13/2/2006, p. 832).

Em sentido contrário, adotada a teoria dos delitos de infração de dever, não se admite a participação ou a coautoria em crimes culposos, devendo os concorrentes responder por crimes autônomos (TJMG, AC 2.0000.00.438534-0/000, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 26/6/2004).

Participação em crimes culposos

Ao contrário do que acontece com a coautoria em crimes culposos, em que a maioria, hoje

em dia, a aceita sem muitas dificuldades, quando nos referimos à participação em crimes culposos, a tendência quase unânime é de rechaçar essa possibilidade. No entanto, estamos com Mariano Silvestroni quando, exemplificando, preleciona que “quem convence a outro de que excede o limite de velocidade permitido nos leva a cabo uma ação de conduzir suscetível de violar o dever de cuidado na condução veicular. Portanto, afirmar a autoria a respeito de um eventual homicídio culposo é bastante forçado. A solução pela instigação é mais adequada, principalmente quando não existe nenhuma razão para excluir da tipicidade culposa as regras da participação criminal”.²⁴

Denúncia inepta

Não há abuso de acusação na denúncia que, ao tratar de crimes de autoria coletiva, deixa, por absoluta impossibilidade, de esgotar as minúcias do suposto cometimento do crime. Há diferença entre denúncia genérica e geral. Enquanto naquela se aponta fato incerto e imprecisamente descrito, na última há acusação da prática de fato específico atribuído a diversas pessoas, ligadas por circunstâncias comuns, mas sem a indicação minudente da responsabilidade interna e individual dos imputados. Nos casos de denúncia que verse sobre delito societário, não há que se falar em inépcia quando a acusação descreve minimamente o fato tido como criminoso. O poder de gestão configura indício mínimo da autoria das práticas delitivas realizadas, em tese, por meio de pessoa jurídica (STF, HC 118.891/SP, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª T., DJe 20/10/2015).

É gravemente inepta a denúncia que, a título de imputação de crimes praticados em concurso de agentes, não descreve nenhum fato capaz de corresponder às figuras de coautoria ou de participação de um dos denunciados (STF, HC 86520/SP, Rel. Min. Cesar Peluso, 2ª T., DJ 8/6/2007, p. 46).

Narração pormenorizada das condutas na denúncia

A jurisprudência desta Corte admite, nos crimes de autoria coletiva, a validade da peça acusatória que, apesar de não descrever minuciosamente as ações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa. Precedentes (STJ, AgRg no REsp 1.432.770/MA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 29/06/2016).

Nos crimes de autoria coletiva admite-se a descrição genérica dos fatos, se não for possível, como na espécie, esmiuçar e especificar a conduta de cada um dos denunciados (STJ, RHC 66.363/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 10/03/2016).

Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir do denunciado e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, preenchendo os requisitos do art. 41 do CPP. Precedentes (STJ, HC 205575/PB, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 6/6/2013).

Observou-se que este Superior Tribunal, na linha do entendimento do STF, tem decidido que, nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, tal como verificado na hipótese (STJ, REsp. 946.653/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., j. 2/6/2011, *Informativo* nº 475).

Tem-se admitido a denúncia genérica, em casos de crimes com vários agentes e condutas, como se dá na

espécie, ou que, por sua própria natureza, devem ser praticados em concurso, quando não se puder, de pronto, pormenorizar as ações de cada um dos envolvidos, sob pena de inviabilizar a acusação. O importante é que os fatos sejam narrados de forma suficientemente clara, possibilitando o amplo exercício do direito de defesa, como se verifica no caso *sub judice*, pois os acusados se defendem dos fatos e não da tipificação feita pelo Ministério Público (STJ, RHC 21482/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 12/4/2010).

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

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Circunstâncias**

São dados periféricos, acessórios, que gravitam ao redor da figura típica, somente interferindo na graduação da pena. A existência ou não de uma circunstância em nada interfere na definição da figura típica, tendo a sua importância limitada ao aumento ou diminuição da pena de determinada infração penal.

Circunstâncias objetivas e subjetivas

Objetivas, materiais ou reais são as circunstâncias que, na lição de Alberto Silva Franco, “se relacionam com o fato delituoso em sua materialidade (modos de execução, uso de determinados instrumentos, tempo, ocasião, lugar, qualidades da vítima etc.)”.²⁵ Tais circunstâncias se comunicam se ingressarem na esfera de conhecimento dos coparticipantes.

Subjetivas ou pessoais são aquelas que dizem respeito à pessoa do agente, não tendo qualquer relação, como diz Damásio de Jesus, “com a materialidade do delito, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes”.²⁶ As circunstâncias de natureza subjetiva não se comunicam aos coparticipantes, a não ser que se transformem em elemento do tipo penal, ou seja, de simples dado periférico, passe a ser um dado essencial à figura típica. Deverá, ainda, para que seja estendida, ingressar na esfera de conhecimento dos coparticipantes.

Elementares

Elementares são dados essenciais à figura típica, sem os quais ou ocorre uma atipicidade absoluta, ou uma atipicidade relativa.²⁷

Comunicabilidade

De acordo com a parte final do art. 30 do Código Penal, somente as elementares é que se comunicarão ao coparticipante, desde que ele, no entanto, dela tome conhecimento.

O art. 30 do Código Penal dita que: ‘Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal,

salvo quando elementares do crime". Nessa linha, há determinadas circunstâncias ou condições de caráter pessoal que são integrantes do tipo penal incriminador, de modo que, pela expressa disposição legal se comunicam aos demais coautores e partícipes. Assim, ajustada a prática de furto, a utilização do abuso de confiança, necessário à sua consumação, como no presente caso, comunica-se ao coautor, quando do conhecimento deste, mesmo quando não seja este o executor direto do delito, pois elementar do crime. Dessa forma, nos termos do art. 30 do Código Penal, pela leitura do acórdão recorrido, há a comunicação da circunstância do abuso de confiança, pois L. F. tinha plena consciência da relação subjetiva de confiança de C. com as vítimas (STJ, AgRg no REsp 1.331.942/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 25/05/2016).

Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, nos crimes funcionais é possível a responsabilização dos partícipes que não ostentem a qualidade de funcionário público, uma vez que tal condição se trata de elementar do próprio tipo penal, comunicando-se a todos os envolvidos na prática delitiva que dela tenham conhecimento (art. 30 do CP) (STJ, HC 121827/GO, Rel.^a Min.^a Marilza Maynard, Desembargadora convocada do TJSE, DJe 21/5/2013).

No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, *ex vi* art. 30 do CP, incomunicável. É nulo o julgamento pelo Júri em que o Conselho de Sentença acolhe a comunicabilidade automática de circunstância pessoal com desdobramento na fixação da resposta penal *in concreto* (STJ, HC 78.404/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 9/2/2009).

A delimitação legal do âmbito da autoria nos delitos especiais, tanto próprios quanto impróprios, por si só, não impede o surgimento do concurso de pessoas e a responsabilização penal, pela mesma figura de delito, de sujeito não qualificado – *extraneus* –, havendo pelo menos um qualificado – *intraneus* – interveniente, na condição de autor, e conhecendo os demais sua condição pessoal – aplicação da regra contida no art. 30 do CP, pela interpretação *a contrario sensu*, segundo a qual comunicam-se as circunstâncias de caráter pessoal se elementares do tipo, não havendo razão, de lógica ou de justiça, para que as normas penais de caráter geral deixem de incidir tão somente em face dos crimes definidos na Lei nº 7.492/86 que, juntamente com inúmeras outras figuras previstas no ordenamento jurídico-penal brasileiro, integram o gênero dos chamados delitos especiais (STJ, REsp. 575684/SP, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., DJ 23/4/2007, p. 317).

Casos de impunibilidade Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Impunibilidade da participação

Sendo a participação uma atividade acessória, sua punição dependerá, obrigatoriamente, da conduta do autor. Assim, se o autor der início à execução de um crime para o qual fora determinado ou auxiliado materialmente pelo partícipe, a partir desse instante permite-se a responsabilização penal pela participação. Caso contrário, ou seja, se o fato praticado pelo autor permanecer tão somente na fase da cogitação, ou mesmo naquela correspondente aos atos

preparatórios, a participação não será punível.

O ajuste impunível, na forma do art. 31 do Código Penal, somente se aplica quando o crime não é ao menos tentado, revelando-se punível como cumplicidade a cooperação dolosa nos atos preparatórios, se o crime vem a ser praticado. O ajuste, como forma de cumplicidade, possui relevância causal, na medida em que serve de estímulo ao autor do fato, que põe em prática o comportamento ajustado. Se os atos preparatórios indicam a intenção de praticar crime menos grave do que aquele efetivamente praticado, os partícipes por ajuste respondem pelo delito preparado, na forma do art. 29, § 2º, do Código Penal. Recurso provido (TJMG, AC 1.0428.05.00 1879-8/001, Rel. Des. Hélcio Valentim, DJ 18/5/2009).

Tentativa de participação

Em razão do disposto no art. 31 do Código Penal, que diz que *o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado*, não podemos falar em tentativa de participação. Se o partícipe estimula alguém a cometer determinada infração penal, mas aquele que foi estimulado não pratica qualquer ato de execução tendente a consumá-la, a conduta do partícipe é considerada um indiferente penal.

Se os atos praticados pelo agente foram meramente preparatórios, não chegaram à iniciativa da execução do crime que lhe é atribuído, são atípicos e, portanto, insuscetíveis de ação penal (TJSP, HC 122.475, Rel. Humberto da Nova, RT 464, p. 325).

1 BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 77.

2 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. p. 129.

3 WESSELS, Johannes. *Derecho penal*, p. 159.

4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 672.

5 JESUS, Damásio E. de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*, p. 19.

6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 676.

7 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 678.

8 Obs.: Na modalidade *ter conjunção carnal*, uma vez que, atualmente, de acordo com a nova redação legal, ocorrerá o estupro não somente quando o agente constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, como também a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

9 MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal – Parte general*, v. 1, p. 584.

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 672.

11 PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*, p. 73.

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 695.

13 Nesse sentido também o entendimento de José Cerezo Mir, que, depois de analisar a nova redação do Código Penal espanhol, afirma que “a desistência do autor não determina a impunidade dos partícipes”, uma vez que entende ser o instituto da desistência voluntária uma causa pessoal de exclusão de pena, ou seja, uma escusa absolutória (*Curso de derecho penal español – Parte general*, v. III, p. 192-193).

14 BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 135-136.

15 FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A codelinquência no direito penal brasileiro*, p. 173-174.

16 Os arts. 13 e 25 referidos na citação correspondem, respectivamente, aos arts. 15 e 29 da nova parte geral do Código Penal.

17 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*, v. II, p. 749.

18 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – Parte geral*, v. I, p. 376.

19 BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 133.

20 BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 134.

21 BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 65.

- 22 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 445.
- 23 FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*, p. 450.
- 24 SILVESTRONI, Mariano H. *Teoria constitucional del delito*, p. 230.
- 25 SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral*, v. I, t. I, p. 491.
- 26 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – Parte geral*, v. I, p. 380.
- 27 GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*, p. 118.

Título V – Das Penas

Capítulo I – Das Espécies de Pena

Art. 32. As penas são: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa.

Limitação das penas

Em nosso país, depois de uma longa e lenta evolução, a Constituição Federal, visando proteger os direitos de todos aqueles que, temporariamente ou não, estão em território nacional, proibiu a cominação de uma série de penas, por entender que todas elas, em sentido amplo, ofendiam a dignidade da pessoa humana, além de fugir, em algumas hipóteses, à sua função preventiva, como veremos mais adiante. O inc. XLVII do art. 5º da Constituição Federal, diz, portanto, que não haverá penas: *a) de morte, salvo no caso de guerra declarada, nos termos do seu art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.*

Finalidade das penas

Nosso Código Penal, por intermédio de seu art. 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à *reprovação* e *prevenção* do crime. Assim, de acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

Segundo entendimento desta Corte, a pena pecuniária tem o objetivo de reparar o dano causado pela conduta criminosa. Sendo assim, não há necessidade de que seja proporcional à pena privativa de liberdade (STJ, AgRg no REsp 1.449.226/RN, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 15/06/2015).

Não há que se esquecer da finalidade da prevenção especial da pena, consolidada na necessidade de neutralizar o agente delituoso, a fim de que não mais cometa crimes (...) (TJ-RJ, AC 0000015-73.2014.8.19.0001, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 14/05/2015).

Teorias absolutas e relativas

As teorias tidas como absolutas advogam a tese da retribuição, sendo que as teorias relativas apregoam a prevenção.¹

Na reprovação, segundo a teoria absoluta, reside o caráter retributivo da pena. Na lição de Roxin, “a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se

retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense”.²

A teoria relativa se fundamenta no critério da prevenção, que se biparte em: *a) prevenção geral – negativa e positiva; b) prevenção especial – negativa e positiva.*

A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão *prevenção por intimidação*, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, fazendo com que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados para a condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal.³ Segundo Hassemer, com a prevenção por intimidação “existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade”.⁴ Existe, outrossim, outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Paulo de Souza Queiroz preleciona que, “para os defensores da *prevenção integradora ou positiva*, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social”.⁵

A prevenção especial, a seu turno, também pode ser concebida em seus dois sentidos. Pela prevenção especial negativa existe a neutralização daquele que praticou a infração penal, com a sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. Quando falamos em neutralização do agente, deve ser frisado que isso somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade. Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin, “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”.⁶ Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros.

As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso (STJ, REsp. 662807/MG, Min. Nilson Naves, 6ª T., DJ 19/3/2007, p. 398).

Teoria adotada pelo art. 59 do Código Penal

Em razão da redação contida no *caput* do art. 59 do Código Penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma *teoria mista ou unificadora da pena*.

Isso porque a parte final do *caput* do art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.⁷

Sistemas prisionais

Podemos dizer que a pena de prisão, ou seja, a privação da liberdade como pena principal, foi um avanço na triste história das penas. Segundo nos informa Manoel Pedro Pimentel, a pena de prisão “teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependessem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus”.⁸

Os sistemas penitenciários, a seu turno, encontraram suas origens no século XVIII e tiveram, conforme preleciona Cezar Roberto Bitencourt, “além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos *Bridwells* ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. Esses estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia”.⁹

Dentre os sistemas penitenciários que mais se destacaram durante sua evolução, podemos apontar os sistemas: *a) pensilvânico; b) auburniano; c) progressivo*.

No sistema pensilvânico ou de Filadélfia, também conhecido como *celular*, o preso era recolhido à sua cela, isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado ao arrependimento pela leitura da Bíblia. Noticia Manoel Pedro Pimentel que “este regime iniciou-se em 1790, na Walnut Street Jail, uma velha prisão situada na rua Walnut, na qual reinava, até então, a mais completa aglomeração de criminosos. Posteriormente, esse regime passou para a Eastern Penitentiary, construída pelo renomado arquiteto Edward Haviland, e que significou um notável progresso pela sua arquitetura e pela maneira como foi executado o regime penitenciário em seu interior”.¹⁰

Esse sistema recebeu inúmeras críticas, uma vez que, além de extremamente severo, impossibilitava a readaptação social do condenado, em face do seu completo isolamento.

As críticas ao sistema de Filadélfia ou pensilvânico fizeram com que surgisse outro, que ficou conhecido como *sistema auburniano*, em virtude de ter sido a penitenciária construída na cidade de Auburn, no Estado de Nova York, em 1818. Menos rigoroso que o sistema anterior,

este permitia o trabalho dos presos, inicialmente, dentro de suas próprias celas e, posteriormente, em grupos. O isolamento noturno foi mantido. Uma das características principais do sistema auburniano diz respeito ao silêncio absoluto que era imposto aos presos, razão pela qual também ficou conhecido como *silent system*. Manoel Pedro Pimentel aponta as falhas do sistema auburniano aduzindo: “O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d’água ou, ainda, modernamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de *boca do boi*. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos.”¹¹

O sistema progressivo surgiu inicialmente na Inglaterra, sendo posteriormente adotado na Irlanda. Pelo sistema progressivo inglês, que surgiu no início do século XIX, Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, impressionado com o tratamento desumano que era destinado aos presos degredados para a Austrália, resolveu modificar o sistema penal. Na qualidade de diretor de um presídio do condado de Narwich, na ilha de Norfolk, na Austrália, Maconochie criou um sistema progressivo de cumprimento das penas, a ser realizado em três estágios. No primeiro deles, conhecido como *período de prova*, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; como progressão ao primeiro estágio, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, bem como o isolamento noturno, “passando depois de algum tempo para as chamadas *public work-houses*, com vantagens maiores”;¹² o terceiro período permitia o livramento condicional.

O sistema progressivo irlandês acrescentou mais uma fase às três mencionadas anteriormente, aperfeiçoando o sistema progressivo. Na precisa lição de Roberto Lyra, “o sistema irlandês de Walter Crofton (1857) concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos – o segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com a obrigação do silêncio; o terceiro, o de prisão intermédia (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e de dia em vida comum para demonstrar praticamente os resultados das provações anteriores, isto é, a esperada regeneração e a aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional”.¹³

Espécies de penas

De acordo com o art. 32 do Código Penal, as penas podem ser: *a) privativas de liberdade; b) restritivas de direitos; e c) de multa.*

As penas privativas de liberdade previstas pelo Código Penal para os crimes ou delitos são as de *reclusão* e *detenção*. Ressalte-se, contudo, que a Lei das Contravenções Penais também prevê sua pena privativa de liberdade, que é a *prisão simples*.

As penas restritivas de direitos, de acordo com a nova redação dada ao art. 43 do Código Penal pela Lei nº 9.714/98 são: *a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fim de semana.*

A multa penal é de natureza pecuniária e o seu cálculo é elaborado considerando-se o sistema de dias-multa, que poderá variar entre um mínimo de 10 (dez) ao máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, sendo que o valor correspondente a cada dia-multa será de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos até 5 (cinco) vezes esse valor. Poderá o juiz, contudo, verificando a capacidade econômica do réu, triplicar o valor do dia-multa, segundo a norma contida no § 1º do art. 60 do Código Penal.

Seção I – Das Penas Privativas de Liberdade **Reclusão e detenção** Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 1º Considera-se: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à

reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

(Incluído pela Lei nº 10.763, de 12/11/2003.) **Reclusão e detenção**

O Código Penal prevê duas penas privativas de liberdade – a de reclusão e a de detenção – sobre as quais incide uma série de implicações, a exemplo do regime de cumprimento a ser fixado na sentença condenatória *etc.*

A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo à sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido.

Embora a reforma da Parte Geral do Código Penal, ocorrida em 1984, tenha mantido a distinção entre as penas de reclusão e de detenção, segundo a opinião de Alberto Silva Franco, essa não foi uma escolha feliz, haja vista que, conforme o renomado autor, “o legislador de 84 manteve a classificação ‘reclusão-detenção’, acolhida da PG/40 e, sob este ângulo, não se posicionou de acordo com as legislações penais mais modernas, que não mais aceitam, porque as áreas de significado dos conceitos de reclusão e de detenção estão praticamente superpostas e não evidenciam nenhum critério ontológico de distinção. Aliás, para evidenciar a precariedade da classificação, que não se firma nem na natureza ou gravidade dos bens jurídicos, que com tais penas se pretende preservar, nem ainda na quantidade punitiva maior de uma e menor de outra, basta que se observe o critério diferenciador de que se valeu o legislador”.¹⁴

Apesar da crítica do insigne professor paulista, como deixamos antever acima, algumas diferenças de tratamento podem ser apontadas no Código Penal entre as penas de reclusão e detenção, a saber: a) a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (art. 33, *caput*, do CP); b) no caso de concurso material, aplicando-se cumulativamente as penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela (arts. 69, *caput*, e 76 do CP); c) como efeito da condenação, a incapacidade para o exercício do pátrio poder,¹⁵ tutela ou curatela, somente ocorrerá com a prática de crime doloso, punido com reclusão, cometido contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, do CP); d) no que diz respeito à aplicação de medida de segurança, se o fato praticado pelo inimputável for punível com detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial (art. 97 do CP).

Regimes de cumprimento de pena

Após o julgador ter concluído, em sua sentença, pela prática do delito, afirmando que o fato praticado pelo réu era típico, ilícito e culpável, a etapa seguinte consiste na aplicação da pena. Adotado o critério trifásico pelo art. 68 do Código Penal, o juiz fixará a pena-base

atendendo aos critérios do art. 59 do mesmo diploma repressivo; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

O art. 59 do Código Penal, de aferição indispensável para que possa ser encontrada a pena-base, sobre a qual recairão todos os outros cálculos relativos às duas fases seguintes, determina que o *juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*: I) – *as penas aplicáveis dentre as cominadas*; II) – *a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos*; III) – *o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade*; IV) – *a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível*.

Como se percebe pelo inc. III do art. 59 do Código Penal, deverá o juiz, ao aplicar a pena ao sentenciado, determinar o regime inicial de seu cumprimento, a saber: *fechado, semiaberto ou aberto*. De acordo com a lei penal (art. 33, § 1º, do CP), considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Estabelecimento penal federal de segurança máxima

A Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, dispôs sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima, esclarecendo que tal medida se justificaria no *interesse da segurança pública*, como ocorre nas hipóteses, hoje corriqueiras, dos “chefes” de organizações criminosas, ou do *próprio preso*, condenado ou provisório, a exemplo daquele cuja segurança estaria comprometida em outro estabelecimento penal (art. 3º).

O referido diploma legal condicionou a admissão do preso à decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente, após receber os autos de transferência enviados pelo juízo responsável pela execução penal ou pela prisão provisória (art. 4º), sendo que, uma vez aceita a transferência, a execução penal ficaria a cargo do juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual foi recolhido o preso (§ 1º do art. 4º).

São legitimados a requerer a transferência do preso para o estabelecimento penal de segurança máxima a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso. A Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, determinou, ainda, nos parágrafos do seu art. 5º, procedimento próprio para a formalização do pedido de transferência.

Uma vez admitida a transferência, o juízo de origem deverá encaminhar ao juízo federal os autos da execução penal (art. 6º).

Rejeitada a transferência, o juízo de origem poderá suscitar o conflito de competência perante o Tribunal competente, que o apreciará em caráter prioritário (art. 9º).

A inclusão do preso em estabelecimento penal de segurança máxima é de natureza excepcional, devendo, ainda, ser determinado o prazo de sua duração, que não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, podendo ser renovado, também excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos de transferência. Rejeitada a renovação, também poderá ser suscitado, pelo juízo de origem, conflito de competência, sendo que, enquanto não resolvido, o preso permanecerá no estabelecimento penal federal (art. 10 e parágrafos).

O Tribunal competente para o julgamento do conflito deverá sempre observar a lotação máxima do estabelecimento penal de segurança máxima, devendo ponderar até mesmo sobre a manutenção de um número inferior à sua capacidade máxima, visando sempre à sua possibilidade de utilização imediata em casos emergenciais (art. 11 e parágrafos).

Uso de algemas

O STF, na sessão plenária de 13 de agosto de 2008, aprovou, por unanimidade, a Súmula Vinculante nº 11, disciplinando as hipóteses em que seria cabível o uso de algemas, dizendo:

Súmula Vinculante nº 11– *Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.*

Paulo Rangel, com o brilhantismo que lhe é peculiar, dissertando sobre o tema, com precisão, assevera: “Com a súmula vinculante a Polícia só poderá algemar o detido quando este oferecer resistência, ameaçar fugir no momento da prisão ou tentar agredir os agentes de polícia ou a si próprio. Dessa forma, ausentes os requisitos acima o suspeito deve ser preso sem algemas, sob pena de o Estado ser processado civilmente e os agentes responderem administrativa, civil e penalmente. Além disso, o APF ou o ato processual da prisão pode ser anulado.

Cria-se, com a súmula vinculante, um novo vício jurídico: o vício do uso de algemas que acarreta a sanção de nulidade do ato prisional. A autoridade policial deverá justificar, por escrito, o uso de algemas no preso, sob pena da responsabilidade dita na lei. O problema será se a justificação da autoridade policial convencerá à autoridade judiciária que é quem exercerá o papel fiscalizador da legalidade ou não do seu uso. Em outras palavras, inventaram

mais uma maneira de anular o APF ou a decisão judicial daqueles que não podem ser presos, mas se forem que não sejam algemados.

Algema e ‘camburão’ são para pobre, não para *Colarinho-Branco*.¹⁶

Desde que foram inauguradas as algemas no Brasil, principalmente no trato com os negros africanos que haviam sido retirados violentamente de seu país de origem, quase nenhuma voz se levantou para disciplinar ou mesmo eliminar o seu uso. Isso porque, como sabemos, o sistema penal sempre foi seletivo, sempre teve seu público-alvo.

Ultimamente, após o advento da Constituição Federal de 1988, novos ventos começaram a soprar em nosso país, sendo que, excepcionalmente, pessoas até então tidas como “intocáveis” acabaram caindo nas malhas da Justiça, mesmo que por pouco tempo. Esse “incômodo” despertou, de repente, o interesse pelo uso de algemas, uma vez que, agora, aquelas pessoas que faziam parte da mais “alta sociedade” estavam conhecendo o cheiro e provando a comida servida nos cárceres. Tivemos até o inusitado depoimento de um político, que havia governado um dos maiores Estados da Federação, dizendo-se indignado com a “quentinha” que lhe era servida na cadeia. Para essas pessoas, com certeza, o uso das algemas era por demais constrangedor. Trocar suas pulseiras de ouro, conseguidas ilicitamente à custa de milhões de miseráveis brasileiros, por outra de aço era muito humilhante, e isso não poderia continuar.

Certo é, também, que alguns abusos foram cometidos em nome da suposta “isonomia”, ou seja, do tratamento igualitário de todos os presos. No entanto, parece-nos que a ordem foi subvertida, ou seja, em vez de se punir o abuso, puniu-se a situação de normalidade, obrigando a autoridade policial a justificar, por escrito, o uso de algemas. E o pior, como bem ressaltou Paulo Rangel, é que isso poderá até mesmo macular o processo, como aconteceu no HC 91.952-9/SP, em que o STF anulou um julgamento de um acusado por um homicídio triplamente qualificado, em concurso com outra infração penal, pelo fato de ter sido exposto algemado em Plenário do Júri.

Essa decisão de nossa Suprema Corte poderá, segundo entendemos, ter efeito retroativo, a fim de abranger todos os demais casos em que o réu permaneceu algemado durante seu julgamento pelo Tribunal Popular, e isso, com certeza, será o caos da Justiça Penal.

Enfim, resta-nos, agora, esperar que algum dos legitimados previstos pelo art. 103 da Constituição Federal venha propor o cancelamento da Súmula Vinculante nº 11 e que, por outro lado, o abuso cometido com o uso de algemas também seja devidamente punido, nas esferas administrativa, civil e, mesmo, penal.

Objetivando regulamentar o art. 199 da LEP, que diz respeito ao uso de algemas, foi editado o Decreto nº 8.858, de 26 de setembro de 2016, cujos arts. 1º a 3º dizem, *verbis*: Art. 1º. *O emprego de algemas observará o disposto neste Decreto e terá como diretrizes:*

I – o inciso III do caput do art. 1º e o inciso III do caput do art. 5º da Constituição, que dispõem sobre a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e sobre a proibição de submissão ao tratamento desumano e degradante;

II – a Resolução nº 2010/16, de 22 de julho de 2010, das Nações Unidas sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok); e

III – o Pacto de San José da Costa Rica, que determina o tratamento humanitário dos presos e, em especial, das mulheres em condição de vulnerabilidade.

Art. 2º. É permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito.

Art. 3º. É vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada.

Em relação ao uso de algemas durante a audiência de instrução e julgamento, é consabido que pode ser determinado pelo magistrado quando presentes riscos concretos à segurança do acusado ou das pessoas presentes ao ato (STJ, AgRg no RHC 63.626/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 07/06/2016).

Configura-se nulidade por inobservância da Súmula Vinculante nº 11 do STF quando o réu for mantido algemado durante audiência de instrução e julgamento, em face da negativa de retirada das algemas sem apresentação de devida fundamentação (TJRS, Processo nº 70048256416, Rel. Des. Jayme Weingartner Neto, j. 13/9/2012).

O uso de algemas foi apenas restringindo e não terminantemente vedado. A situação excepcional deve ser devidamente justificada pelo magistrado. Hipótese na qual não há a comprovação da utilização de algemas, quando da inquirição da vítima e testemunhas arroladas, quiçá os motivos que os levaram à contenção física, através de tal instrumento. Quando dos interrogatórios, a magistrada *a quo* fez constar, em ata, que a medida figurou necessária à segurança, inexistindo, assim, qualquer nulidade. Acusados que registram envolvimento em vários crimes graves, envolvendo roubos majorados, homicídios e tráfico de drogas, não havendo dúvidas do grau de periculosidade. Inexistência de afronta à disposição sumular (TJRS, Processo nº 70048310247, Rel.^a Des.^a Fabianne Breton Baisch, j. 27/6/2012).

O poder de polícia, nas audiências e sessões de julgamento, é do Juiz. Cabe a ele avaliar a necessidade do uso de algemas. Opção pelo uso bem justificada, para segurança dos presentes, considerando o fato e suas circunstâncias, bem como os antecedentes (TJRS, AC 70045860749, Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, j. 31/5/2012).

A ideia de que o uso de algemas representa emprego de força é um equívoco. Na verdade, trata-se de um meio para evitá-lo, na medida em que é menos arriscado imobilizar o agente do que ter de fazer uso de força física para contê-lo. A previsão sumular assegura garantias aos presos, é verdade, mas na prática torna-se premente garantir, também, a segurança dos presentes e dos agentes policiais. Devidamente justificada a manutenção das algemas pelo juízo singular (TJRS, AC 70048234553, Rel. Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório, j. 10/5/2012).

Monitoramento eletrônico

Conforme preleciona Edmundo Oliveira: “a partir de suas primeiras experiências na América do Norte, no início dos anos 80, até sua operacionalização na Europa, no meado dos anos 90, o monitoramento eletrônico é louvado por suas propriedades singulares de individualização da pena (Laville & Lameyre, 2003, PP 370-374). Ele evita os efeitos nefastos da dessocialização do encarceramento – principalmente para os delinquentes primários – e facilita a manutenção dos elos familiares e o exercício de uma atividade profissional. Esse sistema permite, também, diminuir a taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários, acolhendo réus e condenados, à pequenas ou médias penas, a um custo bem menor. A prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico afasta de seus beneficiários a promiscuidade e as más condições de higiene, a ociosidade e a irresponsabilidade, encontradas em tantas prisões. Trata-se de um tipo de punição que não acarreta o estigma do associado ao encarceramento, assegurando a continuação de uma vida ‘normal’ aos olhos do empregador e junto da família”.¹⁷

O sistema de monitoramento eletrônico é feito por meio de um sinalizador GPS. Mas, o que vem a ser um GPS? GPS é um acrônimo, significando em inglês *Global Positioning System* e em português, Sistema de Posicionamento Global. Através do GPS é possível saber a nossa localização exata no planeta. Esse projeto foi iniciado há cerca de 30 anos, pelo governo dos Estados Unidos da América, mais precisamente pelo Departamento de Defesa. Foram lançados para a órbita vários satélites com o objetivo de ultrapassar as limitações dos sistemas de localização, que eram utilizados até aquele momento. O sistema foi sendo constantemente melhorado e, atualmente, conta com 24 satélites em órbita, sendo 12 localizados em cada hemisfério, e 6 estações de controle em terra.¹⁸

Embora possamos atribuir as origens do monitoramento eletrônico aos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel, que realizaram as primeiras experiências no ano de 1964, nos EUA, com dezesseis jovens reincidientes, podemos apontar o juiz Jack Love, do Estado do Novo México, como o precursor da ideia que, atualmente, vem sendo utilizada em vários países.

O mais interessante é que o juiz Jack Love inspirou-se numa edição de *Amazing Spider-Man* de 1977, em que o rei do crime havia prendido um bracelete no homem-aranha a fim de monitorar seus passos pelas ruas de Nova York. Após ler a história, o juiz Jack Love achou que a ideia poderia, efetivamente, ser utilizada no monitoramento de presos, razão pela qual procurou seu amigo Mike Gross, técnico em eletrônica e informática, a fim de persuadi-lo a produzir os receptores que seriam afixados nos pulsos, tal como havia visto na história em quadrinhos.

Em 1983, ou seja, cinco anos depois, após ter realizado, durante três semanas, testes em si mesmo com o bracelete, o juiz Jack Love determinou o monitoramento de cinco delinquentes na

cidade de Albuquerque, a maior cidade do Estado do Novo México. Nascia, também, naquele momento, conforme nos esclarece Edmundo Oliveira, a National Incarceration Monitor and Control Services, a primeira empresa a produzir instalações eletrônicas destinadas ao controle de seres humanos.¹⁹

Atualmente, existem quatro opções técnicas de monitoramento eletrônico que podem ser adaptadas à pessoa em forma de: a) pulseira; b) tornozeleira; c) cinto; e d) *microchip* (implantado no corpo humano). Nas quatro hipóteses apontadas, a utilização pode ocorrer de maneira discreta, permitindo que o condenado cumpra sua pena sem sofrer as influências nefastas do cárcere.

O sistema de monitoramento permite que os encarregados da fiscalização do cumprimento da pena do condenado monitorado saibam, exatamente, a respeito dos seus passos, uma vez que o sistema permite saber, com precisão, se a área delimitada está sendo obedecida.

A tendência é que o monitoramento eletrônico fique cada vez mais imperceptível por outras pessoas que não aquele que o utiliza. Quem não se recorda do tamanho inicial dos telefones celulares? Hoje, são multifuncionais, e os menores possíveis. Da mesma forma, em um futuro muito próximo, em vez de pulseiras, tornozeleiras ou cintos, o monitoramento poderá ser feito, por exemplo, por meio de um aparelho contido no relógio de pulso daquele que se viu beneficiado com a sua utilização.

O *microchip* subcutâneo já é uma realidade e impede qualquer visualização por parte de terceiros, podendo, inclusive, conter todas as informações necessárias relativas ao cumprimento da pena do condenado que o utiliza.

Enfim, chegamos à era tecnológica e temos que utilizá-la em benefício do homem que, em um futuro próximo, verá implodir os muros das penitenciárias que durante séculos o aprisionaram. Esse “novo homem” do futuro olhará para trás e não acreditará que seus semelhantes, há poucos séculos, eram enjaulados como animais ferozes, tratados de forma indigna e cruel.

No Brasil, depois de intensos debates, foi publicada a Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, que previu a possibilidade de fiscalização do condenado por meio da monitoração eletrônica somente em duas situações, vale dizer, quando for autorizada *saída temporária* para aquele que estiver sob o *regime semiaberto*, ou quando a pena estiver sendo cumprida em *prisão domiciliar*, conforme o disposto nos incs. II e IV, do art. 146-B da Lei de Execução Penal.

O art. 146-C, acrescentado à Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, assevera que o condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I – receber visitas do servidor responsável

pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça.

Conforme o disposto no parágrafo único, do mencionado art. 146-C, a violação comprovada de qualquer um desses deveres poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: a) a regressão do regime; b) a revogação da autorização de saída temporária; c) a revogação da prisão domiciliar; d) advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decidir não aplicar alguma das medidas anteriores.

O art. 146-D da Lei de Execução Penal, também introduzido pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, determina, ainda, que a monitoração eletrônica poderá ser revogada: I – quando se tornar desnecessária ou inadequada; II – se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

Para que ocorra a revogação da monitoração eletrônica, deverá o julgador determinar, antes de sua decisão, a realização de uma *audiência de justificação*, quando serão ouvidos o acusado, devidamente assistido pelo seu defensor, e também o Ministério Público, a exemplo do que ocorre com as hipóteses previstas pelo parágrafo único do art. 146-C da Lei de Execução Penal.

Embora o sistema de monitoramento eletrônico permita o cumprimento das finalidades atribuídas às penas, vale dizer, reprovar e prevenir a prática de infrações penais, parte da doutrina iniciou um movimento contra sua utilização, conforme esclarece Luzón Peña²⁰, alegando que, primeiramente, essa modalidade de cumprimento de pena é demasiado benigna aos condenados, não possuindo, assim, o necessário efeito intimidante, característico da teoria retributiva. Da mesma forma, continua Luzón Peña²¹, no que diz respeito à ressocialização, afirma-se que a sanção se centra somente no controle do condenado, e dedica pouco ou mesmo nenhum esforço no seu tratamento ressocializante.

Em segundo lugar, dizem os opositores do monitoramento eletrônico, não existem estudos suficientemente amplos e rigorosos que tenham por finalidade apontar se, realmente, existe uma eficácia preventivo-especial da sanção daqueles que foram submetidos ao monitoramento eletrônico, em comparação aos condenados que cumpriram suas penas inseridos no sistema prisional. Ou seja, para eles, não se pode dizer, com a necessária precisão, que permitir o cumprimento monitorado de pena *extra muros* não diminui o índice de reincidência.

Com todo o respeito que merecem os opositores do monitoramento eletrônico, não se pode negar que os benefícios de um cumprimento de pena monitorado fora do cárcere são infinitamente superiores aos prejuízos causados no agente que se vê obrigado a cumprir sua

pena *intra muros*.

Ressalta Luzón Peña²² que às acusações de que o monitoramento eletrônico é por demais benigno ao condenado, além de possuir pouca ou nenhuma eficácia intimidante, tem-se rebatido com o correto argumento de que a ele são reservadas somente as infrações penais de pouca gravidade, a exemplo do que ocorre com os delitos de trânsito, subtrações patrimoniais não violentas, consumo de drogas etc., e só excepcionalmente para algum delito que preveja alguma forma de violência, como pode ocorrer com as lesões corporais. Além disso, o prognóstico que se faz do condenado lhe é favorável, ou seja, tudo leva a crer que o cumprimento da pena monitorada *extra muros* exerceirá sobre eles os necessários efeitos, evitando-se a prática de futuras infrações penais.

Não podemos nos esquecer de que, mesmo com certo grau de liberdade, temos limitada uma grande parcela desse nosso direito. Assim, por mais que, aparentemente, se mostre benigna ao condenado, ainda assim essa forma de cumprimento de pena poderá exercer sua função preventiva (geral e especial), pois que, para a sociedade, ficará demonstrado que o Estado, por meio do Direito Penal, cumpriu com sua missão protetiva de bens jurídicos, fazendo com que o autor da infração penal fosse por ela responsabilizado com uma pena correspondente ao mal por ele praticado.

Conforme esclarecimentos de Miguel Ángel Iglesias Río e Juan Antonio Pérez Parente, na maioria dos países, a prisão domiciliar com vigilância eletrônica não se contempla como medida única, senão que, com vista à consecução de expectativas ressocializadoras, o controle telemático se insere em um amplo programa de execução diário no qual, além da permanência obrigatória no domicílio ou em um lugar concreto, se permitem saídas predeterminadas para trabalhar ou participar de sessões de terapia, realizam-se visitas não anunciadas por funcionários competentes (na parte da tarde, a noite, nos fins de semana, nos dias festivos), ou com um pré-aviso de trinta minutos; o sujeito tem de se submeter a uma análise de sangue, de urina ou de ar aspirado para detectar o consumo de álcool ou drogas, várias vezes por semana, praticadas por pessoal médico especializado ou conectadas ao próprio aparato de vigilância (como ocorre na Suécia), cujos resultados são recebidos informatizadamente pela rede telefônica à central.²³

Tecnologias de controle de primeira, segunda e terceira gerações As tecnologias de controle podem ser divididas em primeira, segunda e terceira gerações.

A *primeira geração de mecanismos de controle* inclui o *sistema ativo* (vigilância eletrônica ativa) e o *sistema passivo* (vigilância eletrônica passiva), ainda no qual se tem implantado também sistemas mistos, que combinam ambos os modelos.

A *vigilância eletrônica ativa* mais frequente é, basicamente, de acordo com as lições de Juan José González Rus²⁴, integrada por três elementos, a saber: um *transmissor miniatura*,

que é fixado ao condenado, de modo que não possa por ele ser removido, a exemplo, como dissemos, das pulseiras, tornozeleiras etc., cuja finalidade é transmitir um sinal, permitindo a aferição do local onde se encontra; um *receptor-transmissor*, instalado no domicílio ou no local onde se tenha determinado que o condenado deverá permanecer submetido à vigilância e cuja finalidade é receber o sinal do transmissor nele colocado, que envia, a seu turno, um sinal ao terceiro componente do sistema, que normalmente é um computador central conectado por via telefônica com o transmissor-receptor, que controla o processo e registra tudo o que ocorre com a vigilância; ou seja, se o condenado, efetivamente, está cumprindo com aquilo que lhe fora determinado na sentença, ou se houve algum descumprimento, a exemplo de ter saído do local permitido *etc.*

Por meio dessa vigilância eletrônica ativa se confirma, portanto, a presença do condenado em sua casa ou mesmo em outro local determinado pela Justiça, bem como as horas previstas para a prática de determinados comportamentos, ou, pelo contrário, sua ausência do local previamente determinado, o que, certamente, acarretará consequências a seu desfavor.

Esse controle, conforme esclarece Luzón Peña,²⁵ nos Estados Unidos, é feito pelos funcionários que são encarregados do sistema de prova que, em caso de descumprimento pelo condenado, propõem as medidas punitivas correspondentes ou mesmo a aplicação de uma sanção mais dura. Além disso, também possuem a obrigação de manter um contato periódico com o condenado com a finalidade de inspecionar os dispositivos de transmissão (pulseira, tornozeleiras etc.).

Por *vigilância eletrônica passiva* podemos entender aquela que é levada a efeito por meio de um sistema aleatório de chamadas telefônicas, feitas por um computador previamente programado para isso, aos locais onde os condenados se encontram submetidos a essa modalidade de vigilância. Nesse caso, ao ser realizada a ligação, os condenados devem atender pessoalmente o telefone. Conforme esclarece Juan José González Rus²⁶, nesses casos, é comum que se incorpore ao aparelho telefônico um identificador de voz, evitando-se que o sistema seja burlado pelo condenado, que bem poderia pedir a alguém para que respondesse à chamada em seu lugar.

É importante frisar que tanto as chamadas quanto as respostas do condenado permanecem registradas em um sistema informático, que está programado para produzir um alerta caso venha a ocorrer qualquer incidente.

Miguel Ángel Iglesias Río e Juan Antonio Pérez Parente aduzem que a principal vantagem do sistema passivo com controle de voz ou mecanismos digitalizados é sua menor estigmatização pública e, em certos casos, podia chegar-se a prescindir da instalação de transmissores no domicílio do vigiado. Como desvantagens, aponta-se a possível perturbação que as chamadas telefônicas, especialmente no horário noturno, causam ao resto dos moradores

ou que o sujeito não escute a chamada por estar no banho, escutando música *etc.*²⁷

A tecnologia de segunda geração foi implantada inicialmente, nos EUA, a partir de 2000, sendo utilizada posteriormente no Canadá e na Grã-Bretanha, cujo referente europeu é o denominado sistema Galileu. O Galileu foi concebido desde o início como um projeto civil, em oposição ao GPS americano, ao Glonass russo e ao Compass chinês, que são de origem militar, tendo várias vantagens, a exemplo da maior precisão, maior segurança, sendo menos sujeito a problemas.

Esse sistema de segunda geração tem a capacidade não somente de controlar a permanência, em determinado lugar, da pessoa que está sendo objeto do monitoramento, senão que, milimetricamente, detecta sua presença fora do local que havia sido delimitado, apontando, precisamente, o lugar e o horário em que esteve.

Para tanto, o vigiado deverá portar um transmissor similar ao utilizado na vigilância eletrônica ativa, cuja finalidade é enviar os dados de seus movimentos à central, fazendo com que seja disparado um alarme sempre que o vigiado se distancia do perímetro dentro do qual fora confinado.

Por último, conforme esclarecem Miguel Ángel Iglesias Río e Juan Antonio Pérez Parente, a *tecnologia de terceira geração* se caracteriza porque ao controle por sistema GPS de permanência ou presença que oferecem os anteriores sistemas apontados se adiciona, também, a possibilidade de que a central de vigilância receba informações psicológicas, frequência de pulsações, ritmo respiratório para medir o nível de agressividade de um delinquente violento, a excitação sexual em delinquentes sexuais, cleptômanos ou psicopatas. Assim mesmo, ante qualquer descumprimento das obrigações acordadas judicialmente, algumas versões têm a capacidade para realizar uma intervenção corporal direta no vigiado por meio de descargas elétricas programadas, que repercutem diretamente no sistema nervoso central, ou por meio da abertura de uma cápsula que lhe injeta um tranquilizante ou outra substância, para o caso de neuróticos agressivos, esquizofrênicos ou adeptos do álcool.

Esse drástico procedimento ainda não se implementou em prisão domiciliar com vigilância eletrônica porque constitui um castigo físico atentatório contra a dignidade humana; por outro lado, não leva em conta distintas situações de necessidade – urgência médica, incêndio na casa, um acidente, por exemplo – nas quais o vigiado se vê obrigado a abandonar o lugar e a suportar injustificadamente tais descargas elétricas.²⁸

Merece destaque, ainda, a inovação trazida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que, ao prever o elenco de medidas cautelares diversas da prisão, no inc. IX do art. 319 do Código de Processo Penal, inseriu a monitoração eletrônica.

Dessa forma, o monitoramento passa a ser possível antes mesmo do trânsito em julgado da

sentença penal condenatória, evitando-se a desnecessária segregação cautelar do acusado, possibilitando, assim, que responda à ação penal em liberdade.

Vide Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011, que regulamenta o monitoramento eletrônico.

O reconhecimento do direito de o paciente cursar o ensino superior *extramuros*, no regime prisional em que se encontra, qual seja, o regime fechado, utilizando-se do monitoramento eletrônico, não decorreu da lei, mas das peculiaridades do caso concreto, destacadas pelo juízo singular, entre elas, o ótimo comportamento carcerário (STJ, HC 357.665/RO, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T, DJe 29/08/2016).

Na linha de precedentes desta Corte, constitui constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que o judicialmente determinado. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico – estabelecimento adequado ao regime aberto ou prisão domiciliar, a qual pode ser submetida à cláusula de inserção em sistema de monitoramento eletrônico. O que é inadmissível é impor à pessoa condenada a cumprir pena em regime semiaberto o cumprimento da pena em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado, ou absoluta inexistência de local apropriado (STJ, HC 351.208/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T, DJe 10/06/2016).

Juízo da VEP que concedeu a PAD com monitoramento eletrônico, mediante diversas condições. Juiz da Execução que, a despeito das hipóteses elencadas no art. 117 da Lei nº 7.210/84 pode, analisando o caso concreto, aplicar a solução mais adequada, à luz do princípio da individualização da pena. Não pode o Estado, que diante de sua inércia ao disponibilizar Casa de Albergado na região da residência do apenado, dificultar sua ressocialização, impondo-lhe uma onerosidade excessiva no cumprimento de sua pena. Benefício que pode ser fiscalizado pelo órgão do Ministério Público e pelo Judiciário, sendo certo que qualquer transgressão às condições impostas, implicará na regressão de regime. *In casu*, não há qualquer ato legiferante por parte do magistrado, uma vez que a nova redação dada ao tema pela Lei nº 12.258/2010, no seu art. 146-B, IV, permite a possibilidade de se aplicar a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Decisão que se encontra em consonância com o caráter ressocializador descrito no art. 1º da Lei nº 7.210/84 (TJ-RJ, Ag EP 0005080-18.2015.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 26/06/2015).

O monitoramento eletrônico apresenta-se como instrumento eficaz para acompanhamento de acusados, substitutivo da prisão preventiva em casos especiais. (TRF-1^a Reg., RSE 0011306-10.2014.4.01.0000/MG, Rel.^a Des^a Fed. Mônica Sifuentes, DJe 30/5/2014).

Fixação legal do regime inicial de cumprimento de pena

O Código Penal, pelo seu art. 33, § 2º, determina que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, e fixa os critérios para a escolha do regime inicial de cumprimento de pena, a saber: *a)* o condenado à pena de reclusão superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; *b)* o condenado não reincidente, cuja pena for superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; *c)* o condenado não reincidente, cuja pena for igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.²⁹

Por previsão do art. 33, § 2º, ‘c’, do Código Penal, o réu condenado à pena inferior a 4 anos, mesmo que no mínimo legal, não faz jus ao regime aberto, se reincidente. Precedentes desta Corte (STJ, HC 204330/DF, Rel.

Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJe 28/2/2012).

É de rigor a fixação do regime prisional aberto na hipótese de o conjunto das circunstâncias judiciais ser favorável ao condenado, não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos (STJ, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., HC 31441/SP, DJ 2/8/2004, p. 572).

Segundo o § 3º do art. 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com a observância dos critérios previstos no art. 59.

Assim, a escolha pelo julgador do regime inicial para o cumprimento da pena deverá ser uma conjugação da quantidade de pena aplicada ao sentenciado com a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, principalmente no que diz respeito à última parte do referido artigo, que determina que a pena deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

A fixação do regime fechado está amparada na presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, vale dizer, seus maus antecedentes, a natureza e a quantidade de droga apreendida (20 kg de cocaína). Nesse contexto, a imposição do regime mais gravoso está agasalhada por fundamentação suficientemente idônea. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o regime inicial fechado revela-se possível em condenações por tráfico de entorpecentes, mesmo para o cumprimento de pena inferior a 8 (oito) anos, desde que desfavoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal (STF, HC 134.869/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 2^a T., DJe 25/08/2016).

A quantidade de pena aplicada não autoriza, por si só, o abrandamento do modo inicial de resgate da sanção quando as circunstâncias do caso concreto e a fundamentação indicam a necessidade de uma maior repreensão. Na hipótese dos autos, o Tribunal *a quo* destacou a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, o que justifica a fixação de regime mais gravoso como o inicial para o cumprimento da reprimenda, devendo ser mantida a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos (STJ, AgRg. no HC 185132/MT, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 23/8/2012).

No que toca ao regime de cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, cumpre esclarecer que, ao meu sentir, *data venia* dos respeitáveis posicionamentos em contrário, o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à pena-base aplicada ao crime, na medida da culpabilidade do agente, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semiaberto, segundo a sua avaliação criteriosa e fundamentada, com base nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB, salvo nos casos do art. 33, § 2º, alínea *a* do CPB [pena superior a 8 anos ou superior a 4, se reincidente o agente]. Entendo que o propósito da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis. Entretanto, as doulas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF) (STJ, HC 108.022/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a T., DJe 15/6/2009).

Fixada a pena-base no mínimo permitido pela legislação de regência, em decorrência do reconhecimento de que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são favoráveis ao réu, não há razão para impor regime prisional mais gravoso do que aquele permitido pela pena definitivamente aplicada, sob pena de incorrer em contradição, impondo ao condenado indiscutível constrangimento ilegal (STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., HC 42540/SP, DJ 5/12/2005, p. 343).

Suponhamos que o agente tenha sido condenado ao cumprimento de uma pena de seis anos

de reclusão. Se analisássemos somente as alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal, teríamos de concluir que, não sendo reincidente, o seu regime inicial seria o semiaberto. Contudo, além da quantidade de pena aplicada e da primariedade, é preciso saber se as condições judiciais elencadas pelo art. 59 do Código Penal permitem que a pena seja cumprida sob essa modalidade de regime. Não sendo possível, o juiz deverá explicitar os motivos pelos quais está determinando ao sentenciado regime mais rigoroso do que aquele previsto para a quantidade de pena a ele aplicada.

O regime inicial de cumprimento da pena não resulta tão somente de seu *quantum*, mas, também, das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, a que faz remissão o art. 33, § 3º, do mesmo Código. Destarte, não obstante a pena ter sido fixada em quantidade que permite o início de seu cumprimento em regime semiaberto, nada impede que o juiz, à luz do art. 59 do Código Penal, imponha regime mais gravoso. Precedentes (STF, *RHC 116945/SP*, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 1º/7/2013).

O princípio constitucional da individualização da pena (CRFB, art. 5º, XLVI) não elide a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, estabelecer regime prisional inicialmente fechado, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo (*HC 111.840*, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, 27/6/2012) (STF, *HC 114388/SP*, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 1º/7/2013).

Consoante a jurisprudência do STJ, restando bem fundamentada a fixação do regime inicial fechado, em razão da elevada quantidade de droga encontrada em poder do agravante, a imposição do regime mais gravoso não configura violação ao art. 33 do CP (STJ, AgRg. no REsp. 1327376/SP, Rel. Min. Campos Marques, Desembargador convocado do TJ/PR), 5ª T., DJe 1º/7/2013).

O Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 24 de setembro de 2003, aprovou as Súmulas nº 718 e nº 719, com os seguintes enunciados: *Súmula nº 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

Súmula nº 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

O STJ, a seu turno, editou a Súmula nº 440, publicada no DJe de 13 de maio de 2010, que diz: *Súmula nº 440. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

Nos termos do Enunciado nº 440 da Súmula desta Corte, “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”. No mesmo sentido, são os Enunciados nºs 718 e 719 da Súmula do STF. Ressalva do entendimento deste Relator (STJ, *HC 319.495/SP*, Rel. Min. Ericson Maranho, Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 20/05/2015).

Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei nº 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção

e a repressão do delito perpetrado. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, tem-se que a mera invocação desse dispositivo, como foi feito na espécie, não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal. Ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei nº 11.343/2006. Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível negar a benesse com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico, consoante hodíerno entendimento dos Tribunais Superiores (STJ, HC 282.232/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 15/05/2015).

A aplicação de resposta penal mais gravosa, entre as admitidas, exige motivação específica, em obséquio do disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal (STJ, HC 56297/PB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 5/2/2007, p. 399).

Nos termos do art. 33, § 3º, do CP, se as circunstâncias judiciais não são inteiramente favoráveis ao recorrente, pode ser fixado regime prisional mais gravoso do que o ordinariamente previsto (Precedentes). (STJ, REsp. 534167/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 11/10/2004, p. 368).

Registre-se que, no caso de omissão quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, não havendo embargos declaratórios, transitada em julgado a sentença penal condenatória, o regime a que será submetido inicialmente o condenado será aquele de acordo com a quantidade de pena aplicada, não podendo o juiz da execução, segundo entendemos, avaliar as circunstâncias judiciais a fim de determinar o cumprimento em regime mais severo. Isso porque o art. 66 da Lei de Execução Penal, que dispõe sobre a competência do juiz da execução, não faz menção à fixação do regime inicial, cuja determinação compete ao juiz do processo de conhecimento, mas somente para os casos de progressão ou regressão. Se durante a execução da pena o condenado demonstrar inaptidão ao regime no qual vem cumprindo sua pena, poderá o juízo da execução determinar sua regressão, conforme o art. 118 da Lei de Execução Penal.

Destacamos, ainda, que, segundo o art. 33, *caput*, do Código Penal, a pena de reclusão poderá ser cumprida em qualquer dos três regimes – fechado, semiaberto ou aberto –, sendo que a pena de detenção somente nos regimes semiaberto ou aberto, salvo a necessidade de regressão para o regime fechado.

Vale ressaltar, ainda, a regra contida no art. 111 da Lei de Execução Penal, que diz que quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

A Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, inserindo o § 2º ao art. 387 do Código de

Processo Penal, determinou, *verbis*: § 2º *O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade.*

Isso significa que o instituto da *detracção*, previsto pelo art. 42 do Código Penal, deverá ser observado no instante em que o julgador proferir a sentença condenatória, fixando o regime inicial de cumprimento de pena do condenado. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que o agente tenha praticado determinada infração penal e tenha ficado preso cautelarmente por dois anos, sendo, ao final, condenado ao cumprimento de uma pena de nove anos de reclusão. À primeira vista, como vimos, em virtude da quantidade de pena aplicada, o regime inicial de cumprimento da pena seria o *fechado*. No entanto, como já havia cumprido dois anos, em consequência de sua prisão cautelar, o julgador, no ato decisório, não mais precisará fixar o regime fechado ao condenado, podendo determinar o início do cumprimento da pena já em regime semiaberto, se presentes os demais requisitos, conforme preconizado pelo § 3º do art. 33 do diploma repressivo.

Antes da referida alteração legislativa, o julgador fixava o regime de acordo com o *quantum* determinado na sentença condenatória para, posteriormente, levar a efeito a detracção, com a consequente modificação do regime de cumprimento de pena (se fosse o caso). Agora, o próprio juiz do processo de conhecimento já poderá antecipar essa providência, permitindo ao condenado o ingresso em regime menos rigoroso, sem necessidade de levar a efeito esse pedido perante o juiz das execuções criminais.

Gravidade da infração penal

Vide Súmulas nº 718 do STF e nº 440 do STJ

A dosimetria da pena privativa de liberdade e o regime inicial de cumprimento impostos ao Agravante estão fundamentados em quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis: culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime. A conclusão da sentença penal condenatória e do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça pernambucano sobre a gravidade concreta do delito, as referências ao “uso de xingamentos e provocações” pelo Agravante, o “simples prazer em praticar violência”, o “desprezo, frieza, insensibilidade e desrespeito à vida humana”, os “danos estéticos e funcionais” e “evidentes prejuízos psicológicos” das vítimas, conduziu à fixação da pena e do regime inicial fechado, o que se harmoniza com a jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal. Precedentes (STF, HC 132.454 AgR/PE, Rel.^a Min.^a Cármén Lúcia, 2^a T., DJe 05/09/2016).

A fixação do regime inicial para o cumprimento da pena não decorre exclusivamente do *quantum* da pena, mas ainda da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Hipótese em que demonstrado o elevado grau de reprovabilidade da conduta praticada pelo recorrente, surpreendido com mais de 13.000 medicamentos com efeitos psicotrópicos, em desconformidade com a lei, além de medicamentos falsificados. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder por parte do acórdão recorrido, no ponto em que recusou a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas à pena aplicada ao recorrente pelo crime de falsificação de medicamentos. Precedentes (STF, RHC 130.700 AgR/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, 1^a T., DJe 22/08/2016).

A jurisprudência do STF consolidou entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto (STF, HC 133.709/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2^a T., DJe 1º/08/2016).

A gravidade abstrata do delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (STJ, HC 317.402/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 14/05/2015).

A jurisprudência desta Casa consagrou que a mera alusão à gravidade do delito, dissociada de qualquer fundamentação concreta, não é suficiente para justificar a imposição de regime mais severo do que aquele previsto para a sanção aplicada. Inteligência da Súmula 440/STJ (STJ, HC 263720/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6^a T., DJe 1º/7/2013).

A Lei nº 8.072/90 e a imposição do cumprimento inicial da pena em regime fechado nos crimes nela previstos

Com o advento da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que anteriormente determinava que as penas para as infrações penais por ela previstas seriam cumpridas *integralmente* em regime fechado, passou a exigir que o regime de pena fosse *inicialmente* fechado, permitindo, outrossim, a progressão após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para o condenado primário e de 3/5 (três quintos) para o reincidente.

Embora tenha sido uma opção político criminal a imposição do regime inicial fechado para os crimes previstos na Lei nº 8.072/90, nossos Tribunais Superiores têm quebrado essa regra, em nossa opinião, equivocadamente, ao assim entenderem: O Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº 111.840/ES, reconheceu a inconstitucionalidade, de forma incidental, do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, não sendo mais obrigatório o regime inicial fechado para os crimes hediondos (STJ, AgRg no AREsp 521.849/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 15/05/2015).

Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de cinco (5) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto (STF, HC 113943/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1^a T., DJe 19/2/2013).

Após a nova redação legal, embora se entendesse como possível a progressão de regime, o condenado por qualquer das infrações previstas pela Lei nº 8.072/90 teria de cumprir sua pena, sempre, *inicialmente*, em regime fechado, não importando a quantidade de pena aplicada ao caso concreto.

No entanto, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF).

concedeu, durante sessão extraordinária realizada no dia 27 de junho de 2012, o *Habeas Corpus* (HC) nº 111840 e declarou, incidentalmente, a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, o qual prevê que a pena por crime de tráfico será cumprida, inicialmente, em regime fechado.

No HC, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo pedia a concessão do *habeas corpus* para que um condenado por tráfico de drogas pudesse iniciar o cumprimento da pena de seis anos em regime semiaberto, alegando, para tanto, a constitucionalidade da norma que determina que os condenados por tráfico devem cumprir a pena em regime inicialmente fechado.

O julgamento teve início em 14 de junho de 2012 e, naquela ocasião, cinco ministros se pronunciaram pela constitucionalidade do dispositivo: Dias Toffoli (relator), Rosa Weber, Cármem Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso. Em sentido contrário, pronunciaram-se os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que votaram pelo indeferimento da ordem.

Na sessão no dia 27 de junho de 2012, em que foi concluído o julgamento, os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ayres Britto acompanharam o voto do relator, Ministro Dias Toffoli, pela concessão do HC para declarar a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. De acordo com o entendimento do relator, o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI).

Assim, a decisão do STF, embora *incidenter tantum*, deverá ser aplicada não somente aos casos futuros, permitindo-se ao julgador, quando possível, a fixação de outro regime inicial de cumprimento de pena, que não o fechado, devendo, ainda, retroagir a fim de alcançar aquelas condenações, já transitadas em julgado, ou mesmo ainda pendentes de recurso, para que esse novo entendimento seja aplicado a todos os agentes condenados não somente pelo tráfico de drogas, mas a todas infrações penais previstas na Lei nº 8.072/90, que fizerem jus à fixação de um regime inicial de cumprimento de pena, diverso do fechado.

[É constitucional a fixação de regime inicial fechado com base unicamente na hediondez do delito \(STF, ARE 935.967 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª T., DJe 23/05/2016\).](#)

O Plenário do STF, em sessão realizada em 27/06/2012, ao analisar o HC 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, por maioria, declarou *incidenter tantum*, a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007. Desse modo, ficou superada a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. No entanto, este novo entendimento não obstou que, no momento da dosimetria, o órgão julgador, fundamentando-se no art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, decidisse por regime mais gravoso. TJ/RJ, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, decidiu pela fixação de regime mais gravoso. Precedentes (STF, Rcl 22.612 AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., DJe 21/03/2016).

[Desde o julgamento do HC 111.840/ES \(Rel. Min. Dias Toffoli\) foi declarada constitucional, *incidenter*](#)

tantum, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, na redação da Lei nº 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, afastada a gravidade abstrata do delito, não subsistindo, outrossim, a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional o dispositivo, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC nº 97.259 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto – DJe 16/02/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução nº 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal (STJ, HC 362.151/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, DJe 29/08/2016).

No que diz respeito aos fatos praticados anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 26, publicada no *DJe* de 23/12/2009, que diz: *Súmula Vinculante nº 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.*

Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98) e fixação do regime aberto nas hipóteses de delação premiada Dispõe o § 5º, do art. 1º da Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012), *verbis*:

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou participante colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e participantes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime.

Assim, por exemplo, embora o agente, em virtude da infração penal praticada, bem como pela pena aplicada, estivesse sujeito ao cumprimento inicial de sua pena em regime fechado, o mencionado parágrafo, como benefício pela delação, permite ao julgador determinar seu cumprimento inicial em regime aberto ou mesmo semiaberto.

Impossibilidade de cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o determinado na sentença penal condenatória

Muito se discute a respeito da possibilidade de o condenado cumprir sua pena em regime mais gravoso do que o determinado pela sentença condenatória. A título de exemplo, suponhamos que tenha sido concedido o regime semiaberto para início do cumprimento da pena aplicada ao condenado. De acordo com o art. 33, § 1º, b, do Código Penal, a pena

deveria ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, podendo o condenado trabalhar durante o período diurno em companhia dos demais presos, sendo-lhe, ainda, permitido o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Apesar da previsão legal, o Estado não consegue vaga ou não possui os estabelecimentos previstos para que o condenado cumpra sua pena de acordo com as disposições contidas na lei penal. Indagamos: Deverá o agente, em virtude da negligência do Estado, cumprir sua pena em regime mais rigoroso do que aquele que lhe fora imposto no processo no qual fora condenado? Entendemos que não. Isso porque o condenado tem direito subjetivo em cumprir sua pena sob o regime que lhe foi concedido, de acordo com a sua aptidão pessoal, na sentença condenatória.

Da mesma forma, não pode o condenado cumprir sua pena em regime mais rigoroso, por desídia do Estado, se foi determinado na sentença condenatória que o cumprimento se daria em regime aberto, ou seja, em casa de albergado ou estabelecimento similar. Nessa hipótese, entendemos que, se não existe qualquer dos estabelecimentos previstos na alínea *c* do § 1º do art. 33 do Código Penal, excepcionalmente, poderá o condenado cumprir sua pena em prisão domiciliar.

Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso (STF, RE 641.320/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 1º/08/2016).

A jurisprudência deste Superior Tribunal possui entendimento consolidado de que a ineficiência do Estado em disponibilizar vagas ou assegurar instituições adequadas ao cumprimento da pena em regime semiaberto autoriza, ainda que em caráter excepcional, o cumprimento da reprimenda em regime aberto ou em prisão domiciliar (STJ, HC 329.432/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 28/04/2016).

Na situação em que o apenado submetido ao regime semiaberto ou aberto estiver cumprindo pena de modo mais gravoso, por inexistência de vaga em local próprio, é permitida, excepcionalmente, a concessão de prisão em regime aberto ou, persistindo a falta de vaga, de prisão domiciliar. Isso porque é inadmissível a submissão do apenado a um regime mais gravoso do que o fixado na execução penal por deficiência do sistema carcerário estatal, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (STJ, AgRg no HC 297.069/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 03/06/2015).

Caso em que o penado teve deferido pedido de progressão ao regime semiaberto e permanece recolhido no regime mais gravoso por ausência de vagas em estabelecimento compatível ao cumprimento da reprimenda. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar a imediata transferência do paciente para estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto e, na falta de vaga, seja ele colocado em regime aberto ou prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, sob as cautelas do Juízo das Execuções, até que surja vaga no estabelecimento prisional adequado, salvo se por outro motivo não estiver preso ou dever cumprir a pena em regime mais severo (STJ, HC 300.786/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 1º/06/2015).

Segundo a iterativa jurisprudência da Corte, a inexistência de estabelecimento prisional que atenda aos requisitos da Lei de Execução Penal para o cumprimento da pena no regime fixado na sentença, excepcionalmente, permite o recolhimento do condenado ao regime de prisão domiciliar previsto no art. 117

daquele diploma legal, cujo rol não é taxativo (*HC nº 95.334/RS*, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, *DJe* de 21/8/09). A determinação do Tribunal de Justiça estadual para o recolhimento do paciente em prisão domiciliar foi condicionada a eventual inexistência de estabelecimento prisional (LEP, arts. 93 a 95) condizente com o regime aberto fixado na sentença (CP, art. 33, § 1º, c), não havendo que se falar na subtração da competência do juízo da execução penal, o qual deverá observar o correto cumprimento da pena (LEP, art. 66, VI) e adotar as providências necessárias para o ajustamento da sua execução ao regime determinado expressamente no édito condenatório. (*STF, HC 113334/DF*, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., *DJe* 20/3/2014).

Constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a situação mais rigorosa do que a estabelecida na condenação. Vale dizer, é inquestionável o constrangimento ilegal se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas que aquelas estabelecidas na sentença. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para que o paciente cumpra a pena restritiva de direitos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a mesma seja cumprida em seu domicílio. O que é inadmissível, é impor ao paciente o cumprimento da limitação de fim de semana em presídio, estabelecimento inadequado para tanto. (Precedentes) (*STJ, HC 146558/RS*, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., *DJe* 5/4/2010).

Em sentido contrário a essa posição coloca-se

Cesar Roberto Bitencourt, quando aduz: “A Lei nº 7.210 afastou peremptoriamente a possibilidade de concessão de prisão domiciliar fora das hipóteses previstas no art. 117. Proibiu a praxe pouco recomendada de alguns magistrados que concediam a prisão domiciliar sob o argumento de que ‘inexistia casa de albergado’, com irreparáveis prejuízos para a defesa social e que em muito contribuíam para o desprestígio da Justiça Penal. A Exposição de Motivos foi incisiva nesse particular, reconhecendo ‘que a prisão-albergue não se confunde com a prisão domiciliar, o Projeto declara, para evitar dúvidas, que o regime aberto não admite a execução da pena em residência particular, salvo quando se tratar de condenado maior de setenta anos ou acometido de grave doença e de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou, finalmente, de condenada gestante’.”³⁰

Apesar da respeitável opinião do professor gaúcho, o que não podemos tolerar é que alguém cumpra sua pena de forma mais grave do que fora determinado em sua condenação. Isso, sim, violaria a Justiça Penal. O condenado tem, já o dissemos, direito subjetivo em cumprir aquilo que lhe foi imposto na sentença condenatória. Merece ressaltar que, para se chegar à conclusão do regime inicial cabível, teve o julgador de analisar não somente a quantidade da pena aplicada, mas também todas as circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59 do Código Penal, razão pela qual suas características pessoais influenciaram na escolha do regime, que, frise-se, não pode ser desprezado pelo Estado.

Nesse sentido, o STF, na sessão plenária de 29 de junho de 2016, aprovou a Súmula Vinculante nº 56 que, acertadamente, colocando fim à discussão, determina: **Súmula Vinculante nº 56. A falta de vagas em estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.**

Progressão e regressão de regime

O § 2º do art. 33 do Código Penal determina que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado. A progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo). A progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham a esperança de retorno paulatino ao convívio social.

Apontando o critério de ordem objetiva, o art. 112 da Lei de Execução Penal diz que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior; em seguida, aponta o critério de ordem subjetiva, ou seja, o mérito do condenado, que é verificado mediante seu bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento.³¹

Suponhamos que o agente tenha sido condenado a uma pena de doze anos de reclusão, em regime fechado. Cumprido um sexto da pena, ou seja, dois anos, abre-se a possibilidade de progressão para o regime semiaberto. O primeiro passo é o cumprimento do tempo exigido pela lei. Em seguida, analisa-se o mérito do condenado, mediante seu bom comportamento carcerário. A decisão do juízo da execução será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, conforme determina o § 1º do art. 112 da Lei de Execução Penal.

Ponto que gera dúvida em nossa doutrina diz respeito aos cálculos para a *segunda progressão de regime*. No exemplo acima citado, a primeira progressão ocorreu quando o condenado cumpriu um sexto da pena que lhe fora imposta. Assim, tendo sido condenado a doze anos de reclusão, cumpridos dois anos, foi-lhe concedida a progressão, uma vez que estamos partindo do princípio, em todos os casos, de que a condição subjetiva estava preenchida, ou seja, havia mérito do condenado para tanto. Agora, suponhamos que o condenado, após sua progressão, já esteja cumprindo sua pena em regime semiaberto. A partir de quando terá direito a nova progressão para o regime aberto? O cálculo relativo à sexta parte da pena cumprida deverá ser feito sobre o total da condenação ou sobre o tempo que resta a cumprir? Se fosse sobre o total da condenação, somente após dois anos é que o condenado poderia ingressar no regime aberto. Entendemos não ser essa a melhor interpretação da legislação penal. O período de dois anos, que foi considerado para efeito de progressão de regime, já é tido como tempo de pena efetivamente cumprida. Os futuros cálculos, portanto, somente poderão ser realizados sobre o tempo restante a cumprir, ou seja, dez anos. Assim, calculando-se um sexto sobre dez anos, chegaríamos à conclusão de que o condenado, depois de um ano e oito meses, já teria direito a uma nova progressão.

Ressaltamos que a progressão também não poderá ser realizada por “saltos”, ou seja, deverá sempre obedecer ao regime legal imediatamente seguinte ao qual o condenado vem cumprindo sua pena. Assim, não há possibilidade de, por exemplo, ele progredir diretamente do regime fechado para o regime aberto, deixando de lado o regime semiaberto.

O fato de o paciente ter sido progredido ao regime semiaberto não lhe confere o direito à continuação do cumprimento de sua pena em regime aberto, dada a necessidade de cumprimento de 1/6 da pena em cada regime, na medida em que não se admite, em nosso ordenamento jurídico, a denominada progressão *per saltum*. Precedentes (STJ, RCD no HC 315.483/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 12/03/2015).

O entendimento desta Corte é no sentido de que não se admite a progressão por salto, devendo ser cumprido o requisito temporal em cada regime prisional, em obediência ao art. 112 da Lei nº 7.210/84. A data-base para a progressão ao regime aberto é a data do efetivo ingresso no modo prisional semiaberto e não o dia em que o apenado atingiu o direito a progredir para o intermediário (STJ, AgRg no REsp 1.430.131/MS, Rel.^a Min.^a Regina Helena Costa, 5^a T., DJe 29/08/2014).

A jurisprudência desta Corte não admite a progressão por salto, que seria transferir um sentenciado o qual está no regime fechado diretamente para o regime aberto, considerando-se tão somente a somatória do tempo de cumprimento de pena (STJ, HC 186.612/SP, 6^a T., Rel. Min. Og Fernandes, j. 23/2/2012).

No que diz respeito, ainda, à progressão de regime, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 24 de setembro de 2003, aprovou as Súmulas nº 716 e nº 717, que dizem: **Súmula nº 716.** *Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.*

Súmula nº 717. *Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.*

O STF editou, ainda, a Súmula Vinculante nº 26, publicada no DJe de 23/12/2009, que diz: **Súmula Vinculante nº 26.** *Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juiz da execução observará a constitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.*

O STJ, a seu turno, editou a Súmula nº 439, publicada no DJe de 13 de maio de 2010, com a seguinte redação: **Súmula nº 439.** *Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.*

Assim, de acordo com as posições assumidas pelos nossos Tribunais Superiores, embora tenha sido modificado o art. 112 da LEP, no qual deixou de ser consignada a exigência de realização do exame criminológico para efeitos de concessão de progressão de regime, poderá o julgador, no caso concreto, caso entenda necessário, determinar a sua realização.

No que diz respeito à Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, o STJ firmou seu posicionamento através da Súmula nº 471, publicada no *DJe* de 28 de fevereiro de 2011, que diz: **Súmula nº 471. Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.**

Por intermédio da Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, foi criado um § 4º ao art. 33 do Código Penal, que diz: **§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.**

A regressão vem disciplinada no art. 118 da Lei de Execução Penal, que diz *que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:*

I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (conforme art. 111 da LEP).

Inicialmente, deve ser esclarecido que a primeira parte do inc. I do art. 118, segundo entendemos, não foi recepcionada pela nossa Constituição Federal. Isso porque o legislador constituinte, de forma expressa, consagrou em nosso Texto Maior o princípio da presunção de inocência, asseverando, em seu art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A título de exemplo, suponhamos que alguém esteja cumprindo sua pena em regime semiaberto e, durante a execução, venha a ser acusado de ter agredido um outro preso, causando-lhe lesões corporais. Segundo determina o inc. I do art. 118 da Lei de Execução Penal, tendo praticado, em tese, um fato definido como crime doloso, poderia, após a audiência de justificação prevista no § 2º do mesmo artigo, ver seu regime regredido, caso o juiz da execução não se convencesse de seus argumentos. Contudo, no caso de fato definido como crime, entendemos que a regressão ocorrerá somente quando houver uma decisão definitiva a respeito da infração penal levada a efeito pelo condenado. Nesse exemplo, embora tivesse ele realmente agredido outro preso, poderia tê-lo feito em legítima defesa, o que afastaria a ocorrência do crime.³²

A segunda parte do inc. I do art. 118 da Lei de Execução Penal também permite a regressão se o condenado praticar falta grave. O art. 50 da Lei de Execução Penal *diz que comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:*

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incs. II e V do art. 39 da Lei de Execução Penal; VII –

tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (inciso acrescentado pela Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007).

O art. 52 da Lei de Execução Penal, com a Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, também considera como falta grave a prática de fato definido como crime doloso: *Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:*

I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – recolhimento em cela individual;

III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

No caso de falta grave, a regressão somente poderá ser determinada após ser ouvido o condenado, numa audiência de justificação (art. 118, § 2º, da LEP).

A configuração da falta de natureza grave enseja vários efeitos, entre eles: a possibilidade de colocação do sentenciado em regime disciplinar diferenciado; a interrupção do lapso para a aquisição de outros instrumentos ressocializantes, como, por exemplo, a progressão para regime menos gravoso; a regressão no caso do cumprimento da pena em regime diverso do fechado, além da revogação em até 1/3 do tempo remido. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal – no caso, fuga do estabelecimento prisional –, é imprescindível o reconhecimento da infração pelo juízo competente, mediante homologação de procedimento administrativo disciplinar, no prazo previsto no art. 4º do Decreto nº 7.648/2011, o que ocorreu apenas em data posterior à publicação do decreto presidencial (STJ, AgRg no HC 313.105/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 1º/07/2015).

Nos termos do art. 118, § 2º, da Lei nº 7.210/84 (LEP), o condenado deve ser ouvido pessoalmente pelo magistrado antes da regressão definitiva de regime, sendo insuficiente a apresentação de justificação por escrito pelo advogado ou pelo próprio condenado. Precedentes (STJ, HC 316.703/RN, Rel. Min. Ericson Maranho, Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 11/06/2015).

Em consequência da jurisdicionalização da execução penal, por ofensa ao princípio do contraditório, nula é a decisão que determina a regressão do condenado sem a prévia audiência (STJ, RHC 18693/RJ, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2005/0195304-1, 6ª T., Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 26/6/2006, p. 200).

A fuga do paciente, quando cumprindo pena em regime semiaberto, dá ensejo à regressão de regime (LEP, art. 118). A partir daí, começa a correr novamente o prazo de 1/6 para que o paciente possa obter nova progressão de regime (STF, HC 85049, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 5/8/2005, Informativo nº 378).

Em sentido contrário: [Desde o julgamento do *Habeas Corpus* nº 123.451/RS, a Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, por ausência de previsão legal, o cometimento de falta grave não acarreta a interrupção do lapso necessário para obtenção de benefícios da execução penal, inclusive, a progressão de regime. Agravo regimental parcialmente provido a fim que a falta grave não seja considerada como marco interruptivo da contagem dos prazos para obtenção de benefícios da execução penal \(STJ, AgRg. no REsp. nº 1.050.280/RS. Rel. Min. Og Fernandes. 6ª T., DJe 1º/7/2010\).](#)

A Lei de Execução Penal também determina a regressão se o condenado sofrer condenação por crime anterior cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime, uma vez que o art. 111 diz que quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou da unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou a remição.

A situação nesse inciso difere daquela na qual dissemos não ter sido recepcionada pela Constituição Federal. No inc. I, o fato definido como crime doloso foi praticado durante a execução da pena e sob a égide do regime que se pretende regredir. Nesse caso, a condenação transitada em julgado fará com que ocorra a regressão, mesmo que o tempo de pena aplicado, somado ao tempo restante, possibilite, objetivamente, a permanência no regime. Aqui ficou demonstrada a falta de aptidão para o prosseguimento no regime no qual o condenado vinha cumprindo sua pena. Falta-lhe mérito para nele permanecer. Já a segunda hipótese diz respeito a crime – doloso ou culposo, a lei não faz distinção – cometido antes da progressão. Suponhamos que o agente tenha conseguido sua progressão para o regime semiaberto e, durante o cumprimento de sua pena, surja uma condenação por fato praticado anteriormente, acrescentando-lhe mais um ano de privação de liberdade. Se esse período, somado ao tempo que resta da pena a ser cumprida pelo condenado, perfizer um total que permita a manutenção do regime semiaberto, observando-se o § 2º do art. 33 do Código Penal, não haverá necessidade de regressão.

A diferença reside, portanto, no momento da prática do fato definido como crime: se antes ou durante a execução da pena no novo regime.

Merce ser ressaltado, ainda, que, ao contrário do que ocorre com a progressão de regime que, como dissemos, não poderá ser realizada “por saltos”, devendo o julgador fazer com que o condenado ingresse, presentes os requisitos objetivos e subjetivos, no regime imediatamente posterior àquele que vinha cumprindo sua pena, na regressão o julgador poderá impor ao condenado o regime que, segundo as provas dos autos, lhe parecem o mais adequado. Assim, se ocorrer algumas das hipóteses previstas pelo art. 118 da Lei de Execução Penal, pode o condenado, que vinha cumprindo sua pena em regime aberto, ser transferido, por exemplo, diretamente ao regime fechado, não havendo necessidade de ser submetido, primeiramente, ao

regime semiaberto.

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em atenção ao art. 112 da Lei nº 7.210/84, não se admite a progressão *per saltum*, diretamente do regime fechado para o aberto, sendo obrigatório o cumprimento do requisito temporal no regime intermediário (STJ, *Habeas Corpus* nº 201.987/MG [2011/0069994-1], Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., j. 22/8/2011).

Em qualquer caso, deverá o julgador fundamentar a sua decisão, explicando os motivos pelos quais entende que o condenado deverá passar a cumprir a sua pena neste ou naquele regime.

Determinada a transferência do apenado para regime mais rigoroso, em virtude de nova condenação por crime anterior, reinicia-se a contagem do prazo para a concessão do benefício da progressão de regime, tendo como base a soma das penas restantes a serem cumpridas (STJ, REsp. 871.710/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 14/5/2007, p. 390).

Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, Boletim nº 07, publicado em 19 de fevereiro de 2014, sobre Falta Grave em Execução Penal

- 1) Após a vigência da Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007, constitui falta grave a posse de aparelho celular ou de seus componentes, tendo em vista que a *ratio essendi* da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo.
- 2) A prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal caracteriza falta grave, independentemente do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC³³) 3) Diante da inexistência de legislação específica quanto ao prazo prescricional para apuração de falta grave, deve ser adotado o menor lapso prescricional previsto no art. 109 do CP, ou seja, o de 3 anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, ou o de 2 anos se a falta tiver ocorrido até essa data.
- 4) Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC³⁴).
- 5) A prática de falta grave pode ensejar a regressão cautelar do regime prisional sem a prévia oitiva do condenado, que somente é exigida na regressão definitiva.
- 6) O cometimento de falta grave enseja a regressão para regime de cumprimento de pena mais gravoso.
- 7) A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime.
- 8) Com o advento da Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011, o cometimento de falta grave não mais enseja a perda da totalidade do tempo remido, mas limita-se ao patamar de 1/3, cabendo ao juízo das execuções penais dimensionar o quantum, segundo os critérios do art. 57 da LEP.
- 9) A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional. (Súmula nº 441/STJ) 10) A prática de falta grave não interrompe o prazo para aquisição do indulto e da comutação, salvo se houver expressa previsão no decreto concessivo dos benefícios.

O STJ consolidou seus posicionamentos com a edição das Súmulas nºs 533, 534 e 535, publicadas no DJe de 15 de junho de 2015: **Súmula nº 533.** *Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito*

de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

Súmula nº 534. *A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.*

Súmula nº 535. *A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto.*

Prisão especial

Influenciados pela opinião pública, que se indignava com a maneira pela qual alguns “presos ilustres” aguardavam, em prisão especial, o julgamento de seus processos, o Estado editou a Lei nº 10.258, de 11 de julho de 2001, que criou o inc. V, bem como parágrafos para o art. 295 do Código de Processo Penal, esclarecendo o significado da expressão *prisão especial*, a sua localização no sistema carcerário, os seus requisitos físicos, o transporte do preso especial, bem como seus direitos e deveres.

Em razão da previsão contida no § 2º do art. 295 do Código de Processo Penal, que diz que não havendo estabelecimento específico para o preso especial este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento, entendemos como revogada tacitamente a Lei nº 5.256/67, que, por intermédio de seu art. 1º, dispunha: *Art. 1º Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz, considerando a gravidade das circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial.*

Isso porque, depois da criação e da introdução do mencionado § 2º do art. 295 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.258, de 11 de junho de 2001, já não mais subsiste o argumento da prisão especial na própria residência do réu ou indiciado, pois, não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será, como diz o aludido parágrafo, recolhido em cela distinta das dos demais presos, mas dentro do sistema carcerário.

O STF aprovou, na sessão plenária de 24 de setembro de 2003, a Súmula nº 717, com o seguinte enunciado: **Súmula nº 717.** *Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.*

Prisão-albergue domiciliar

No que se refere ao cumprimento de pena, o art. 117 da Lei de Execução Penal prevê quatro hipóteses em virtude das quais o condenado que cumpre sua pena em regime aberto poderá cumpri-

-la em residência particular, desde que seja: I – maior de 70 (setenta) anos; II – portador de doença grave, a exemplo do que ocorre com os portadores do vírus HIV; III – condenada

com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.

A doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, tem considerado como taxativas tais hipóteses, evitando a ampliação do rol acima elencado.

Contudo, merece destaque a discussão a respeito do fato de ter o agente de cumprir a sua pena em regime aberto, sendo que, na comarca na qual deverá ser executada a pena, não existe Casa do Albergado, local destinado a tal fim, conforme determina o art. 93 da Lei de Execução Penal.

Entendemos que o condenado não deverá ser prejudicado no cumprimento da pena que lhe fora imposta, em virtude da inérgia do Estado em cumprir as determinações contidas na Lei de Execução Penal, razão pela qual a inexistência de Casa do Albergado permitirá que cumpra sua pena em seu domicílio, ampliando-se, assim, por um motivo justo, o rol do art. 117 da citada lei.

O STF vem mantendo sua posição quanto à taxatividade das hipóteses constantes do art. 117 da Lei de Execução Penal, conforme se verifica pela redação das seguintes ementas: [O art. 117 da Lei de Execução Penal é taxativo ao determinar as condições especiais que permitem ao condenado o recolhimento em prisão-albergue domiciliar](#). A inexistência de casa de albergado ou estabelecimento similar na localidade da execução da pena não assegura ao condenado o direito à prisão-albergue domiciliar. Por impossibilidade material de execução da pena no regime aberto, seja pela falta de vaga, seja pela inexistência de casa de albergado, a permanência do sentenciado em estabelecimento prisional durante o repouso noturno e dias de folga não configura constrangimento ilegal (STF, 2^a T., HC 74045-6/RS, j. 13/8/1996, v.u., Rel. Maurício Corrêa – *DJU* 4/10/1996, p. 37.102).

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão domiciliar. Se cabimento apenas nas hipóteses do art. 117 da LEP. I – O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, decidiu que a prisão domiciliar somente é cabível nas hipóteses estabelecidas no art. 117 da Lei nº 7.210/84 (HC 68.118/SP).

II – HC indeferido (HC 83809/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2^a T., DJ 11/6/2004, p. 16).

No mesmo sentido, o TJRS: Prisão domiciliar. Ao deferimento da prisão domiciliar, necessária a verificação de enquadramento em circunstâncias especiais, elencadas no art. 117 da LEP, dispositivo que deve ser interpretado restritivamente, porque *numerus clausus*. Superlotação, precárias condições físicas dos estabelecimentos e inexistência de vagas em estabelecimento compatível com o regime carcerário, que não são motivos ensejadores da concessão da benesse. Precedentes (TJRS, Agravo 70053954988, Rel. ^a Min. ^a Fabianne Breton Baisch, j. 15/5/2013).

O STJ, acertadamente, modificou seu pensamento inicial, passando a entender como possível a concessão da prisão domiciliar, mesmo fora das hipóteses constantes do art. 117 da Lei de Execução Penal, concluindo: Apesar de o art. 117 da Lei nº 7.210/84 prever

taxativamente as hipóteses de cumprimento da pena em residência particular, esta Corte de Justiça tem admitido, excepcionalmente, a concessão da prisão domiciliar quando não houver local adequado ao regime prisional imposto (STJ, HC ./RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 02/02/2015).

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a prisão domiciliar pode ser concedida a reeducandos que estejam cumprindo pena no regime aberto e que se enquadrem nas hipóteses do art. 117 da Lei nº 7.210/84, ou, ainda, àqueles que estejam resgatando pena em regime mais gravoso em razão da falta de vagas (STJ, AgRg no HC 209.452/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 25/08/2014).

Com o respeito que merece o STF, não concordamos com o posicionamento por ele assumido, uma vez que a finalidade do cumprimento da pena em regime aberto é a de justamente começar a reintegrar o condenado à sociedade, afastando-o do convívio carcerário que, todos sabemos, somente contribui para formar negativamente sua personalidade. A Casa do Albergado tem a função de simular uma residência alheia ao ambiente do cárcere, pois, conforme determina o art. 94 da Lei de Execução Penal, o prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Isso quer dizer que tal regime baseia-se na confiança que o Estado deposita no condenado. A facilidade em fugir, em virtude da ausência de obstáculos físicos, é mais uma prova por que terá de passar o condenado. É o último estágio entre o cárcere e a plena liberdade.

Agora, se não houver Casa do Albergado na Comarca na qual o condenado cumpre ou deverá cumprir sua pena, como não se lhe pode impor regime mais rigoroso do que aquele estipulado na sentença condenatória, não resta outra opção a não ser permitir que sua própria residência substitua a Casa do Albergado, com todas as limitações que lhe são inerentes, a exemplo do recolhimento noturno, após o dia de trabalho, bem como aos finais de semana e feriados, diversamente do que acontece nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal, em que o legislador não estipulou qualquer forma de cumprimento da prisão domiciliar.

Caso o condenado descumpra as regras impostas, aí, sim, pode-se falar em regressão de regime, impondo-lhe aquele que melhor se adaptar ao caso concreto.

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, introduziu novas hipóteses de prisão albergue domiciliar, como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, conforme a redação dos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, *verbis*: *Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.*

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante;

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Tais dispositivos em nada alteram o exposto anteriormente, em virtude de não ter ocorrido qualquer modificação da referida modalidade de prisão na fase de cumprimento de pena.

A prisão cautelar domiciliar versada nos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal está reservada a acusado em situação excepcional, ou seja, quando há outras situações que a ensejam (STF, HC 132.469/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1^a T., DJe 05/08/2016).

A jurisprudência tem admitido a concessão da prisão domiciliar aos condenados que se encontram em regime semiaberto e fechado, em situações excepcionalíssimas, como no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem sua pena (STJ, HC 358.682/PR, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 12/09/2016).

É assente nesta Corte Superior o entendimento que, em caso de falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena no regime aberto, deve-se conceder ao apenado, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime domiciliar, até o surgimento de vagas no regime apropriado (STJ, HC 343.113/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 06/09/2016).

Regras do regime fechado Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 3º O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Regras do regime**

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, tendo sido determinado ao condenado o cumprimento de sua pena em regime fechado, será ele encaminhado à penitenciária, nos termos do art. 87 da Lei de Execução Penal, expedindo-se, por conseguinte, guia de recolhimento para a execução, uma vez que, sem ela, ninguém poderá ser recolhido para cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 107 da LEP).

O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vista à individualização da execução (art. 8º da LEP e art. 34, *caput*, do CP).

O condenado ao regime fechado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. O trabalho é um direito do preso, segundo o inc. II do art. 41 da Lei de Execução Penal. Por essa razão, se o Estado, em virtude de sua incapacidade administrativa, não lhe fornece trabalho, ele não poderá ser prejudicado por isso, uma vez que o trabalho gera o direito à remição da pena, fazendo com que, para cada três dias de trabalho, o Estado tenha de remir um dia de pena do condenado. Se o Estado não está permitindo que o preso trabalhe, este não poderá ficar prejudicado no que diz respeito à remição de sua pena. Assim, excepcionalmente, deverá ser concedida a remição, mesmo que não haja efetivo trabalho.

Discordando desse posicionamento, Cesar Roberto Bitencourt aduz: “Quando a lei fala que o trabalho é *direito do condenado* está apenas estabelecendo princípios programáticos, como faz a Constituição quando declara que todos têm direito ao trabalho, educação e saúde. No entanto, temos milhões de desempregados, de analfabetos, de enfermos e de cidadãos vivendo de forma indigna. Por outro lado, os que sustentam o direito à remição, independentemente de o condenado ter trabalhado, não defendem também o pagamento da remuneração igualmente prevista na lei, o que seria lógico.”³⁵

Apesar do brilhantismo do renomado autor, dele ousamos discordar para esclarecer que uma coisa é a remição da pena, que diz respeito diretamente à liberdade do cidadão; outra é o pagamento sem trabalho. Na primeira hipótese, não podemos nos esquecer de que o Estado não pode, por arbítrio, intransigência, inércia ou péssima administração, interferir, ainda mais, no direito de liberdade dos seus cidadãos; na segunda hipótese, estivesse o condenado recebendo por aquilo que não fez, estaria se enriquecendo ilicitamente. Por isso, discordando, nesse ponto, de Cesar Roberto Bitencourt, entendemos que a falta de trabalho para o condenado, por culpa exclusiva do Estado, não impedirá a remição.

Sendo viabilizado o trabalho, este será comum dentro do estabelecimento, na

conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviços ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta e indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 36 da LEP). O art. 37 da Lei de Execução Penal ainda aduz que *a prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de um sexto da pena.*

Sobre a matéria, esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento no sentido de que fatores relacionados ao crime praticado são determinantes da pena aplicada, mas não justificam diferenciado tratamento para a progressão de regime, de modo que o exame criminológico somente poderá fundar-se em fatos ocorridos no curso da própria execução penal (STJ, HC 365.436/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 26/09/2016).

O trabalho externo, no regime fechado e no semiaberto, é admitido em obras públicas ou particulares, desde que regido por regras de direito público (art. 35 do CP). O trabalho externo em empresa privada afasta o regime público do benefício, de modo que impossibilita um mínimo de vigilância, inerente ao regime prisional fechado e semiaberto, uma vez que se desenvolverá em local onde o Poder Público não poderá exercer o seu dever de fiscalização disciplinar, por ser atividade externa (STJ, HC 98.849/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a Turma, DJe 15/6/2009).

A Lei de Execução Penal, ela mesma, expressamente, admite o trabalho externo para os presos em regime fechado, à falta, por óbvio, de qualquer incompatibilidade, por isso que acolhe o benefício, [...]. Faz-se imprescindível, para fins de concessão de trabalho externo a sentenciado em regime fechado, o preenchimento das cautelas legais contra a fuga e em favor da disciplina, exigências estas que não podem ser dispensadas pelo magistrado (STJ, HC 45392/DF, Rel. Min. Nilson Naves, 6^a T., DJ 3/4/2006, p. 420).

A nova redação do art. 112 da LEP conferida pela Lei nº 10.792/2003 deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis, não importando, no entanto, em qualquer vedação à sua utilização sempre que o juiz julgar necessária. Não há qualquer ilegalidade nas decisões que requisitaram a produção dos laudos técnicos para a comprovação dos requisitos subjetivos necessários à concessão da progressão de regime prisional ao apenado. Diante da realização do exame pela Comissão Técnica de Classificação, cujo parecer foi conclusivo no sentido de que o apenado apresenta condições de receber o benefício pretendido, e tendo em vista a demora na apreciação do pleito da defesa, para o qual se exigiu a submissão do apenado também ao laudo do Centro de Observação Criminológica (COC), deve ser dispensada essa última exigência, sob pena de se adiar ainda mais a prestação jurisdicional (STJ, HC 37440/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 9/2/2005, p. 210).

Regras do regime semiaberto Art. 35. Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Regras do regime semiaberto

O art. 35 do Código Penal determina que seja aplicada a norma do art. 34 ao condenado que inicie o cumprimento de sua pena em regime semiaberto. Isso quer dizer que também, nesse regime, poderá ser realizado exame criminológico, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei de Execução Penal, e da Súmula nº 439 do STJ, publicada no *DJe* de 13 de maio de 2010, que diz ser admitido o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Da mesma forma que ao condenado em regime fechado exige-se a expedição de guia de recolhimento, ao condenado em regime semiaberto, cuja pena deverá ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, é permitido o trabalho em comum durante o período diurno.

É admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

O trabalho do condenado em regime semiaberto possibilita, também, a remição de sua pena, na proporção acima mencionada, ou seja, três por um (três dias de trabalho por um dia de pena).

A discussão apontada quando do estudo do regime fechado, relativa ao fato de não se possibilitar o trabalho ao preso, aplica-se neste tópico.

O STJ, em 22 de maio de 2002, aprovou a Súmula nº 269, que diz o seguinte: **Súmula nº 269. É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.**

Não se justifica a imposição do regime fechado ao réu primário, condenado à pena não superior a 4 anos, cuja pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, com base na gravidade abstrata do delito, devendo ser estabelecido o regime intermediário (STJ, HC 338.477/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 1º/06/2016).

É possível a concessão do trabalho externo ao condenado em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, uma vez que a exigência legal se dá somente ao condenado em regime fechado. A aptidão para o trabalho bem como a existência de vaga à disposição do reeducando (servidor público municipal com ingresso mediante concurso público) podem ser comprovadas por meio de declaração do empregador. A fiscalização do trabalho externo, exercido por apenado que cumpre pena no regime semiaberto, não necessita ser direta e permanente, como ocorre com aquele que a cumpre no regime fechado, bastando, para tanto, a comprovação do vínculo e da frequência laboral, bem como a compatibilidade de tal exercício com o recolhimento ao ergástulo no período noturno e finais de semana. (TJSC, Recurso de Agravo 2014.035135-7, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 7/8/2014).

Admite-se a concessão do trabalho externo desde o início ao condenado em regime semiaberto, desde que verificadas condições pessoais favoráveis no caso concreto pelo Juízo das Execuções Penais (STJ, HC 133350/SC, Min.^a Rel.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 12/4/2010).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que é desnecessário o cumprimento mínimo da pena, de 1/6, para a concessão do benefício do trabalho externo ao condenado a cumprir a reprimenda no regime semiaberto, desde que satisfeitos os demais requisitos necessários, de natureza subjetiva. O trabalho externo, no regime fechado e semiaberto, é admitido em obras públicas ou particulares, desde que regido por regras de direito público (art. 35 do CP). O trabalho externo em empresa privada afasta o regime público do benefício, de modo que impossibilita um mínimo de vigilância, inerente ao regime prisional fechado e semiaberto, uma vez que se desenvolverá em local onde o Poder Público não poderá exercer o seu dever de fiscalização disciplinar, por ser atividade externa. Precedentes do STJ (STJ, HC 98849/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJe 15/6/2009).

O art. 35, § 2º, do Código Penal admite o trabalho externo para os sentenciados em regime prisional semiaberto, mas não disciplina que a competência seria do juiz sentenciante, conforme alegado pelo Recorrente. Esta Corte, em diversos julgados, tem admitido a concessão do trabalho externo à condenado ao regime semiaberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, todavia os requisitos objetivos e subjetivos devem ser analisados pelo juízo da execução (STJ, REsp. 303076/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 2/5/2005, p. 394).

No regime semiaberto, entretanto, não se pode prescindir de um prazo razoável de observação do apenado para conceder-lhe a autorização de trabalho externo. Não há direito à imediata liberação para o trabalho externo, tão logo haja o recolhimento, sem qualquer exame da situação (STJ, HC 17322/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6^a T., RSTJ 152, p. 590).

O trabalho externo, admissível no regime semiaberto, não prescinde da vigilância ao condenado (STJ, HC 25764/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJ 6/2/2006, p. 323).

As saídas temporárias e a frequência a cursos profissionalizantes e de formação secundária ou superior reservam-se aos presos em regime semiaberto (STJ, RHC 15359/AC, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., DJ 29/3/2004, p. 279).

Regras do regime aberto Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Regras do regime aberto**

O regime aberto é uma ponte para a completa reinserção do condenado na sociedade. O seu cumprimento é realizado em estabelecimento conhecido como Casa do Albergado. Esse

regime, baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, permite que este, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhe, frequente curso ou exerça outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

O regime aberto, na letra da lei em vigor, baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, requisitando o seu deferimento demonstração efetiva de seus requisitos e de serem favoráveis as circunstâncias pessoais (STJ, HC 26307/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJ 5/2/2007, p. 382).

A guia de recolhimento, também, é uma exigência para esse regime. Isso porque o art. 107 da Lei de Execução Penal determina que ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

A peculiaridade do regime aberto, que o difere dos regimes anteriores, diz respeito ao trabalho. Nos regimes anteriores – fechado e semiaberto –, o trabalho do preso faz com que tenha direito à remição. No regime aberto, não há previsão legal para a remição da pena pelo trabalho, uma vez que somente poderá ingressar nesse regime o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente.

No entanto, a Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011, incluindo o § 6º ao art. 126 da LEP, assevera que *o condenado que cumpre pena em regime aberto poderá remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena, observado o disposto no inc. I do § 1º do referido artigo.*

Vê-se, portanto, que a condição *sine qua non* para o início do cumprimento da pena ou mesmo a sua progressão para o regime aberto é a possibilidade imediata de trabalho do condenado. Sem trabalho não será possível o regime aberto. A Lei de Execução Penal excepciona a exigência do trabalho nas hipóteses do art. 117, a saber: *I – condenado maior de setenta anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que os sentenciados que cumprem pena em regime aberto não têm direito à remição da pena pelo trabalho, porquanto, segundo previsão legal (art. 126 da Lei nº 7.210/84), tal benefício deve ser deferido apenas aos que se encontrem no regime fechado ou semiaberto (STJ, HC 359.072/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 23/08/2016).

Em sentido contrário e, a nosso ver, equivocadamente, já decidiu o TJRS: *Em não havendo vedação legal para a remição por trabalho de apenados que cumprem pena em regime aberto, deve ser deferido o benefício, de forma a valorizar e incentivar a ressocialização do preso* (TJRS, Agravo 70054696356, Rel. José Luiz John dos Santos, j. 13/6/2013).

Inexiste óbice à concessão da remição no regime aberto, pois as premissas que autorizam a concessão do benefício são as mesmas da progressão do regime da pena, as quais, no caso, foram atendidas pelo apenado. Inexistência de vedação legal (TJRS, Agravo 70048397236, Rel.^a Des.^a Catarina Rita Krieger Martins, j. 31/5/2012).

A entrada em vigor da Lei nº 12.433/2011 que modificou a redação do art. 126 da LEP, junto com o seu § 6º, trazendo a possibilidade da remição da pena pelo estudo nos regimes aberto e semiaberto e na liberdade condicional, não exclui a possibilidade de remição pelo trabalho no regime aberto. Ao contrário, de acordo com os princípios da igualdade e proporcionalidade, não pode ser feita qualquer discriminação entre o estudo e o trabalho, pois tanto um quanto o outro são de suma importância para a ressocialização dos apenados, devendo ser igualmente incentivados (TJRS, Agravo 70048549380, Rel. Des. Francesco Conti, j. 24/5/2012).

Note-se que a Lei de Execução Penal fala em trabalho, e não em emprego. Portanto, mesmo que o condenado exerça uma atividade laboral sem registro, a exemplo de venda de produtos de forma autônoma, faxina em residências, lavagem de carros etc., poderá ser inserido no regime aberto. Isso porque o desemprego é uma desgraça que assola nosso país. Não podemos exigir do condenado que consiga uma colocação no mercado de trabalho, após a sua condenação, competindo igualmente com aqueles que mantêm uma folha penal sem anotações. Isso seria impedir, por vias oblíquas, a concessão do regime aberto.

Obviamente que a atividade indicada pelo condenado deverá ser fiscalizada tanto pelo Ministério Público (art. 67 da LEP) como pelo Conselho da Comunidade (art. 81 da LEP), devendo, caso haja alguma irregularidade ou interrupção no trabalho do condenado, ser tal fato comunicado ao Juízo da Execução, para fins de justificação, nos termos do § 2º, II, do art. 118 da Lei de Execução Penal.

Além da necessidade de estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, o inc. II do art. 114 da Lei de Execução Penal ainda exige que o condenado apresente, pelos seus antecedentes, ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Tanto o juiz do processo de conhecimento, caso o regime aberto seja o inicialmente previsto para o cumprimento da pena, como o da execução, em caso de progressão de regime, poderão estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: *I – permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II – sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III – não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV – comparecer a juízo, para informar e justificar suas atividades, quando for determinado* (art. 115 da LEP).

Extrai-se que a intenção do legislador, ao facultar a estipulação de condições especiais para o cumprimento do regime aberto, engloba circunstâncias inerentes ao próprio regime, conquanto diversas das obrigatorias previstas no art. 115 da LEP, não sendo a especialidade da condição uma fixação de outra pena pois, se assim o fosse, consistiria em pena em dobro para um mesmo ilícito penal, sem a previsão prévia do legislador ou a imposição na sentença condenatória, incidindo a hipótese em *bis in idem* (STJ, RHC 64.227/MG, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T, DJe 06/11/2015).

O condenado ao regime aberto poderá frequentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido no período noturno e nos dias de folga (STJ, REsp. 840532/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T, DJ 16/10/2006, p. 429).

Em 13 de agosto de 2012, foi publicada no *DJe* a Súmula nº 493 do STJ, que diz: **Súmula 493. É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.**

Isso significa que o julgador não poderá, a título de imposição de condições para a concessão do regime aberto, determinar qualquer das penas restritivas de direitos previstas pelo art. 43 do diploma repressivo.

Regime aberto e recurso em liberdade

Segundo jurisprudência do STJ, fixado o regime inicial aberto, para o cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta ao réu, a negativa do direito de recorrer em liberdade constitui flagrante constrangimento ilegal, por mantido o acusado encarcerado, em situação mais gravosa do que aquela determinada pela condenação (STJ, *HC 254069/SP*, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, 6^a T, *DJe* 1º/7/2013).

Regime especial Art. 37. As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Regime especial

Procurando evitar a promiscuidade e a prostituição no sistema carcerário, a lei determina que as mulheres cumpram pena em estabelecimento próprio, observando-se os direitos e deveres inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto no capítulo I do Título V do Código Penal, atendendo-se, assim, ao disposto no art. 5º, XLVIII, que diz que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Esses estabelecimentos prisionais destinados às mulheres deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas, conforme determina o § 3º, incluído no art. 83 da LEP pela Lei nº 12.121, de 15 de dezembro de 2009.

A Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009, preocupando-se com a condição da condenada gestante, parturiente e mãe, alterou o § 2º do art. 83 da LEP, que passou a ter a seguinte redação: os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade, complementando, assim, o art. 89 do mesmo diploma legal, também modificado pela Lei nº 11.942/2009, que diz que a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança

desamparada cuja responsável estiver presa.

Regime especial de cumprimento de pena para o índio

A LF-6001 de 1973, em seu art. 56, dispõe que o índio pode cumprir pena em regime especial de semiliberdade no local do funcionamento do órgão federal de assistência (Resumo) (TJRS, HC 696167972, 2^a Câm. Crim., Rel. Délio Spalding de Almeida Wedy, j. 10/10/1996).

Direitos do preso Art. 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Direitos do preso

O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 3º da LEP e art. 38 do CP). Talvez esse seja um dos artigos mais desrespeitados de nossa legislação penal. A pena é um mal necessário. No entanto, o Estado, quando faz valer o seu *ius puniendi*, deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, de tratá-lo como um animal. Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá.

O art. 41 da Lei de Execução Penal diz que constituem direitos do preso: *I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – previdência social;*

IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Todos os direitos acima são importantes e necessários para que o preso possa cumprir sua pena com dignidade, a fim de ser, futuramente, reinserido no convívio social.

O direito do preso ter suas reprimendas executadas onde reside sua família não é absoluto, devendo o magistrado fundamentar devidamente a sua decisão, analisando a conveniência e real possibilidade e necessidade da transferência, decidindo sobre o cumprimento da pena em local longe do convívio familiar (STJ, RHC 54.134/RO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 13/06/2016).

É direito do preso receber visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados. Por outro lado, é dever do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à dignidade e ao respeito, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, violência e opressão. Para ter direito ao encontro íntimo, a visitante menor de 18 (dezoito) anos deve ser casada ou comprovar a relação marital através de Certidão Declaratória de União Estável, registrada em cartório perante duas testemunhas. (TJSC, Recurso de Agravo 2014.005722-2, Rel Des. Getúlio Corrêa, j. 11/3/2014).

Não existe qualquer ilegalidade ou constitucionalidade na determinação administrativa assinada pelo Diretor da Casa de Custódia de Londrina, que proibiu pelos presos o consumo de cigarro dentro das dependências daquela unidade. Cumprimento da determinação do Coordenador-Geral do Departamento Penitenciário do Estado. Prevalência da responsabilidade objetiva estadual (STJ, RMS 16701/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5^a T., DJ 28/11/2005, p. 318).

Embora não tivesse plena competência sobre todos os detentos da 76^a Delegacia de Polícia de Niterói/RJ, nada mais fez o Juízo da 3^a Vara Criminal de Niterói/RJ do que dar prevalência – com a determinação de transferência dos presos em face do superpovoamento e do estado lastimável do referido estabelecimento prisional – aos ditames da Carta Magna, consubstanciados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da humanização da pena, bem como nos direitos dos presos expressamente assegurados em seu art. 5º, inc. XLIX ('é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral') (STJ, RMS 19385/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 6/6/2005, p. 348).

Direito à assistência religiosa

Quem tem um pouco de experiência na área penal e conhece de perto o sistema carcerário sabe da importância e da diferença entre um preso convertido, ou seja, que teve um encontro com Deus, daquele outro que ainda não teve essa experiência pessoal e continua com os mesmos pensamentos que o levaram a praticar delitos.

Algumas autoridades têm certa resistência a permitir a assistência religiosa, sob o falso argumento de que a segurança daqueles que iriam pregar a palavra de Deus dentro dos estabelecimentos carcerários correria risco. Motins e rebeliões podem acontecer a qualquer momento, sabemos disso. Não só o pregador corre risco, como também os amigos e parentes dos presos que vão visitá-los nos dias permitidos. Mas, embora sem o apoio do Estado, esse trabalho não pode cessar.

Tanto nas cadeias como nas penitenciárias existem celas exclusivas para os presos convertidos. São pessoas diferentes, que não pensam em fugir ou delinquir após o seu retorno à sociedade. Os demais presos com eles têm o conforto necessário para que possam suportar a privação da liberdade. Os crentes em Jesus Cristo, embora presos, são mais livres do que

muitos outros que se encontram do lado de fora das grades. É bom lembrar que o apóstolo Paulo, de dentro da sua cela, preso, aguardando julgamento, que afinal o condenou à morte, confortava os irmãos em Cristo que estavam soltos. O apóstolo João, de dentro de uma cela localizada na ilha de Patmos, teve a revelação do livro de *Apocalipse*. Nós não sabemos os desígnios de Deus, mas muitas vezes pode ocorrer que Ele, propositadamente, permita que alguém seja preso, para que sua Palavra seja difundida entre aqueles que mais precisam escutá-la.

Enfim, não podemos tirar a única palavra de esperança dos presos, que é a Palavra de Deus, razão pela qual o acesso deve ser livre aos pregadores. O art. 24 da Lei de Execução Penal, que muitas vezes não é obedecido pelas autoridades encarregadas da administração penitenciária, assevera que *a assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa*, sendo que, ainda, deverá existir nos estabelecimentos prisionais lugares destinados aos cultos religiosos. Não poderá o preso, contudo, contrariamente à sua vontade, ser obrigado a participar de qualquer atividade religiosa (art. 24, §§ 1º e 2º, da LEP).

Gestantes e mães presas

A Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009, fez inserir na LEP novos direitos às presas gestantes, parturientes, bem como aquelas que tenham filhos com até 7 (sete) anos de idade.

Tal modificação veio ao encontro dos tratados e acordos internacionais de que o Brasil faz parte, em que os Estados signatários se comprometem a fazer com que as presas tenham uma forma digna de cumprimento da pena que lhes fora imposta, não permitindo que seus laços familiares sejam rompidos, principalmente com seus filhos menores e/ou recém-nascidos.

Às presas gestantes, mesmo as provisórias, deverão ser assegurados o acompanhamento médico, desde o pré-natal até o pós-parto, extensivo ao recém-nascido, conforme determina o § 3º do art. 14 da LEP, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009.

Os estabelecimentos penais destinados a mulheres deverão ser dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (art. 83, § 2º da LEP). Esse período de amamentação, além de fundamental para o recém-nascido, também evita a depressão pós-parto, uma vez que não rompe com os laços entre mãe e filho.

Como se percebe sem muito esforço, a presa, tal como outra mãe, se apega, instintivamente, ao seu filho recém-nascido, e, podendo dispensar-lhe os cuidados necessários, isso fará com que o cumprimento de sua pena seja menos traumático.

Com muito acerto, a Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009, deu nova redação ao art. 89 da LEP, que diz, *verbis*: *Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.*

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Por mais que alguns digam que isso, na verdade, importará também na “ prisão ” da criança, que se vê obrigada a acompanhar o cumprimento de pena da sua mãe, em muitas situações, essas crianças são “ jogadas ” na casa de familiares que, mesmo contra a vontade, são obrigados a dispensar os cuidados necessários ao desenvolvimento delas.

Esses lares substitutos passam a ser fontes de violência contra essas crianças, que são maltratadas, abusadas sexualmente etc. Por isso, como o Estado não possui programas sérios que atendam às necessidades dos filhos menores daquelas que se encontram presas no sistema penitenciário, o melhor é permitir que a própria mãe cuide de seus filhos, mesmo que, em muitos casos, por um período curto de tempo, até que a criança complete os 7 (sete) anos de idade.

Parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil

Em 17 de abril de 2014, foi publicada no *DOU* a Resolução conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, estabelecendo os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil, entendendo-se como LGBT, de acordo com o parágrafo único, do art. 1º da mencionada Resolução, a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

Dentre as previsões constantes da mencionada Resolução conjunta, podemos destacar que: a) a pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero, sendo que a admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa (art. 2º e parágrafo único); b) às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específica (art. 3º, *caput*); c) as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas, sendo que às mulheres transexuais deverá

ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade (art. 4º e parágrafo único); d) possibilidade de uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero (art. 5º); direito à visita íntima (art. 6º); e) atenção integral à saúde, inclusive com manutenção do tratamento hormonal (art. 7º e parágrafo único); f) acesso e continuidade da sua formação educacional e profissional; g) benefício do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado recluso, inclusive ao cônjuge ou companheiro do mesmo sexo (art. 11).

O Estado deverá garantir a capacitação continuada aos profissionais dos estabelecimentos penais considerando a perspectiva dos direitos humanos e os princípios de igualdade e não discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero (art. 10).

Trabalho do preso Art. 39. O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Trabalho do preso e remição de pena**

A experiência demonstra que nas penitenciárias onde os presos não exercem qualquer atividade laborativa o índice de tentativas de fuga é muito superior ao daquelas em que os detentos atuam de forma produtiva, aprendendo e trabalhando em determinado ofício.

O trabalho do preso, sem dúvida alguma, é uma das formas mais visíveis de levar a efeito a ressocialização. Mais do que um direito, a Lei de Execução Penal afirma que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho interno na medida de suas aptidões e capacidade (art. 31). Apenas os presos provisórios (art. 31, parágrafo único, da LEP) e o condenado por crime político (art. 200 da LEP) não estão obrigados ao trabalho. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo (art. 29, *caput*, da LEP).

Além da importância psicológico-social que o trabalho traz ao preso, o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena, nos termos do art. 126, *caput*, da Lei de Execução Penal. Não caberá a aplicação do instituto da remição pelo trabalho aos condenados que cumprem sua pena em regime aberto, pois, conforme lição de Mirabete, “a remição é um direito dos condenados que estejam cumprindo a pena em regime fechado ou semiaberto, não se aplicando, assim, ao que se encontra em prisão albergue, já que a este incumbe submeter-se aos papéis sociais e às expectativas derivadas do regime, que lhe concede, em nível objetivo, a liberdade do trabalho contratual. Pela mesma razão, aliás, não se concede a remição ao liberado condicional.

Também não tem direito à remição o submetido a pena de prestação de serviço à comunidade, pois o trabalho, nessa espécie de sanção, constitui, essencialmente, o cumprimento da pena".³⁶

Em 29 de junho de 2011, foi publicada a Lei nº 12.433, que alterou o art. 126 da Lei de Execução Penal para possibilitar a remição pelo estudo.

O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inc. I do § 1º do art. 126 da Lei de Execução Penal.

Tal disposição aplica-se, ainda, às hipóteses de prisão cautelar (art. 126, §§ 6º e 7º, da LEP).

Por intermédio do instituto da remição pelo trabalho, a contagem do tempo para esse fim será feita à razão de um dia de pena por três de trabalho, sendo que o preso que estiver impossibilitado de prosseguir no trabalho em virtude de acidente continuará a beneficiar-se com a remição (art. 126, § 4º, da LEP, com a nova Redação dada pela Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011).

Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar (art. 127 da LEP).

A remição da pena pelo trabalho, nos termos do art. 33 c/c 126, § 1º, da Lei de Execução Penal – LEP, impõe, para fins de cálculo, a consideração dos dias efetivamente trabalhados e não a soma das horas. Precedentes (STJ, AgRg no REsp 1.578.179/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 26/08/2016).

A Lei de Execução Penal exige, para fins de remição da pena pelo trabalho, a prova da atividade laboral e da carga horária efetivamente desenvolvidas pelo preso. As instâncias ordinárias, soberanas em matéria de fatos e provas, concluíram que não houve comprovação idônea da carga horária cumprida pelo reeducando. Eventual culpa do Estado na fiscalização do trabalho do preso, que pode configurar desvio na execução, não dá direito à remição da pena, que exige comprovação idônea do cumprimento dos requisitos do art. 126 da LEP (STJ, AgRg no HC 351.918/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 22/08/2016).

Decisão que indeferiu pedido de aplicação da Lei 12.433/201 com o intuito de restabelecer os dias remidos, sob o fundamento da *novatio legis in mellius*. Admissibilidade. Lei 12.433/2011, que alterou o art. 127 da LEP, estabelecendo que, em caso de falta grave ‘o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido’, disposição de ação imediata, posto que mais benéfica, devendo retroagir em favor do sentenciado. Provimento parcial ao agravo, para determinar a perda de 1/3 dos dias remidos, com a aplicação retroativa da Lei nº 12.433/2011, no tocante à nova redação do artigo 127, da Lei de Execuções Penais (TJSP, Processo 0036415-94.2014.8.26.0000, Rel. Des. Alcides Malossi Júnior, DJe 4/9/2014).

A remição da pena pelo trabalho ou pelo estudo é um incentivo para que o apenado realize essas atividades, essencialmente importantes para sua reeducação – uma das finalidades da pena. Dessa forma, a ausência de trabalho e estudo disponíveis aos apenados no estabelecimento prisional constitui um desvio da execução da pena. Contudo, não dá ao apenado o direito de remir a pena com relação ao tempo em que estava ocioso, não obstante por culpa do Estado. A remição exige a efetiva realização da atividade laboral e a frequência ao curso, nos termos do art. 126 da LEP. [STJ, HC 175718, Rel^a Min^a Marilza Maynard (desembargadora convocada), 6ª T., j. 5/12/2013].

Segundo entendimento fixado por esta Corte, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executando acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime (STJ, EREsp. 1.176.486/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28/3/2012).

O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime, não o faz para fins de concessão de livramento condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal. Súmula nº 441 deste Tribunal. Só poderá ser interrompido o prazo para a aquisição do benefício do indulto, parcial ou total, se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo da benesse. Precedentes (STJ, HC 181099/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 13/8/2012).

A perda dos dias remidos em razão do cometimento de falta grave pelo sentenciado não ofende o direito adquirido ou a coisa julgada.

O instituto da remição, como prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gera, tão-somente, expectativa de direito, sendo incabível cogitar-se de reconhecimento de coisa julgada material. A própria Lei de Execução Penal estabelece nos arts. 50 e 127 que as faltas disciplinares de natureza grave impõem a perda dos dias remidos. Aplicação da Súmula Vinculante nº 9 do Supremo Tribunal Federal.

A partir da vigência da Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a redação ao art. 127 da Lei de Execução Penal, a penalidade consistente na perda de dias remidos pelo cometimento de falta grave passa a ter nova disciplina, não mais incidindo sobre a totalidade do tempo remido, mas apenas até o limite de 1/3 (um terço) desse montante, cabendo ao Juízo das Execuções, com certa margem de discricionariedade, aferir o quantum, levando em conta ‘a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão’, consoante o disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal. Por se tratar de norma penal mais benéfica, deve a nova regra incidir retroativamente, em obediência ao art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal (STJ, HC 181099/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 13/8/2012).

Imputa-se falta grave do reeducando ato de conduta contrário ao dever de obediência, já que constitui dever do condenado a obediência ao servidor do estabelecimento prisional e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se. Agravo em execução penal. Remição de pena pelo trabalho. Falta grave (desobediência). Perda dos dias trabalhados anteriores à falta. Direito adquirido. Inexistência. Não há direito adquirido aos dias trabalhados para fins de remição, quando cometida a falta disciplinar (TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0038093-52.2011.8.26.0000, Rel. Willian Campos, DJe 28/7/2011).

A Lei nº 12.433/2011 – em vigor desde o dia 29 de junho de 2011 – alterou, dentre outros dispositivos, o art. 127 da LEP, determinando que, ‘em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar’. Desse modo, tendo em vista que as disposições constantes na Lei nº 7.210/84 – as quais disciplinam o modo de execução da pena – são, efetivamente, de caráter material, na medida em que se caracterizam como normas de direito público subjetivo do apenado, o qual detém a garantia de exigir seu cumprimento, o princípio da irretroatividade da lei penal (segundo o qual a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu) deve ser aplicado no âmbito da execução penal (TJSC, Recurso de Agravo nº 2011.044874-7, Rel. Salete Silva Sommariva, DJe 5/8/2011).

O Supremo Tribunal Federal, na Sessão Plenária de 12 de junho de 2008, editou a Súmula Vinculante nº 9, com o seguinte teor: *Súmula Vinculante nº 9. O disposto no art. 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do art. 58.*

O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos (art. 128 da

LEP), ou seja, o cômputo incidirá para a concessão de livramento condicional, indulto, progressão de regime e para a comutação.

O trabalho é, ao mesmo tempo, uma obrigação (art. 31 da LEP) e um direito do preso (art. 41, II, da LEP). Caso o Estado, por intermédio de sua administração carcerária, não o viabilize para que sejam cumpridas as determinações contidas na Lei de Execução Penal, poderá o juiz da execução, diante da inércia ou da incapacidade do Estado de administrar a coisa pública, conceder a remição aos condenados que não puderem trabalhar.

Contudo, existe a outra face da moeda. Suponhamos, agora, que haja possibilidade de trabalho no estabelecimento no qual o condenado esteja cumprindo sua pena e este, terminantemente, pela própria vontade, se recuse a se submeter a ele. Entendemos que a recusa ao trabalho caracteriza negação do requisito de natureza subjetiva, indispensável à obtenção dos demais benefícios que lhe são ofertados durante a execução da pena, a exemplo da progressão de regime (art. 112 da LEP) e do livramento condicional (art. 83, III, do CP). A recusa em trabalhar demonstra sua inaptidão para com o sistema, bem como seu desejo de não se ressocializar.

Em 29 de fevereiro de 2016, foi publicada no DJe a Súmula nº 562 do STJ, que diz:
Súmula nº 562. É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros.

Preso impossibilitado de trabalhar

A remição da pena, a teor do art. 126 da Lei de Execução Penal, exige a efetiva realização da atividade laboral ou a frequência em curso (estudo), nos termos do art. 126 da LEP. “Não pode a suposta omissão estatal ser utilizada como causa a ensejar a concessão ficta de um benefício que depende de um real envolvimento da pessoa do apenado em seu progresso educativo e ressocializador” (agRg no HC 208.619/RO, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 14/08/2014) (STJ, AgRg no RHC 35.833/MS, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ-PE, 5^a T., DJe 13/05/2015).

Somente o preso que fique impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição, nos termos do § 4º do art. 126 da Lei de Execução Penal. Aquele que nem sequer iniciara o trabalho para a remição, mesmo que não tenha capacidade laborativa em razão de sua invalidez, não pode obter o benefício de maneira fictícia (STJ, HC 261.514/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 1º/09/2014).

Jornada de trabalho

A 2^a Turma concedeu *habeas corpus* para restabelecer sentença que fixara regime de 6 horas diárias para a jornada de trabalho do paciente, interno do sistema prisional. Na espécie, a decisão fora reformada no sentido de estabelecer, para fins de remição, a jornada de 8 horas diárias e, eventualmente, computado mais um dia, caso somadas a ela mais 6 horas. Considerou-se que, em razão de o paciente trabalhar como auxiliar de cozinha, ele estaria submetido a horário especial de labor, não restrito apenas aos dias da semana. Assim, tendo em conta o que disposto no parágrafo único do art. 33 da Lei de Execução Penal (LEP) [‘Art. 33. A jornada

normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados. Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal'], concluiu que jornada superior a 6 horas diárias seria desproporcional (STF, HC 96740/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2^a T., 15/3/2011, *Informativo* nº 619).

A Lei nº 7.210/84 dispôs, expressamente, que a jornada de trabalho do preso em serviço interno não pode ser superior a 8 (oito) horas diárias, nem inferior a 6 (seis). O parágrafo único do art. 33 da LEP trata de horários especiais para serviços de limpeza e manutenção do estabelecimento penal. O trabalho realizado aos sábados, com carga horária inferior ao estabelecido em lei, não pode ser desconsiderado, já que não houve a devida fiscalização da administração prisional. As horas trabalhadas, contudo, deverão ser somadas até atingir 8 horas para considerar-se um dia de trabalho, somando-se na forma do art. 126, § 1º, da LEP, se o trabalho for contínuo em uma mesma atividade (TJRS, Ag. 70012053484, 3^a Câm. Crim., Rel.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 21/7/2005).

Reputa-se nula a decisão do Juízo das Execuções Penais que defere a ampliação de jornada de trabalho de sentenciado para além de 08 (oito) horas diárias, sem a prévia oitiva do Ministério Público. O *Parquet* tem como incumbência a fiscalização de todo o processo de execução. O ato impugnado pode caracterizar, além do excesso de execução, possível ofensa a direitos do próprio preso, que devem ser fiscalizados e resguardados, obrigatoriamente, pelo Representante Ministerial (STJ, REsp. 79.670/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 29/4/2002 p. 272).

Legislação trabalhista

O trabalho do preso integra a pena, no seu objetivo ressocializador, não estando sujeita aquela atividade laboral à legislação trabalhista (TJRS, Ag. 70011439932, 8^a Câm. Crim., Rel. Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, j. 14/6/2006).

Remição pelo estudo

O STJ, por meio da Súmula 341, publicada no *DJ* de 13 de agosto de 2007, consolidou seu posicionamento no sentido de permitir a remição de pena do condenado que, durante a execução da pena, se dedica aos estudos, dizendo: *Súmula nº 341. A frequência de curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.*

Em 29 de junho de 2011, foi publicada a Lei nº 12.433, que previu expressamente a remição pelo estudo, ao alterar os arts. 126 a 129 da Lei de Execução Penal, dizendo que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

A contagem de tempo será feita à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar (atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional) divididas, no mínimo, em 3 (três) dias.

As atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais

competentes dos cursos frequentados.

O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior, durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, aplicando-se, também, essas disposições às hipóteses de prisão cautelar.

A autoridade administrativa encaminhará, mensalmente, ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles.

O condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar, mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, para a concessão da remição de pena pelos estudos ao sentenciado, não se exige aproveitamento escolar satisfatório ou frequência mínima no curso, por ausência de previsão legal. Precedentes (STJ, HC 304.959/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 26/04/2016).

Razoável e justa a ponderação do agravante, tendo em vista a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional mencionada nas razões do recurso – exigida a frequência diária de 4 horas de aula. Ademais, com a prolação da Lei nº 12.433/2011, que deu nova redação ao art. 126 da Lei de Execução Penal, o preso que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir um dia de pena para cada doze horas de frequência escolar. Essas horas devem ser divididas, no mínimo, em três dias. Assim, três dias, com doze horas de aula, ensejam um dia de pena remida. Retroatividade da norma penal mais benéfica, em obediência ao art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal (TJRS, Agravo 70040266918, Rel. Des. Jaime Piterman, j. 10/5/2012).

Em aplicabilidade imediata da Lei nº 12.433/11, correto o cálculo aplicado pela Magistrada de Primeira Instância ao considerar um dia remido para cada 12 horas de estudo. Recurso improvido (TJES, Agravo em Execução 100100011731, Rel. Adalto Dias Tristão, DJe 3/8/2011).

Agravo em Execução do Ministério Público. Remição. Período remido por trabalho e estudo. Art. 33 da Lei Execução Penal. Possibilidade de cumulação. Lei nº 12.433/11. Agravo improvido (TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0056102-62.2011.8.26.0000, Rel. Marco Nahum, DJe 28/7/2011).

Vale ressaltar, ainda, que, visando proporcionar e estimular o estudo do condenado que cumpre sua pena no estabelecimento prisional, preparando-o para o seu regresso ao convívio em sociedade, a Lei nº 12.245, de 24 de maio de 2010, inseriu o § 4º do art. 83 da Lei de Execução Penal, onde consta a seguinte determinação, *verbis*: § 4º Serão instaladas salas de aula destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

Assim, em todos os estabelecimentos penais deverão não somente ser criadas fisicamente

essas salas de aula, como implementadas suas destinações, com a contratação de profissionais habilitados, a fim de fazer com que o preso possa obter a instrução básica necessária ou mesmo capacitar-se mediante algum curso profissionalizante.

Trabalho do preso e RDD

O Regime Disciplinar Diferenciado impõe ao preso tratamento penitenciário peculiar, mais severo e distinto daquele reservado aos demais detentos, estabelecendo que o preso somente poderá sair da cela individual, diariamente, por duas horas, para banho de sol. Não há previsão, na Lei de Execução Penal, para que o preso, no regime disciplinar diferenciado, deixe a cela para executar trabalho interno, o que também se erige em óbice ao pretendido reconhecimento do direito à remição ficta (STF, RHC 124.775/RO, Rel. Min. Dias Toffoli, 1^a T., DJe 19/12/2014).

Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, Boletim nº 12, publicado em 14 e maio de 2014, sobre remição

- 1) Há remição da pena quando o trabalho é prestado fora ou dentro do estabelecimento prisional, uma vez que o art. 126 da Lei de Execução Penal não faz distinção quanto à natureza do trabalho ou quanto ao local de seu exercício.
- 2) O tempo remido pelo apenado por estudo ou por trabalho deve ser considerado como pena efetivamente cumprida para fins de obtenção dos benefícios da execução, e não simplesmente como tempo a ser descontado do total da pena.
- 3) Não há remição da pena na hipótese em que o condenado deixa de trabalhar ou estudar em virtude da omissão do Estado em fornecer tais atividades.
- 4) Nos regimes fechado e semiaberto, a remição é conferida tanto pelo trabalho quanto pelo estudo, nos termos do art. 126 da Lei de Execução Penal.
- 5) No regime aberto, a remição somente é conferida se há frequência em curso de ensino regular ou de educação profissional, sendo inviável o benefício pelo trabalho.
- 6) A remição pelo estudo pressupõe a frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, independentemente da sua conclusão ou do aproveitamento satisfatório.
- 7) A decisão que reconhece a remição da pena, em virtude de dias trabalhados, não faz coisa julgada nem constitui direito adquirido.
- 8) Cabe ao juízo da execução fixar a fração aplicável de perda dos dias remidos na hipótese de cometimento de falta grave, observando o limite máximo de 1/3 (um terço) do total e a necessidade de fundamentar a decisão em elementos concretos, conforme o art. 57 da Lei de Execução Penal.
 - 9.1) O período de atividade laboral do apenado que exceder o limite máximo da jornada de trabalho (8 horas) deve ser contado para fins de remição, computando-se um dia de trabalho a cada seis horas extras realizadas.
 - 9.2) O período de atividade laboral do apenado que exceder o limite mínimo (6 horas) deve ser contado para fins de remição, computando-se um dia de trabalho a cada seis horas extras realizadas.
- 10) A nova redação do art. 127 da Lei de Execução Penal, que prevê a limitação da perda dos dias remidos a 1/3 (um terço) do total no caso da prática de falta grave, deve ser aplicada retroativamente por se tratar de norma penal mais benéfica.

prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Direitos e deveres do preso**

Vide seções I e II, do Capítulo IV, do Título II, da Lei de Execução Penal.

Superveniência de doença mental Art. 41. O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Superveniência de doença mental**

O art. 41 do Código Penal diz que o condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta desse, a outro estabelecimento adequado.

A primeira observação que deve ser feita com relação a esse artigo diz respeito ao fato de a lei penal mencionar o termo *condenado*. Por causa dessa redação, devemos entender que o agente cometeu um fato típico, ilícito e culpável, sendo, portanto, condenado. Devemos entender, assim, que o agente, ao tempo da ação ou da omissão, era pessoa imputável. Entretanto, após dar início ao cumprimento de sua pena, sobreveio-lhe doença mental, razão pela qual deverá ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou a outro estabelecimento que possa ministrar-lhe o tratamento adequado à sua doença.

O art. 183 da Lei de Execução Penal ainda dispõe que, *quando no curso da execução da pena privativa de liberdade sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.*

Merce registro o esclarecimento levado a efeito por Francisco Dirceu Barros, quando assevera que “para a doença ocorrida durante a execução da pena, só pode haver duas possibilidades: I – se a doença for transitória, será aplicado o art. 41 do Código Penal, ou seja, o condenado será transferido para o hospital penitenciário, sem alterar a pena; II – se a doença for de caráter duradouro ou permanente, a pena será convertida em medida de segurança, conforme dispõe o art. 183 da LEP”.³⁷

Esta Corte Superior tem posicionamento pacífico no sentido de ser inadmissível a segregação de

inimputável submetido à medida de segurança de internação em estabelecimento prisional comum, enquanto aguarda o surgimento de vaga em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Precedentes (STJ, HC 324.885/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5^a T., DJe 15/08/2016).

A medida de segurança prevista no Código Penal é aplicada ao inimputável, no processo de conhecimento, e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade. Já a medida de segurança prevista na Lei de Execução Penal é aplicada quando, no curso na execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, ocasião em que a pena é substituída pela medida de segurança, que deve perdurar pelo período de cumprimento da pena imposta na sentença penal condenatória. A medida de segurança substitutiva é adstrita ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada. Hipótese que trata de medida de segurança substitutiva da pena, aplicada aos imputáveis que, no decorrer da execução penal, foram acometidos de doença mental – diferentemente da medida de segurança aplicada aos inimputáveis, que tem tempo indeterminado (STJ, HC 24455/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 19/5/2003, p. 242).

Afeita ao sistema vicariante de 1984, a medida de segurança detentiva aplicável nos termos do art. 183 da LEP não pode ter duração superior ao tempo restante da pena, sem prejuízo de que, afinal, recomende-se a providência prevista no art. 682, § 2º, do Código de Processo Penal (STJ, RHC 2445/SP, Rel. Min. José Dantas, 5^a T., RSTJ 50, p. 400).

Detração Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Detração

A detração é o instituto jurídico mediante o qual computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no art. 41 do Código Penal.

É muito comum acontecer que, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o agente venha a ser preso provisoriamente. As espécies de prisão provisória ou cautelar são as seguintes: *a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva; c) prisão temporária.*³⁸

É lógico e razoável que aquele que estava preso, aguardando julgamento, se ao final vier a ser condenado, esse período em que foi privado de sua liberdade deva ser descontado quando do cumprimento de sua pena.

Contudo, alguns problemas podem surgir com relação à possibilidade de detração. Suponhamos que o agente tenha cometido vários delitos e somente num dos processos em que estava sendo julgado foi decretada sua prisão preventiva. As condenações começaram a surgir em outros processos que não aquele no qual havia sido decretada sua prisão, e por meio do

qual, na verdade, acabou sendo absolvido. Pergunta-se: Poderá o condenado ser beneficiado com a detração, já que a prisão cautelar foi decretada em processo no qual fora absolvido? Sim, visto que o condenado estava respondendo, simultaneamente, a várias infrações penais, razão pela qual será possível descontar na sua pena o tempo em que esteve preso cautelarmente. O art. 111 da Lei de Execução Penal nos ajuda a entender essa situação dizendo que quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou da unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Imaginemos, agora, uma hipótese diferente. O agente foi absolvido, tempos atrás, de uma imputação que lhe fora feita. Naquela oportunidade, havia sido decretada sua prisão cautelar, tendo permanecido preso durante sessenta dias, até que sobreveio sua absolvição. Um ano depois de ter sido absolvido, o agente cometeu um crime e por esse fato veio a ser condenado a dois anos de pena privativa de liberdade. Pergunta-se: Poderá, nesse caso, ser realizada a detração? Não. Isso porque, segundo entendemos, para que haja detração os processos devem tramitar simultaneamente. Caso contrário, como bem alertou Damásio,³⁹ o agente teria uma “carta de crédito” para infrações penais futuras. O fato de ter sido preso cautelarmente em processo no qual fora absolvido poderá gerar o direito a uma indenização pelo Estado. Isso, entretanto, não significa que fique com um crédito para com a Justiça Penal, para a prática de infrações futuras.

O período de duração da prisão cautelar do súdito estrangeiro no Brasil decretada para fins extradicionais deve ser integralmente computado na pena a ser cumprida no Estado requerente. – Essa exigência – originariamente estabelecida no Código Bustamante (art. 379), hoje fundada no Estatuto do Estrangeiro ou, quando houver, em tratado de extradição específico – objetiva impedir que a prisão cautelar no Brasil, quando decretada para fins extradicionais, culmine por prorrogar, indevidamente, o lapso temporal da pena de prisão a que estará eventualmente sujeito, no Estado requerente, o súdito estrangeiro cuja entrega foi reclamada ao Governo brasileiro (STF, Ext 1.407/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2^a T., DJe 22/02/2016).

É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o condenado não faz jus à detração penal quando a conduta delituosa pela qual houve a condenação tenha sido praticada posteriormente ao crime que acarretou a prisão cautelar (STF, HC 109599/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, 2^a T., DJe 13/3/2013).

A detração (desconto da reprimenda penal) constitui importante instrumento de controle da legalidade da execução das penas privativas de liberdade. Isso por competir ao Juízo das Execuções Criminais decidir sobre o cômputo, na pena finalmente imposta, do tempo da prisão provisória eventualmente cumprida pelo agente. A norma do art. 42 do Código Penal recebe da jurisprudência dos tribunais brasileiros uma leitura mais alargada para admitir a detração do período de prisão provisória, mesmo naqueles casos em que não se estabelece um vínculo causal entre o motivo da prisão cautelar e o fato ensejador da condenação. Isto naquelas situações fáticas em que o delito pelo qual o agente se acha condenado for anterior à prisão provisória (ou cautelar) em processo que resultar na absolvição do réu. Não se pode descontar da pena do paciente o período de prisão cautelar por fatos anteriores aos delitos ensejadores da condenação criminal. Com o que se evita a constituição de verdadeiros ‘bancos de pena’ ou ‘créditos’ passíveis de futura aplicabilidade (STF, RHC

110576/DF, Rel. Min. Ayres Britto, 2^a T., DJe 26/6/2012).

A detração enseja a compensação do lapso temporal de prisão ou de internação que o agente cumpriu previamente à condenação, período esse reconhecido legalmente como cumprimento efetivo da pena (art. 42 do Código Penal e art. 111 da Lei de Execução Penal). Mostra-se inviável a detração penal quanto à prisão cautelar ocorrida em período anterior ao crime pelo qual se encontra o paciente cumprindo pena. Precedentes (STF, HC 109519/RS, Rel.ª Min.ª Rosa Weber, 1^a T., DJe 16/4/2012).

A detração penal está prevista, expressamente, para a pena privativa de liberdade e para a medida de segurança apenas (arts. 42 do CP e 111 da Lei nº 7.210/1984). Isso não significa que o instituto não possa ser aplicado às penas alternativas, uma vez que substituem a reprimenda privativa de liberdade pelo mesmo lapso de sua duração. A aplicação do instituto da detração, no entanto, na forma como pretende a impetração, esbarra no princípio da proporcionalidade, pois a transformação em horas do tempo em que o paciente ficou provisoriamente preso, para fins de detração do tempo de prestação de serviços à comunidade a ser adimplido, enseja o cumprimento integral da pena imposta, mesmo que o acusado tenha permanecido custodiado apenas pelo lapso de 1 mês e 14 dias. Mostra-se adequada e proporcional a detração penal em que se desconta o período em que o paciente permaneceu custodiado cautelarmente na proporção de 1 dia de prisão provisória para 1 dia de condenação à pena privativa de liberdade substituída (STJ, HC 202618/RS, Rel. Min. Sébastião Reis Júnior, 6^a T., DJe 1º/8/2012).

Não se considera para efeito de detração da pena o período que o condenado permaneceu preso cautelarmente em outro processo, quando o crime é praticado após a revogação desta prisão provisória. Ordem denegada (STJ, HC 152366/RS, Min.ª Rel.ª Laurita Vaz, 5^a T., DJe 21/6/2010).

O período em que esteve custodiado réu posteriormente absolvido somente pode ser descontado da pena relativa a crime cometido em período anterior. Entendimento contrário significaria que o réu, antes mesmo de delinquir, já estaria beneficiado com a redução da pena em razão de prisão que se afigurou injusta em processo diverso. Precedentes do STJ e do STF (STJ, REsp. 878574/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 29/6/2007, p. 706).

O instituto da detração penal somente é possível em processos relativos a crimes cometidos anteriormente ao período de prisão provisória a ser computado. Outro entendimento conduziria à esdrúxula hipótese ‘[...] de ‘conta corrente’ em favor do réu, que, absolvido no primeiro processo, ficaria com um ‘crédito’ contra o Estado, a ser usado para a impunidade de posteriores infrações penais.’ (PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, p. 470) (STJ – REsp. 650405/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJ 29/8/2005 p. 455).

Prisão administrativa, como bem destacou Cesar Roberto Bitencourt, “que não se confunde com a prisão civil *stricto sensu*, não tem natureza penal e pode decorrer de infração disciplinar, hierárquica, ou mesmo de infrações praticadas por particulares, nacionais ou estrangeiros, contra a Administração Pública”.⁴⁰

O art. 42 do Código Penal fala também em tempo de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro estabelecimento adequado para efeitos de detração na medida de segurança.

Na verdade, o que se espera deduzir não é o tempo em que o sujeito ficará internado para fins de tratamento. A detração aqui mencionada diz respeito ao tempo em que o juiz determinou

para a realização do primeiro exame de cessação de periculosidade, uma vez que, segundo o art. 97, § 1º, do Código Penal, a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de um a três anos. Esse prazo mínimo mencionado pela lei é, repetimos, para a realização do primeiro exame de cessação de periculosidade.

Suponhamos que o inimputável tenha causado a morte de alguém. Ainda na fase de instrução processual, verificou-se a sua total incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato e, antes da sentença que o absolveu e aplicou a medida de segurança, foi determinada a sua imediata internação para fins de tratamento.

A partir desse momento, já terá iniciado o prazo de contagem para a realização do primeiro exame de cessação de periculosidade, que ocorrerá no prazo determinado pelo art. 97, § 1º, do Código Penal, a ser estipulado pelo juiz.

O raciocínio relativo à detração também pode ser aplicado ao Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme já decidiu o STJ: *Recurso em habeas corpus. ECA. Internação. Fuga do menor. Maioridade penal. Restabelecimento da medida socioeducativa. Constrangimento inexistente. Recurso parcialmente provido. Ajustada a execução da medida socioeducativa de internação ao art. 122, § 5º, da Lei nº 8.069/90, não há falar em constrangimento ilegal, devendo, contudo, ser computado no seu tempo, aquele em que o infrator esteve privado de sua liberdade (RHC 12924/RS; Recurso ordinário em Habeas Corpus 2002/0068769-5, 6ª T., Min. Hamilton Carvalhido, publicado no Dj em 4/8/2003, p. 425).*

O instituto da detração também deverá ser observado quando da prolação da decisão condenatória, para efeitos de fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, de acordo com o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, diz, *verbis*: *§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade.*

Detração e prescrição

O art. 113 do Código Penal restringe os casos em que a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena, não cabendo interpretação extensiva para inserir em tais casos a detração do tempo de prisão provisória. Precedentes. Incidência do enunciado nº 83 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça – STJ (STJ, AgRg no AREsp 884.674/ES, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 03/06/2016).

Prescrição da pretensão punitiva *versus* prescrição da pretensão executória – Detração. A detração apenas é considerada para efeito da prescrição da pretensão executória, não se estendendo aos cálculos relativos à prescrição da pretensão punitiva (STF, HC 100001/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., DJe 18/6/2010, p. 571).

É firme o entendimento desta Corte no sentido de que “o período em que o réu permanece preso provisoriamente, em razão de flagrante, serve apenas para desconto da reprimenda a ser cumprida, não se

empregando a detração para fins prespcionais” (*HC 22.484/SP*, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5^a T., *DJ* de 2/6/03). Precedentes (*STJ, HC 67.491/SP*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a Turma, *DJ* 5/11/2007, p. 304).

Inviável se faz a aplicação do instituto da detração, previsto no art. 42 do Código Penal, para fins de cálculo do prazo prescricional da pretensão executória, analogicamente ao que determina o art. 113 desse mesmo *codex* (*STJ, HC 40270/SP*, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6^a T., *DJ* 21/11/2005 p. 306).

Competência para determinar a detração

O § 1º do art. 188 do Código de Processo Penal diz respeito ao regime inicial de cumprimento de pena, razão pela qual, após a inclusão referido dispositivo legal pela Lei nº 12.736/2012, a competência para examinar, num primeiro momento, a detração penal, passou a ser do Juízo sentenciante (*STJ, HC 357.440/SP*, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., *DJe* 29/08/2016).

A análise da detração penal deverá ser realizada pelo Juiz da execução na hipótese em que a sentença condenatória tiver sido proferida após a publicação da Lei nº 12.736/2012, que trouxe nova redação ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal (*STJ, AgRg no REsp 1.505.160/SP*, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., *DJe* 10/06/2015).

Eventual abatimento do período em que permaneceu o réu preso cautelarmente será operado pelo Juízo das Execuções, a quem compete, pelo art. 66, III, ‘c’, da Lei nº 7.210/84, proferir decisão sobre detração penal (*STJ, HC 169072/SP*, Min. Rel. Og Fernandes, 6^a T., *DJe* 1º/7/2010).

Seção II – Das Penas Restritivas de Direitos **Penas restritivas de direitos** Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (*Redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.*) I – prestação pecuniária; (*Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.*) II – perda de bens e valores; (*Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.*) III – (VETADO) (*Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.*) IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984, renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.*) V – interdição temporária de direitos; (*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984, renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.*) VI – limitação de fim de semana.

(*Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984, renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.*) **Espécies de penas restritivas de direitos**

Com o advento da Lei nº 9.714/98, foi ampliado o rol das penas restritivas de direitos elencadas pelo art. 43 do Código Penal. Duas foram adicionadas e uma outra recebeu um acréscimo. Nos termos do referido artigo, as penas restritivas de direito são as seguintes: 1^a) prestação pecuniária; 2^a) perda de bens e valores; 3^a) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; 4^a) interdição temporária de direitos; e 5^a) limitação de fim de semana.

Com a nova redação dada ao art. 43, foram criadas as penas de prestação pecuniária e de perda de bens e valores, sendo, ainda, admitida a prestação de serviços a entidades públicas.

Na precisa observação de Luiz Flávio Gomes, “o art. 43 do Código Penal foi o primeiro

dispositivo alterado pela Lei nº 9.714/98. Quem lê o novo preceito legal tem a superficial e enganosa impressão de que teria havido única mudança: de três teriam passado para cinco as penas restritivas de direitos. Nada mais falacioso. Primeiro, porque antes não tínhamos apenas três penas restritivas de direitos. Não se pode esquecer de que a pena de interdição temporária subdividia-se em três. Logo, tínhamos cinco penas restritivas. E no art. 60, § 2º, estava prevista a multa substitutiva. Desse modo, contávamos antes com seis penas substitutivas (cinco restritivas mais a multa). Agora, após a reforma legislativa, temos dez (nove restritivas mais a multa)”.⁴¹

Segundo Luiz Flávio Gomes, essas seriam as seis penas substitutivas previstas pelo Código Penal, que se transformariam em dez, em virtude da existência de quatro subdivisões da chamada interdição temporária de direitos, mais a possibilidade da *prestaçāo de outra natureza*, conforme art. 45, § 2º: 1º) prestação pecuniária; 2º) perda de bens e valores; 3º) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; 4º) interdição temporária de direitos; 5º) limitação de fim de semana; 6º) multa substitutiva. Concluindo seu raciocínio, preleciona: “Se considerarmos que a interdição temporária de direitos subdivide-se doravante em quatro (proibição do exercício de cargo, proibição do exercício de profissão, suspensão da habilitação para dirigir veículo e proibição de frequentar determinados lugares), já chegamos a nove. A última sanção combinada é a prestação de outra natureza – art. 45, § 2º.”⁴²

Agora, com a edição da Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, que fez inserir o inc. V no art. 47 do Código Penal, prevendo a *proibiçāo de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos*, temos, na verdade, onze penas restritivas de direitos.

Com relação às penas restritivas de direitos, é importante salientar que, embora o art. 44 diga que são autônomas, na verdade, até a edição da Lei nº 11.343/2006, não existiam tipos penais nos quais a pena prevista no seu preceito secundário fosse única e exclusivamente a restrição de direitos. Tais penas, agora, como regra, são substitutivas, ou seja, primeiramente aplica-se a pena privativa de liberdade e, quando possível, presentes os requisitos legais, procede-se à sua substituição.⁴³

Embora o Código Penal as trate como penas restritivas de direitos, nem todas possuem essa natureza. Como bem destacou Cezar Roberto Bitencourt, “a denominação penas ‘restritivas de direitos’ não foi muito feliz, pois, de todas as modalidades de sanções sob a referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à ‘restrição de direitos’. As outras – prestação pecuniária e perda de bens e valores – são de natureza pecuniária; prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana referem-se mais especificamente à restrição da liberdade do apenado”.⁴⁴

Esclarece, ainda, Francisco Dirceu Barros que “o réu não tem direito de escolher qual o

tipo de pena alternativa ele deve cumprir, pois, no Direito brasileiro, a fixação da espécie de pena alternativa é tarefa do Juiz, ao contrário de algumas legislações, que determinam a audiência e a concordância da defesa, como, por exemplo, o Código Penal Português”.⁴⁵

Apesar de poder ser cumulada com outra pena restritiva de direitos, a pena de prestação de serviços à comunidade, de caráter substitutivo e autônomo, não pode ser fixada como condição especial (arts. 115 e 119 da LEP) para o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto. Como cediço, as penas privativas de direitos aplicam-se alternativamente às privativas de liberdade, mas não podem ser cumuladas com elas, pois sequer há previsão legal nesse sentido. A intenção do legislador ao facultar a estipulação de condições especiais para o cumprimento do regime aberto foi englobar circunstâncias inerentes ao próprio regime que não constavam das condições obrigatórias previstas no art. 115 da LEP e não fixar outra pena, o que resultaria duplo apenamento para um mesmo ilícito penal sem autorização legal ou mesmo aval da sentença condenatória (*bis in idem*). Precedentes citados: HC 138.122-SP, DJe 1º/2/2010, e HC 118.010-SP, DJe 13/4/2009. HC 164.056-SP (Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/6/2010. Informativo nº 438 do STJ).

A pena de multa e a prestação pecuniária possuem naturezas jurídicas diversas, logo, não há impeditivo legal para que haja condenação, como *in casu*, consistente em prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade cumulada com a pena de multa, determinada pelo tipo penal. Precedentes (STJ, HC 88.826/DF, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 11/5/2009).

Tendo sido requerida em razões de apelação a imposição de prestação de serviços à comunidade ou interdição temporária de direitos, a imposição de pena restritiva de direitos consistente na limitação de fins de semana deveria ter sido adequadamente fundamentada, não sendo suficiente a invocação de termos genéricos e numa pretensa convicção íntima do julgador (STJ, HC 53.334/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 25/5/2009).

O princípio do livre convencimento exige fundamentação concreta, vinculada, do ato decisório. A escolha das penas restritivas de direito entre as previstas no art. 43 do CP, sem apontar qualquer fundamento, não preenche as exigências constitucionais e infraconstitucionais (art. 93, inc. IX, 2^a parte da Carta Magna, e arts. 157,⁴⁶ 381 e 387 do CPP). Não se pode confundir livre convencimento com convicção íntima (precedentes) (HC 14.894/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 13/8/2001).

Medida socioeducativa e restrição de direitos

Ao menor infrator são impostas medidas socioeducativas, que devem ser concebidas em consonância com os elevados objetivos da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade. As medidas socioeducativas previstas no art. 112 do ECA não se revestem da mesma natureza jurídica das penas restritivas de direito, em razão do que não se lhes aplicam as disposições previstas na lei processual penal relativas à prescrição da pretensão punitiva. (STJ, REsp. 270.181/SC, Rel. Min. Vicente Leal, 6^a T., DJ 6/5/2002, p. 333).

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (*Redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.*) I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (*Redação dada*

pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 1º(VETADO) (Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 2ºNa condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 3ºSe o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 4ºA pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 5ºSobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) Requisitos para a substituição

O art. 44 do Código Penal elenca os requisitos necessários e indispensáveis para que o juiz possa levar a efeito a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. São requisitos considerados cumulativos, ou seja, todos devem estar presentes para que se possa realizar a substituição. Dois deles, segundo entendemos, são de ordem objetiva (incs. I e II do art. 44) e o terceiro, de natureza subjetiva (inc. III do art. 44).

Conforme o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, a concessão do benefício do art. 44 do Código Penal depende do preenchimento dos requisitos de natureza objetiva e subjetivas, cabendo ao Julgador analisar a pertinência da conversão da pena corporal em restritiva de direitos, com base nos elementos dos autos (Precedente) (STJ, HC 240141/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJe 20/6/2012).

Faremos, em seguida, a análise de cada um, isoladamente.

O primeiro requisito, de ordem objetiva, diz que é possível a substituição quando *aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo* (art. 44, I, do CP).

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do

Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição (STJ, HC 317.689/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 13/05/2015).

A primeira exigência contida no inc. I diz respeito à quantidade da pena. A substituição somente se viabiliza se a pena aplicada não for superior a quatro anos, nos casos de infrações dolosas, uma vez que para os delitos culposos a lei não fez qualquer ressalva com relação ao limite de pena aplicada. Sendo dolosa a infração penal, se a pena aplicada não for superior a quatro anos, teremos de verificar, ainda, se o crime foi cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, uma vez que, nesses casos, mesmo a pena permanecendo no limite estipulado pelo inc. I, o agente não poderá ser beneficiado com a substituição.

Consoante entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é inviável em delitos de violência ou grave ameaça cometidos contra a mulher em ambiente doméstico (STJ, AgRg no REsp 1.557.673/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 28/09/2016).

Como o crime praticado pelo agravante (lesão corporal) envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal. Precedentes (STJ, AgRg no REsp 1.389.164/RO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 08/05/2015).

O crime cometido com violência presumida obstaculiza o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Esse o entendimento da 2ª Turma, ao indeferir *habeas corpus* impetrado em favor de condenado a 3 anos de reclusão em regime semiaberto pela prática do crime então descrito no art. 213, c/c art. 224, a, do CP. A impetração sustentava que a violência a impedir o benefício da substituição da pena (CP, art. 44, I) seria a violência real, e não a presumida (CP, art. 224). Asseverou-se que, embora a reprimenda aplicada fosse inferior a 4 anos, o crime teria sido cometido com violência à pessoa, motivo suficiente para obstaculizar o benefício requerido. Entendeu-se que a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não alcançaria somente a violência física, real, mas também a presumida (STF, HC 99828/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., 17/5/2011, Informativo nº 627).

A primeira indagação que se levanta é a seguinte: se uma das finalidades da substituição é justamente evitar o encarceramento daquele que teria sido condenado ao cumprimento de uma pena de curta duração, nos crimes de lesão corporal leve, de constrangimento ilegal ou mesmo de ameaça, onde a violência e a grave ameaça fazem parte desses tipos, estaria impossibilitada a substituição? Entendemos que não, pois se as infrações penais se amoldam àquelas consideradas de menor potencial ofensivo, sendo o seu julgamento realizado até mesmo no Juizado Especial Criminal, seria um verdadeiro contrassenso impedir, justamente nesses casos, a substituição. Assim, se a infração penal for da competência do Juizado Especial Criminal, em virtude da pena máxima a ela cominada, entendemos que, mesmo que haja o emprego de violência ou grave ameaça, será possível a substituição.

A *inexistência da reincidência em crime doloso* é o segundo requisito exigido pelo inc. II do art. 44 do Código Penal. Isso quer dizer que se qualquer uma das duas infrações penais que

estão sendo colocadas em confronto, a fim de aferir a reincidência, for de natureza culposa, mesmo sendo o réu considerado tecnicamente reincidente, isso não impedirá a substituição. Ou seja, exige a lei, como fator impeditivo da concessão da substituição, a reincidência dolosa, isto é, tanto a infração penal anterior como a posterior são de natureza dolosa. Caso contrário, aberta estará a possibilidade de aplicação de pena substitutiva à prisão.

Embora, pelo menos inicialmente, a reincidência dolosa impeça a substituição, o § 3º do art. 44 do Código Penal fez uma ressalva no sentido de que, *se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude de prática do mesmo crime.*

Portanto, o juiz terá de avaliar se, mesmo tendo havido condenação anterior por crime doloso, sendo concedida a substituição, ela atingirá a sua dupla finalidade: evitar o desnecessário encarceramento do condenado, impedindo, com isso, o seu contato com presos que cumprem penas em virtude da prática de infrações graves, afastando-o do ambiente promíscuo e dessocializador do sistema penitenciário, bem como se a substituição também trará em si o seu efeito preventivo. Caso o julgador perceba que em caso de substituição da pena de prisão pela restrição de direitos, em razão de condenação anterior, esta não surtirá qualquer efeito, deve prevalecer a regra do inc. III do art. 44, ficando impossibilitada a substituição.

Em todo caso, se houver condenação pela *prática do mesmo crime anterior*, sendo o condenado reincidente específico, também não se permitirá a substituição, de acordo com a última parte do § 3º do art. 44 do Código Penal.

Não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos o paciente, que é reincidente específico, de modo que o benefício fica obstado devido à disposição expressa do art. 44, § 3º, do Código Penal (STJ, AgRg. no HC 267200/SP, Rel.^a Min.^a Marilza Maynard, Desembargadora convocada do TJ/SE) 5^a T., DJe 17/6/2013).

O requisito de natureza subjetiva encontra-se no inc. III do art. 44 do Código Penal, que, juntamente com os dois anteriores, possibilita a substituição desde que *a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente.*

Esse terceiro requisito serve de norte ao julgador para que determine a substituição somente nos casos em que se demonstrar ser ela a opção que atenda tanto o condenado como a sociedade. Pena restritiva de direitos não quer significar impunidade ou mesmo descaso para com a proteção dos bens jurídicos mais importantes tutelados pelo Direito Penal. A pena, como diz a última parte do *caput* do art. 59 do Código Penal, deve ser necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Para que o sentenciado seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal (Precedentes) (STJ, HC 104.184/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a Turma, DJe 2/2009).

Além dos pressupostos contidos no art. 44, I e II, do Código Penal, é indispensável, para a substituição da pena corporal por restritivas de direito, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que o benefício é suficiente (TJMG, Processo 1.0155.03. 003389-0/001[1], Rel. Judimar Biber, DJ 14/8/2007).

Direito subjetivo à substituição

A fim de encontrar a pena-base para o delito cometido pelo agente, deverá o juiz analisar, uma a uma, todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, primeiro momento do critério trifásico previsto pelo art. 68 do mesmo estatuto. Ao final das três fases, estabelecido o regime prisional, concluindo-se pela aplicação de pena não superior a quatro anos, não sendo o sentenciado reincidente em crime doloso, o juiz deverá reavaliar as circunstâncias judiciais, à exceção das consequências do crime e do comportamento da vítima, cuja análise não foi exigida pelo inc. III do art. 44 do Código Penal, a fim de se decidir pela substituição, sendo esta considerada direito subjetivo do sentenciado, caso se amolde às exigências legais.

Nesse sentido, Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto prelecionam que “a lei impõe várias condições para a substituição, uma delas de valoração subjetiva (a indicação da *suficiência* da medida). Todavia, caso o acusado preencha os requisitos legais da substituição, esta não lhe pode ser negada, arbitrariamente, pelo juiz. Se o julgador entender que falta algum requisito para a concessão, deve fundamentar a negativa da substituição (CR/88, art. 93, IX), pois ela é *direito público subjetivo do acusado*, desde que este preencha todas as condições exigidas pela lei. Sendo o condenado reincidente genérico em crime doloso, a lei exige, ainda, que a substituição seja socialmente recomendável em face da condenação anterior”.⁴⁷

Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (STJ, HC 324.583/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 15/03/2016).

Se, conforme os ditames do art. 44 do Código Penal, o *quantum* da pena permite, os delitos não foram praticados com grave ameaça ou violência a pessoa e também não há notícia de reincidência, tendo sido ainda as circunstâncias judiciais reconhecidas favoráveis, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por restritivas de direitos (STJ, HC 101205/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 21/2/2011).

Imposta a pena abaixo do limite de 4 anos de reclusão e não sendo o caso de delito praticado com violência ou grave ameaça, é direito subjetivo do réu ver apreciada a possibilidade de substituição de sua pena pelo Juízo que o condenou. Precedentes (STJ, HC 91.616/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a T., DJe 22/6/2009).

Substituição da pena e Tráfico de Drogas

Diz o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, *verbis*: § 4º *Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

No entanto, em 15 de fevereiro de 2012, o Senado Federal, por meio da Resolução nº 05, suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS.

Portanto, em caso de tráfico de drogas, previstos no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, será possível a aplicação de pena restritiva de direitos em substituição à privativa de liberdade.

Súmula 512 do STJ: A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução nº 5/2012 (STJ, HC 367.855/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 04/10/2016).

A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei nº 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal (STJ, HC 364.314/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 30/09/2016).

Para o Supremo Tribunal Federal, “se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado”. À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 (HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli). Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC 306.980/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., julg. 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., julg. 11/11/2014) (STJ, HC 301.856/SP, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5ª T., DJe 19/05/2015).

Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. (STJ, HC 291759/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 4/8/2014).

Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade

Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a conversão poderá ocorrer quando houver incompatibilidade na execução da pena restritiva de direitos com a privativa de liberdade (art. 181, § 1º, alínea “e”, da LEP e art. 44, § 5º, do Código Penal). Na espécie, o ora agravante sofreu condenação à pena privativa de liberdade, substituída por restritiva de direitos. Durante o cumprimento da reprimenda, sobreveio nova condenação à pena privativa de liberdade, razão pela qual o Juízo da 5ª Vara Federal de Goiânia/GO converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, em consonância com a legislação de regência da matéria. Nesses casos, conforme disposto no art. 111 da LEP, as penas devem ser unificadas. Inaplicabilidade, portanto, do art. 76 do Código Penal. Com efeito, o Juízo das Execuções Criminais entendeu incompatível a execução simultânea das penas restritivas de direitos em virtude de o apenado cumprir pena no regime semiaberto, decorrente de condenação nos autos 1999.013393-2 e 2000.004107-3. Decisão mantida pelo Tribunal de origem, em sede de *habeas corpus* (STJ, AgRg no RHC 65.704/GO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 30/09/2016).

Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e necessidade de contraditório e ampla defesa. É imprescindível a prévia intimação pessoal do reeducando que descumpre pena restritiva de direitos para que se proceda à conversão da pena alternativa em privativa de liberdade. Isso porque se deve dar oportunidade para que o reeducando esclareça as razões do descumprimento, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa (STJ, HC 251.312/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª T., j. 18/2/2014).

Não caracteriza *reformatio in pejus* o fato de o Tribunal *a quo*, em sede de embargos de declaração propostos pelo MP para aclarar o julgado que proveu sua apelação, cominar mais uma pena restritiva de direitos ao paciente. O que se fez foi o reconhecimento do lapso de não impor a segunda pena restritiva de direito ou multa, tal como prescreve o art. 44, § 2º, do CP (STJ, HC 100.203-PR, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/2/2009).

Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade poderá ocorrer se, durante a execução da reprimenda, em razão de nova condenação, tornar-se incompatível seu cumprimento na forma anteriormente determinada (STJ, HC 112.088/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 18/5/2009).

É possível a conversão da prestação pecuniária em pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, § 4º, do Código Penal. Precedentes do STJ. Diante da realização de audiência admonitória antes da decisão de conversão da prestação pecuniária em privativa de liberdade, não há que se falar, ao contrário do alegado na impetração, em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. (STJ, HC 92.441/RS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 15/9/2008).

Cumulação com pena privativa de liberdade

Nos termos da posição majoritária adotada no Superior Tribunal de Justiça, a pena restritiva de direitos que sobrevém ao condenado que cumpre pena privativa de liberdade, apesar de não se enquadrar nas hipóteses legais de conversão previstas no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal, somente pode ser cumprida simultaneamente caso haja compatibilidade, o que não se constata quando o apenado se encontra em regime semiaberto ou fechado, como no caso. Ressalva de entendimento do Relator (STJ, AgRg no HC 318.983/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 06/05/2015).

De acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência, a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade poderá ocorrer quando sobrevier nova condenação, cuja execução não tenha sido suspensa e que torne incompatível o cumprimento da restritiva com a reprimenda corporal (art. 181, § 1º, alínea e, da LEP, c./c. art. 44, § 5º, do Código Penal). Importante observar o regime inicial estabelecido para a nova condenação, uma vez que somente certas restritivas (prestação pecuniária e perda de bens) e a multa se coadunam com os

regimes semiaberto e fechado. Na espécie, foi estabelecida como restritiva de direitos a prestação de serviços à comunidade, tendo sido fixado o regime mais gravoso na superveniente condenação. Assim, plenamente viável a conversão da pena restritiva de direitos, anteriormente imposta, pela privativa de liberdade (STJ, HC 166814/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 28/6/2013).

Conversão das penas restritivas de direitos Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 4º (Vetado) (Incluído e vetado Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) **Conversão das penas restritivas de direitos**

A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar, será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão (art. 44, § 4º, do CP).

O § 1º do art. 181 da Lei de Execução Penal determina que a pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado: *a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender à intimação por edital; b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; d) praticar falta grave; e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.* Ressaltamos que a alínea *e* do § 1º do art. 181 da Lei de Execução Penal foi revogada tacitamente pelo § 5º do art. 44 do Código Penal, que, com a Redação dada pela Lei nº 9.714/98, diz: *Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for*

possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Pela redação das alíneas, percebe-se que o juiz da execução, mesmo tendo o poder de determinar a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 66, V, b, da LEP), deverá, inicialmente, em caso de não ter sido encontrado o condenado, intimá-lo por edital, sendo que somente após essa formalidade, não respondendo ao chamado da Justiça Penal, é que poderá ser decretada a conversão. A conversão também ocorre na hipótese de não comparecimento à entidade ou programa designado, bem como na recusa da prestação do serviço, desde que não haja justificativa para tanto. Assim, entendemos que, antes de ser levada a efeito a conversão, deverá o juiz da execução designar uma audiência de justificação, a fim de que o condenado nela exponha os motivos pelos quais não está cumprindo o disposto na sentença. A falta grave também se encontra no rol dos motivos que permitem a conversão. O art. 51 da LEP diz que comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que: *I – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; II – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III – inobservar os deveres previstos nos incs. II e V do art. 39 desta Lei.*

Com relação ao surgimento de nova condenação, devemos analisar se ela deveu-se a crime cometido antes ou depois da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, uma vez que suas consequências são diversas. Se o crime foi cometido anteriormente à substituição, entendemos que terá aplicação do disposto no § 5º do art. 44 do Código Penal, que diz que *sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.* Contudo, se a condenação surgir em virtude de crime cometido durante o cumprimento da pena alternativa, entendemos que esta última deverá ser convertida em pena privativa de liberdade, haja vista que, assim agindo, o condenado demonstrou sua inaptidão ao cumprimento da pena substitutiva.

Entretanto, havendo a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, não importando o motivo, no cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. Isso quer dizer que o condenado que descumpre as condições que lhe foram impostas para a substituição não perderá o tempo de pena efetivamente cumprido por ele, devendo, contudo, mesmo que a revogação tenha ocorrido nos últimos dias de cumprimento da pena alternativa à prisão, ser recolhido pelo tempo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. Com essa redação do § 4º do art. 44 do Código Penal não permitiu o legislador que o condenado, já no final de sua pena, deixasse de cumpri-la rigorosamente nos termos que foram determinados na sentença.

Outro ponto que merece ser destacado diz respeito ao cálculo do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, para efeitos de conversão. A lei

penal diz que a cada hora de serviços prestados pelo condenado será deduzido um dia na sua pena privativa de liberdade. Então, nas penas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, devemos calcular o número de horas trabalhadas que serão deduzidas na proporção de um por um, ou seja, uma hora por um dia de pena, a fim de que possamos aferir o resíduo que será convertido em pena privativa de liberdade, observando-se, sempre, o saldo mínimo de 30 dias de detenção ou reclusão.

De acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência, a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade poderá ocorrer quando sobrevier nova condenação, cuja execução não tenha sido suspensa e que torne incompatível o cumprimento da restritiva com a reprimenda corporal (art. 181, § 1º, alínea ‘e’, da LEP, c.c. art. 44, § 5º, do Código Penal). (STJ, HC 223126/SP, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 26/2/2014).

Prestação pecuniária

A prestação pecuniária, segundo o § 1º do art. 45 do Código Penal, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada, com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Quando o juiz do processo de conhecimento condena o réu à pena de prestação pecuniária, vários detalhes devem ser observados: 1º) a vítima e seus dependentes têm prioridade no recebimento da prestação pecuniária, não podendo o juiz determinar o seu pagamento à entidade pública ou privada quando houver aqueles; 2º) nas infrações penais onde não haja vítima, a exemplo do delito de associação criminosa (art. 288 do CP), poderá a prestação pecuniária ser dirigida à entidade pública ou privada com destinação social; 3º) a condenação tem seus limites estipulados em, no mínimo, 1 (um) salário mínimo e, no máximo, 360 (trezentos e sessenta) salários; 4º) o valor pago a vítima ou a seus dependentes será deduzido do montante em ação de reparação civil, no caso de serem coincidentes os beneficiários.

Para que a pena privativa de liberdade possa ser substituída pela prestação pecuniária, não há necessidade de ter ocorrido um prejuízo material, podendo ser aplicada nas hipóteses em que a vítima sofra um dano moral.

O § 2º do art. 45 do Código Penal ressalva que, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em *prestação de outra natureza*. O que significa prestação de outra natureza? A Exposição de Motivos da Lei nº 9.714/98 nos fornece dois exemplos do que se pode entender como prestação de outra natureza, e que já vinham sendo praticados anteriormente, principalmente nos juizados especiais, sem que houvesse previsão legal para tanto. São eles: a oferta de mão de obra e a doação de cestas básicas.

A jurisprudência desta Corte Superior convergiu para o entendimento de que não há impedimento legal ou lógico para que, na fixação dos termos da suspensão condicional do processo, sejam acrescidas outras

condições adequadas ao caso concreto, tais como penas restritivas de direitos, prestação de serviços comunitários, o fornecimento de cestas básicas a instituições filantrópicas ou a prestação pecuniária, nos termos do art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/1995 (STJ, RHC 62.798/RS, Rel. Min. Ericson Maranho – desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 14/12/2015).

Em sentido contrário, já decidiu o TJMG que, por não existir previsão legal, a condenação do agente a dar cestas básicas viola a Constituição (Processo 1.0024.03. 982796-9/001[1], Rel. Alexandre Victor de Carvalho, *DJ* 23/6/2006).

Sem a finalidade de limitar o mencionado parágrafo, podemos entender como prestação de outra natureza qualquer prestação que possua um valor econômico, mas que não consista em pagamento em dinheiro. Se, por exemplo, o agente, em vez de pagar à vítima determinada quantia em dinheiro fixada pelo juiz, lhe propuser que receba o seu automóvel como pagamento, se esta aceitar a oferta, estará cumprida a pena. Ou também, na hipótese sugerida pela Exposição de Motivos, pode o condenado, pedreiro profissional, acertar que seu pagamento será feito com trabalho, combinando, prévia e expressamente, o serviço a ser realizado.

A prestação de outra natureza fez com que parte da doutrina entendesse pela sua inconstitucionalidade, sob o argumento de que a Constituição Federal, em face do princípio da legalidade, proíbe as chamadas penas indeterminadas.

A prestação pecuniária não pode ultrapassar a medida do injusto praticado, sob pena de subverter as funções da reprimenda criminal, devendo ser diminuída quando imposta de forma exacerbada (TJMG, Processo 1.0000.05.423569-2/000[1], Rel. Eduardo Brum, *DJ* 26/5/2006).

Conversão da pena de prestação pecuniária

A incapacidade financeira para adimplir a prestação não dá ensejo ao seu abrandamento para valor inferior a um salário mínimo, quantia mínima estabelecida pelo artigo 45, § 1º, do Código Penal. (TJSC, AC 2013.043230-0, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 11/3/2014).

A pena de multa não pode ser convertida em privação de liberdade. Do mesmo modo, o não cumprimento da prestação pecuniária não pode viabilizar a sua conversão em pena privativa de liberdade. Com apoio no princípio da proporcionalidade, que indica a necessidade de resguardo de isonomia na punição, deve-se evitar que duas sanções de caráter pecuniário possam ensejar consequências tão diversas no seu descumprimento, o que acarretaria inegável insegurança jurídica a ameaçar a estabilidade do ordenamento normativo (TJMG, Processo 1.0000.06. 443651-2/000[1], Rel. Alexandre Victor de Carvalho, *DJ* 24/2/2007).

A pena restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, por possuir natureza diversa da multa constante do tipo penal, uma vez descumpriida injustificadamente, enseja a conversão em privativa de liberdade (TJMG, Processo 1.0431. 03. 008577-0/001[1], Rel. Eli Lucas de Mendonça, *DJ* 3/10/2006).

A pena de multa (art. 49 do CPB) e a prestação pecuniária (art. 43, I, do CPB) possuem naturezas jurídicas diversas, sendo certo que, ao passo que o art. 51 do CPB determina que, transitada em julgado a sentença condenatória, a pena de multa será convertida em dívida de valor, o art. 44, § 4º, do CPB autoriza a reconversão da restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária, se não cumprida injustificadamente, em privativa de liberdade. Todavia, tal reconversão, sem a tentativa de prévia oitiva do paciente, designando-se audiência de justificação, infringe o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, devendo ser anulada a decisão

monocrática que determinou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, determinando-se o recolhimento do mandado de prisão expedido em seu desfavor (TJMG, Processo 1.0000.06.438473-8/000[1], Rel. William Silvestrini, DJ 18/8/2006).

Cumulação da prestação pecuniária com a pena de multa

A pena de multa e a prestação pecuniária possuem naturezas jurídicas diversas, logo, não há impeditivo legal para que haja condenação, como *in casu*, consistente em prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade cumulada com a pena de multa, determinada pelo tipo penal. Precedentes (STJ, HC 88.826/DF, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 11/5/2009).

Violência doméstica e familiar contra a mulher

Atendendo ao disposto no § 8º do art. 226 da Constituição Federal, bem como à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, foi editada a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O art. 17 do mencionado estatuto legal limitou a substituição, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, da pena privativa de liberdade, dizendo ser *vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.*

Isso não impede, como se percebe, que ao agente, autor de uma infração penal dessa natureza,⁴⁸ sejam aplicadas as demais penas substitutivas previstas no art. 43 do Código Penal, desde que presentes seus requisitos necessários.

Embora a Lei nº 11.340/2006 não vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, obstando apenas a imposição de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o art. 44, I, do CP proíbe a conversão da pena corporal em restritiva de direitos quando o crime for cometido com violência à pessoa, conforme ocorreu no caso dos autos (STJ, AgRg no REsp 1.521.993/RO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 15/08/2016).

Nas infrações cometidas em âmbito doméstico e familiar contra a mulher, é vedada apenas a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, a teor do que prescreve o art. 17 da Lei nº 11.340/2006 (TJ-MG, AC 0016200-49.2014.8.13.0521, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, DJe 08/07/2016).

Conforme precedentes das Turmas que compõem a 3^a Seção desta Corte, “não se pode diminuir a abrangência da norma trazida no art. 44, inciso I, do Código Penal, com a finalidade de se contornar a impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes cometidos no âmbito familiar. Com efeito, não obstante a Lei nº 11.340/2006 não vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, restringindo apenas a aplicação de pena de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o inciso I do art. 44 do Código Penal é claro ao proibir a substituição quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa” (AgRg no HC 288.503/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., julg. 26/08/2014) (STJ, HC 300.638/MS, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5^a T., DJe 03/03/2015).

Conforme o art. 22, III, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), é lícito ao juízo determinar, em metros, a distância que o agressor deve manter da vítima, mostrando-se desnecessário listar os lugares a serem evitados, pois, se assim fosse, seria possível ao agressor burlar a proibição e assediar a vítima em locais que não constam da lista (STJ, RHC 23.654/AP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 3/2/2009).

Perda de bens e valores

Preconiza o § 3º do art. 45 do Código Penal que a perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Os bens de que trata o parágrafo podem ser móveis ou imóveis. Valores são tanto a moeda corrente depositada em conta bancária como todos os papéis que, a exemplo das ações, representam importâncias negociáveis na bolsa de valores.

Ressaltando a diferença existente entre a perda de bens e valores e o confisco previsto no Código Penal, Luiz Flávio Gomes assevera que “só cabe o confisco dos instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*) e dos produtos do crime (*producta sceleris*) ou do proveito obtido com ele (CP, art. 91), isto é, bens intrinsecamente antijurídicos; por seu turno, a perda de bens não requer sejam bens frutos de crime (*fructus sceleris*). O que o condenado vai perder são seus bens ou valores legítimos, os que integram seu patrimônio lícito. Nesse caso, portanto, dispensa-se a prova da origem ilícita deles”.⁴⁹

Diz o Código Penal que a perda de bens e valores pertencentes aos condenados será em favor do Fundo Penitenciário Nacional, ressalvada a legislação especial. A ressalva diz respeito a outras destinações, indicadas em legislação especial, tal como o § 9º do art. 62 da Lei nº 11.343/2006, que traz previsão do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD).

Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) § 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

*(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) **Prestação de serviços à comunidade***

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, que serão por ele levadas a efeito em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, sendo que as tarefas que lhe serão atribuídas devem ser de acordo com as suas aptidões, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (art. 46, §§ 1º, 2º e 3º).

Nos termos do art. 46, § 2º, a pena de prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. O horário de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade deverá ser fixado de forma a não prejudicar a atividade profissional do condenado (STJ, HC 17142/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., RSTJ 158, p. 543).

Uma vez concedida a substituição pelo juiz do processo de conhecimento, transitada em julgado a sentença penal condenatória, os autos serão remetidos ao juízo da execução para, nos termos do art. 149 da Lei de Execução Penal: *I – designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões; II – determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horários em que deverá cumprir a pena;*

III – alterar a forma de execução, a fim de ajustá-las às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

A prestação de serviços à comunidade deve ser fixada pelo juízo da execução de modo a não atrapalhar a atividade laborativa do agente (TJ-MG, AC 0200657-36.2011.8.13.0518, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, DJe 07/03/2016).

Com a nova Redação dada pela Lei nº 9.714/98, o § 3º do art. 46 do Código Penal revogou tacitamente o § 1º do art. 149 da LEP, devendo o condenado, agora, conforme suas aptidões, cumprir as tarefas a que se refere o § 1º do art. 46 do Código Penal à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Embora o § 1º do art. 46 do Código Penal diga que as tarefas terão a duração diária de 1 (uma) hora, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, podemos entender esse tempo como o mínimo exigido do condenado, uma vez que, se por sua vontade, tiver o interesse de abreviar a execução de sua pena, assim poderá fazê-lo, haja vista que o § 4º do art. 46 do Código Penal diz que, *se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado*

ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à ½ (metade) da pena privativa de liberdade fixada.

A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento (art. 149, § 2º, da LEP), devendo a entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhar ao juiz da execução relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar (art. 150 da LEP).

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas somente será aplicada às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade (art. 46, *caput*, do CP), sendo que, até seis meses, poderão ser aplicadas as penas substitutivas previstas nos incs. I (prestação pecuniária), II (perda de bens e valores), V (interdição temporária de direitos) e VI (limitação de fim de semana) do art. 43 do Código Penal, além da multa.

Nos termos do art. 46 do Código Penal, a pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade é aplicável apenas às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade (Precedentes) (STJ, HC 332.732/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 15/12/2015).

Essa regra foi excepcionada no que diz respeito ao delito de consumo de drogas, previsto pelo art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em que se poderá aplicar a pena de prestação de serviços à comunidade pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses, ou 10 (dez) meses havendo reincidência (art. 28, §§ 3º e 4º). No mais, conforme adverte Guilherme de Souza Nucci, poderá ser aplicado o Código Penal, sendo que o “condenado a cumprirá à razão de uma hora-tarefa por dia de condenação, num total de sete horas por semana, ajustando-se a maneira de executá-la de acordo com a conveniência do trabalho regular do condenado (art. 46, § 3º, do CP). Não poderá haver antecipação, afinal, esta somente é permitida quando a pena atinge patamar superior a um ano (art. 46, § 4º, do CP), o que não é o caso da Lei nº 11.343/2006”.⁵⁰

Não se aplica à pena de multa o disposto no art. 46, § 4º, do Estatuto Repressor, o qual diz respeito, exclusivamente, à pena restritiva de direitos referente à prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (STJ, HC 33831/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 2/8/2004, p. 455).

Interdição temporária de direitos (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Art. 47.** As penas de interdição temporária de direitos são: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir

veículo.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) IV – proibição de frequentar determinados lugares.

(Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) V – proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos (Incluído pela Lei nº 12.550, de 15/12/2011.) **Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo**

A proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, tem caráter temporário, razão pela qual não se confunde com o previsto no inc. I do art. 92 do Código Penal, que diz ser efeito da condenação a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública ou quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.

Diz o § 1º do art. 154 da Lei de Execução Penal que, na hipótese de pena de interdição do art. 47, I, do Código Penal, a autoridade deverá, em 24 horas, contadas do recebimento do ofício expedido pelo juiz da execução determinando a suspensão temporária do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo, baixar ato, a partir do qual a execução terá início.

Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou de autorização do Poder Público

Nas precisas lições de Alberto Silva Franco, “é evidente o duplice caráter, retributivo e preventivo, da pena em questão. De um lado, a proibição do exercício possui uma conotação significativamente afilativa, pois recai sobre o trabalho do condenado, atingindo-o em seu normal meio de vida. De outro, tem um aspecto nitidamente preventivo na medida em que impede que a atividade lícita, reconhecida pelo Estado, seja destinada a distorções criminosas. A proibição do exercício não tem, no entanto, um alcance indiscriminado: refere-se, como é lógico, a uma determinada profissão, atividade ou ofício, deixando campo livre à atração do condenado fora dessa área específica. Do contrário, equivaleria a uma verdadeira condenação à fome”.⁵¹

Na hipótese, por exemplo, de um médico ter sido condenado por ter, no exercício de suas atividades profissionais, culposamente causado a morte de um paciente, mesmo que o Conselho Regional de Medicina entenda por bem em aplicar-lhe uma pena de advertência confidencial, em aviso reservado, conforme a alínea *a* do art. 17 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1246/88), poderá o juiz do processo de conhecimento, substituindo a pena privativa de liberdade, condená-lo a essa pena de interdição temporária de direitos, proibindo-o de, pelo tempo da pena privativa de liberdade aplicada, exercer sua profissão.

Nesse caso, conforme o § 2º do art. 154 da Lei de Execução Penal, o Juízo da Execução determinará a apreensão dos documentos que autorizam o exercício do direito do interditado que, nesse caso, será a sua carteira de médico.

A interdição temporária de direitos tem expressa previsão legal, como pena alternativa, abrangendo a proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício dependentes de autorização do poder público, licença ou habilitação, ao teor dos arts. 43, inc. V, c.c. 47, inc. II, todos do Código Penal. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tendo um dado crime sido cometido no exercício de determinada profissão, não é desarrazoada a substituição da pena privativa de liberdade pela suspensão da referida atividade profissional, durante o mesmo prazo da condenação (STJ, HC 354.657/AC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 29/09/2016).

Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo

A suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo somente será cabível, como substituição à pena privativa de liberdade aplicada, quando a infração penal cometida pelo condenado for de natureza culposa e relacionada com a condução de veículo automotor, uma vez que, se o crime tiver sido doloso e se o agente tiver utilizado seu veículo como instrumento para o cometimento do delito, não terá aplicação tal modalidade de interdição temporária de direitos. Nesse caso, poderá ser determinada como efeito da condenação a inabilitação para dirigir veículo, nos termos do inc. III do art. 92 do Código Penal.

Se a pena privativa de liberdade, fixada de maneira isolada, foi substituída por duas penas restritivas de direitos, sendo uma delas a descrita no inc. III do art. 47 do Código Penal – interdição temporária de direitos consistente na suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor – deve-se aplicar a regra do art. 55 do Código Penal, segundo a qual as penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída (REsp. 495402/AC, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 22/9/2003) (STJ, REsp. 970.994/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 3/11/2008).

Salienta Luiz Regis Prado que, “por óbvio, a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo não poderá substituir a pena privativa de liberdade no caso de o agente não possuir autorização ou habilitação quando da prática delituosa, ou mesmo na hipótese da obtenção ocorrer até a prolação da sentença”.⁵²

Proibição de frequentar determinados lugares

A substituição da pena privativa de liberdade pela proibição de frequentar determinados lugares vem recebendo severas críticas de nossos doutrinadores, principalmente pela quase total impossibilidade de fiscalização do seu cumprimento pelo condenado.

Conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci, “a proibição de frequentar determinados lugares é uma condição imposta no contexto de outras penas ou benefícios da execução penal ou de leis especiais, como o livramento condicional (art. 132, § 2º, c, da Lei de Execução Penal), o regime aberto (art. 115 da Lei de Execução Penal, como condição geral), a suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, II, da Lei nº 9.099/95). Ainda assim é quase impossível

a sua devida fiscalização, podendo-se, eventualmente e de maneira casual, apenas descobrir que o condenado ou réu vem frequentando lugares proibidos, como botequins ou zonas de prostituição. Estabelecer tal proibição, como pena restritiva de direitos autônoma e substitutiva da privativa de liberdade, com a devida vênia, foi um arroubo”.⁵³

Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos

A Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, fez a previsão de mais uma interdição temporária de direitos, vale dizer, a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos, inserindo o inc. V no art. 47 do Código Penal.

Para que a mencionada interdição temporária de direitos venha a ser aplicada, deverá ter alguma ligação a infrações penais que digam respeito a fatos que, de alguma forma, traduzam a finalidade do agente de beneficiar-se, v.g., fraudulentamente, com sua aprovação em concurso, avaliação ou exame públicos.

Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que o agente seja surpreendido portando e utilizando, antecipadamente, o gabarito das questões que seriam solicitadas em determinado concurso, fornecidas, indevidamente, por algum servidor público inescrupuloso ou mesmo adquirido por ele mediante algum outro meio ilegal. Nesse caso, o candidato que estava participando do certame poderá ser condenado à prática do crime de *fraudes em certames de interesse público*, previsto pelo art. 311-A, do Código Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, abrindo-se a possibilidade, presentes os demais requisitos legais, de substituição da pena privativa de liberdade pela interdição temporária de direitos relativa à proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

Limitação de fim de semana Art. 48. A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Parágrafo único. Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Limitação de fim de semana

Conforme o art. 48 do Código Penal, a limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Caberá ao juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horários em que deverá cumprir a pena (art. 151 da LEP), sendo que a execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento (art. 151, parágrafo único, da LEP).

Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas (art. 48, parágrafo único, do CP e art. 152 da LEP).

O estabelecimento designado encaminhará, mensalmente, ao juiz da execução relatório, bem assim comunicará, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do condenado.

A limitação de final de semana consiste em pena restritiva de direitos, prevista no inc. VI do art. 43 do Código Penal, revestindo-se de caráter autônomo e substitutivo, a teor do que dispõe o art. 44, *caput*, do mesmo Estatuto, inexistindo previsão legal para a cumulação da pena restritiva com a privativa de liberdade (STJ, RHC 67.949/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 16/06/2016).

Tendo o paciente sido condenado à pena de limitação de final de semana, não pode ser compelido a permanecer em cadeia pública, local destinado aos presos provisórios e similar ao regime fechado, sob pena de afronta aos arts. 48 do Código Penal e 93 e seguintes da Lei nº 7.210/84. Recurso parcialmente provido para que o paciente cumpra a limitação de final de semana em casa de albergado ou, não havendo estabelecimento congênere, em prisão domiciliar (STJ, RHC 26714/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 17/5/2010).

Na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime fixado na condenação, configura constrangimento ilegal a submissão do réu ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, admitindo-se, em tais situações, que o réu cumpra a reprimenda em regime aberto, ou em regime domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado. Precedentes. Se a pena de limitação de fim de semana deve ser efetivada em Casa de Albergado, não pode, o paciente, na falta do referido estabelecimento, ser submetido a cumprimento da reprimenda em Presídio, situação mais gravosa do que a estabelecida pelo decreto condonatório. Precedente da Turma. Deve ser cassado o acórdão recorrido, a fim de que o paciente cumpra a pena restritiva de direitos concernente à limitação de fim de semana em regime domiciliar, até que surja estabelecimento adequado (STJ, HC 60.919/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJ 30/10/2006, p. 361).

Seção III – Da Pena de Multa **Art. 49.** A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

*(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Pena de multa***

A multa é uma das três modalidades de pena combinadas pelo Código Penal e consiste no

pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.

Possui natureza personalíssima, isto é, seu pagamento não poderá ser exigido dos herdeiros do condenado caso este venha a falecer. Nesse sentido, afirma Luiz Regis Prado que “a multa, em matéria penal, é rigorosamente pessoal, não se transmitindo aos herdeiros do réu ou a terceiros, pois a ideia de pena, que também subsiste na pena de multa, reproduz nela a condição da personalidade”.⁵⁴

Cumprida a pena privativa de liberdade, o inadimplemento da pena de multa não impede a extinção da punibilidade do réu (STJ, AgRg. no REsp. 1449997/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 27/6/2014).

A multa, incluída no preceito secundário do tipo, nada mais é do que decorrência legal da condenação, descabendo ao magistrado excluí-la. Saliente-se, ainda, que sua aplicação não implica, de per si, infringência ao princípio da intranscendência, segundo o qual a pena imposta ao acusado não passará da sua pessoa. Apelo improvido (TJRS, AC nº 70046560421, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 21/3/2012).

Sistema de dias-multa

Com a reforma ocorrida na Parte Geral do Código Penal por intermédio da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, houve substancial modificação no que diz respeito à cominação da pena de multa nos tipos penais incriminadores. Antes da reforma, os preceitos secundários desses tipos penais especificavam os valores correspondentes à pena de multa, o que fazia com que, em pouco tempo, em virtude da inflação que sempre dominou o País, sua aplicação caísse no vazio. A substituição do valor da multa consignado em moeda corrente para o sistema de dias-multa permite que sua aplicação seja sempre atual, como veremos a seguir.

Assim, com a finalidade de adaptar a legislação penal ao novo sistema de dias-multa, o art. 2º da Lei nº 7.209/84 determinou: *São canceladas, na Parte Especial do Código Penal e nas leis especiais alcançadas pelo art. 12 do Código Penal, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão multa de por multa.*

Dessa forma, caso encontremos na legislação penal em vigor qualquer indicação a valores correspondentes à pena de multa, devemos desconsiderá-los e entendê-los, simplesmente, como referência à pena de multa, que será calculada de acordo com o sistema de dias-multa.

A pena de multa será, no mínimo, de 10 e, no máximo, de 360 dias-multa. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do valor do maior salário-mínimo mensal vigente à época do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (art. 49, § 1º, do CP). Na fixação da pena de multa, o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu, podendo seu valor ser aumentado até o triplo se o juiz considerar que é ineficaz, embora aplicada no máximo (art. 60 e § 1º do CP). O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, § 2º, do CP).

O disposto no art. 49, § 1º, do CP destina-se, tão somente, à pena de multa, sendo incabível sua aplicação

análogica em relação ao cálculo da prestação pecuniária, porquanto tratam-se de institutos jurídicos diversos (STJ, REsp. 896171/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 4/6/2007, p. 424).

Revela-se manifestamente ilegal a fixação da pena de multa em 500 dias-multa, ultrapassando o limite máximo permitido no Código Penal, eis que a fixação de tal reprimenda também deve pautar-se de acordo com o que fora valorado pelo julgador quando da análise do art. 59 do Código Penal, bem como não pode ser fixada de forma e ultrapassar o limite de 360 dias-multa previsto no art. 49 do Código Penal. Evidencia-se, portanto, excessivo rigor e total ausência de fundamentação para a exacerbação do *quantum* de dias-multas, em afronta aos arts. 49 e 59 do Código Penal (STJ, HC 47006/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 8/5/2006 p. 245).

Fixação da pena de multa

A pena de multa deve ser fixada em duas fases. Na primeira, fixa-se o número de dias-multa, considerando-se as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP). Na segunda, determina-se o valor de cada dia-multa, levando-se em conta a situação econômica do réu (STJ, HC 132.351/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 5/10/2009).

Para a fixação da pena de multa considera-se, primeiramente, o disposto no art. 59 do Estatuto Punitivo para o estabelecimento do número de dias-multa e, em seguida, a situação econômica do sentenciado para determinar o valor de cada dia-multa. Precedente do STJ. Não obstante o reconhecimento da existência de certa discricionariedade na dosimetria da reprimenda, relativamente à exasperação das penas aplicadas – independente de sua natureza, privativa de liberdade ou de multa –, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos, em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal. Se a pena-base da reprimenda corporal não foi imposta no máximo previsto em lei, tal patamar não pode ser aplicado para a pena de multa (STJ, HC 49463/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 10/4/2006, p. 256).

As diretrizes do art. 59 do CP devem orientar tanto a imposição da pena privativa de liberdade quanto à pena de multa. Precedente desta Corte. Se a pena-base da reprimenda corporal foi imposta no mínimo legal, a pena de multa, por sua vez, não pode ser superior ao menor patamar previsto no Estatuto Repressor (STJ, HC 56150/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 9/10/2006, p. 324).

Pena de multa na Lei nº 11.343/2006

Fugindo à regra constante no art. 49 do Código Penal, que determinou que o número de dias-multa variaria entre 10 (dez) a 360 (trezentos e sessenta), a Lei nº 11.343/2006, nas infrações penais tipificadas nos arts. 33 a 39, consignou, em seu preceito secundário, um número de dias-multa muito superior àquele fixado pelo Código Penal.

A título de exemplo, o art. 33 da Lei Antidrogas comina uma pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. O valor de cada dia-multa, nos termos preconizados pelo art. 43 do mencionado diploma legal, será determinado de acordo com as condições econômicas do acusado, não podendo ser inferior a um trinta avos e nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo. No entanto, na hipótese de concurso de crimes, determina o parágrafo único do referido art. 43 que as multas serão impostas sempre cumulativamente, podendo ser aumentadas até o décuplo se, em

virtude da situação econômica do acusado, o juiz as considerar ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

Merecem registro as observações de Alexandre Bizzotto e Andréia de Brito Rodrigues quando esclarecem que “em todas as situações que envolvam a operação de dosimetria de pena, seja de pena privativa de liberdade ou de pena de multa, devem ser explicitamente demonstradas em dados objetivos contidos nos autos”.⁵⁵

Situação econômica do réu e isenção do pagamento da multa

Esta Corte Superior firmou o entendimento de que não é viável a isenção da pena de multa imposta ao acusado, sob o argumento de que não teria condições econômico-financeiras de efetuar o seu pagamento, uma vez que tal pleito não possui previsão no ordenamento jurídico (STJ, HC 295.958/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 03/08/2016).

O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Tal regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente (STF, EP 12 ProgReg-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, DJe 11/06/2015).

A multa criminal não se converte em prisão e sua execução está condicionada à situação econômica do condenado, não podendo alcançar os recursos indispensáveis ao seu sustento e de sua família (STJ, REsp. 717.403/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJe 4/8/2008).

Pagamento da multa Art. 50. A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando: *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) a) aplicada isoladamente; b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos; c) concedida a suspensão condicional da pena.*

§ 2º O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

*(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Pagamento da pena de multa***

Uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, a multa deverá ser paga dentro de dez dias. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais (art. 50 do CP). O juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações (art. 169, § 1º, da LEP). A

cobrança da multa pode efetuar-se mediante o desconto no vencimento ou no salário do condenado quando: *a) aplicada isoladamente; b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos; c) concedida a suspensão condicional da pena.* O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família (art. 50, §§ 1º e 2º, do CP).

Caso não haja o pagamento do valor correspondente à pena de multa no prazo de dez dias e não tendo o condenado solicitado o seu parcelamento, deverá ser extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, para fins de execução.

Execução provisória

Não é admissível a execução provisória da pena de multa, consoante dispõem os arts. 50 do Código Penal e 164 da Lei de Execução Penal (STJ, HC 53192/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 11/12/2006, p. 395).

A pena de multa, por expressa previsão legal (art. 50, *caput*, do CP), só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença condenatória (Precedentes.) (STJ, HC 32772/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 31/5/2004, p. 338).

Conversão da Multa e revogação Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

(Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º/4/1996.) Execução da pena de multa

Com a nova redação dada ao art. 51, já não se pode falar em conversão da pena de multa em privação de liberdade. A multa, embora de natureza penal, é considerada dívida de valor, devendo ser aplicada na sua cobrança as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, ou seja, a Lei de Execução Fiscal, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Embora a redação do art. 51 seja clara, e mesmo tendo sido revogados os seus parágrafos, em Minas Gerais surgiu uma discussão no sentido de que nos Juizados Especiais Criminais, como não tinha havido revogação expressa do art. 85 da Lei nº 9.099/95, seria possível a conversão da pena de multa em privação de liberdade.

Ora, se o Juizado Especial Criminal, como diz o art. 62 da Lei nº 9.099/95, objetiva, sempre que possível, a aplicação de pena não privativa de liberdade, será que justamente aqui,

onde são julgadas as infrações de menor potencial ofensivo, seria possível a conversão? É claro que não. Embora não tenha havido revogação expressa do art. 85 da Lei nº 9.099/95, sua aplicação está completamente inviabilizada, pois a Lei nº 9.268/96, revogando os parágrafos do art. 51 do Código Penal, bem como o art. 182 da Lei de Execução Penal, eliminou as regras da conversão. E, se não há regras, como converter a pena de multa aplicada no Juizado Especial Criminal em pena privativa de liberdade? Impossível, pois não cabe ao julgador criá-las de acordo com a sua própria convicção.

Execução fiscal conforme a redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268/96. A pena de multa é imposta por sentença criminal condenatória e afeta a integridade patrimonial do condenado. Trata-se, portanto, de sanção penal pecuniária por excelência, expressamente prevista e regulada pelo art. 5º, inc. XLVI, alínea c, da Constituição Federal e pelo art. 49 do Código Penal. Por conseguinte, a multa pecuniária não é um crédito tributário previsto pela Lei nº 4.320/64, conservando, assim, sua natureza penal, uma vez que advém de sentença penal condenatória. O legífero pretendeu apenas que esse débito pecuniário pudesse ser cobrado através do procedimento estabelecido na Lei nº 6.830/80, o qual considera mais célere e efetivo (STJ, CAT 107/PB, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, S1, *RSTJ* 151, p. 39).

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que cumprida integralmente a pena, após o trânsito em julgado da condenação, pelo paciente, inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela ação constitucional de *habeas corpus*, porquanto, a teor do disposto no art. 647, do Código de Processo Penal, somente é cabível o remédio heroico quando alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violação ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir. E, na hipótese, não há qualquer risco à liberdade de locomoção da Paciente, uma vez que o não cumprimento da pena de multa e das custas processuais, não enseja a sua substituição por pena privativa de liberdade, mas tão somente sua inscrição na dívida ativa. Precedentes desta Corte (STJ, HC 80.441/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5^a Turma, *DJe* 15/12/2008).

Competência para a execução da pena de multa

Com a nova redação do art. 51 do Código Penal, considerando a multa como dívida de valor e determinando que a sua cobrança obedeceria às normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, surgiu a dúvida a respeito de quem seria o legitimado para a sua execução, ou seja, se a execução da pena de multa continuaria sendo procedida na Vara de Execuções Criminais, por intermédio do Ministério Público, ou se numa das Varas de Fazenda Pública Estadual, por intermédio do Procurador da Fazenda.

Duas correntes se formaram.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por intermédio do seu Grupo de Câmaras Criminais, aprovou, por maioria, a Súmula nº 2, cujo verbete diz: *A execução da pena de multa criminal deve ser proposta no juízo das execuções penais e terá o rito previsto para as execuções fiscais.*

A pena de multa deve ser executada nos moldes da lei de execução fiscal, mas a titularidade continua sendo do Ministério Público atuante na Vara de Execuções Criminais visto que a multa não perdeu seu caráter de sanção penal. Incidente de uniformização de jurisprudência acolhido (TJMG, Inc. Unif. Jurisprudência 1.0035.10.015392-9/003, Rel. Des. Pedro Vergara, j. 26/5/2014).

Em sentido contrário, tem decidido o STJ: No julgamento do Recurso Especial 1.519.777/SP, sob a égide do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, a Terceira Seção deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, “após a nova redação do art. 51 do CP, dada pela Lei nº 9.268/1996, a pena pecuniária é considerada dívida de valor e, desse modo, possui caráter extrapenal, de forma que sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública” (STJ, AgRg no REsp 1.347.196/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 15/06/2016).

É da Fazenda Pública a legitimidade para promover a execução de pena de multa imposta em sentença penal condenatória, e não do Ministério Público (STJ, EREsp. 699286/SP, Rel. Min. Nilson Naves, 3^a Seção, DJe 13/5/2010).

O STJ consolidou seu posicionamento com a edição da Súmula nº 521, publicada no DJe de 6 de abril de 2015, dizendo: *Súmula nº 521. A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.*

Com a devida *venia* das posições em contrário, entendemos que tem razão o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Isso porque, embora considerada como *dívida de valor*, a multa não perdeu sua natureza *penal*, razão pela qual deverá ser executada no juízo competente, vale dizer, o das execuções penais.

Execução da multa e ameaça ao direito de liberdade

A inadequação da pena de multa não tem o condão, por si só, de caracterizar ofensa ou ameaça a sua liberdade de locomoção, razão pela qual não é cabível o manejo do *habeas corpus*, uma vez que, caso descumprida, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal. Inteligência do Enunciado nº 693 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STJ, AgRg no HC 339.182/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 30/03/2016).

In casu, evidenciado que a pena de multa não poderá ser convertida em restrição à liberdade, não há que se falar em ameaça à liberdade de locomoção do paciente a ser sanada pela via do presente *mandamus*. Ademais, somente se extingue o processo de execução criminal após o efetivo cumprimento da pena imposta, incluída a multa, salvo se sobrevier alguma causa extintiva da punibilidade, na forma do art. 107 do Código Penal. *Writ* não conhecido (STJ, HC 145197/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 3/5/2010).

Suspensão da execução da multa Art. 52. É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Suspensão da execução da multa

Vide art. 167 da Lei de Execução Penal.

Prescrição da pena de multa

Embora a execução da pena de multa seja suspensa se sobrevém ao condenado doença mental, isso não suspende ou mesmo interrompe o curso do prazo prescricional, previsto pelo art. 114 do Código Penal.

A prescrição da pena de multa ocorre no mesmo prazo da pena privativa de liberdade, quando tenha sido cumulativamente aplicada, conforme preceitua o art. 114, II, do Código Penal (STJ, EDecl. nos EDecl. no AgRg. no Ag. 1324312/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 19/6/2013).

Capítulo II – Da Cominação das Penas

Penas privativas de liberdade Art. 53. As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Limites das penas**

As penas privativas de liberdade têm seus limites mínimo e máximo previstos nos preceitos secundários de cada tipo penal incriminador, a exemplo do que ocorre com o delito de furto simples, cujas penas variam de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão.

Excepcionalmente, tal como ocorre no Código Penal Militar ou no Código Eleitoral, o preceito secundário do tipo penal prevê tão somente a pena máxima, a exemplo do art. 296 desse último diploma legal, que diz: *Promover desordem que prejudique os trabalhos eleitorais: Pena – detenção até 2 (dois) meses e pagamento de 60 (sessenta) a 90 (noventa) dias-multa.*

Penas restritivas de direitos Art. 54. As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano, ou nos crimes culposos.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Substituição da pena privativa de liberdade**

Vide art. 44 do Código Penal.

Execução da pena restritiva de direitos

Em sendo a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito, a sua execução depende do trânsito em julgado do *decisum* condenatório, *ex vi* do art. 147 da Lei de Execução Penal (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso) (STJ, HC 78145/MA, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 13/8/2007 p. 401).

Execução provisória

Ao contrário do que ocorre com a pena de privação de liberdade, em que a prisão cautelar do sentenciado pode ser considerada para efeitos de execução provisória da sentença, permitindo, inclusive, a concessão de “benefícios legais”, a exemplo do livramento condicional e da progressão de regime, não será possível a execução provisória de pena restritiva de direitos, uma vez que poderá resultar em prejuízo para o condenado, caso este venha a ser absolvido, devendo-se, portanto, aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17/02/2016, no julgamento do HC nº 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Ressalva do entendimento da Relatora (STJ, HC 362.537/RS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 30/09/2016).

A Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (STJ, EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 28/09/2016).

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46.

(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/7/1998.) Duração da pena restritiva de direitos

Segundo o art. 55 do Código Penal, a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, excetuada a hipótese prevista pelo art. 46, § 4º, do referido Estatuto. Dispõe o art. 46, § 3º, do Código Penal, por sua vez, que o cumprimento da sanção deverá ser feito à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. (TJSC, AC 2013.043230-0, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 11/3/2014).

Se a pena privativa de liberdade, fixada de maneira isolada, foi substituída por duas penas restritivas de direitos, sendo uma delas a descrita no inc. III do art. 47 do Código Penal – interdição temporária de direitos consistente na suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor –, deve-se aplicar a regra do art. 55 do Código Penal, segundo a qual as penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída (REsp. 495402/AC, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJU 22/9/2003) (STJ, REsp. 970.994/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 3/11/2008).

A quantidade de pena restritiva de direitos fixada deve ter a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, a teor do que determina o art. 55 do Código Penal. O § 4º de seu art. 46 faculta ao condenado às penas dessa natureza o seu cumprimento em menor tempo, desde que não inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada e substituída (TJMG, Rel. Hyparco Immesi, Processo 1.0515.03.007393-3/001[1], *DJ* 9/9/2005).

Ausência de menção na sentença do tempo de duração das penas restritivas de direitos

A ausência de menção, na sentença condenatória, acerca do tempo de duração da pena restritiva de limitação de fim de semana, não induz condenação de caráter perpétuo, uma vez que o art. 55 do CP atribui, expressamente, às penas substitutivas insertas nos incs. IV (prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas), V (interdição temporária de direitos) e VI (limitação de fim de semana), do art. 43 de idêntico Codex – com a ressalva do § 4º do art. 46, atinente à prestação de serviços –, a mesma duração da sanção privativa de liberdade substituída (TJMG, Processo: 1.0000.05.423569-2/000[1], Rel. Eduardo Brum, *DJ* 26/5/2006).

Art. 56. As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Penas de interdição

A interdição temporária de direitos tem expressa previsão legal, como pena alternativa, abrangendo a proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício dependentes de autorização do poder público, licença ou habilitação, ao teor dos arts. 43, inc. V, c.c. 47, inc. II, todos do Código Penal. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tendo um dado crime sido cometido no exercício de determinada profissão, não é desarrazoada a substituição da pena privativa de liberdade pela suspensão da referida atividade profissional, durante o mesmo prazo da condenação (STJ, HC 354.657/AC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., *DJe* 29/09/2016).

Não se configura ofensa ao art. 92, I, a, parágrafo único, do Código Penal quando a perda do cargo público está concretamente fundamentada no fato de ter sido o delito praticado por Técnico da Receita Federal, durante o exercício de suas funções e em razão de suas atribuições legais, o que importou em violação dos deveres funcionais de probidade, honestidade, moralidade e eficiência (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 878.026/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., *DJe* 1º/09/2016).

Impõe-se a exclusão da pena de interdição temporária de direito a proibição de fazer uso de bebida alcoólica e de recolhimento à residência, por ausência de previsão legal. (TJMG, AC 1.0280.11.000305-8/001, Rel. Desª Denise Pinho da Costa Val, *DJe* 31/07/2014).

A perda do cargo público e a interdição do seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada é efeito genérico, automático e obrigatório da condenação imposta ao paciente, sem que seja necessária fundamentação específica para a sua aplicação (art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/97) (STJ, HC 95.335/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., *DJe* 4/8/2008).

A condenação por delito previsto na Lei nº 9.455/97 acarreta, como efeito extrapenal automático da sentença condenatória, a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada (STJ, REsp. 7994 68/AP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 9/4/2007, p. 290).

Art. 57. A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 47 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984) Pena de interdição e crime culposo de trânsito

O Código de Trânsito Brasileiro prevê a possibilidade de suspensão da habilitação para dirigir veículo, ora como sanção principal, ora como pena cumulativa – hipótese dos autos –, competindo ao magistrado aplicá-la dentro dos limites estabelecidos pelo art. 293 do mesmo diploma. A legislação de regência, entretanto, não estabelece os parâmetros para a sua fixação, devendo o magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso em concreto – gravidade do delito e grau de culpabilidade do agente –, estabelecer o prazo de duração da medida, não se restringindo à análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. É certo que a pena de suspensão de habilitação deve seguir os mesmos critérios de proporcionalidade e adequação da privativa de liberdade. Entretanto, a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado não implica, necessariamente, a redução do prazo da sanção prevista no art. 293 do CTB ao mínimo legal de 2 meses, tendo em conta que a norma jurídica deixa uma margem de discricionariedade maior na aplicação dessa penalidade (STJ, REsp 1.481.502/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 03/11/2015).

Consoante expressamente prevê o art. 57 do Código Penal, a pena de interdição, prevista no inciso III do art. 47 do mesmo estatuto (suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo automotor), aplica-se, exclusivamente, aos crimes culposos de trânsito, conforme redação conferida pela Lei nº 7.209/84 (TJMG, AC 6745559-10.2009.8.13.0024, Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, DJe 31/1/2012).

Tratando-se do crime previsto no art. 302 da Lei nº 9.503/97, a fixação do prazo de suspensão da habilitação para dirigir veículo deve ser diretamente proporcional à infração cometida quando não houver justificativa para a imposição de prazo maior (TJMG, AC 1.0672.02.096395-1/001, Rel. Des. Maria Celeste Porto, DJ 10/12/2008).

Por inteligência do art. 57 do Código Penal, aplica-se a pena de suspensão de direito de dirigir para os crimes culposos de trânsito (TJMG, Processo 1.0309.04. 001091-5/001(1), Rel.^a Jane Silva, DJ 18/4/2007).

Pena de multa **Art. 58.** A multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no art. 49 e seus parágrafos deste Código.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Parágrafo único. A multa prevista no parágrafo único do art. 44 e no § 2º do art. 60 deste Código aplica-se independentemente de cominação na parte especial.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Sistema de dias-multa

Vide art. 49 e parágrafos do Código Penal.

Capítulo III – Da Aplicação da Pena

Fixação da pena Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Individualização da pena

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, tendo o Tribunal fundamentado de forma motivada sua decisão, não há razão para sua reforma (STJ, HC 243.062/RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 28/09/2016).

Levando-se em consideração os parâmetros delineados no tipo penal em que o paciente foi condenado e tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, não se revela desproporcional ou imotivada a majoração da pena-base acima do mínimo legal, tal como feita pelo Juízo sentenciante (STJ, HC 139000/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a T., DJe 1º/2/2010).

O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação (STJ, HC 81949, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 8/2/2010).

Consideração sobre a consciência da ilicitude da conduta

Hipótese em que o Tribunal *a quo*, ao valorar negativamente a culpabilidade da acusada, destoou do entendimento desta Corte segundo o qual “a potencial consciência da ilicitude ou a exigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade em sentido estrito, não fazendo parte do rol das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, logo, não constitui elemento idôneo a justificar a exacerbção da pena-

base” (STJ, RHC 41.883/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 13/04/2016).

Ao decidir pela condenação do paciente em razão da prática dos crimes de estupro, subentende-se que o Julgador já teria considerado a consciência da ilicitude de sua conduta, independentemente da pena que lhe seria aplicada, de modo que se revela inadequada a majoração da pena-base com fundamento em aspecto que integra a própria estrutura do crime (STJ, HC 63759/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 23/10/2006, p. 342).

Circunstâncias judiciais

O *caput* do art. 59 do Código Penal prevê as chamadas circunstâncias judiciais, que deverão ser analisadas quando da fixação da pena-base pelo julgador, atendendo, assim, à determinação contida no art. 68 do mesmo diploma repressivo.

Esta Corte tem reiteradamente decidido que: a) ‘havendo mais de uma qualificadora, é possível utilizar uma delas para qualificar o delito e as demais como circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira etapa de aplicação da pena’ (HC 255.202/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., julg. 02/04/2013; REsp 1.094.755/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., julg. 05/06/2014); b) ‘várias condenações transitadas em julgado autorizam ter por desfavoráveis as circunstâncias judiciais dos antecedentes, conduta social e personalidade’ (STJ, HC 295.211/MS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., julg. 09/12/2014; HC 222.526/TO, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., julg. 06/11/2014) (STJ, HC 283.110/SP, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5^a T., DJe 19/05/2015).

A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, justifica a imposição de regime prisional mais severo (STJ, AgRg no HC 279.579/MT, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 26/02/2015).

A ponderação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado. (STJ, AgRg. no HC 270368/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 20/6/2014).

A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. (STF, RHC 119961/DF, Rel^a Min^a Rosa Weber, 1^a T., DJe 22/5/2014).

A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Não se pode firmar um juízo negativo sobre a circunstância judicial relativa aos antecedentes dos pacientes, diante da existência de condenação transitada em julgado, que se refere a crime cometido em momento posterior ao que cuida o presente *writ* (STJ, HC 189128/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 1º/07/2013).

O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. A pena-

-base deve pautar-se pelos critérios elencados no art. 59 do Código Penal, de sorte que não se afigura legítima sua majoração sem a devida fundamentação, sob pena de violação ao preceito contido no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal (STJ, *HC 255955/PE*, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., *DJe* 1º/7/2013).

Quando as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal forem favoráveis ao réu, não é possível o estabelecimento de regime mais rigoroso com base tão somente na gravidade do delito. Tratando-se de réu primário e possuidor de bons antecedentes, daí ter o próprio juiz fixado a pena no seu mínimo, tem o condenado direito a iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado. Precedentes do STJ (STJ, *HC 114604/SP*, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª T., *DJe* 13/4/2009).

Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, a elevação da pena-base acima do mínimo legal deve ser fundamentada em aspectos concretos, sendo insuficiente a simples transcrição das circunstâncias jurídicas do art. 59 do CP. Outrossim, é inviável se utilizar de elementos intrínsecos ao tipo para a referida majoração. Precedente citado: *HC 48.124-RJ*, *DJ* 5/2/2007 (STJ, *HC 90.022/RS*, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 7/10/2008).

Pena desproporcional

Tratando-se de réu tecnicamente primário, condenado à pena de 2 anos de reclusão, pela prática de delito que não envolve violência ou grave ameaça a pessoa, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda mostra-se desproporcional. Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda (STJ, *HC 124396/SP*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., *DJe* 30/3/2009).

Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base na metade, de forma desproporcional, tão somente em razão do reconhecimento de apenas uma circunstância judicial desfavorável, dentre oito legalmente previstas, fundando-se, tão somente, em referências vagas sobre a personalidade do condenado (STJ, *HC 80892/RJ*, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., *DJe* 9/3/2009).

Se a pena é fixada de forma desproporcional às circunstâncias judiciais, necessária é sua redução (TJMG, AC 1.0479.06.106644-1/001, Rel. Des. Pedro Vergara, *DJ* 10/2/2007).

Culpabilidade

A culpabilidade, como juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, é um dos elementos integrantes do conceito tripartido de crime. Assim, concluindo pela prática da infração penal, afirmando ter o réu praticado um fato típico, ilícito e culpável, o juiz passará a aplicar a pena. Percebe-se, portanto, que a condenação somente foi possível após ter sido afirmada a culpabilidade do agente. Agora, passando à fase seguinte, terá o julgador de encontrar a pena justa a ser aplicada. Logo no primeiro momento, quando irá determinar a pena-base, o art. 59 do Código Penal impõe ao julgador, por mais uma vez, a análise da culpabilidade. Temos de realizar, dessa forma, dupla análise da culpabilidade: na primeira, dirigida à configuração da infração penal, quando se afirmará que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda, a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base. A censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites

estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, a condenação definitiva, por fato posterior ao crime apurado, não pode servir para valorar negativamente a culpabilidade, a conduta social ou os antecedentes do agente. Precedentes (STJ, AgRg no HC 254.781/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 07/05/2015).

A simples afirmação de que a culpabilidade é desfavorável ao réu, pois tinha consciência da ilicitude não justifica, por si só, a valoração negativa dessa circunstância, motivo pelo qual não pode ser sopesada, pois não aponta para maior reprovabilidade da conduta, já que é inerente ao cometimento de qualquer tipo penal (STJ, HC 235465/RN, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 25/6/2013).

No âmbito da dosimetria da pena, a circunstância judicial da culpabilidade é considerada como o grau de censura da ação ou omissão do agente criminoso, devendo ser valorada sempre que haja um plus em sua conduta que mereça uma maior reprovação social. *In casu*, a intensidade do dolo do réu que ceifou a vida da vítima com quinze estocadas pelo corpo, distancia-se da conduta daquele que com apenas um tiro mata alguém. Excesso que serve de motivo para a exasperação da pena com ênfase na culpabilidade (TJSC, AC 2013.019118-1, Rel^a Des^a Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 25/6/2013).

Não se apresenta razoável a valoração negativa da culpabilidade do réu, tomando como base o próprio dolo em sua conduta, pois a consciência do caráter ilícito das condutas é essencial para a configuração do crime, sendo que apontado dolo revela-se inerente ao próprio tipo penal (STJ, REsp. 1199497/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJe 14/8/2012).

Há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando o magistrado considera como desfavoráveis circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal, inquéritos e ações penais em andamento, bem como quando utiliza a potencial consciência da ilicitude, um dos pressupostos da culpabilidade, como circunstância judicial elencada no art. 59 do Código Penal (STJ, REsp. 1048574/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJe 30/3/2009).

A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato. Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no art. 59 do Código Penal (STJ, HC 107795/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 6^a T., DJe 2/3/2009).

A culpabilidade arrolada no art. 59 do CP não se confunde com aquela necessária para a caracterização do crime; na verdade, ela diz respeito à maior reprovação que o fato ou o autor ensejam no caso concreto (TJMG, Processo 1.0024.98.135297-4/001[1], Rel. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 6/10/2006).

A circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem (STJ, HC 50331/PB, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., pub. DJ 6/8/2007, p. 550).

Antecedentes

Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal.

O STJ, com acerto, no *DJe* de 13 de maio de 2010, fez publicar a Súmula nº 444, que diz:
Súmula nº 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento válido e suficiente para comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária (STJ, HC 291.414/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., *DJe* 30/09/2016).

A valoração da condenação anterior com trânsito em julgado posterior pode caracterizar circunstância judicial desfavorável, nos termos da jurisprudência reiterada desta Corte, segundo a qual “restam configurados os maus antecedentes sempre que, na data da sentença, o acusado registre condenação definitiva por delito anterior, independentemente do momento do seu trânsito em julgado, se anterior ou posterior ao crime em análise” (REsp 1.465.666/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 02/10/2014, *DJe* 09/10/2014) (STJ, HC 359.759/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., *DJe* 28/09/2016).

Como é cediço, ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos da Súmula nº 444/STJ (STJ, HC 359.085/SP, Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., *DJe* 23/09/2016).

Felizmente, o STF, mudando sua posição no julgamento do RE 591.054, através de seu Plenário, passou a entender que: A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena (STF, HC 104.266/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., *DJe* 26/05/2015).

Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais (STF, RE 591.054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., *DJe* 26/02/2015).

Com relação, ainda, aos antecedentes, o STJ tem decidido: A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e impedir a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois diz respeito ao histórico do apenado (art. 44, III, do CP) (STJ, AgRg no REsp 1.486.797/GO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., *DJe* 15/05/2015).

Réu que possui quatro condenações transitadas em julgado. Possibilidade de utilizar uma como maus antecedentes e outras três para efeitos da agravante da reincidência. Precedentes (TJSC, AC 2013.019118-1, Rel^a Des^a Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 25/6/2013).

Nos termos da jurisprudência consolidada neste Tribunal Superior, conforme a Súmula nº 444/STJ, é inadmissível a consideração de inquéritos policiais e ações penais em andamento como personalidade voltada para o crime com finalidade de elevação da pena-base. É certo, ainda, que as consequências inerentes ao tipo penal, como as utilizadas no caso dos autos, já que o prejuízo da vítima é desdobramento obrigatório no delito de receptação, não podem ser consideradas para elevar a pena-base (STJ, HC 237276/RS, Rel.^a Min.^a Marilza Maynard, Desembargadora convocada do TJ/SE, 5ª T., *DJe* 24/6/2013).

É firme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena base (STJ, HC 249015/SP, Rel.^a Min.^a Laurita

Vaz, 5^a T., DJe 23/4/2013).

A condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não possa ser desfavoravelmente valorada a título de reincidência, configura maus antecedentes. Precedentes desta Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal. A existência de condenações anteriores não justifica a consideração negativa da circunstância judicial da personalidade, entendendo-a como voltada para o crime. Precedentes (STJ, HC 165505/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 28/6/2012).

Conduta social

Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal.

Importante salientar que conduta social não se confunde com antecedentes penais, razão pela qual determinou a lei a análise delas em momentos distintos.

A conduta social, como circunstância judicial apta a exasperar a pena-base, tem por fim examinar a interação do agente em seu meio social (família, trabalho, escola, vizinhança etc.). É inadequada a valoração negativa da conduta social em parâmetros não estabelecidos legalmente como, na espécie, em que a exasperação da pena-base teve como fundamento o fato de os acusados terem protagonizado um plano de fuga do presídio de Igarassu/PE, uma vez que tal fato não serve para demonstrar o papel dos agravados na comunidade em que vivem. Precedentes do STJ (STJ, AgRg no REsp 1.441.443/PB, Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 26/09/2016).

Não se pode valorar negativamente a conduta social por fatos relacionados à própria prática delitiva, pois vetorial pertinente à inserção do agente em seu meio, ante parentes e vizinhos, não se confundindo com seu modo de vida no crime (STJ, HC 132.857/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 18/06/2015).

A conduta social afere a interação do agente em seu meio, ante familiares, amigos e vizinhos, assim não cabendo negar a vivência delitiva do agente, que nada mostra trazer de prejudicial às suas relações de convivência (STJ, HC 264.087/PA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 29/04/2015).

Não há como se reputar desfavorável o vetor referente à conduta social no cálculo da primeira fase, tão somente em razão de o acusado possuir processos crimes em andamento, haja vista que, conforme a orientação sumular nº 444, do STJ ‘é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base’ (*vide* HC 106089/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 3/11/2009) (TJSC, ACR 2009.024655-5, Rel.^a Des.^a Salete Silva Sommariva, DJSC 21/7/2010, Pág. 389).

A conduta social e a personalidade do agente somente podem ser valoradas favoravelmente, sob pena de se ferir o princípio constitucional da legalidade (TJMG, Processo 1.0024.98.135297-4/001(1), Rel. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 6/10/2006).

Personalidade do agente

Conforme destacou Ney Moura Teles, “a personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências – da psicologia, psiquiatria, antropologia – e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou

influenciam o comportamento do sujeito".⁵⁶

Acreditamos que o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas, etc.), é que, talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa forma, entendemos que o juiz não deverá levá-la em consideração no momento da fixação da pena-base.

Mercece ser frisado, ainda, que a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado *direito penal do fato*, pois prioriza a análise das características pessoais do seu autor.

Embora os registros ostentados pelo paciente de prática de atos infracionais não possam ser utilizados para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não serem considerados crimes, podem ser sopesados na análise da personalidade do recorrente, reforçando os elementos já suficientes dos autos que o apontam como pessoa perigosa e cuja segregação é necessária. Precedente da 3^a Seção. Ressalva do entendimento do Relator (STJ, HC 352.027/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 23/09/2016).

É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que várias condenações transitadas em julgado autorizam ter por desfavoráveis as circunstâncias judiciais dos antecedentes, conduta social e personalidade (STJ, AgRg no AREsp 643.334/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 23/04/2015).

Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador (STJ, HC 133800/MS, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 28/6/2010).

Esta Corte Superior já pacificou o entendimento segundo o qual a existência de condenações anteriores não se presta a fundamentar uma personalidade voltada para o crime. Precedente do STJ (STJ, HC 89321/MS, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 6/4/2009).

Quanto à personalidade, devem ser lembradas as qualidades morais do agente, a sua boa ou a má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento, também não devendo ser desprezadas as oportunidades que teve ao longo de sua vida e consideradas em seu favor uma vida miserável, reduzida instrução e deficiências pessoais que tenham impedido o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade. (STJ, HC 107795/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 6^a T., DJe 2/3/2009).

A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito (STJ, HC 50331/PB, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 6/8/2007, p. 550).

Diferença entre personalidade e antecedentes criminais

Personalidade e antecedentes criminais, precisamente por serem conceitos distintos e, como tais, considerados circunstâncias judiciais autônomas, não podem ser valorados com base no mesmo fundamento fático. Assim não sendo, sempre que o acusado registrar maus antecedentes, sua personalidade seria considerada, automaticamente, destorcida, o que, evidentemente, atenta contra o próprio art. 59 do Código Penal (TJRS, Ap. Crim. 70012350963, 8^a Câm. Crim., Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 28/9/2005).

Motivos

Os motivos são as razões que antecederam e levaram o agente a cometer a infração penal. Nas lições de Pedro Vergara, “os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja idoneidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas”.⁵⁷

Os fatos de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base, sob a justificativa de exacerbação da culpabilidade. É errôneo valorar negativamente a motivação se o crime foi cometido com a finalidade de obter dinheiro para comprar drogas, mormente porque ‘[t]al circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, bem assim o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação’ (HC 113.011/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 5/4/2010). A ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, portanto, é ilegal (STJ, HC 167936/MG, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 13/8/2012).

Circunstâncias

Na definição de Alberto Silva Franco, “circunstâncias são elementos accidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva para efeito de agravá-la ou abrandá-la. As circunstâncias apontadas em lei são as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) que estão enumeradas nos arts. 61, 62 e 65 da PG/84 e são de cogente incidência. As circunstâncias inominadas são as circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 da PG/84 e, apesar de não especificadas em nenhum texto legal, podem, de acordo com uma avaliação discricionária do juiz, acarretar um aumento ou uma diminuição de pena. Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso etc.”⁵⁸

Consequências do crime

As consequências do crime constituem um dado importante a ser observado quando da aplicação da pena-base. A morte de alguém casado e com filhos menores, de cujo trabalho todos dependiam para sobreviverem, ou a hipótese daquele que, imprudentemente, deixando de observar o seu necessário dever de cuidado, atropela uma pessoa que efetuava a travessia de uma avenida, fazendo com que a vítima viesse a perder os movimentos do corpo, tornando-se uma pessoa paralítica, são, efetivamente, dados que devem merecer a consideração do julgador no momento em que for encontrar a pena-base.

A morte da vítima que deixa órfãos quatro filhos menores constitui fundamento idôneo para a avaliação negativa das consequências do crime. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 648.151/MS, Rel. Min. Ericson Maranho, Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 20/05/2015).

A exasperação da reprimenda, pelo fato de as consequências serem desfavoráveis porque o tráfico tem um alto poder de lesividade à moral, à boa índole e aos bons costumes, por igual, deve ser afastado, pois não

revelam terem sido além daquelas que resultam naturalmente do crime (STJ, HC 235465/RN, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T, DJe 25/6/2013).

Comportamento da vítima

Pode a vítima ter contribuído para o cometimento da infração penal pelo agente.

Na precisa colocação de Júlio Fabbrini Mirabete, “estudos de Vítimologia demonstram que as vítimas podem ser ‘colaboradoras’ do ato criminoso, chegando-se a falar em ‘vítimas natas’ (personalidades insuportáveis, criadoras de casos, extremamente antipáticas, pessoas sarcásticas, irritantes, homossexuais e prostitutas etc.). Maridos verdugos e mulheres megeras são vítimas potenciais de cônjuges e filhos; homossexuais, prostitutas e marginais sofrem maiores riscos de violência diante da psicologia doentia de neuróticos com falso entendimento de justiça própria”.⁵⁹

O Tribunal *a quo*, não obstante ter consignado no decreto condenatório que o comportamento da vítima em nenhum momento colaborou à prática do delito, valorou tal circunstância judicial como negativa ao réu. Esse entendimento, contudo, destoa da jurisprudência iterativa deste Tribunal Superior, que orienta no sentido de que a ausência, por parte da vítima, de comportamento particularmente estimulante ou desestimulante ao crime praticado tem por consequência a desconsideração desse vetor, considerando-se constrangimento ilegal sua valoração negativa na primeira fase da dosimetria da pena. Precedentes (STJ, HC 308.693/AL, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5^a T, DJe 12/09/2016).

O comportamento da vítima apenas deve ser considerado em benefício do agente, quando a vítima contribui decisivamente para a prática do delito, devendo tal circunstância ser neutralizada na hipótese contrária, de não interferência do ofendido no cometimento do crime, não sendo possível, portanto, considerá-la negativamente na dosimetria da pena (STJ, HC 255231/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T, DJe 4/3/2013).

Penas aplicáveis dentre as cominadas

As penas cominadas pelo Código Penal são as de reclusão, detenção e multa.

Na Lei das Contravenções Penais existe, ainda, previsão para a pena de prisão simples.

Quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos

Na Parte Especial do Código Penal, ao definir as infrações penais, os tipos penais incriminadores preveem, em seus preceitos secundários, as penas mínima e máxima, sendo estes, portanto, os limites que nortearão o julgador quando da fixação da pena-base, não podendo, outrossim, aplicar, nesse primeiro momento, pena inferior ao mínimo previsto, ou superior ao máximo cominado.

A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime (STJ, AgRg no AREsp 954.910/DF, Rel.^a Min.^a Maria

Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 12/09/2016).

Embora excepcional, é válida a fixação da pena no máximo legalmente permitido, já na primeira fase da dosimetria, desde que a exasperação esteja amparada em fundamentos idôneos, que guardem coerência lógico-jurídica com a reprimenda imposta, como ocorre no caso *sub judice*, em que a opção pelo limite máximo da pena cominada apoiou-se em dado concreto justificador da expressiva majoração, qual seja, a descomunal quantidade da droga apreendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (STJ, HC 188043/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 18/6/2013).

Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Ao fixar a pena, deverá o julgador determinar o regime inicial para seu cumprimento, observando-se o disposto no art. 33 do Código Penal.

A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção penal e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo e da motivação das decisões judiciais. Garantias essas que alcançam a ulterior fase de fixação do regime inicial para o cumprimento da pena. Isto nos exatos termos do inc. III do art. 59 do Código Penal (STF, HC 96384/BA, Rel. Min. Carlos Britto, 1^a T., DJ 3/4/2009, p. 707).

Substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível

A substituição será cabível nos termos do art. 44 do Código Penal.

Erro ou ilegalidade na dosimetria da pena

A orientação reiteradamente firmada nesta Corte é no sentido de que somente nas hipóteses de erro ou ilegalidade prontamente verificável na dosimetria da reprimenda, em flagrante afronta ao art. 59 do Código Penal, pode esta Corte reexaminar o *decisum* em tal aspecto (STJ, HC 74482/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 6/8/2007 p. 575).

Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, Boletim nº 26, publicado em 10 de dezembro de 2014, sobre aplicação da pena – circunstâncias judiciais

- 1) O aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59, CP) depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal.
- 2) Não há ilegalidade na análise conjunta das circunstâncias judiciais comuns aos corréus, desde que seja feita de forma fundamentada e com base nas semelhanças existentes.
- 3) A culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elemento do tipo penal, não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade (art. 59 do CP), que diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada.
- 4) A premeditação do crime evidencia maior culpabilidade do agente criminoso, autorizando a majoração da pena-base.
- 5) O prazo de cinco anos do art. 64, I, do Código Penal, afasta os efeitos da reincidência, mas não impede o reconhecimento de maus antecedentes.
- 6.1) Os atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência.
- 6.2) Os atos infracionais podem ser valorados negativamente na circunstância judicial referente à

personalidade do agente.

- 6.3) Os atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base.
- 7) A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. (Súmula nº 241/STJ) 8) O registro decorrente da aceitação de transação penal pelo acusado não serve para o incremento da pena-base acima do mínimo legal em razão de maus antecedentes, tampouco para configurar a reincidência.
- 9) É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (Súmula nº 444/STJ) 10) Havendo diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, não há *bis in idem* se uma for considerada como maus antecedentes e a outra como reincidência.
- 11) Para valoração da personalidade do agente é dispensável a existência de laudo técnico confeccionado por especialistas nos ramos da psiquiatria ou da psicologia.
- 12) O expressivo prejuízo causado à vítima justifica o aumento da pena-base, em razão das consequências do crime.
- 13) O comportamento da vítima em contribuir ou não para a prática do delito não acarreta o aumento da pena-base, pois a circunstância judicial é neutra e não pode ser utilizada em prejuízo do réu.

Critérios especiais da pena de multa Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 1º A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Multa substitutiva** § 2º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Habeas corpus e verificação da capacidade econômica**

Verificar se a situação econômica do réu é, ou não, condizente com a multa aplicada não pode ser objeto de *habeas corpus*, por implicar a necessidade de reexame de fatos e de provas (STF, HC 72657/MT, Rel. Min. Moreira Alves, 5ª T., DJ 9/8/1996, p. 27.100).

Proporcionalidade entre as penas de privação de liberdade e multa

De acordo com a compreensão desta Corte, a pena de multa deve ser aplicada proporcionalmente à pena privativa de liberdade (STJ, HC 102741/RS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe 16/11/2009).

Substituição da pena privativa de liberdade cumulada com a pena de multa

Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defesa a substituição da prisão por multa (enunciado 171 da Súmula de Jurisprudência deste STJ) (STJ, REsp. 1114099/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 15/3/2010).

Substituição da pena privativa de liberdade pela de multa

Ocorrendo a substituição da pena corporal por multa, deve esta ser fixada em conformidade com o disposto no art. 49 do CPB, ou seja, em dias-multa, sendo arbitrado o valor deste, e não fixada diretamente em salário-mínimo, sendo esta espécie reservada à pena alternativa de prestação pecuniária (TJMG, Processo 2.0000.00.476578-6/000[1], Rel. Maria Celeste Porto, DJ 18/6/2005).

Circunstâncias agravantes Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – a reincidência; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – ter o agente cometido o crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se

de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (*Incluído pela Lei nº 11.340, de 1º/10/2006.*) g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (*Redação dada pela Lei nº 10.741, de 1º/10/2003.*) i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

Circunstâncias

Circunstâncias são dados periféricos que gravitam ao redor da figura típica e têm por finalidade diminuir ou aumentar a pena aplicada ao sentenciado. Por permanecerem ao lado da definição típica, as circunstâncias em nada interferem na definição jurídica da infração penal. As elementares, ao contrário, são dados essenciais, indispensáveis à definição da figura típica, sem os quais o fato poderá ser considerado atípico – hipótese de atipicidade absoluta –, ou haverá aquilo que chamamos de desclassificação – atipicidade relativa.

Quantum para agravar a pena

Merece ser frisado, ainda, que o Código Penal não fornece um *quantum* para fins de atenuação ou agravação da pena, ao contrário do que ocorre com as chamadas causas de diminuição ou de aumento, que devem ser observadas no terceiro momento do critério trifásico previsto no art. 68 do diploma repressivo. Para elas, o Código Penal reservou essa diminuição ou aumento em frações, a exemplo do que ocorre com o § 1º do seu art. 155, quando diz que a pena será aumentada em *um terço* se o furto for praticado durante o repouso noturno.

Até quanto podemos, ousssim, agravar ou atenuar a pena-base fixada?

Ante a ausência de critérios previamente definidos pela lei penal, devemos considerar o princípio da razoabilidade como reitor para essa atenuação ou agravação da pena. Contudo, em face da fluidez desse conceito de razoabilidade, a doutrina tem entendido que “razoável” seria agravar ou atenuar a pena-base em até um sexto do *quantum* fixado, fazendo-se, pois, uma comparação com as causas de diminuição e de aumento de pena.

Como bem observado por Cesar Roberto Bitencourt, “o Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes)”.⁶⁰

Assim, na ausência de determinação legal, acreditamos que, no máximo, as atenuantes e agravantes poderão fazer com que a pena-base seja diminuída ou aumentada em até *um sexto*.

Consoante a jurisprudência desta Corte, em se tratando de crime de homicídio, com pluralidade de qualificadoras, uma poderá qualificar o delito, enquanto as demais poderão caracterizar circunstância agravante, se forem previstas como tal ou, residualmente, circunstância judicial (STJ, HC 294.594/SP, Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 22/06/2016).

Devido o Código Penal não ter estabelecido balizas para o agravamento e atenuação das penas, na segunda fase de sua aplicação, a doutrina tem entendido que esse aumento ou diminuição deve se dar em até 1/6 (um sexto), atendendo a critérios de proporcionalidade (STJ, HC 158848/DF, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., DJe 10/5/2010).

Reincidência

Será analisada quando do estudo dos arts. 63 e 64 do Código Penal.

Taxatividade do rol constante do art. 61 do Código Penal

Por se tratar de circunstâncias que agravam a pena, o rol constante do art. 61 do Código Penal é taxativo, não se admitindo sua ampliação por via de interpretação ou mesmo pelo emprego de analogia.

Tribunal do Júri

Após a edição da Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao Tribunal do Júri, nos termos do *caput* do seu art. 476, embora as circunstâncias agravantes devam ser sustentadas pela acusação durante a sessão de julgamento, não existe mais a possibilidade de serem submetidas ao crivo do Conselho de Sentença, devendo o juiz presidente considerar, tão somente, a sua aplicação no caso de condenação do acusado, conforme determina o art. 492, I, b, do mencionado diploma processual penal.

Ter o agente cometido o crime: por motivo fútil ou torpe

Fútil é aquele motivo insignificante, gritantemente desproporcional. Torpe é o motivo abjeto, vil, que nos causa repugnância, pois atenta contra os mais basilares princípios éticos e morais. Exemplo do primeiro seria o caso de o agente agredir o garçom que, equivocadamente, debitara-

-lhe uma cerveja a mais na conta; já com relação ao segundo, temos as hipóteses citadas por Mirabete daquele que espanca uma meretriz que não quer ser explorada ou a testemunha que prestou depoimento contra os interesses do agente.

Segundo o entendimento desta Corte, a discussão anterior entre a vítima e o autor do homicídio, por si só, não afasta a qualificadora do motivo fútil, mormente quando reconhecida pelo Tribunal do Júri. Precedentes: AgRg no REsp 1.113.364/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 06/08/2013, DJe 21/8/2013, AREsp 31.372/AL, Rel.^a Min.^a Assusete Guimarães, 6ª T., DJe 21/03/2013, AgRg no AREsp 182.524/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 17/12/2012 (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 209.620/MT, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo – desembargador convocado do TJ-PE, 5ª T., DJe 08/06/2015).

Caracteriza-se o motivo fútil quando o agir do acusado ultrapassa, em muito, as reações que seriam aceitáveis como manifestação de inconformismo diante da ciência de que sua ex-companheira mantinha um novo relacionamento. (TJSC, AC 2011.084321-5, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 19/2/2013).

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

Na primeira hipótese, ou seja, quando o agente comete o crime para facilitar ou assegurar a execução de outro crime, existe, na verdade, uma relação de meio e fim. O crime-meio é cometido para que tenha sucesso o crime-fim. No segundo caso, o agente pratica o delito com a finalidade de ocultar outro por ele levado a efeito. Na terceira hipótese, o delito é conhecido, mas o agente procura manter desconhecida sua autoria, assegurando-lhe a impunidade. Por fim, a prática da infração, em cuja pena está sendo aplicada a circunstância agravante, foi dirigida a assegurar a vantagem de outro crime por ele cometido.

À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido

Traição, na definição de Hungria, é o delito “cometido mediante ataque súbito e sorrateiro, atingindo a vítima, descuidada ou confiante, antes de perceber o gesto criminoso”.⁶¹ Emboscada é a tocaia, ou seja, o agente aguarda a vítima passar, para, então, surpreendê-la. Dissimulação, ainda na lição de Hungria é “a ocultação da intenção hostil, para acometer a vítima de surpresa”.⁶² O artigo determina, ainda, seja procedida uma interpretação analógica, uma vez que sua fórmula genérica diz que ainda agravará a pena qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Dificultar é criar embaraços para a defesa da vítima; tornar impossível é inviabilizar, completamente, essa defesa.

Configurada a agravante de crime cometido mediante emboscada quando os agentes vêm a investir contra as vítimas de forma astuciosa, mediante cilada, esperando, de tocaia, que saíssem de casa no horário da escola para surpreendê-los e, aí, poderem adentrar a residência (TJMG, Processo 2.0000.00.517817-6/000[1], Rel. Des. William Silvestrini, DJ 25/11/2006).

Com o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum

Conforme preleciona Aníbal Bruno, “o veneno é o tipo do meio insidioso, que alcança a vítima sem que ela o perceba, impedindo a sua defesa e a natural reação contra o agente, do mesmo modo que a tortura e a asfixia são meios cruéis, destinados a provocar na vítima sofrimentos físicos ou morais maiores do que os necessários para a prática do crime, ou dirigidos a que este se consuma de maneira mais dolorosa e constrangedora, assim como o fogo e o explosivo exemplificam meios capazes de produzir perigo comum, em que ao dano da vítima, em geral cruel, se junta a ameaça a bens de outrem, no círculo de ação do meio perigoso. Em todos esses casos e outros análogos, a maldade do agente aumenta a reprovabilidade do seu ato, conduzindo ao acréscimo da medida penal”.⁶³

A qualificadora do meio que possa resultar perigo comum somente pode ser reconhecida quando, além de atingir a vítima escolhida, pode criar uma situação de perigo extensivo a um indeterminado número de pessoas (TJRS, RESE 70054637103, Rel. Julio Cesar Finger, j. 10/7/2013).

Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge

A prova do parentesco deverá constar, obrigatoriamente, dos autos, mediante documentos próprios (carteira de identidade, certidão de nascimento ou certidão de casamento etc.), não podendo a circunstância agravante ser aplicada na sua ausência. Não importa, ainda, que o parentesco seja natural ou proveniente de adoção. Como a última figura da alínea *e* faz menção ao cônjuge, não podemos nela admitir a pessoa do(a) companheiro(a), sob pena de ser realizada a chamada analogia *in malam partem*, o que não impede que, neste caso, seja aplicada a circunstância agravante elencada pela alínea *f*, cuja análise será feita adiante.

A agravante de que trata o art. 61, II, *e*, do Código Penal não incide nas hipóteses de crime praticado contra

companheiro(a), pois a lei faz menção apenas ao cônjuge e, na seara criminal, não se admite o emprego da analogia em prejuízo do réu (*in malam partem*) para agravar a pena (STJ, REsp. 1201880/RS, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 14/5/2013).

Consoante entendimento pacificado em nossos tribunais, a prova do casamento do acusado com a vítima, para o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, II, e, do CP, só pode ser feita na forma prevista no art. 155 do Código de Processo Penal⁶⁴ e no art. 1.543 do Código Civil, através de certidão passada pelo Oficial do Cartório de Registro Civil (TJMG, Processo 1.0024.95.095097-2/001[1], Rel. Des. Tibagy Salles, DJ 24/8/2004).

Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica

Na precisa lição de Magalhães Noronha, “abuso é o uso ilegítimo, é usar mal, no caso, a autoridade que possui, seja de natureza particular ou pública, desde que não compreendida na alínea seguinte”.⁶⁵ Entende-se por relações domésticas, ainda seguindo as lições de Magalhães Noronha, aquelas “estabelecidas entre os componentes de uma família, entre patrões e criados, empregados, professores e amigos da casa”.⁶⁶ Coabitar, no sentido do texto legal, quer dizer habitar ou morar em lugar comum, diversamente da hospitalidade, que se traduz, em regra, numa situação passageira ou momentânea, como as visitas. Por violência contra a mulher devemos entender aquela prevista pelo art. 5º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que diz, *verbis*: *Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.*

O art. 61, II, f, do Código Penal prevê como caso de agravamento da pena o crime cometido com violência contra a mulher. Embora – desde as alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009 – a condição de mulher não seja mais elementar do crime de estupro (art. 213, *caput*, do CP), a violência o é. Contudo, mesmo se considerado que tal circunstância seria elementar do crime, o agravamento da pena deve ser efetivado, uma vez que o delito de estupro ocorreu em decorrência de relações domésticas ou de coabitação, hipótese esta que não integra o tipo penal em questão. (STJ, REsp. 1388316/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 10/4/2014).

A incidência da Lei nº 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. Precedentes. No caso não se revela a presença dos requisitos cumulativos para a incidência da

Lei nº 11.340/06, a relação íntima de afeto, a motivação de gênero e a situação de vulnerabilidade (STJ, HC 175816/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 28/6/2013).

A relação de hospitalidade, agravante prevista na letra *f* do inc. II do art. 61 do CP, não prescinde de intimidade e nem de permanência demorada do agente no local, bastando para tanto a cortesia social da vítima (TARS, AC, Rel. Sylvio Baptista, RT 725, p. 667).

Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão

Cargo e ofício dizem respeito aos chamados servidores públicos. Ministério encontra-se normalmente ligado a atividades religiosas. Profissão, como assevera Celso Delmanto, “é a atividade habitualmente exercida por alguém, como seu meio de vida”,⁶⁷ a exemplo do médico, engenheiro *etc.*

O funcionário público que se utiliza de seu cargo para a prática de crime responde pela qualificadora prevista no art. 61, II, ‘g’, do CP. (STJ, REsp. 1121689/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 14/5/2014).

Violão de dever inerente à profissão é a infração de norma estrutural ou essencialmente informativa do exercício da atividade em si mesma, e jamais a transgressão de um excepcional limite imposto à liberdade de comércio (TJDF, Ap. 8498, Rel. Nélson Hungria, RF 113, p. 205).

Contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida

O art. 2º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabeleceu que se considera criança a pessoa com até 12 anos de idade incompletos e adolescente, aquela entre 12 e 18 anos de idade. Assim, em virtude dessa opção legal, somente poderá haver a aplicação da circunstância prevista na primeira figura da alínea *h* quando a vítima tiver menos de 12 anos de idade. Com relação à segunda figura, o Estatuto do Idoso, no lugar da palavra *velho*, utilizada pela antiga redação da alínea, fez inserir a expressão *maior de 60 (sessenta) anos*, nos fornecendo um dado de natureza objetiva para fins de aplicação da circunstância agravante. Enfermo é aquele que está acometido por uma enfermidade que o torna debilitado, vulnerável, tendo, por essa razão, reduzida sua condição de defesa. Grávida é a mulher em cujo útero já se encontra um embrião ou o feto. Para que esta agravante seja aplicada, é preciso que, obrigatoriamente, ela ingresse na esfera de conhecimento, ou seja, o agente, efetivamente, deverá ter conhecimento do estado de gravidez da vítima.

Não se vislumbra ter sido possível ingressar na esfera de conhecimento do paciente a existência de vítima idosa dentro do veículo. Assim, a incidência da agravante constante no art. 61, inc. II, alínea *h*, do Código Penal expressa verdadeira responsabilidade penal objetiva, o que não se admite no ordenamento pátrio (STJ, HC 255231/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 4/3/2013).

O aumento da pena decorrente da circunstância agravante de ser a vítima maior de sessenta anos é cronológico. Estando comprovado nos autos que a vítima era maior de sessenta anos, a agravante deve ser considerada no cálculo da dosimetria da pena (STJ, REsp. 1166589/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 4/6/2012).

A incidência da agravante estabelecida no art. 61, inc. II, alínea *h*, do Código Penal está relacionada a uma

maior vulnerabilidade do sujeito passivo, ou seja, há uma punição diferenciada a quem fere interesse ou bem jurídico de mulher grávida, menor de idade ou de pessoa idosa. Antes do Estatuto do Idoso, a lei penal trazia a terminologia ‘velho’ (critério biológico) e, após, passou a usar ‘idoso’ (critério cronológico), no entanto, o bem jurídico tutelado sempre foi o mesmo, modificando-se tão somente o vocábulo para estabelecer elemento de caráter objetivo (60 anos) (STJ, HC 145928/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 17/5/2011).

A agravante do art. 61, I, alínea *h*, do CPB (crime cometido contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida) é objetiva, bastando que a pessoa atingida se encontre em uma dessas situações para a sua incidência, sendo desnecessária qualquer consideração a respeito das condições físicas da vítima (STJ, HC 83977/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 20/10/2008).

Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade

Essa hipótese demonstra o desrespeito do agente diante das autoridades constituídas. Mesmo, como diz a agravante, estando o ofendido sob a imediata proteção da autoridade, isso não foi suficiente para inibir sua conduta. Conforme salientado por Aníbal Bruno, “o que se ofende não é só o bem jurídico do indivíduo, mas o respeito à autoridade que o tem sob sua imediata proteção e cresce ainda a reprovação do fato pela audácia do agente, a pertinácia com que leva adiante o seu desígnio criminoso, apesar da situação particular de garantia em que se encontra a sua vítima”.⁶⁸

Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido

Quando a infração penal é cometida durante a ocorrência de uma calamidade pública, a exemplo daquelas mencionadas pela alínea *j* (incêndio, naufrágio ou inundação), existe um natural enfraquecimento na proteção de determinados bens, facilitando, sobremaneira, a ação criminosa do agente. A prática de infração penal durante situações calamitosas é fator demonstrativo da insensibilidade do agente, que, além de não se importar com o infortúnio alheio, ainda contribui para o maior sofrimento. A agravante será aplicada, também, na hipótese de desgraça particular do ofendido, ou seja, além daquela situação de calamidade pública, que atinge um número considerável de pessoas, preocupou-se a lei penal também com a particular situação do ofendido. Celso Delmanto diz que a última parte da mencionada alínea “refere-se ao aproveitamento de situação de luto, acidente ou enfermidade da vítima ou de seus familiares”,⁶⁹ podendo-se acrescentar a essas hipóteses quaisquer outras que atinjam o ofendido de modo a deprimi-lo, fazendo com que fique por demais fragilizado, a exemplo da separação judicial da vítima, a internação de um de seus filhos para a realização de tratamento de desintoxicação *etc.*

Em estado de embriaguez preordenada

As modalidades de embriaguez voluntária vêm expressas no inc. II do art. 28 do Código Penal, podendo-se bipartir, como dissemos, em embriaguez voluntária em sentido estrito e embriaguez culposa. Na primeira, o agente faz a ingestão de bebida alcoólica com a finalidade

de se embriagar; na segunda, embora não tendo essa finalidade, culposamente se coloca em estado de embriaguez. A agravante da embriaguez preordenada encontra-se prevista na modalidade de embriaguez voluntária em sentido estrito. Contudo, a finalidade do agente não é somente embriagar-se, mas colocar em estado de embriaguez com o fim de praticar determinada infração penal. Embora entendamos dessa forma a embriaguez preordenada, podemos em alguns casos afirmar também que o agente, colocando-se em estado de embriaguez, já não saberá o que fazer, podendo sua atitude, ser até mesmo completamente diversa daquela que esperava. Se desejava matar alguém, quando, já em completo estado de embriaguez, encontra o seu desafeto em vez de levar adiante o seu intento criminoso, a mudança de personalidade causada pela ingestão de bebida alcoólica pode fazer com que sua intenção agressiva se transforme em outro sentimento completamente diverso. Enfim, embora não podendo o agente ter a certeza do que fará em estado de embriaguez, se sua finalidade, ao fazer a ingestão de bebida alcoólica, era praticar determinada infração penal, se esta for efetivamente levada a efeito, terá plena aplicação a agravante em discussão.

Diferentemente da embriaguez decorrente de caso fortuito ou de força maior, em que há isenção ou diminuição de pena, a denominada embriaguez voluntária ou culposa, salvo quando preordenada – a qual configura circunstância agravante, resultando em aumento de pena –, conquanto não induza inimputabilidade, afeta a capacidade do autor de entender o caráter ilícito da conduta e de se autodeterminar conforme tal entendimento, de sorte que se, de um lado, não se presta para atenuar a reprimenda, não pode, de outro, servir como fundamento para seu recrudescimento (STJ, HC 190.486/ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 1º/10/2015).

A embriaguez para agravar a pena deve ser aquela preordenada, planejada em direção ao cometimento do crime [...] (TJMG, Processo 1.0071.05.022574-8/001[1], Rel. Des. Herculano Rodrigues, DJ 13/9/2006).

Agravantes no caso de concurso de pessoas Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – coage ou induz outrem à execução material do crime; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes

Com essa redação, o inc. I do art. 62 do Código Penal permite agravar a pena do chefe do

grupo criminoso, aquele que se destaca pela sua capacidade de organizar e dirigir os demais. É o “cabeça pensante”, o homem inteligente do grupo, que tem a capacidade de conduzir os demais ao sucesso da infração penal. Como bem destacou Jair Leonardo Lopes, “não há dúvida de que quem toma a iniciativa da prática do crime, traçando a atividade dos demais agentes, urdindo toda a trama, distribuindo as tarefas, revela a sua intensa disposição de delinquir, impondo-se a agravação de sua pena. Neste nível estaria o chamado ‘poderoso chefão’ da máfia italiana ou o ‘chefe da gang’ norte-americana ou, entre nós, os dirigentes de quadrilhas como no chamado ‘Comando Vermelho’, ‘Esquadrões da morte’ ou, mais recentemente, o PCC (Primeiro Comando da Capital), existente no Estado de São Paulo”.⁷⁰

As hipóteses mencionadas por Jair Leonardo Lopes, atualmente, se amoldariam ao conceito de organização criminosa, conforme se verifica pela redação do § 1º do art. 1º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Também, aqui, haveria uma agravação da pena para aquele que exerce atividade de comando, conforme se verifica pelo § 3º, do art. 2º da referida lei, que diz, *verbis*:

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente os atos de execução.

Uma vez evidenciado que a recorrente exerceu papel de liderança na atividade criminosa, deve ser mantida a incidência da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal. O fato de a recorrente ser companheira do corréu – e, portanto, o fato de se tratar de relação familiar – não obsta, por si só, o reconhecimento da agravante, porquanto não afasta, *de per si*, a circunstância de haver ela coordenado ou dirigido a prática delitiva (STJ, REsp 1.537.773/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T, DJe 19/09/2016).

O reconhecimento do acusado pelas vítimas, bem como por diversas testemunhas, como sendo aquele que dirigia a ação dos demais coautores impõe o reconhecimento da agravante prevista no art. 62, I, do CP (TJMG, Processo 1.0527.06.976437-3/001[1], Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, DJ 12/9/2006).

Para a caracterização da agravante do art. 62, I, do CP, é necessário que o réu tenha ascendência sobre os demais envolvidos, fazendo com que cumpram as determinações relativas à divisão de tarefas do plano criminoso que arquitetou. Estando comprovado apenas o mero convite para a prática delituosa, não há que se falar em elevação de pena (TJMG, Processo 2.0000.00.411634-1/000[1], Rel. Des. Eduardo Brum, DJ 7/10/2003).

Coage ou induz outrem à execução material do crime

A coação mencionada pelo inc. II do art. 62 do Código Penal pode ser irresistível ou resistível. Na coação dita irresistível, somente o coator responderá pelo crime praticado pelo coagido, nos termos do art. 22 do Código Penal, que diz que se o fato é cometido sob coação irresistível somente é punível o autor da coação. Assim, sobre a pena aplicada ao coator, relativa ao injusto penal levado a efeito pelo coagido, ainda se fará incidir a agravante em estudo. Na coação resistível, coator e coagido responderão pela infração penal praticada por este último; contudo, a lei determina que sobre a pena aplicada ao primeiro se faça incidir a agravante. A segunda hipótese prevista pelo inc. II do art. 62 do Código Penal diz respeito

àquele que induz outrem à execução material do crime. Segundo o item 53 da exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal, *o Projeto dedicou atenção ao agente que no concurso de pessoas desenvolve papel saliente. No art. 62, reproduz-se o texto do Código atual, acrescentando-se, porém, como agravante, a ação de induzir outrem à execução material do crime. Estabelece-se, assim, paralelismo com os elementos do tipo do art. 122 (induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio).* Induzir quer dizer colocar, criar a ideia criminosa na cabeça do agente; instigar significa reforçar, estimular uma ideia já existente. A lei penal fez opção por agravar a pena somente daquele que cria a ideia delituosa na cabeça do agente, autor da infração penal, deixando de lado a simples instigação. Embora se saiba que o autor exerce uma atividade principal e o partícipe uma atividade acessória, essa obrigatoriamente dependente daquela, merece ser frisado que, se não concorrem quaisquer outras causas que agravem a pena e se todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis a ambos, a pena do partícipe, em virtude da aplicação dessa circunstância agravante, deverá ser maior do que a pena do autor, que executa materialmente o crime.

Instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal

A primeira parte do inciso diz respeito àquele que instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade. Instigar, como vimos acima, significa reforçar, acorçoar uma ideia criminosa já existente; a determinação, conforme salienta Fernando Galvão da Rocha, “não possui o mesmo sentido que a indução, prevista no inciso anterior, posto que na hipótese ora em análise existe uma especial relação de autoridade que confere ao agente um poder de sujeitar à sua vontade o comportamento do outro indivíduo”.⁷¹ A autoridade mencionada pode ser pública ou privada, tais como a relação hierárquica entre servidores públicos, a familiar entre pais e filhos, a religiosa *etc.* A segunda parte do inciso cuida daquele que instiga ou determina a cometer o crime alguém não punível em virtude de sua condição ou qualidade pessoal. Note-se que o inciso fala em não punível, que não se confunde com o “inculpável”. O fato praticado deve, portanto, ser típico, ilícito e culpável. Contudo, em virtude de uma condição ou qualidade pessoal não será punível, a exemplo das chamadas escusas absolutórias, ou imunidades penais de caráter pessoal, previstas no art. 181 do Código Penal. Se alguém, por exemplo, é instigado por outrem a subtrair um relógio pertencente a seu pai para que, vendendo-o, possa comprar certa quantidade de maconha para seu consumo, o fato por ele levado a efeito será considerado típico, ilícito e culpável, havendo, portanto, o crime. Contudo, em virtude da escusa absolutória existente no art. 181, II, do Código Penal, o agente não poderá ser punido, o que não impede que aquele que o estimulou ou o induziu responda pela infração penal praticada, cuja pena será, ainda, agravada, nos termos do inciso em estudo.

A instigação, como provação psicológica que é, consiste em exercitar, animar, estimular um propósito já formado, colaborando voluntariamente para que resolução criminosa se transforme em execução (TJMG, Rec.

2408, Rel. Des. Alencar Araripe, *RF* 178, p. 375).

Executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa

A execução ou a participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa demonstra a completa insensibilidade, a cupidez, a ausência de princípios morais básicos do agente. Tais hipóteses configuram o chamado motivo torpe, conceituado por Hungria como “o motivo que mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social comum. É o motivo abjeto, ignobil, repugnante, que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade”.⁷²

Não há incompatibilidade entre o reconhecimento da qualificativa do concurso de agentes e o da agravante da execução mediante paga (TJMG, Rel. Des. Alencar Araripe Ap. 13541, *RF* 186, p. 354).

Reincidência Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Reincidência**

O art. 63 do Código Penal diz que a reincidência ocorre quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O mencionado artigo refere-se a três fatos indispensáveis à caracterização da reincidência: 1º) prática de crime anterior; 2º) trânsito em julgado da sentença condenatória; 3º) prática de novo crime, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Reincidência específica

Como regra geral, o Código Penal afastou a chamada reincidência específica, sendo suficiente a prática de crime anterior – independentemente das suas características –, que pode ou não ser idêntico ou ter o mesmo bem juridicamente protegido pelo crime posterior, praticado após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Contudo, ao cuidar, por exemplo, do livramento condicional, exigiu, para a sua concessão, que fossem cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for *reincidente específico* em crimes dessa natureza, excepcionando a regra geral.

Tratando-se de condenado reincidente em virtude da prática do mesmo crime, é vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal (STJ, *HC* 61052/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ªT., *DJ* 13/11/2006, p. 281).

Reincidência na Lei das Contravenções Penais

A Lei das Contravenções Penais traz sua própria regra no que diz respeito à reincidência, dizendo em seu art. 7º: *Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.*

Comprovação

Comprova-se a reincidência mediante certidão expedida pelo cartório criminal, que terá por finalidade verificar a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória anterior.

Momento de consideração

Prevista como circunstância agravante, somente no segundo momento de aplicação da pena é que poderá ser considerada a reincidência, razão pela qual o STJ, por intermédio da Súmula 241, posicionou-se no sentido de que *a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.*

A reincidência não deve ser tida como circunstância agravante obrigatória, mas sim levada em consideração quando do exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (TJMG, Processo 2.0000.00.349939-0/000[1], Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 13/4/2002).

Reincidência e maus antecedentes

A constitucionalidade da exasperação da pena em virtude da agravante genérica da reincidência, além de reiteradamente reconhecida por esta Corte Superior, foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 453.000/RS – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – DJe 03/10/2013. Havendo mais de uma condenação definitiva anterior, não configura *bis in idem* a utilização de uma na primeira fase de dosimetria, para caracterizar maus antecedentes, e da outra na segunda fase, para aplicar a agravante da reincidência (STJ, HC 123.042/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 19/05/2015).

Reincidência e condenação por consumo de drogas

Revela-se adequada a incidência da agravante da reincidência em razão de condenação anterior por uso de droga, prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, pois a jurisprudência desta eg. Corte Superior, acompanhando o entendimento do col. Supremo Tribunal Federal, entende que não houve *abolitio criminis* com o advento da Lei nº 11.343/2006, mas mera “despenalização” da conduta de porte de drogas (Precedentes) (STJ, HC 306.858/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 25/03/2015).

Reincidência e Ato Infracional

A jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência (STJ, HC 224.037/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 27/04/2015).

Bis in idem Esta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal,

diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem* (STJ, HC 283.232/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 03/08/2016).

O Juiz considerou anotações diversas, utilizando uma para fundamentar a agravante e outra para alicerçar os maus antecedentes, inexistindo *bis in idem*. Precedentes do STJ (TJ-RJ, AC 0152432-11.2014.8.19.0001, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 05/05/2015).

Restando comprovada a reincidência, a sanção corporal deverá ser sempre agravada, nos termos do expressamente previsto no art. 61, I, do CP, que se encontra plenamente em vigor, importando sua exclusão em flagrante ofensa à lei federal e aos princípios da isonomia e da individualização da pena, constitucionalmente garantidos. O fato de o reincidente ser punido mais gravemente do que o primário não viola a Constituição Federal nem a garantia do *ne bis in idem*, isto é, de que ninguém pode ser punido duplamente pelos mesmos fatos, pois visa tão somente reconhecer maior reprovaabilidade na conduta daquele que é contumaz violador da lei penal (STJ, AgRg. no REsp. 942981/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 13/5/2011).

Art. 64. Para efeito de reincidência: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Não reconhecimento da reincidência**

Com essa redação, o art. 64 do Código Penal elimina de nosso sistema a perpetuidade dos efeitos da condenação anterior, determinando que esta não prevalecerá se entre a data de cumprimento ou da extinção da pena tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos. Para fins de contagem desse prazo, quando ao condenado tiver sido concedida a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional, o início da contagem do prazo de cinco anos ocorrerá a partir da data da audiência admonitória ou da cerimônia do livramento condicional, desde que não revogada a medida e declarada a extinção da pena (arts. 82 e 90 do CP).

Se não houver revogação do *sursis* ou do livramento condicional, ultrapassado o período de cinco anos, não poderá a condenação anterior ser considerada para efeito de reincidência, prevalecendo tão somente para configuração dos maus antecedentes.

O termo *a quo* para o cômputo do prazo de extinção dos efeitos da reincidência é a da data do cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade, e não da data do trânsito em julgado da condenação anterior. Na espécie, consta da folha de antecedentes criminais do paciente que a extinção da punibilidade da condenação anterior transitou em julgado em 04/10/2005, de modo que o quinquênio legal operou-se somente em

04/10/2010. Tendo sido o crime descrito nos presentes autos cometido em 22/07/2010, data em que o feito anterior ainda se encontrava ativo, verifica-se a não ocorrência do período depurador, restando plenamente configurada a reincidência (STJ, HC 319.708/MS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 13/05/2015).

O art. 64, inciso I, do Estatuto Repressivo prevê o que se denomina período depurador, ou seja, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento da pena referente ao crime anterior, ou a declaração de sua extinção, e a prática do novo delito, aquela condenação perde o efeito de gerar a reincidência. Viola o art. 64, inciso I, do Código Penal, o acórdão que considera como termo *a quo* para a contagem do período depurador, a data do trânsito em julgado da condenação anterior à prática do novo delito (STJ, AgRg no REsp 1.191.237/SE, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 24/04/2015).

Segundo entendimento desta Corte, o período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes (STJ, AgRg no HC 296.178/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 12/03/2015).

Desconsideração dos crimes militares próprios e políticos

O inc. II do art. 64 do Código Penal também assevera que para efeito de reincidência não se consideram os crimes militares próprios e políticos. Zaffaroni e Pierangeli prelecionam: “Os delitos militares dividem-se em próprios, impróprios e falsos militares. São delitos militares próprios aqueles que só um militar pode cometer, por sua própria condição, os quais, se realizados por pessoa que não seja militar, são atípicos. Delitos militares impróprios são aqueles em que há comprometimento de bens jurídicos militares e não militares, vale dizer que, se cometidos por um militar, são mais ou menos graves, mas que, se fosse praticado por um não militar, continuariam a ser, igualmente, típicos. Falsos delitos militares são os delitos comuns atribuídos à jurisdição militar, quando cometidos por um militar.

Os únicos que não contam para a reincidência são os delitos militares próprios, isto é, os primeiros”.⁷³

Como bem destacou Flávio Augusto Monteiro de Barros, os crimes políticos podem ser: “a) puros ou próprios: são os que atentam exclusivamente contra o sistema de segurança ou organização interna ou externa do Estado (ex.: propaganda revolucionária ou subversiva – art. 22 da Lei nº 7.170/83); b) impuros ou impróprios ou relativos: são os que, além de atentar contra a segurança ou organização do Estado, ainda lesam bem jurídico tutelado pela legislação ordinária (ex.: roubo e sequestro com fins político-subversivos, previsto no art. 20 da Lei nº 7.170/83)”.⁷⁴

Pelo fato de a lei penal não fazer distinção entre os crimes políticos próprios ou impróprios, as duas hipóteses encontram-se previstas no inc. II do art. 64 do Código Penal.

Maus antecedentes

A condenação anterior existente contra o paciente, pelo crime de tráfico de drogas, ainda que alcançada pelo período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterize a agravante da

reincidência, configura maus antecedentes, razão pela qual impede a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, diante da falta do preenchimento dos requisitos legais. Precedente (STJ, HC 338.010/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 15/04/2016).

O decurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre a data do término da pena da condenação anterior e a data da infração posterior, embora afaste os efeitos da reincidência, não impede o reconhecimento de maus antecedentes, ensejando, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes (STJ, HC 179949/RJ, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 6/6/2013).

O decurso do prazo de 5 anos previsto no inc. I do art. 64 do Código Penal, embora elimine os efeitos da reincidência, não impede a utilização de condenações definitivas anteriores como maus antecedentes no processo de dosimetria da pena (STJ, HC 204048/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 29/6/2012).

Ao contrário do que ocorre com o Superior Tribunal de Justiça, que não vê qualquer limite temporal para reconhecimento dos maus antecedentes, o Supremo Tribunal Federal passou a entender, a exemplo do que ocorre com a reincidência (art. 64, I, do CP), que “as condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não poderão ser caracterizadas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena, conforme previsão do art. 64, I, do CP [“Para efeito de reincidência: I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”]. Esse é o entendimento da Segunda Turma, que, em conclusão de julgamento e por maioria, concedeu a ordem em *habeas corpus* para restabelecer a decisão do tribunal de justiça que afastara os maus antecedentes, considerada condenação anterior ao período depurador (CP, art. 64, I), para efeito de dosimetria da pena – v. *Informativo 778*. A Turma afirmou que o período depurador de cinco anos teria a aptidão de nulificar a reincidência, de forma que não poderia mais influenciar no *quantum* de pena do réu e em nenhum de seus desdobramentos. Observou que seria assente que a *ratio legis* consistiria em apagar da vida do indivíduo os erros do passado, já que houvera o devido cumprimento de sua punição, de modo que seria inadmissível atribuir à condenação o *status* de perpetuidade, sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais, sobretudo o da ressocialização da pena. A Constituição vedaria expressamente, na alínea *b* do inciso XLVII do art. 5º, as penas de caráter perpétuo. Esse dispositivo suscitaria questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita. Nessa perspectiva, por meio de cotejo das regras basilares de hermenêutica, constatar-se-ia que, se o objetivo primordial fosse o de se afastar a pena perpétua, reintegrando o apenado no seio da sociedade, com maior razão dever-se-ia aplicar esse raciocínio aos maus antecedentes. Ademais, o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontraria previsão na legislação pátria, tampouco na Constituição, mas se trataria de uma analogia *in malam partem*, método de integração vedado em nosso ordenamento. Por fim, determinou ao tribunal de origem que procedesse à nova fixação de regime prisional, sem considerar a gravidade abstrata do delito, nos termos do art. 33, §§ 2º e

3º, do CP. Vencidos os Ministros Teori Zavascki e Cármem Lúcia, que concediam parcialmente a ordem, apenas quanto à fixação do regime prisional” (STF, HC 126.315/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., *Informativo* 799, 23/9/2015).

Circunstâncias atenuantes Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – o desconhecimento da lei; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – ter o agente: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Redução da pena aquém do mínimo em virtude da aplicação de circunstâncias atenuantes

Objeto de muita discussão tem sido a possibilidade de se reduzir a pena-base aquém do mínimo ou de aumentá-la além do máximo nesse segundo momento de fixação da pena. O STJ, por intermédio da Súmula nº 231, expressou o seu posicionamento no sentido de que *a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*. Essa, infelizmente, tem sido a posição da maioria de nossos autores, bem como de nossos tribunais, que, numa interpretação *contra legem*, não permitem a redução da pena-base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo.

Nos termos da Súmula nº 231/STJ, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (STJ, HC 362.331/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 04/10/2016).

Atenuante da confissão espontânea que deve ser aplicada a despeito de ter sido fixada a pena-base no mínimo legal. Impossibilidade. Não há que se falar em redução da pena do acusado F. S. S., vez que a reprimenda base já foi aplicada no mínimo legal. Obediência da Súmula nº 231 do STJ (TJ-RJ, AC 0019015-59.2014.8.19.0001, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 29/06/2015).

Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona sua

aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma, categoricamente, que *são circunstâncias que sempre atenuam a pena*. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio *sempre* se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?

De acordo com o que temos defendido, já decidiu o TJRS que os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena abrigam a possibilidade de, estando a pena-base fixada no mínimo legal, romper com este limite se presente atenuante prevista legalmente (TJRS, Ap. Crim. 70020082814, 5^a Câm. Crim. Rel. Des. Aramis Nassif, j. 11/7/2007).

Possibilidade, na visão da Câmara, de fixação da pena aquém do mínimo legal, por incidência de atenuante (TJRS, AC 70029176542, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, DJ 30/7/2009).

A aplicação de atenuante é direito do réu, motivo pelo qual deve ser aplicada mesmo que a pena fique aquém do mínimo (TJRS, Ap. Crim. 70017019944, 5^a Câm. Crim. Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, j. 23/5/2007).

Rol exemplificativo

Diferentemente dos arts. 61 e 62 do Código Penal, que preveem as circunstâncias agravantes, o rol disposto no art. 65 não é taxativo, uma vez que o art. 66 diz que *a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*.

Tribunal do Júri

Após a edição da Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao Tribunal do Júri, embora as circunstâncias atenuantes devam ser sustentadas pela defesa, ou mesmo pela acusação, durante a sessão de julgamento, não existe mais a possibilidade de serem submetidas ao crivo do Conselho de Sentença, mediante quesito próprio, devendo tão somente o juiz presidente considerar sua aplicação no caso de condenação do acusado, conforme determina o art. 492, I, b, do mencionado diploma processual penal.

A 1^a Turma concedeu *habeas corpus* para restabelecer a condenação dos pacientes nos moldes estipulados pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri. Na espécie, o magistrado reconhecia, de ofício, na autodefesa, a atenuante da confissão espontânea, embora a defesa técnica não tivesse expressamente aventado nos debates orais. A decisão ensejara apelação do Ministério Público, a qual desprovida pelo Tribunal de Justiça estadual, com base no art. 65, III, d, do CP ('Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III – ter o agente: [...] d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime'). O *Parquet* interpusera recurso especial, provido, com alicerce no art. 492, I, b, do CPP ('Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: [...] I – no caso de condenação: [...] b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates'). De início, observou-se que a antinomia poderia ser resolvida pelos critérios da cronologia e da especialidade, a conferir ao art. 492 do CPP primazia frente ao art. 65 do CP. Explicou-se que

a norma processual do Tribunal do Júri seria mais recente (incluída pela Lei nº 11.689/2008). Além disso, ela dispensaria tratamento específico à atenuante, a impor condições ao seu reconhecimento apenas no julgamento pelo Tribunal do Júri. Considerou-se, no entanto, que essa linha de raciocínio não se harmonizaria com o princípio constitucional da individualização da pena (STF, HC 106376/MG, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. 1º/3/2011, 1^a T., *Informativo* nº 618).

Em seguida, esclareceu-se que, ao impedir o reconhecimento da atenuante pelo Juiz Presidente, igualar-se-ia o agente que confessasse o crime àquele que negasse os fatos. Reputou-se que o legislador infraconstitucional, no art. 68 do CP, ao determinar que o juiz percorra, na segunda fase da dosimetria, as circunstâncias legais, consistentes nas agravantes e nas atenuantes, pretenderia enfatizar que o réu que confessasse o crime se distinguiria daquele que dificultasse a prestação jurisdicional e até não demonstrasse qualquer arrependimento. Entendeu-se que a decisão do STJ ignoraria o princípio da proporcionalidade, haja vista que estabeleceria resultado final incompatível com a circunstância que envolveriam o delito e o seu protagonista. Consignou-se que a própria natureza da atenuante em questão, a exemplo de outras, teria caráter objetivo de modo que a sua constatação independeria do subjetivismo do julgador. Ponderou-se ser impróprio determinar que se desconsiderasse aquilo que não fosse expressamente realizado pela defesa técnica, apesar de feito pelo próprio acusado. Salientou-se que, ao impor a cláusula dos debates, o legislador voltar-se-ia às agravantes de natureza subjetiva. No ponto, aduziu-se que o Juiz Presidente, então, deveria dar atenção aos dados que, a teor do art. 483 do CPP, não seriam submetidos à apreciação dos jurados, mas repercutiriam na pena. Concluiu-se que, no caso, o juiz e o Tribunal mineiro teriam acertado ao julgar que o magistrado poderia e deveria ter levado em conta a autodefesa, e que a Constituição Federal, em seu art. 5º, compreenderia toda a defesa (STF, HC 106376/MG, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. 1º/3/2011, 1^a T., *Informativo* nº 618).

Se o agente for menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença

Em várias de suas passagens, o Código Penal se preocupa em dar um tratamento diferenciado aos agentes em razão da idade. Cuida de modo especial daqueles que, ao tempo da ação ou da omissão, eram menores de 21 anos, uma vez que ainda não estão completamente amadurecidos e vivem uma das fases mais complicadas do desenvolvimento humano, que é a adolescência. Estão, na verdade, numa fase de mudança, saindo da adolescência e ingressando na fase adulta. A segunda hipótese diz respeito àqueles que, na data da sentença, já tenham completado 70 anos de idade. A vida média do brasileiro gira em torno dos 70 anos. A lei penal, atenta a esse dado importante, foi sábia ao cuidar do septuagenário de forma diferenciada, pois que o castigo da pena poderá, muitas vezes, abreviar a sua morte. A idade do agente determina não somente a redução de sua pena no segundo momento do critério trifásico, como também influencia, por exemplo, na concessão do *sursis* (art. 77, § 2º, do CP) ou no cálculo da prescrição (art. 115 do CP). Segundo a Súmula nº 74 do STJ, *para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil*. Não somente a menoridade exige prova por meio de documento hábil, mas também ao septuagenário, a fim de que lhe sejam aplicados os dispositivos legais a que faz jus, uma vez que o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe

foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, determina que *somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil*.

Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o documento hábil para fins de comprovação da menoridade não se restringe à certidão de nascimento, sendo apto a demonstrar a menoridade o documento firmado por agente público atestando a idade do adolescente (STJ, HC 354.581/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 30/09/2016).

Na dosimetria da pena intermediária, deveras, conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entre as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência (STJ, HC 325.961/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 24/08/2016).

Se na data do crime o réu contava com menos de 21 (vinte e um) anos de idade, impõe-se o reconhecimento da circunstância atenuante da “menoridade relativa” (CP, art. 65, inc. I) (STJ, RHC 38.345/ES, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5º T., DJe 15/06/2015).

A menoridade, a teor da Súmula 74, do STJ, deve ser comprovada por documento hábil. Não há óbice ao fato desta situação jurídica ser atestada por meio de outros registros dotados de fé pública que estejam oportunamente colacionados aos autos, conforme ocorre na espécie, em que constam alguns dados pessoais do menor, como: filiação, data e local de nascimento e constituem prova documental idônea para comprovar a menoridade, uma vez que emanados de autoridade pública. (STJ, AgRg. no REsp. 1423997/SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 25/2/2014).

Agente que completa 70 anos quando do julgamento do recurso

Agente maior de setenta anos na data do julgamento da apelação. Nas hipóteses em que a condenação ocorrer em sede de decisão colegiada condenatória, em razão de o agente possuir foro especial por prerrogativa de função, quando houver reforma da sentença absolutória ou, ainda, quando a reforma for apenas parcial da sentença condenatória em sede de recurso, deve incidir a atenuante obrigatória prevista no art. 65, I, do CP (STJ, HC 91430/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 7/2/2008, p. 1).

Somente se aplicará atenuante à reprimenda imposta ao agente que contar com setenta anos na data da sentença condenatória, e, não, de sua confirmação em sede de recurso. Caso o legislador pretendesse estender a atenuante àqueles cuja idade de setenta anos fosse completada até a data do acórdão, teria se utilizado da expressão ‘na data do trânsito em julgado da condenação’ ou mesmo ‘na data da condenação’. Precedentes desta Corte e do STF em situação análoga, concernente à redução do prazo prescricional (STJ, HC 67830/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 18/6/2007 p. 283).

Desconhecimento da lei

Ao fazer a introdução do chamado erro de proibição, o art. 21 do Código Penal diz que *o desconhecimento da lei é inescusável*. Com essa redação, embora possamos discutir a sua eficácia em razão da existência do erro de proibição direto, o recado que o Código Penal nos dá é o seguinte: de nada importa a alegação do desconhecimento da lei, pois, ainda assim, o injusto penal praticado poderá ser considerado culpável. Contudo, embora não tenha o condão,

segundo o mencionado art. 21, de afastar a infração penal, o desconhecimento da lei servirá como circunstância legal atenuante. Na precisa lição de Fernando Galvão da Rocha, “o fato concreto do desconhecimento da lei não admite graduações; ou o agente conhece a lei ou a desconhece. No entanto, o juiz deve utilizar-se de critérios seguros para mensurar a quantidade da redução de pena decorrente da aplicação da atenuante e realizar a dosimetria da reprimenda. Sendo o desconhecimento da lei circunstância atenuante da pena, afigura-se justo que a redução da reprimenda guarde relação com a maior ou menor influência que o desconhecimento da lei exerceu sobre a configuração da vontade delitiva. Quanto maior a influência do desconhecimento da lei, maior a redução de pena”.⁷⁵

Cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral

Valor social é aquele que atende mais aos interesses da sociedade do que aos do próprio agente, individualmente considerado. Seguindo a cátedra de Hungria, deve-se entender “por motivo social aquele que corresponde, mais particularmente, aos interesses coletivos, ou é suscitado por específicas paixões ou preocupações sociais, nobres em si mesmas e condizentes com a atual organização da sociedade”.⁷⁶ Valor moral, ao contrário, é o valor individualizado, atributo pessoal do agente. Como bem observado por Jair Leonardo Lopes, “o motivo de relevante valor moral é de ordem pessoal e pode determinar uma reação diante, p. ex., de uma ofensa à honra do agente. Trata-se do crime cuja motivação está de conformidade com os padrões de valores morais do meio em que vive o agente, ou da própria classe social a que pertence”.⁷⁷

Procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano

Inicialmente, deve ser frisado que a atenuante em estudo não se confunde com o arrependimento eficaz ou, mesmo, o arrependimento posterior. Isso porque a primeira parte da alínea *b* fala em evitar ou minorar as consequências do crime, ou seja, a infração já foi consumada e o agente somente procura minimizar seus efeitos, razão pela qual não se confunde com o arrependimento eficaz, que evita a consumação do crime; do mesmo modo, a última parte da alínea *b* se distingue do arrependimento posterior, haja vista que neste a reparação do dano ou a restituição da coisa é feita, nos termos do art. 16 do Código Penal, até o recebimento da denúncia ou da queixa, e na atenuante em questão a reparação do dano é levada a efeito após o recebimento da denúncia ou da queixa, mas antes do julgamento do processo.

A atitude de, por sua espontânea vontade, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências ou a reparação do dano experimentado pela vítima demonstra o arrependimento do agente na prática da infração penal, devendo, pois, por essa razão, ser a sua pena atenuada.

Não cabe aumento de pena em crime culposo contra a pessoa, se o réu tenta fugir, descurando inteiramente da vítima, mas em seguida se arpende e volta ao local do crime (TJSP, Ap. 21782, Rel. Thomaz Carvalhal, RT

177, p. 93).

A reparação do dano é circunstância atenuante (CP, art.65, inc. III, b), quando se dá antes do julgamento; ou é causa de diminuição da pena, quando ocorre até o recebimento da denúncia (CP, art.16) (TRF, 1^a Reg. HC 11766-0/MT, Rel. Tourinho Neto. DJU 22/10/1990, p. 24.757).

Cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima

A alínea c destaca três hipóteses de atenuação da pena: a) coação resistível; b) cumprimento de ordem de autoridade superior; c) influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. A coação a que alude a alínea a é aquela a que o agente podia resistir, pois, caso contrário, sendo irresistível, estaria afastada a culpabilidade em virtude de não lhe ser exigido outro comportamento, punindo-se, conforme determina o art. 22 do Código Penal, somente o autor da coação.

Raciocínio idêntico fazemos quando o agente cumpre a ordem emanada de seu superior, conhecendo a sua ilegalidade. Também no art. 22 do Código Penal está determinado que se o fato é cometido em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da ordem. Nas duas situações, coação resistível e cumprimento de ordem de autoridade superior, embora o agente responda pela infração penal, sua pena deve ser reduzida em razão da influência da coação ou da ordem emanada da autoridade superior sobre o seu comportamento. Poderia ter evitado o cometimento do crime, mas a sua fraqueza de personalidade levou-o a praticá-lo. Assim, embora condenado, deverá ter sua pena atenuada.

A última hipótese da alínea em estudo diz respeito ao crime cometido sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. A vítima não comete qualquer agressão injusta, pois, se assim agisse, permitiria ao agente atuar em legítima defesa. No crime de homicídio privilegiado, a pena é reduzida de um sexto a um terço se o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provação da vítima. Note-se que a atenuante em estudo não exige o domínio, mas tão somente a influência de violenta emoção. Deixar-se dominar é perder completamente o controle da situação; influenciar-se é agir quando o ato podia ser evitado, mas a violenta emoção o impulsionou a praticá-lo. A influência é um *minus* em relação ao domínio. Merece ser aplicada a atenuante, uma vez que a vítima, com o seu comportamento injusto, provocou a prática da infração penal pelo agente.

Confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime

Destaca Alberto Silva Franco que “a alínea d do nº III do art. 65 da PG/84 modificou, sensivelmente, o texto anterior. Para que se reconheça a atenuante, basta agora ter o agente confessado perante a autoridade (policial ou judiciária) a autoria do delito, e que tal confissão

seja espontânea. Não é mais mister que a confissão se refira às hipóteses de autoria ignorada do crime, ou de autoria imputada a outrem. Desde que o agente admita o seu envolvimento na infração penal, incide a atenuante para efeitos de minorar a sanção punitiva”.⁷⁸ Poderá o agente, até mesmo, confessar o crime no qual foi preso em flagrante delito simplesmente com a finalidade de obter a atenuação de sua pena.

Como a lei não distingue, como bem asseverou Alberto Silva Franco, pouco importa se a autoria é conhecida, incerta ou ignorada. Desde que o agente a confesse, terá direito à redução de sua pena. Vale lembrar, contudo, que nesse conceito de autoridade podemos também incluir o Ministério Público, pois, não raro, nos dias de hoje, o Promotor de Justiça permanece à frente de investigações criminais procedidas em seu próprio gabinete. Nesses casos, havendo confissão por parte do agente, esta também deverá ser considerada para efeitos de aplicação da atenuante. Merece ser ressaltado, contudo, que se o agente, que havia confessado a prática da infração penal perante a autoridade policial, ao ser ouvido no inquérito policial, vier a se retratar em juízo, entendemos que tal retratação terá o condão de impedir o reconhecimento da referida atenuante.

Não se beneficia da circunstância atenuante obrigatória da confissão espontânea o acusado que desta se retrata em juízo. A retratação judicial da anterior confissão efetuada perante a polícia judiciária obsta a invocação e a aplicação da circunstância atenuante referida no art. 65, III, do Código Penal (STF, HC 69.188/SP, DJU 26/3/1993, p. 5.003) (TJMG, AC 1.0223.06.185651-2/001, Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, DJ 3/5/2007).

No entanto, em sentido contrário, tem-se considerado a circunstância atenuante na hipótese em que o julgador tenha se valido da confissão do agente, mesmo que, posteriormente, tenha ele se retratado.

O réu fará jus à atenuante do art. 65, inc. III, “d”, do Código Penal brasileiro, quando a confissão tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, nos termos da Súmula nº 545 (STJ, HC 313.351/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 06/10/2016).

Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação (STJ, HC 284.766/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 22/04/2015).

Se a confissão extrajudicial do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inc. III, alínea *d*, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação em Juízo (STJ, HC 184559/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 13/6/2012).

Também importará a aplicação da circunstância atenuante correspondente à confissão espontânea mesmo se esta tiver sido parcial ou incompleta.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retração

em juízo (STJ, AgRg no REsp 1.360.791/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 05/10/2016).

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante (STJ, HC 282343/SP, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 18/8/2014).

Confissão qualificada

Inicialmente, o STJ vinha se recusando a aplicar a atenuante quando fosse a hipótese da chamada confissão qualificada, conforme se verifica pelos julgados abaixo: Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a chamada ‘confissão qualificada’ impede a aplicação da atenuante da confissão espontânea (STJ, AgRg. no REsp. 1359503/MG, Rel. Min. Campos Marques, Desembargador convocado do TJPR, DJe 21/5/2013).

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a chamada confissão qualificada não resulta em redução da pena imposta ao réu, pois o acusado agregou elemento que afastaria a antijuridicidade da conduta, a teor do art. 23, II, do Código Penal, tendo negado, de fato, a prática de crime e o dolo (STJ, HC 211294/MS, Rel. Min. Gilson Dipp,

5^a T., DJe 1º/8/2012).

Prevalece nesta Corte Superior o entendimento no sentido de que não se justifica a aplicação da atenuante pela confissão espontânea quando o acusado nega o dolo na conduta (STJ, AgRg. no REsp. 999783/MS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 28/2/2011).

Posteriormente, mudou seu posicionamento, e passou a entendê-la como possível, dizendo: O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a confissão qualificada, isto é, aquela na qual o agente agrava teses defensivas discriminantes ou excludentes, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea “d” do inciso III do art. 65 do Código Penal. *In casu*, o magistrado identificou a confissão do paciente como qualificada, portanto, de rigor a aplicação da circunstância atenuante (STJ, HC 325.163/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 03/08/2015).

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada – em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade –, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena. Precedentes (STJ, HC 87.337/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 25/06/2015).

É assente no Superior Tribunal de Justiça que, ainda que se trate de confissão qualificada, deve sim incidir a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, quando efetivamente utilizada como elemento de convicção (STJ, AgRg. no REsp. 1392005/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 27/6/2014).

Cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou

Terá aplicação a atenuante em tela toda vez que alguém cometer o crime por influência da multidão delinquente. Pode ocorrer que, num estádio de futebol, por exemplo, a briga entre torcidas desperte uma pancadaria indiscriminada. A ação do grupo pode, muitas vezes, influenciar o agente ao cometimento da infração penal. Se não foi ele quem provocou a

situação de tumulto, poderá ser beneficiado pela atenuante, pois, segundo Jair Leonardo Lopes, “na multidão em tumulto o comportamento do indivíduo deixa de ser o próprio para ser aquele da própria multidão”.⁷⁹ Embora concordemos com o renomado professor de Minas Gerais, o fato de o agente ser influenciado pela multidão não nos induz implicitamente a aceitar, entre eles, qualquer liame subjetivo, devendo cada um responder pelo seu comportamento ilícito e pelos resultados lesivos dele advindos.

Confissão espontânea e delação premiada

Não há confundir a confissão espontânea com a delação premiada, providência político-criminalmente orientada, dependente do concurso de condições estranhas à atenuante em questão. Tendo a segunda um espectro de atuação mais amplo, impactando diversos outros bens jurídicos, e, não só a mais eficiente e célebre Administração da Justiça, justifica-se o *discrimen* no caráter de abrandamento da reprimenda. Daí o fato de o legislador ter dado tratamento diferente aos dois institutos, não havendo a possibilidade de aplicação analógica de um com relação ao outro (STJ, HC 183279/DF, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 1º/7/2013).

Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Circunstância atenuante inominada**

O art. 66 do Código Penal, demonstrando a natureza exemplificativa do rol existente no art. 65, diz que *a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*.

Assim, por exemplo, pode o juiz considerar o fato de que o ambiente no qual o agente cresceu e se desenvolveu psicologicamente o influenciou no cometimento do delito; pode, também, acreditar no seu sincero arrependimento, mesmo que, no caso concreto, em virtude de sua condição pessoal, não tenha tido possibilidades, como diz a alínea *b* do inc. III do art. 65 do Código Penal, de logo após o crime evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou mesmo reparar o dano *etc.*

Aplicação cumulativa de circunstância inominada com outra elencada no art. 65 do Código Penal

Admissível a aplicação cumulativa da atenuante da confissão espontânea com uma atenuante inominada, desde que por motivos distintos, a critério subjetivo do órgão julgador. Reduções com fundamentações distintas. Descaracterizado, assim, o alegado *bis in idem*. Recurso conhecido, mas desprovido (STJ, REsp. 303073/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5^a T., DJ 9/6/2003, p. 285/RJADCOAS 46, p. 540).

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

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Motivos determinantes

Motivos determinantes são aqueles que impulsionaram o agente ao cometimento do delito, tais como o motivo fútil, torpe, de relevante valor social ou moral.

Personalidade do agente

São dados pessoais, inseparáveis da sua pessoa, como é o caso da idade (menor de 21 na data do fato e maior de 70 anos na data da sentença).

Reincidência

Demonstra que a condenação anterior não conseguiu exercer seu efeito preventivo no agente, pois, ainda assim, veio a praticar novo crime após o trânsito em julgado da decisão condenatória anterior, demonstrando, com isso, a sua maior reprovação.

A Sexta Turma desta Corte orienta-se no sentido de permitir a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Precedentes (STJ, HC 168301/DF, Rel. Min. Og Fernandes, 6^a T., DJe 1º/7/2010).

Em sentido contrário: Apresenta-se inviável a tese de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, porquanto esta Quinta Turma firmou entendimento que a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal (STJ, REsp. 1050137/DF, Rel. ^a Min. ^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 2/8/2010).

Concurso de agravantes e atenuantes

Se houver o concurso de uma circunstância preponderante com outra que não tenha essa natureza, prevalecerá aquela no segundo momento da aplicação da pena. No concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes de idêntico valor, a existência de ambas levará ao afastamento das duas, ou seja, não se aumenta ou diminui a pena nesse segundo momento.

Nossos Tribunais Superiores parecem não se entender quanto ao tema, conforme se verifica pelos julgados adiante colacionados: O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal – CP) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), ainda que parcial, desde que tal circunstância

tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes. Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça – STJ (STJ, HC 337.434/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5^a T., DJe 29/09/2016).

Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes (STF, RHC 120677/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2^a T., DJe 2/4/2014).

A teor do disposto no art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. Precedentes (STF, HC 96061/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, 2^a T., 3/4/2013).

A atenuante da menoridade prevalece sobre a agravante da reincidência, mesmo específica, consoante a exegese do art. 67 do Código Penal. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas deste STJ (STJ, HC 237264/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 20/6/2012).

Menoridade

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a atenuante da menoridade deve ser compensada com a agravante da reincidência, pois igualmente preponderantes (STJ, HC 355.358/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 30/09/2016).

Maior de 70 anos na data da sentença

Não há que se falar em compensação entre a agravante genérica do crime cometido contra pessoa idosa, com a atenuante do art. 65, inc. I, parte final, do Código Penal, se à época da sentença o réu não havia atingido a idade de 70 anos (STJ, HC 43937/RJ, Rel. Min. Paulo Galotti, 6^a T., DJ 3/10/2005, p. 341 / RSTJ 198, p. 599).

Jurisprudência em teses do Superior Tribunal de Justiça, publicada na edição nº 29, sobre aplicação da pena – agravantes e atenuantes 1) A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula nº 231/STJ).

- 2) Em observância ao critério trifásico da dosimetria da pena estabelecido no art. 68 do Código Penal, não é possível a compensação entre institutos de fases distintas.**
- 3) O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes (Súmula nº 443/STJ).**
- 4) Incide a atenuante prevista no art. 65, inc. III, alínea *d*, do CP na chamada confissão qualificada, hipótese em que o autor confessa a autoria do crime, embora alegando causa excludente de ilicitude ou culpabilidade.**
- 5) A condenação transitada em julgado pelo crime de porte de substância entorpecente para uso próprio gera reincidência e maus antecedentes, sendo fundamento idôneo para agravar a pena tanto na primeira como na segunda fase da dosimetria.**
- 6) Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil (Súmula nº 74/STJ).**
- 7) Diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.**

- 8) A agravante da reincidência pode ser comprovada com a folha de antecedentes criminais, não sendo obrigatória a apresentação de certidão cartorária.
- 9) É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC).
- 10) Nos casos em que há múltipla reincidência, é inviável a compensação integral entre a reincidência e a confissão.

Cálculo da pena Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Parágrafo único.** No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Aplicação da pena**

A individualização da pena ocorre em três fases distintas. A primeira delas, chamada por Frederico Marques de individualização legislativa, “é a que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia entre um mínimo e um máximo claramente determinados. A individualização legislativa, por outra parte, domina e dirige as demais porque é a lei que traça as normas de conduta do juiz e dos órgãos da execução penal, na aplicação das sanções”.⁸⁰

Tendo o réu optado por qualquer uma das infrações elencadas em nosso Código Penal, parte-

-se para o segundo momento da individualização da pena, agora de competência do julgador. Do plano abstrato (fase da cominação) mergulhamos no plano concreto (fase da aplicação), cabendo ao juiz do processo penal de conhecimento aplicar àquele que praticou um fato típico, ilícito e culpável uma sanção penal que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Ainda no escólio de Frederico Marques, “a sentença é, por si, a individualização concreta do comando emergente da norma legal. Necessário é, por isso, que esse trabalho de aplicação da lei se efetue com sabedoria e justiça, o que só se consegue armando o juiz de poderes discricionários na graduação e escolha das sanções penais. Trata-se de um *arbitrium regulatum*, como diz Bellavista ‘consistente na faculdade a ele expressamente concedida, sob a observância de determinados critérios, de estabelecer a quantidade concreta da pena a ser imposta, entre o mínimo e o máximo legal para individualizar as sanções cabíveis’”.⁸¹

Com a finalidade de orientar o julgador neste momento tão importante que é o da aplicação

da pena, a lei penal traçou uma série de etapas que, obrigatoriamente, deverão ser por ele observadas, sob pena de se macular o ato decisório, podendo conduzir até mesmo à sua nulidade.

Além disso, a pena encontrada pelo julgador deve ser proporcional ao mal produzido pelo condenado, sendo, pois, na definição do Código Penal (art. 59, parte final), aquela *necessária e suficiente* para a reprovação e a prevenção do crime.

Cálculo da pena

O art. 68 do Código Penal determina que a pena será aplicada observando-se três fases distintas.

É nula a sentença que, não observando a estrita individualização das penas, analisa conjuntamente as etapas da dosimetria da pena, mesmo havendo pluralidade de réus, impedindo-os que bem saibam as razões que motivaram a fixação do *quantum* da reprimenda estatal (TJMG, Processo 2.0000.00.440979-0/000[1], Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, DJ 16/10/2004).

Inicialmente, deverá o julgador encontrar a chamada pena-base, sobre a qual incidirão os demais cálculos. Nos tipos penais incriminadores existe uma margem entre as penas mínima e máxima, permitindo ao juiz, depois da análise das circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do Código Penal, fixar aquela que seja mais apropriada ao caso concreto.

Cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica, quando da determinação da pena-base, sob pena de se macular o ato decisório, uma vez que tanto o réu como o Ministério Público devem entender os motivos pelos quais o juiz fixou a pena-base naquela determinada quantidade. Entendemos, principalmente, que se o juiz fixou a pena-base acima do mínimo legal é direito do réu saber o porquê dessa decisão, que possivelmente será objeto de ataque quando de seu recurso. Nesse sentido a posição dominante em nossos tribunais, conforme se verifica pelas ementas abaixo colacionadas: Na dosimetria da pena, os fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser utilizados como fundamento para valorar negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do réu. Precedentes citados (HC 268.762-SC, 5^a T., DJe 29/10/2013; HC 210.787-RJ, 5^a T., DJe 16/9/2013; HC 189.385/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/2/2014).

No juízo das circunstâncias judiciais o magistrado não atua de forma arbitrária, mas sempre justificando a situação desfavorável ao réu por meio de dados concretos retirados do evento penal. Deste modo, apreciações genéricas ou mesmo extraídas da própria figura delitiva não podem aumentar a pena base porque configuram vício na individualização pena, haja vista ser da essência do sistema trifásico exigir a reprovação necessária e absolutamente adequada para cada fase da dosimetria (STJ, HC 100639/MS, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 6^a T., DJe 7/6/2010).

Traduz situação de injusto constrangimento o comportamento processual do Magistrado ou do Tribunal que, ao fixar a pena-base do sentenciado, adstringe-se a meras referências genéricas pertinentes às circunstâncias

abstratamente elencadas no art. 59 do Código Penal. O juízo sentenciante, ao estipular a pena-base e ao impor a condenação final, deve referir-se, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstâncias judiciais fixadas naquele preceito normativo (STF, HC 69.141-2, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 28/8/1992, p. 13.453).

Depois de fixar a pena-base, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas na Parte Geral do Código Penal (arts. 61 e 65).

A legislação penal brasileira não prevê um percentual para o aumento da reprimenda básica ou para a redução desta no tocante às circunstâncias atenuantes legais genéricas, cabendo ao julgador, dentro de seu livre convencimento, sopesar o *quantum* a ser aplicado, respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (STJ, HC 265.556/GO, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 21/05/2015).

Quando houver concurso entre atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 67 do Código Penal).

O terceiro momento de aplicação da pena, como já deixamos antever, diz respeito às causas de diminuição e de aumento. Nesse terceiro momento de aplicação da pena não existem discussões sobre a possibilidade de sua redução aquém do mínimo ou o seu aumento além do máximo, pois, se isso acontecesse, v.g., a pena do crime tentado deveria ser sempre a mesma que a do consumado.

Quando houver concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Aplicação da pena no concurso de crimes

Na sentença que reconhecer o concurso de crimes, em qualquer das suas três hipóteses – concurso material, concurso formal e crime continuado –, deverá o juiz aplicar, isoladamente, a pena correspondente a cada infração penal praticada. Após, segue-se a aplicação das regras correspondentes ao aludidos concursos.

Tal raciocínio faz-se mister porque o próprio Código Penal determina, no art. 119, que, *no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente*, ou seja, o juiz não poderá levar a efeito o cálculo da prescrição sobre o total da pena aplicada no caso de concurso de crimes, devendo-se conhecer, de antemão, as penas que por ele foram aplicadas em seu ato decisório e que correspondem a cada uma das infrações praticadas isoladamente.

Pena de multa

No cálculo da pena de multa, o Juiz deve observar o critério trifásico, fixando a pena-base nos termos do art. 59 do Código Penal e seguir conforme o *iter* traçado pelo art. 68 do diploma repressivo (TJMG, Processo

1.0024.03.146265-8/001[1], Rel. Des. Maria Celeste Porto, *DJ* 12/12/2006).

Fixadas as penas privativas de liberdade nos mínimos legais devem ser reindividualizadas as multas nos pisos correspondentes, em nome da necessidade de simetria determinada pelo mesmo critério de mensuração, constante no art. 59 do CP (TJRS, Ap. Crim. 698526944, 7^a Câm. Crim., Rel. Des. José Antônio Paganella Boschi, j. 1º/7/1999).

Habeas corpus É viável o exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus*, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu (STJ, *HC* 47006/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^aT., *DJ* 8/5/2006, p. 245).

Revisão criminal

Em sede de revisão criminal, o pedido de alteração de pena somente deve ser conhecido quando manifesta a ilegalidade ou irregularidade na aplicação da reprimenda, o que não é o caso. Não há erro, ilegalidade ou irregularidade a reconhecer no cálculo da pena, que foi fixada no mínimo legalmente previsto para o caso concreto, ou seja, roubo majorado (pena-base de 04 anos, elevada em 1/3 pela majorante). (TJRS, RC 70060135621, Rel. Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório, j. 15/8/2014).

A priori, a revisão criminal não se presta para diminuir as penas aplicadas com rigor, uma vez que a individualização, se fundamentada, não afronta a Lei Penal, visto que gravita em torno do poder discricionário do Magistrado. Contudo, percebendo o Tribunal vícios da sentença consistentes na falta de consideração de atenuantes obrigatórias, deve o órgão colegiado reestruturar as sanções, ajustando a dosimetria aos critérios traçados pelo CP (TJMG, Processo 2.0000.00.421777-4/000[1], Rel. Des. Eduardo Brum, *DJ* 4/9/2004).

Concurso material Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Concurso de crimes**

O problema do concurso de delitos, como frisou Maggiore, “é também um problema de concurso de penas. Assim como no concurso de várias pessoas num mesmo delito se pergunta: Que pena deve aplicar-se a cada um dos coparticipantes? Assim, no concurso de vários delitos

cometidos por uma só pessoa se perguntará: Que pena deverá aplicar-se a essa pessoa por todos os delitos por ela praticados? É necessário determinar, pois, qual é o regime penal a que deve ser submetido o que incorre em diversos delitos".⁸²

Diferença entre ação e atos

A ação pode ser composta por um ou vários atos. Os atos são, portanto, os componentes de uma ação e dela fazem parte. Isso quer dizer que os atos que compõem uma ação não são ações em si mesmos, mas, sim, partes de um todo. Pode o agente, por exemplo, agindo com *animus necandi*, efetuar um ou vários disparos em direção ao seu desafeto, causando-lhe a morte. A ação consiste na conduta finalisticamente dirigida a causar a morte da vítima. Se, para tanto, o agente efetua vários disparos, cada um deles será considerado um elo nessa cadeia que é a conduta. Os disparos são, assim, atos que formam a conduta do agente. Não teríamos, no exemplo fornecido, várias ações de atirar, mas, sim, vários atos que compõem a ação única de matar alguém.

Requisitos e consequências do concurso material ou real de crimes

Requisitos:

- a) mais de uma ação ou omissão; b) a prática de dois ou mais crimes.

Consequência: aplicação cumulativa das penas privativas de liberdade em que haja incorrido.

Aplicação da regra do concurso material

A questão do chamado concurso material cuida da hipótese de quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, poderá ser responsabilizado, em um mesmo processo, em virtude da prática de dois ou mais crimes. Caso as infrações tenham sido cometidas em épocas diferentes, investigadas por meio de processos também diferentes, que culminaram em várias condenações, não se fala, segundo nossa posição, em concurso material, mas, sim, em soma ou unificação das penas aplicadas, nos termos do art. 66, III, a, da Lei de Execução Penal, com a finalidade de ser iniciada a execução penal.

O concurso material surge quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes que tenham entre si uma relação de contexto, ou em que ocorra a conexão ou a continência,⁸³ cujos fatos criminosos poderão ser analisados em um mesmo processo, quando, a final, se comprovados, farão com que o agente seja condenado pelos diversos delitos que cometeu. Nessa ocasião, como veremos a seguir, o juiz cumulará materialmente as penas de cada infração penal por ele levada a efeito. Essa posição que assumimos é minoritária, não sendo a adotada pela maioria esmagadora de nossos autores, a exemplo de Flávio Augusto Monteiro de Barros, que aduz: "Caracteriza-se o concurso material

ainda quando alguns dos delitos venham a ser cometidos e julgados depois de os restantes o terem sido, porque não há necessidade de conexão entre eles, podendo os diversos delitos ser objeto de processos diferentes".⁸⁴

Para nós, o fato de determinada infração penal ter sido julgada e posteriormente a ela outra vier a ser praticada, a soma das penas não deve ser tratada como hipótese de concurso material de crimes, embora duas ou mais infrações penais tenham ocorrido. Aqui, preferimos dizer que haverá tão somente a soma das penas, pelo juízo da execução, para fins de início de seu cumprimento, ou sua unificação com a finalidade de atender ao limite previsto pelo art. 75 do Código Penal.

Ficam configurados os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair bens da vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta-corrente (STJ, HC 127.320/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 15/05/2015).

Aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção

A parte final do *caput* do art. 69 diz ainda que, *no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela*, sendo que, conforme observou Heleno Fragoso,⁸⁵ essa disposição é inútil porque não há praticamente diferença entre uma e outra das penas privativas de liberdade que se cumpram sob o mesmo regime.

O critério expressamente adotado pelo art. 76 do Código Penal refere-se à gravidade das penas privativas de liberdade, a saber, reclusão e detenção. Assim, havendo mais de uma condenação, com penas diversas, executa-se primeiro a pena de reclusão com precedência sobre a detenção, em ordem cronológica, sendo irrelevante se o delito é comum ou hediondo (STJ, HC 325.645/MS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 29/09/2016).

Concurso material homogêneo e heterogêneo

Pela expressão *idênticos ou não*, contida no *caput* do art. 69 do Código Penal, podemos concluir pela existência de dois tipos de concurso material: homogêneo e heterogêneo.

Fala-se em concurso material homogêneo quando o agente comete dois crimes idênticos, não importando se a modalidade praticada é simples, privilegiada ou qualificada. Por outro lado, ocorrerá o concurso material heterogêneo quando o agente vier a praticar duas ou mais infrações penais diversas. Como a regra adotada pelo Código Penal é a do cômulo material, tal distinção não tem relevância prática, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o concurso formal, cuja análise será feita mais adiante.

Concurso material e penas restritivas de direitos

Comentando com precisão os §§ 1º e 2º do art. 69 do Código Penal, Alberto Silva Franco preleciona: "É perfeitamente possível a ocorrência de concurso material de infrações com a aplicação cumulativa de penas privativas de liberdade que comportem substituição por penas

restritivas de direito, em regime também cumulativo. Se, no entanto, em relação a uma delas, a pena privativa de liberdade não tiver sido suspensa, a substituição das demais, de acordo com o art. 44 da PG/84, torna-se inviável. Obsta tal procedimento o § 1º do art. 69 da PG/84. Por outro lado, no caso de aplicação cumulada de penas restritivas de direitos, a execução dessas penas poderá ser simultânea (suspensão de habilitação para dirigir veículos, por um fato e prestação de serviços a comunidade, por outro) se entre elas houver compatibilidade, ou sucessiva (duas penas de limitação de fim de semana) se tal compatibilidade inocorrer.”⁸⁶

Suspensão condicional do processo

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano (STJ, HC 48174/SC, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJ 1º/8/2006, p. 553).

Fiança

Não se revela cabível a fiança criminal quando, em concurso material a soma das penas mínimas abstratamente cominadas for superior a dois (2) anos de reclusão. Precedentes (STF, HC 79376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 193, p. 936).

Concurso material e continuidade delitiva

O dispositivo em exame tem gerado interpretação divergente nos tribunais. Para sua interpretação, partimos da premissa de que a lei não contém palavras ou expressões inúteis. Assim, não podemos desconsiderar, em relação ao crime continuado, que compõe o denominado concurso de crimes, da eficácia contida na expressão ‘devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro [...].’ – Com efeito, se desprezado tal enunciado, não haveria como distinguir o concurso material do crime continuado. É que no concurso material, tal como ocorre no crime continuado, conforme se extraía, respectivamente, da redação dos arts. 69 e 71 do CP, ‘[...] o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes [...]’, sendo que a espécie do delito, por si só, é circunstância insuficiente para distinguir as duas modalidades. Se no crime continuado é necessário ‘crimes da mesma espécie’, não podemos olvidar que no concurso material os ‘dois ou mais crimes’ podem ser ‘idênticos’, ou seja da mesma espécie (concurso material homogêneo). – As ‘condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes’, todas objetivas – que, sem dúvida, fornecem elementos para verificar a existência do nexo da continuidade delitiva –, não são suficientes, por si mesmas, para a distinção. Não podemos perder da lembrança que ‘[...] nenhuma dessas circunstâncias constituem elemento estrutural do crime continuado, cuja ausência isolada possa, por si só, descaracterizá-lo.’, conforme aponta Cesar Roberto Bitencourt. Além disso, adverte Guilherme de Souza Nucci: ‘Ações concomitantes, contemporâneas ou simultâneas: não podem ser havidas como continuidade, pois a lei é bastante clara ao exigir que as ações precisam ser subsequentes.’ – Deve ser prestigiada a orientação no sentido de que a continuação se caracteriza quando, observadas as ‘condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes’, se verifica que o primeiro crime determinou o segundo, ou, em outras palavras, seja causa do outro (TJRS, Emb. Inf. 700109 63122, 1º Grupo de Câm. Crim., Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. 4/8/2006).

Reiteração criminosa

Constatada a mera reiteração habitual, em que as condutas criminosas são autônomas e isoladas, deve ser aplicada a regra do concurso material de crimes (STJ, HC 140927/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJe 7/6/2010).

Concurso formal Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Parágrafo único.** Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Natureza jurídica do concurso formal**

Fontán Balestra preleciona que duas teorias disputam o tratamento correspondente à natureza jurídica do concurso formal, a saber: teoria da unidade de delito e a tese da pluralidade. Diz o autor argentino que “a primeira das teorias enunciadas afirma que, não obstante a lesão de várias leis penais, existe um só delito. Na realidade, a expressão *concurso ideal* denota, por si mesma, a inexistência de uma verdadeira pluralidade de delitos, e indica que, ainda quando se tenham concretizado várias figuras, somente se há cometido um delito. Para a tese da pluralidade, a lesão de vários tipos penais significa a existência de vários delitos. O fato de que no concurso ideal exista tão somente uma ação resulta sem significado para esta doutrina”,⁸⁷ sendo que ao final de seu raciocínio o renomado autor aponta a teoria da unidade de delito como a de sua preferência.

O concurso formal pressupõe que o agente pratique um ou mais crimes, idênticos ou não, mediante uma só ação ou omissão. Precedentes (STJ, HC 199.635/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5^a T., DJe 29/09/2016).

Resta caracterizado o concurso formal, na espécie, uma vez que o paciente e o corréu, com uma única ação, violaram patrimônios distintos de três vítimas (STJ, HC 280192/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 6/6/2014).

Configura-se concurso formal, quando praticado o crime de roubo, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, ainda que da mesma família, visto que violados patrimônios distintos (STJ, REsp. 1050270/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJe 30/3/2009).

Requisitos e consequências do concurso formal ou ideal

Requisitos:

- a) uma só ação ou omissão; b) prática de dois ou mais crimes.*

Consequências:

- a) aplicação da mais grave das penas, aumentada de um sexto até metade; b) aplicação de somente uma das penas, se iguais, aumentada de um sexto até metade; c) aplicação cumulativa das penas, se a ação ou omissão é dolosa, e os crimes resultam de desígnios autônomos.

Concurso formal homogêneo e heterogêneo

As infrações praticadas pelo agente podem ou não ter a mesma tipificação penal. Se idênticas as tipificações, o concurso será reconhecido como homogêneo; se diversas, será heterogêneo, ou, nas lições de Enrique Cury Urzúa, “o concurso é homogêneo quando com um mesmo fato realiza várias vezes o mesmo tipo penal, como, por exemplo, se com um mesmo disparo se dá a morte de duas pessoas, ou proferindo uma só expressão se injúria a muitos indivíduos. Por sua vez, o concurso é heterogêneo quando com um só fato se satisfazem as exigências de distintos tipos penais”,⁸⁸ a exemplo daquele que querendo causar a morte de uma pessoa também fere outra que por ali passava.

Dependendo do concurso, se homogêneo ou heterogêneo, o Código Penal traz soluções diversas no momento da aplicação da pena. Se homogêneo, o juiz, ao reconhecer o concurso formal, deverá aplicar uma das penas, que serão iguais em virtude da prática de uma mesma infração penal, devendo aumentá-la de um sexto até a metade; se heterogêneo o concurso, o juiz deverá selecionar a mais grave das penas e, também nesse caso, aplicar o percentual de aumento de um sexto até metade.

Concurso formal próprio (perfeito) e impróprio (imperfeito)

A distinção varia de acordo com a existência do elemento subjetivo do agente ao iniciar a sua conduta. Nos casos em que a conduta do agente é culposa na sua origem, sendo todos os resultados atribuídos ao agente a esse título, ou na hipótese de que a conduta seja dolosa, mas o resultado aberrante lhe seja imputado culposamente, o concurso será reconhecido como próprio ou perfeito. Assim, por exemplo, se alguém, imprudentemente, atropelar duas pessoas que se encontravam no ponto de ônibus, causando-lhes a morte, teremos um concurso formal próprio ou perfeito. No mesmo sentido, no caso daquele que, almejando lesionar o seu desafeto, contra ele arremessa uma garrafa de cerveja que o acerta, mas também atinge outra pessoa que se encontrava próxima a ele, causando-lhe também lesões, teremos uma primeira conduta dolosa e também um resultado que lhe poderá ser atribuído a título de culpa, razão pela qual esta modalidade de concurso formal será tida como própria ou perfeita.

Situação diversa é aquela contida na parte final do *caput* do art. 70 do Código Penal, em que a lei penal fez prever a possibilidade de o agente atuar com desígnios autônomos, querendo, dolosamente, a produção de ambos os resultados.

Ao concurso formal próprio ou perfeito, seja ele homogêneo ou heterogêneo, aplica-se o percentual de aumento de um sexto até metade. Quanto ao concurso formal impróprio ou imperfeito, pelo fato de ter o agente atuado com desígnios autônomos, almejando dolosamente a produção de todos os resultados, a regra será a do cômulo material, isto é, embora tenha praticado uma conduta única, produtora de dois ou mais resultados, se esses resultados tiverem sido por ele queridos inicialmente, em vez da aplicação do percentual de aumento de um sexto até metade, suas penas serão cumuladas materialmente.

Hipótese na qual o réu, mediante uma só conduta, terminou por atingir o patrimônio de duas vítimas distintas, o que denota a ocorrência de concurso formal. Porém, para que seja reconhecido o cômulo formal impróprio, mister se faz a comprovação dos desígnios distintos, ou seja, que o agente tinha consciência de que estava subtraindo bens de ofendidos diversos. *In casu*, malgrado haja prova de que o réu subtraiu bens do estabelecimento comercial e o celular de um dos funcionários da empresa, a Corte de origem apenas reconheceu ter sido comprovado que o telefone celular pertencia a outra vítima, sem nada mencionar acerca da existência de desígnios autônomos, devendo ser reconhecido o concurso formal próprio. Precedente (STJ, HC 205.706/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 24/08/2016).

Atingidos os patrimônios individuais de vítimas distintas mediante uma única ação (desdoblada em vários fatos), não há falar em crime único, mas sim em vários crimes em concurso formal próprio (STJ, AgRg. no REsp. 1189138/MG, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 21/6/2013).

Tipifica-se a conduta do agente que, mediante uma só ação, dolosamente e com desígnios autônomos, pratica dois ou mais crimes, obtendo dois ou mais resultados, no art. 70, 2^a parte, do Código Penal – concurso formal impróprio, aplicando-se as penas cumulativamente. Na compreensão do Superior Tribunal de Justiça, no caso de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal), uma única subtração patrimonial, com quatro resultados morte, caracteriza concurso formal impróprio. Precedentes (STJ, HC 165582/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 6/6/2013).

A prática do crime de roubo com ofensa a vítimas diversas, com prejuízo psíquico e físico para ambas, configura hipótese de concurso formal, com espeque no art. 70 do Código Penal. Precedentes (STF, RHC 112871/DF, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, 1ª T., DJe 30/4/2013).

Constatada, em Plenário do Júri, a ocorrência de desígnios autônomos do paciente para obtenção dos resultados alcançados, em face de sua conduta de atejar fogo em ônibus, impedindo a saída de cada passageiro da aludida condução pública através da restrição da liberdade do motorista do coletivo, mister o reconhecimento do concurso formal impróprio (STJ, HC 132870/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 2/8/2010).

Concurso material benéfico

Sempre que a regra do concurso material for mais benéfica do que a prevista para o concurso formal, esta última deverá ser desprezada, aplicando-se aquela.

Incide a regra do art. 70, parágrafo único, do CP quando o concurso formal conduz a punição mais severa que o concurso material (STF, RE 118364/PR, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª T., DJ 12/5/1989, p. 7.796).

Aplicação da pena

Antes de aplicar o percentual previsto pelo art. 70, *caput*, do Código Penal, o juiz deverá

encontrar a pena de cada infração penal, isoladamente. Após, selecionará a mais grave das penas aplicadas ou, se iguais, somente uma delas, e sobre ela fará incidir o cálculo correspondente ao concurso formal de crimes, aumentando-a, em qualquer caso, de um sexto até metade, desde que as infrações penais não resultem de desígnios autônomos, ou seja, desde que a vontade do agente não tenha sido dirigida finalisticamente no sentido de praticar cada uma delas.

Em se tratando de concurso formal de crimes, a pena deverá ser fixada distintamente para cada um dos delitos, realizando-se, em seguida, o aumento previsto pelo art. 70, do CP (STJ, HC 109.832/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 15/12/2009).

Dosagem da pena

No concurso formal próprio ou perfeito aplica-se a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, devendo o juiz, em qualquer caso, aplicar o percentual de aumento de um sexto até a metade. A variação da aplicação do percentual de aumento dependerá do número de infrações penais cometidas pelo agente, consideradas pelo concurso formal de crimes. Assim, quanto maior for o número de infrações, maior será o percentual de aumento; ao contrário, quanto menor for o número de infrações penais consideradas, menor será o percentual de aumento de pena, devendo o julgador ter a sensibilidade necessária na análise de cada caso.

Havendo concurso formal de delitos, preleciona a doutrina e já decidiu esta egrégia Quinta Turma que a pena deverá ser fixada distintamente para cada um dos delitos, realizando-se, em seguida, o aumento previsto pelo art. 70 do CP (STJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 25/11/2016).

Segundo a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, adota-se, como parâmetro para se fixar o quantum de aumento referente ao concurso formal, o número de delitos perpetrados. Precedentes (STJ, HC 169722/RS, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 28/6/2012).

Suspensão condicional do processo

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano (STJ, HC 48174/SC, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., DJ 1/8/2006, p. 553).

Diferença entre concurso material e concurso formal

Para distinguir o concurso material do concurso formal, é imprescindível verificar se o Agente praticou uma ou mais ações, e se atingiu uma ou mais vítimas, com patrimônios únicos ou diversos. *In casu*, as instâncias ordinárias – soberanas na análise fático-probatória – concluíram que, embora somente uma vítima tenha sido lesada, a ação não foi única. Por isso, deve entender-se que as condutas foram praticadas em concurso material (STJ, HC 162862/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 21/5/2012).

Concurso formal e crime único

Conforme consignado pelo Tribunal *a quo*, a ação do acusado lesionou objetos e pertences individualizados

de duas vítimas, ferindo patrimônios diversos (roubo das armas de fogo da empresa de vigilância, além do roubo dos valores em dinheiro existentes na agência bancária). Dessa forma, praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos (STJ, AgRg no REsp 1.243.675/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 29/08/2016).

Afastamento do concurso formal e reconhecimento de crime único para o primeiro delito, que deve ser rechaçado. Verifica-se claramente que mediante uma única ação, foram subtraídos patrimônios distintos, de lesados diferentes, conduta que mais se adequa ao previsto no tipo do art. 70 do Código Penal, o qual mantendo (TJ-RJ, AC 0034501-56.2013.8.19.0054, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 03/06/2015).

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o roubo praticado mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não caracteriza crime único, mas delitos em concurso formal, porquanto violados patrimônios distintos (STJ, HC 303.800/SP, Rel. Min. Ericson Maranho, Desembargador convocado do TJ-SP, 5ª T., DJe 06/05/2015).

Prevalece, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido de que, nos delitos de latrocínio – crime complexo, cujos bens jurídicos protegidos são o patrimônio e a vida –, havendo uma subtração, porém mais de uma morte, resta configurada hipótese de concurso formal impróprio de crimes e não crime único. Precedentes (STJ, HC 185.101/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 16/04/2015).

Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, Boletim nº 23, publicado em 29 de outubro de 2014, sobre concurso formal.

1) O roubo praticado contra vítimas diferentes em um único contexto configura o concurso formal, e não crime único, ante a pluralidade de bens jurídicos ofendidos.

2) A distinção entre o concurso formal próprio e o impróprio relaciona-se com o elemento subjetivo do agente, ou seja, a existência ou não de desígnios autônomos.

3) É possível o concurso formal entre o crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91 (que tutela o patrimônio da União, proibindo a usurpação de suas matérias-primas), e o crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98 (que protege o meio ambiente, proibindo a extração de recursos minerais), não havendo conflito aparente de normas já que protegem bens jurídicos distintos.

4.1) Não há crime único, podendo haver concurso formal, quando, no mesmo contexto fático, o agente incide nas condutas dos arts. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) e 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito) da Lei nº 10.826/2003.

4.2) Não há crime único, podendo haver concurso material, quando, no mesmo contexto fático, o agente incide nas condutas dos arts. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) e 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito) da Lei nº 10.826/2003.

5) O aumento decorrente do concurso formal deve se dar de acordo com o número de infrações.

6) A apreensão de mais de uma arma de fogo, acessório ou munição, em um mesmo contexto fático, não caracteriza concurso formal ou material de crimes, mas delito único.

7) O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima combinada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano. (Súmula nº 243 do STJ) 8) No concurso de crimes, o cálculo da prescrição da pretensão punitiva é feito considerando cada crime isoladamente, não se computando o acréscimo decorrente do concurso formal, material ou da continuidade

delitiva.

9) No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de competência e transação penal será o resultado da soma ou da exasperação das penas máximas cominadas ao delito.

Crime continuado Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Parágrafo único.** Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Origem**

Afirma Bettoli que “a figura do crime continuado não é de data recente. As suas origens ‘políticas’ acham-se sem dúvida no *favor rei* que impeliu os juristas da Idade Média a considerar como furto único a pluralidade de furtos, para evitar as consequências draconianas que de modo diverso deveriam ter lugar: a pena de morte ao autor de três furtos, mesmo que de leve importância. Os nossos práticos insistiam particularmente na contextualidade cronológica da prática dos vários crimes, para considerá-los como crime único, se bem que houvesse também quem se preocupasse em encontrar a unidade do crime no *uno impetu* com o qual os crimes teriam sido realizados. Da Idade Média, a figura do crime continuado foi trasladada para todas as legislações [...]”.⁸⁹

Natureza jurídica

Três principais teorias disputam o tratamento sobre a natureza jurídica do crime continuado, a saber: *a) teoria da unidade real; b) teoria da ficção jurídica e c) teoria mista.*

A teoria da unidade real entende como crime único as várias condutas que, por si sós, já se constituiriam em infrações penais. Na escorreta proposição de Vera Regina de Almeida Braga, “intenção e lesão únicas dariam lugar a um único delito, composto de várias ações. O crime continuado consistiria em um *ens reale*”.⁹⁰

A teoria da ficção jurídica entende que as várias ações levadas a efeito pelo agente que,

analisadas individualmente, já consistiam em infrações penais, são reunidas e consideradas fictamente como um delito único.

Finalmente, a teoria mista reconhece no crime continuado um terceiro crime, fruto do próprio concurso.

Nossa lei penal adotou a teoria da ficção jurídica,⁹¹ entendendo que, uma vez concluída pela continuidade delitiva, deverá a pena do agente sofrer exasperação.

A forma como as instâncias ordinárias descreveram a prática delituosa autoriza dizer, sem revolvimento fático-probatório, que as condutas podem ser tidas como subsequentes, uma vez que os dois atentados violentos ao pudor – crimes da mesma espécie – foram praticados no mesmo tempo e lugar e com o mesmo *modus operandi*, devendo, portanto, ser reconhecida a continuidade delitiva prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal – CP. O fato de os crimes terem sido praticados contra vítimas diferentes não tem o condão de obstar o reconhecimento do crime continuado, porquanto o dispositivo penal que disciplina o instituto não impõe como condição a prática dos delitos contra única vítima. Precedentes (STJ, HC 199.635/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5^a T., DJe 29/09/2016).

A continuidade delitiva é uma ficção jurídica que beneficia o agente, quando vários delitos cometidos são entendidos como desdobramento do primeiro, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos (STJ, HC 262842/SP, Rel.^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 16/5/2014).

O crime continuado é uma ficção jurídica criada por razões de política criminal, de modo que os crimes subsequentes devem ser considerados como continuação do primeiro, estabelecendo o Código Penal um tratamento unitário à pluralidade de atos (STJ, REsp. 1196299/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 8/5/2013).

Requisitos e consequências do crime continuado

Requisitos:

- a)* mais de uma ação ou omissão; *b)* prática de dois ou mais crimes, da mesma espécie; *c)* condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes; *d)* os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

Consequências:

- a)* aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, aumentada de um sexto a dois terços;
- b)* aplicação da mais grave das penas, se diversas, aumentada de um sexto a dois terços; *c)* nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, aumentada até o triplo; *d)* nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aplicação da mais grave das penas, se diversas, aumentada até o triplo.

Este Tribunal Superior de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que o reconhecimento da continuidade delitiva demanda o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivos e subjetivos, negando a concessão do benefício quando evidenciada a presença de desígnios autônomos, como no caso dos autos (STJ, HC 186168/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 1º/7/2013).

Crimes da mesma espécie

O agente pode, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes da mesma espécie. A primeira dúvida em relação à redação do artigo em estudo é justamente saber o que significa *crimes da mesma espécie*. Várias posições foram ganhando corpo ao longo dos anos, sendo que duas merecem destaque, porque principais. A primeira posição considera crimes da mesma espécie aqueles que possuem o *mesmo bem juridicamente protegido*, ou, na linha de raciocínio de Fragoso, “crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”.⁹² Assim, furto e roubo, roubo e extorsão seriam da mesma espécie. A segunda posição aduz que crimes da mesma espécie são aqueles que possuem a mesma tipificação penal, não importando se simples, privilegiados ou qualificados, se tentados ou consumados. Esta é a posição de Aníbal Bruno quando diz que “cada ação deve fundamentalmente constituir a realização punível do mesmo tipo legal, isto é, essas ações repetidas devem representar dois ou mais crimes da mesma espécie, podendo reunir-se a forma consumada com a tentativa, a forma simples com a agravada. Os bens jurídicos podem ter o mesmo ou diverso titular”.⁹³ Ao contrário, portanto, da posição anterior, para esta não poderia haver continuidade entre furto e roubo, uma vez que tais infrações penais encontram moldura em figuras típicas diferentes. Para nós, crimes da mesma espécie são aqueles que possuem o mesmo bem juridicamente protegido.⁹⁴

Os crimes de roubo e extorsão, apesar de serem do mesmo gênero, são espécies delituosas diferentes, não se configurando, portanto, a continuidade delitiva, mas sim o concurso material (precedentes do STF e do STJ) (STJ, HC 343.976/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 19/09/2016). É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio pois, apesar de se tratarem de delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie (STJ, HC 297.632/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 21/05/2015).

Impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estelionato praticado contra entidade de direito público e corrupção ativa, pois são infrações penais de espécies diferentes, que não estão previstas no mesmo tipo fundamental. Precedentes (STJ, HC 83611/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., DJe 1º/3/2010).

Os crimes de homicídio qualificado e latrocínio são espécies delituosas distintas, não se configurando entre elas a continuidade delitiva, mas sim o concurso material (STJ, HC 140936/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 22/2/2010).

Não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estelionato, receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, pois são infrações penais de espécies diferentes, que não estão previstas no mesmo tipo fundamental. Precedentes do STF e STJ (STJ, REsp. 738337/DF, REsp. 2005/0030253-6, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, j. 17/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 466).

A posição majoritária de nossos Tribunais Superiores é no sentido de considerar como

crimes da mesma espécie aqueles que tiverem a mesma configuração típica (simples, privilegiada ou qualificada).

Condições de tempo, lugar, maneira de execução ou outras semelhantes

Exige o art. 71 do Código Penal que o agente atue em determinado tempo, a fim de que sejam aplicadas as regras relativas ao crime continuado. Também com relação a esse ponto existe divergência doutrinária e jurisprudencial, em razão da ausência de um critério rígido para a sua aferição, pois, conforme assevera Ney Moura Teles, “como mensurar essa quantidade de tempo, com base em quais critérios? Este problema é de difícil solução. Não se pode realizar análise meramente aritmética, mas entre os crimes deve mediar tempo que indique a persistência de um certo liame psíquico que sugira uma sequência entre os dois fatos”.⁹⁵ Não há, portanto, como determinar o número máximo de dias ou mesmo de meses para que se possa entender pela continuidade delitiva. Deverá, isto sim, segundo entendemos, haver uma relação de contexto entre os fatos, para que o crime continuado não se confunda com a reiteração criminosa. Apesar da impossibilidade de ser delimitado objetivamente um tempo máximo para a configuração do crime continuado, o STF [lançou luz sobre o tema ao firmar, e a consolidar, o entendimento de que, excedido o intervalo de 30 dias entre os crimes, não é possível ter-se o segundo delito como continuidade do primeiro: HC 73.219/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26/4/1996, e HC 69.896, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 2/4/1993](#). A habitualidade ou a reiteração criminosa distingue-se da continuidade delitiva, consoante reiteradamente vem decidindo esta Corte: [HC 74.066/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T., DJ 11/10/1996; HC 93.824/RS, Rel. Min. Eros Grau, 2ª T., DJe 15/8/2008; e HC 94.970, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., DJe 28/11/2008. Habeas corpus denegado \(STF, HC 107636/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 21/3/2012\)](#).

Também existe controvérsia quanto à distância entre os vários lugares nos quais os delitos foram praticados. Discute-se sobre a possibilidade de se verificar o crime continuado somente em um mesmo bairro, em uma mesma cidade, comarca ou em até Estados diversos. O STF já entendeu que [o fato de serem diversas as cidades nas quais o agente perpetrhou os crimes \(São Paulo, Santo André e São Bernardo do Campo\) não afasta a reclamada conexão espacial, pois elas são muito próximas uma da outra, e integram, como é notório, uma única região metropolitana \(RE, Rel. Xavier de Albuquerque, RT 542/455\)](#). Em sentido contrário, já se posicionou o extinto TACrim./SP, ao afirmar que [não se admite a continuidade delitiva entre crimes praticados em cidades diversas, ainda que integrantes da mesma região metropolitana \(Rel. Breno Marcondes, JUTACrim./SP 84/162\)](#).

A nosso ver, da mesma forma que o critério temporal, no que diz respeito ao critério espacial deverá haver uma relação de contexto entre as ações praticadas em lugares diversos pelo agente, seja esse lugar um bairro, cidade, comarca ou até Estados diferentes. Nada impede que um grupo especializado em roubo a bancos, por exemplo, resolva, num mesmo dia, praticar

vários assaltos em cidades diferentes que, embora vizinhas, não pertençam ao mesmo Estado.

A maneira de execução dos delitos, ou seja, o *modus operandi* do agente ou do grupo, também é um fator importante para a verificação do crime continuado. Um estelionatário que pratica um mesmo golpe, como o do bilhete premiado, ou aquele que comumente leva a efeito os delitos de furto valendo-se de sua destreza utilizam o mesmo meio de execução. O critério, contudo, não é tão simples como se possa imaginar. O agente, embora possa ter um padrão de comportamento, nem sempre o repetirá, o que não poderá impedir o reconhecimento da continuidade delitiva, desde que, frisamos mais uma vez, exista uma relação de contexto, de unicidade entre as diversas infrações penais.

Permite o Código Penal, ainda, o emprego da interpretação analógica, uma vez que, após se referir às condições de tempo, lugar e maneira de execução, apresenta *outras semelhantes*. Isso quer dizer que as condições objetivas indicadas pelo artigo devem servir de parâmetro à interpretação analógica por ele permitida, existindo alguns julgados, conforme notícia Alberto Silva Franco, que “têm entendido que o aproveitamento das mesmas oportunidades e das mesmas relações pode ser incluído no conceito de *condições semelhantes*”.⁹⁶

Os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro

Exige o art. 71 do Código Penal, ainda, que, em razão das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, *devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro*, ou seja, as infrações penais posteriores devem ser entendidas como continuação da primeira. Embora seja clara a redação do artigo, que com ela procura fazer a distinção entre o crime continuado e a reiteração criminosa, paradoxalmente, segundo entendemos, a Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal adota a chamada teoria objetiva no crime continuado.

Para que se possa melhor conhecer a discussão, é preciso saber que três teorias disputam o tratamento do crime continuado, a saber: *a) teoria objetiva; b) teoria subjetiva; e c) teoria objetivo-subjetiva*.

A teoria objetiva preconiza que para o reconhecimento do crime continuado basta a presença de requisitos objetivos que, pelo art. 71 do Código Penal, são as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Não há, para essa teoria, necessidade de se aferir a *unidade de designio*, por nós denominada de *relação de contexto*, entre as diversas infrações penais.

Nos termos da jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, para a caracterização da continuidade delitiva, além dos requisitos objetivos, é necessária a demonstração da presença da unidade de designios (STJ, AgRg. no AREsp. 154061/SP, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 1º/8/2014).

Presentes os requisitos do art. 71 do Código Penal, impõe-se o reconhecimento da continuidade delitiva,

independentemente da ocorrência da unidade de desígnios. O legislador pátrio somente exigiu requisitos de caráter objetivos, levando a crer que se adotou tão só a teoria objetiva, desprezando-se a unidade de desígnio como elemento da continuação delitiva (STJ, HC 120042/DF, Rel.^a Min.^a Jane Silva, 6^a T., DJe 2/2/2009).

Diz a teoria subjetiva que, independentemente dos requisitos de natureza objetiva (condições de tempo, lugar, maneira de execução ou outras semelhantes), a *unidade de desígnio* ou, para nós, a relação de contexto entre as infrações penais é suficiente para que se possa caracterizar o crime continuado.

A última teoria, que possui natureza híbrida, exige tanto as condições objetivas como o indispensável dado subjetivo, ou seja, deverão ser consideradas não só as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, como também a *unidade de desígnio* ou *relação de contexto* entre as ações criminosas.

Acreditamos que a última teoria – objetivo-subjetiva – é a mais coerente com o nosso sistema penal, que não quer que as penas sejam excessivamente altas, quando desnecessárias, mas também não tolera a reiteração criminosa. O criminoso de ocasião não pode ser confundido com o criminoso contumaz.

Ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou esta Corte a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito –, quanto o de ordem subjetiva – a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior. Segundo entendimento desta Corte, o lapso de tempo superior a trinta dias entre o cometimento dos delitos impossibilita o reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto descaracteriza o requisito temporal, que impõe a existência de uma certa periodicidade entre as ações sucessivas (STJ, REsp 1.196.358/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 12/06/2015).

Para a caracterização da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos (STJ, AgRg no REsp 1.258.206/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 16/04/2015).

Para o reconhecimento da continuidade delitiva, exige-se, além da comprovação dos requisitos objetivos, a unidade de desígnios, ou seja, o liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos se apresentam entrelaçados. Ou seja, a conduta posterior deve constituir um desdobramento da anterior. Quanto ao pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, o Juízo *a quo* e a Corte estadual concluíram que o longo período que entremeou um delito e outro obsta o reconhecimento do crime continuado, configurando-se, assim, o concurso material delineado no art. 69, do Código Penal (STJ, HC 206784/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 29/6/2012).

Patrícia Mothé Glioche Béze, traçando a diferença entre crime continuado e a reiteração criminosa, assevera: “O fundamento da exasperação da pena não visa com certeza, beneficiar o agente que, reiteradamente, pratica crimes parecidos entre si, como o estelionatário, que vive

da prática de ‘golpes’. Fundamentando-se no critério da menor periculosidade, da benignidade ou da utilidade prática, a razão de ser do instituto do crime continuado não coaduna com a aplicação do benefício da exasperação da pena para aquele agente mais perigoso, que faz do crime profissão e vive deliberadamente à margem da lei.

A habitualidade é, portanto, diferente da continuação. A culpabilidade na habitualidade é mais intensa do que na continuação, não podendo, portanto, ter tratamento idêntico”.⁹⁷

Nesse sentido, já se posicionou o STJ, conforme se verifica nas ementas abaixo transcritas: Para a caracterização do crime continuado não basta a simples repetição dos fatos delituosos em breve espaço de tempo, pois a atual teoria penal, corroborada pela jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, preconiza a exigência de unidade de desígnios, em que os atos criminosos estejam entrelaçados, ou melhor, necessário se torna levar em conta tanto os elementos objetivos, como os subjetivos do agente. Continuidade delitiva não reconhecida (STJ, RE 39.883-5, Rel. Min. Fláquer Scartezzini, DJU 28/2/1994, p. 2.911).

Crime continuado – Caracterização – Exigência de unidade de desígnio ou dolo total – Para a caracterização do crime continuado, torna-

-se necessário que os atos criminosos isolados apresentem-se enlaçados, os subsequentes ligados aos antecedentes (art. 71 do CP): ‘devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro’ – ou porque fazem parte do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado ou facilitado pela execução desse projeto, o aproveitamento da mesma oportunidade. (STJ, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 16/3/1992, p. 3.075).

A expressão contida no art. 71 do Código Penal – *devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro* – mais do que nos permitir, nos obriga a chegar a essa conclusão.⁹⁸

Nos termos do art. 71 do Código Penal, aplica-

-se a regra do crime continuado, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. No caso, se os delitos de estelionato foram praticados dentro de idêntico contexto, em harmônicas condições de tempo, lugar e maneira de execução, guardando entre si unidade de desígnio, o fato de ter sido praticado contra vítimas distintas não afasta a incidência da regra da continuidade delitiva. Precedentes do STJ (STJ, HC 114549/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 2/3/2009).

Em sentido contrário, já decidiu o STF: A caracterização da continuidade delitiva prescinde do preenchimento de requisitos objetivos (mesmas condições de tempo lugar e *modus operandi*) e subjetivos (unidade de desígnios) (STF, HC 121.548/PE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 08/05/2014).

Crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa

O parágrafo único do art. 71 do Código Penal diz que *nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código*, permitindo expressamente, portanto, a aplicação da ficção jurídica do crime continuado nas infrações penais praticadas contra vítimas diferentes, cometidas com violência ou grave ameaça à pessoa.

Com a redação trazida pela Parte Geral de 84, cai por terra a Súmula nº 605 do STF, que dizia não se admitir a continuidade delitiva nos crimes contra a vida. Hoje, portanto, será perfeitamente admissível a hipótese de aplicação das regras do crime continuado àquele que, por vingança, resolve exterminar com todos os homens pertencentes a uma família rival à sua, ou, na hipótese de roubo, julgada pelo STF, cuja ementa merece ser transcrita: *Habeas corpus – Crime de roubo qualificado em diversos apartamentos do mesmo edifício – Ocorrência de crime continuado qualificado (CP, parágrafo único do art. 71) – Presente a pluralidade de condutas e a de crimes dolosos da mesma espécie, praticados com emprego de armas, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, ocorre a hipótese de crime continuado qualificado, ou específico, previsto no par. único do art. 71 do Código Penal (STF, HC 72.280-6, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 26/4/1996, p. 13.114).*

Crime continuado simples e crime continuado qualificado

A possibilidade de haver a continuidade delitiva nas infrações penais em que o agente tenha atuado com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, contra vítimas diferentes, fez surgir a distinção entre o crime continuado simples e o crime continuado qualificado. Diz-se simples o crime continuado nas hipóteses do *caput* do art. 71 do Código Penal; qualificado é o crime continuado previsto no parágrafo único do art. 71 do mesmo diploma repressivo, que permite aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo.

O parágrafo único do art. 71 do Código Penal determina sejam observadas as regras do parágrafo único do art. 70, que prevê o chamado concurso material benéfico, bem como a do art. 75, que cuida do limite das penas. O concurso material benéfico será visto mais adiante. A referência ao art. 75 do Código Penal não impede de ser aplicada uma pena superior a trinta anos ao agente, pois o mencionado artigo diz textualmente que *o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos*, ou seja, à primeira vista, o condenado não poderá cumprir ininterruptamente mais do que trinta anos, podendo, contudo, ser condenado a uma pena bem superior àquela a que deverá efetivamente cumprir.

A regra da continuidade delitiva específica ou qualificada – prevista no parágrafo único do art. 71 do CP –,

diferentemente da continuidade delitiva comum ou simples – capitulada no *caput* do mesmo artigo, cujo aumento varia de 1/6 à metade –, permite o aumento das penas até o triplo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a fração de aumento pela continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único da norma supratranscrita, pressupõe a análise de requisitos objetivos (quantidade de crimes praticados) e subjetivos, estes consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime (circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP) (STJ, HC 344.251/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 26/09/2016).

Consequências do crime continuado

Nas hipóteses de crime continuado simples, determina a lei a aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

No caso do chamado crime continuado qualificado, o juiz, após considerar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, poderá aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo. O triplo da pena para uma das infrações cometidas pelo agente será o teto máximo para o aumento correspondente ao crime continuado. E qual seria o aumento mínimo? Fazendo-se uma interpretação sistêmica do Código Penal, chegamos à conclusão de que o aumento mínimo será de um sexto, o mesmo previsto para o *caput* do art. 71, uma vez que não seria razoável que o juiz procedesse a aumento inferior ao determinado na hipótese de crime continuado simples que, em tese, se configura em situação menos grave do que a do parágrafo único.

Concurso material benéfico

O parágrafo único do art. 71 determina que seja observada a regra relativa ao concurso material benéfico, prevista no parágrafo único do art. 70 do Código Penal. O mesmo raciocínio que fizemos ao analisar o concurso formal pode ser transportado para o tema correspondente ao crime continuado. A ficção do crime continuado, por razões de política criminal, foi criada em benefício do agente. Assim, não seria razoável que um instituto criado com essa finalidade viesse, quando da sua aplicação, prejudicá-lo. Se o juiz, portanto, ao levar a efeito os cálculos do aumento correspondentes ao crime continuado, verificar que tal instituto, se aplicado, será mais gravoso do que se houvesse o concurso material de crimes, deverá desprezar as regras daquele e proceder ao cômulo material das penas.

Dosagem da pena no crime continuado

Da mesma forma que o concurso formal, no crime continuado, seja simples ou qualificado, o percentual de aumento da pena varia de acordo com o número de infrações penais praticadas.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o número de infrações cometidas deve ser considerado quando da escolha da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva, dentre os

parâmetros previstos no *caput* do art. 71 do Código Penal, sendo 1/6 para a hipótese de dois delitos até o patamar máximo de 2/3 para o caso de 7 infrações ou mais (STJ, HC 367.448/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 26/09/2016).

No crime continuado (art. 71, *caput*, do Código Penal), o aumento da pena entre o intervalo de 1/6 a 2/3 deve se dar em função do número de delitos cometidos. No caso em tela, reconhecida, pelo Tribunal de origem, a prática de três delitos, o acréscimo deve ser de 1/5 (STJ, HC 305.109/SP, Rel. Min. Ericson Maranho, Desembargador convocado do TJ-SP, 6^a T., DJe 30/06/2015).

Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o aumento da pena pela continuidade delitiva se faz tão somente em razão do número de infrações praticadas (critério objetivo) (STJ, HC 149897/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 3/5/2011).

Crime continuado e *novatio legis in pejus* Pode acontecer que, durante a cadeia de infrações penais praticadas pelo agente, parte dela seja cometida durante a vigência de uma lei nova, que agravou, por exemplo, a situação anterior. Ou seja, parte das infrações penais foi praticada durante a vigência da Lei A, e outra parte durante a vigência da Lei B, sendo a lei posterior mais gravosa.

O que fazer diante dessa situação? Sabe-se que a ficção do crime continuado foi criada com a finalidade de beneficiar o agente, desde que presentes todos os seus requisitos, dando-se a ideia, fictamente, de infração única. Também afirmamos, com base no disposto na parte final do parágrafo único do art. 70 do Código Penal, que se a regra relativa a continuidade delitiva for prejudicial ao agente, deverá ser desprezada, aplicando-se, pois, o chamado concurso material benéfico. No que diz respeito à sucessão de leis no tempo, respondendo à nossa indagação, o STF tem decidido reiteradamente no sentido de que a lei posterior, mesmo que mais gravosa, será aplicada a toda cadeia de infrações penais, conforme se observa nos julgados abaixo colacionados, posição com à qual nos filiamos, haja vista que, mesmo conhecedores da nova lei penal, os agentes que, ainda assim, insistiram em cometer novos delitos deverão ser responsabilizados pelo todo, com base na lei nova.

Se o paciente praticou a série de crimes sob o império de duas leis, sendo mais grave a posterior, aplica-se a nova disciplina penal a toda ela, tendo em vista que o delinquente já estava advertido da maior gravidade da sanção e persistiu na prática da conduta delituosa (STF, HC 76680, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1^a T., DJU 12/6/1998).

A reiteração das decisões do Supremo Tribunal Federal levou aquela Corte Suprema, na sessão plenária de 24 de setembro de 2003, a aprovar a Súmula nº 711, que diz: **Súmula nº 711. A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.**

Em sentido contrário, Alcides da Fonseca Neto assevera que, “na sucessão de leis no tempo, para o caso de crime praticado em continuidade delitiva, em cujo lapso sobreveio lei mais severa, deve ser aplicada lei anterior – *lex mitior*”⁹⁹ – reconhecendo-se sua ultra-

atividade em favor do réu (art. 5º, XL, da CF).

Suspensão condicional do processo

Processo Penal. Infrações cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva. Suspensão condicional do Processo. Art. 89 da Lei nº 9.099/95. Não aplicação. O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não é admitido nos delitos praticados em concurso material quando o somatório das penas mínimas cominadas for superior a 1 (um) ano, assim como não é aplicável às infrações penais cometidas em concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 (um sexto), ultrapassar o limite de um 1 (um) ano (STF, HC 83163/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 19/6/2009, p. 153).

Crime continuado e reiteração criminosa

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, para a caracterização da continuidade delitiva, é necessário, além da comprovação dos requisitos objetivos (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução), a unidade de desígnios, ou seja, vínculo subjetivo havido entre os crimes de mesma espécie. O Tribunal de origem afastou a existência de continuidade delitiva entre os delitos de roubo praticados pelo paciente, destacando a ausência de unidade de desígnios, concluindo que a hipótese dos autos nada mais é do que a típica figura da reiteração criminosa (STJ, HC 303.815/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 20/09/2016).

Consoante orientação desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, a reiteração indicativa de delinquência habitual ou profissional é suficiente para afastar a caracterização do crime continuado (STJ, HC 297.624/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 02/03/2015).

Não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro, sendo certo, ainda, que ‘o entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado’ (RHC 93.144/SP, Rel. Min. Menezes Direito) (STF, HC 114725/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., DJe 17/6/2013).

Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, Boletim nº 17, publicado em 6 de agosto de 2014, sobre Crime Continuado I

- 1) Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução – e de ordem subjetiva – unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva).
- 2) A continuidade delitiva, em regra, não pode ser reconhecida quando se tratarem de delitos praticados em período superior a 30 (trinta) dias.
- 3) A continuidade delitiva pode ser reconhecida quando se tratarem de delitos ocorridos em comarcas limítrofes ou próximas.
- 4) A continuidade delitiva não pode ser reconhecida quando se tratarem de delitos cometidos com modos de execução diversos.
- 5) Não há crime continuado quando configurada habitualidade delitiva ou reiteração criminosa.
- 6) Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação (Súmula 497/STF).
- 7) A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à

cessação da continuidade delitiva ou da permanência (Súmula 711/STF).

- 8.1) O estupro e atentado violento ao pudor cometidos contra a mesma vítima e no mesmo contexto devem ser tratados como crime único, após a nova disciplina trazida pela Lei n. 12.015/09.
- 8.2) É possível reconhecer a continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor quando praticados contra vítimas diversas ou fora do mesmo contexto, desde que presentes os requisitos do artigo 71 do Código Penal.
- 8.3) A Lei nº 12.015/09, ao incluir no mesmo tipo penal os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, possibilitou a caracterização de crime único ou de crime continuado entre as condutas, devendo retroagir para alcançar os fatos praticados antes da sua vigência, por se tratar de norma penal mais benéfica.
- 9) No concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou da exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos.

Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, Boletim nº 20, publicado em 17 de setembro de 2014, sobre crime continuado II.

- 1) Para a caracterização da continuidade delitiva, são considerados crimes da mesma espécie aqueles previstos no mesmo tipo penal.
- 2) É possível o reconhecimento de crime continuado entre os delitos de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) e de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP).
- 3) Presentes as condições do art. 71 do Código Penal, deve ser reconhecida a continuidade delitiva no crime de peculato-desvio.
- 4) Não é possível reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo (art. 157 do CP) e de latrocínio (art. 157, § 3º, segunda parte, do CP) porque apesar de serem do mesmo gênero não são da mesma espécie.
- 5) Não é possível reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo (art. 157 do CP) e de extorsão (art. 158 do CP), pois são infrações penais de espécies diferentes.
- 6) Admite-se a continuidade delitiva nos crimes contra a vida.
- 7) O entendimento da Súmula nº 605 do STF – “não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida” – encontra-se superado pelo parágrafo único do art. 71 do Código Penal, criado pela reforma de 1984.
- 8) Na continuidade delitiva prevista no *caput* do art. 71 do CP, o aumento se faz em razão do número de infrações praticadas e de acordo com a seguinte correlação: 1/6 para duas infrações; 1/5 para três; 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos.
- 9) Na continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, o aumento fundamenta-se no número de infrações cometidas e nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.
- 10) Caracterizado o concurso formal e a continuidade delitiva entre infrações penais, aplica-se somente o aumento relativo à continuidade, sob pena de *bis in idem*.
- 11) No crime continuado, as penas de multa devem ser somadas, nos termos do art. 72 do CP.
- 12) No crime continuado, a pena de multa deve ser aplicada mediante o critério da exasperação, tendo em vista a inaplicabilidade do art. 72 do CP.
- 13) O reconhecimento dos pressupostos do crime continuado, notadamente as condições de tempo, lugar e maneira de execução, demanda dilação probatória, incabível na via estreita do *habeas corpus*.

Multas no concurso de crimes Art. 72. No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.

Nas hipóteses de concurso material, concurso formal ou mesmo crime continuado, as penas de multa deverão ser aplicadas isoladamente para cada infração penal. Imagine-se que alguém tenha praticado quatro crimes em concurso formal. Aqui, em vez de ser aplicado o percentual de aumento de um sexto até metade, as penas de multa serão encontradas isoladamente.

Embora com relação ao concurso material e ao concurso formal imperfeito não haja maiores discussões, no que diz respeito à aplicação da multa nas hipóteses de concurso formal perfeito e continuidade delitiva existe divergência doutrinária e jurisprudencial. Preleciona Alberto Silva Franco: “Se se entender que se trata de um concurso de crimes, não há dúvida de que a solução será igual à do concurso formal. Considerando-se, no entanto, que se cuida de uma hipótese não de concurso de crimes, mas, sim, de unidade legal de infrações, ou melhor, de crime único, o art. 72 da PG/84 não teria aplicabilidade e, nessa situação, a exacerbação punitiva incidiria necessariamente na determinação do número de dias-multa, dentro do sistema de dias-multa ora acolhido na PG/84. Destarte, a divergência que já existe em nível jurisprudencial persistiria.”¹⁰⁰

No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente. Inteligência do art. 72 do Código Penal (TJ-MG, AC 0502007-03.2015.8.13.0079, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJe 12/09/2016).

No caso de concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas cumulativamente, não incidindo sobre elas o acréscimo decorrente do concurso formal ou do crime continuado, devendo as pecuniárias ser somadas (TJMG, Processo 1.0313.05. 156384-6/001[1], Rel. Des. William Silvestrini, DJ 6/6/2006).

Apesar de esta Corte já se ter manifestado pela inaplicabilidade do art. 72 do Código Penal às hipóteses de crime continuado, entendo que o texto legal prevê uma regra de exceção para a aplicação da pena de multa, e seu conteúdo é claro: nas hipóteses de concurso formal perfeito (art. 70, 1ª parte, do CP) e de crime continuado (art. 71 do CP), a pena de multa será multiplicada pelo número de infrações cometidas, não incidindo na sua fixação o sistema de exasperação (STJ, REsp. 519429/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 10/10/2005, p. 412).

No crime continuado, não há concurso de crimes mas crime único, e, desta forma, em paralelismo com a pena privativa de liberdade, a unificação deve atingir também a pena de multa. Precedentes do STJ e do STF (STJ, REsp 493227/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 22/9/2003, p. 356).

Erro na execução Art. 73. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a

regra do art. 70 deste Código.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Crimes aberrantes**

São três as hipóteses dos chamados *crimes aberrantes*, a saber: a) *aberratio ictus*; b) *aberratio criminis*; c) *aberratio causae*. Somente as duas primeiras encontram previsão legal, respectivamente, nos arts. 73 e 74 do Código Penal. Ocorrerá a chamada *aberratio causae*, ou aberração na causa, quando o resultado pretendido pelo agente advier de uma outra causa, que não aquela pretendida por ele inicialmente, mas que se encontra abrangida pelo seu dolo. Assim, suponhamos que o agente, querendo causar a morte da vítima por afogamento, a arremesse, por exemplo, da ponte Rio – Niterói, sendo que, antes de cair na baía de Guanabara, a vítima choca-se com um dos pilares da aludida ponte e morre em virtude de traumatismo craniano, e não por afogamento, como inicialmente pretendia o agente. Pode acontecer, ainda, que ocorra um resultado aberrante também na hipótese em que o agente, após efetuar dois disparos, supondo já ter causado a morte da vítima, com a finalidade de ocultar o suposto cadáver, coloca-a em uma cova, enterrando-a, sendo que esta, na verdade, ainda se encontrava viva, vindo, contudo, a morrer asfixiada.

Erro na execução

Também conhecido por *aberratio ictus*, que significa *desvio no golpe* ou *aberração no ataque*.

Tendo o agente – segundo reconheceu o Conselho de Sentença –, por erro de pontaria, atingido (de forma fatal) vítima diversa da pretendida, além de ferir também a vítima visada e outra pessoa, configurado está o erro na execução na modalidade complexa, incidindo a regra do art. 73 c/c art. 70 do CP. O caso não se confunde com o *aberratio criminis* (resultado diverso do pretendido) previsto no art. 74 do CP, o qual prevê a circunstância em que o agente visa atingir um bem jurídico e acaba atingindo outro, de natureza diversa, o que incorreu na hipótese dos autos (TJRS, AC nº 70048015960, Rel. Des. Francesco Conti, j. 28/6/2012).

Resta configurado o erro na execução, quando reconhecida a unidade criminosa, dirigida contra a pessoa almejada, mas que por desvio da trajetória desejada, vem a ser atingida pessoa diversa (TJMG, Processo 1.0105.97.003426-7/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, DJ 6/7/2009).

Erro de pessoa para pessoa

Para que se possa falar em *aberratio ictus* deve ocorrer a seguinte situação: a) o agente quer atingir uma pessoa; b) contudo, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, vem a atingir uma pessoa diversa.

Em se tratando de caso em que a condenação se dá por *aberratio ictus*, o fato de que terceiro foi atingido, em lugar da vítima real, em razão de erro na execução, constitui elementar do tipo, uma vez que a responsabilidade do agente se dá pela norma do art. 73 do Código Penal, segundo o qual a punição deve ocorrer como se se tratasse da vítima realmente alvejada (STJ, REsp 1.492.921/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T, DJe 1º/09/2016).

Se a pessoa ofendida foi diversa da pretendida, estamos diante de uma situação que se amolda ao contido no art. 73 do CP (*aberratio ictus*), porque a mudança da vítima não tem o condão de alterar a natureza do fato (TJMG, Rese 1.0236.06.008812-7/001, Rel. Des. Ediwal José de Moraes, DJ 1/4/2009).

Aberratio ictus com unidade simples

Nessa hipótese, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, produzindo um único resultado (morte ou lesão corporal). O art. 73 do Código Penal determina, neste caso, seja aplicada a regra do erro sobre a pessoa, prevista no § 3º do art. 20 do Código Penal. Assim, se houver a produção do resultado morte em pessoa diversa, o agente responderá por um único crime de homicídio doloso consumado, como se efetivamente tivesse atingido a pessoa a quem pretendia ofender. Se queria a morte de seu pai e, por erro na execução, matar um estranho, responderá pelo delito de homicídio, aplicando-se, ainda, a circunstância agravante prevista no art. 61, II, e, primeira figura do Código Penal (ter cometido o crime contra ascendente). Se, contudo, ainda agindo com *animus necandi*, atingir terceira pessoa, causando-

-lhe lesões corporais, deverá o agente responder pela tentativa de homicídio.

Aberratio ictus com unidade complexa

Há um resultado duplo, razão pela qual a unidade é tida como complexa. Aplica-se, nesse caso, a regra do concurso formal de crimes, prevista no art. 70 do Código Penal. São quatro as hipóteses de *aberratio ictus* com unidade complexa, partindo-se do pressuposto de que em todos os casos o agente atua com o dolo de matar: 1º) o agente atira em A, causando não somente sua morte, como também a de B. Responderá pelo crime de homicídio doloso consumado, com a pena aumentada de 1/6 até metade; 2º) o agente mata A e fere B. Responderá pelo homicídio consumado, aplicando-se também o aumento previsto pelo art. 70; 3º) o agente fere A e B. Deverá ser responsabilizado pela tentativa de homicídio, aplicando-se o aumento de 1/6 até metade; 4º) o agente fere A, aquele contra o qual havia atuado com dolo de matar; contudo, acaba produzindo o resultado morte em B. Responderá pelo homicídio doloso consumado, aplicando-se o aumento do concurso formal de crimes.

Ao erro na execução com resultado duplo (art. 73, parte final, do Código Penal) podem ser aplicadas tanto a regra atinente ao concurso formal próprio de crimes quanto a regra referente ao concurso formal impróprio de crimes, tudo a depender das circunstâncias concretas. Se o agente, apesar de não intencionar atingir um terceiro, previu esta possibilidade e aquiesceu com ela, agindo em dolo eventual, aplica-se a regra do concurso formal impróprio de crimes ao erro na execução (TJ-DFT, RC 20160020107929RVC, Rel. Des. Silvano Barbosa dos Santos, DJe 15/09/2016).

Tendo o agente – segundo reconheceu o Conselho de Sentença-, por erro de pontaria, atingido (de forma fatal) vítima diversa da pretendida, além de ferir também a vítima visada e outra pessoa, configurado está o erro na execução na modalidade complexa, incidindo a regra do art. 73 c/c art. 70 do CP. O caso não se confunde com o *aberratio criminis* (resultado diverso do pretendido) previsto no art. 74 do CP, o qual prevê a circunstância em que o agente visa atingir um bem jurídico e acaba atingindo outro, de natureza diversa, o que

inocorreu na hipótese dos autos. (TJRS, AC nº 70048015960, Rel. Des. Francesco Conti, j. 28/6/2012).

Hipótese em que se atingiu não só a pessoa visada como também terceiro, por erro de execução. Regência da espécie pela disciplina do concurso formal (Precedente do Supremo Tribunal Federal, HC 62655/BA, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 7/7/85). Se, por erro de execução, o agente atingiu não só a pessoa visada, mas também terceira pessoa aplica-se o concurso formal (STF, RT 598/420). Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp. 439058/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 9/6/2003 p. 288).

Necessidade de previsibilidade do resultado aberrante

Se o resultado aberrante não tiver sido previsível, não se poderá cogitar da hipótese de *aberratio ictus*, pois, caso contrário, estaríamos aceitando a possibilidade de responsabilizar objetivamente o agente.

***Aberratio ictus* e dolo eventual**

Se o caso é de erro na execução, aquele que atinge outra pessoa que não aquela que pretendia ofender, somente se poderá cogitar em *aberratio* se o resultado for proveniente de culpa, afastando-se

o erro na hipótese de dolo, seja ele direto ou mesmo eventual. Isso porque se o agente queria (diretamente) ou não se importava em produzir o resultado por ele previsto e aceito, agindo com dolo eventual, não há falar em *erro na execução*.

O cometimento de uma só conduta, que acarreta resultados diversos, um dirigido pelo dolo direto e outro pelo dolo eventual, configura a diversidade de desígnios. Precedente do STF. Hipótese em que se verifica o concurso formal imperfeito, que se caracteriza pela ocorrência de mais de um resultado, através de uma só ação, cometida com propósitos autônomos (STJ, REsp 138.557/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., RT, v. 807, p. 577).

Ocorrendo a figura da *aberratio ictus*, mas com dolo eventual, em face da previsibilidade do risco de lesão com relação a terceiros, enquanto se tenha concurso formal de crimes dolosos, as penas são aplicadas cumulativamente, de conformidade com a norma do art. 70, parte final, do Código Penal (STF, HC 73548/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ 17/5/1996 p.16.328).

Concurso material benéfico

Em qualquer das hipóteses de *aberratio ictus* com unidade complexa, ou seja, com a produção de dois resultados, deverá ser observada a regra do concurso material benéfico.

Conflito de competência

Ainda que tenha ocorrido a *aberratio ictus*, o militar, na intenção de cometer o crime contra colega da corporação, outro militar, na verdade, acabou praticando-o contra uma vítima civil, tal fato não afasta a competência do juízo comum. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o suscitado (STJ, CC 27368/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 1ª T., p. 123/JBC 39, p. 286).

Reparação dos danos

O agente que, estando em situação de legítima defesa, causa ofensa a terceiro, por erro na execução, responde pela indenização do dano, se provada no juízo cível a sua culpa. Negado esse fato pela instância ordinária, descebe condenar o réu a indenizar o dano sofrido pela vítima. Arts. 1.540 e 159 do CC (STJ, REsp. 152030/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4^a T., *RSTJ* 113, p. 290/RT 756 p. 190).

Resultado diverso do pretendido Art. 74. Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Resultado diverso do pretendido**

Também conhecido por *aberratio criminis* ou *aberratio delicti*, que tem o significado de *desvio do crime*.

Lesões corporais. Resultado diverso do pretendido. Impossibilidade de responsabilidade objetiva. Se a vítima fraturou o braço em decorrência de queda provocada pela esquiva do golpe do réu, responderá o agressor tão somente por lesões corporais simples, pois não era previsível que de seu golpe resultasse uma fratura que afastaria a vítima de suas atividades habituais por mais de 30 (trinta) dias (TJMG, Processo 1.0000.00.347203-2/000(1), Rel. Des. Erony da Silva, *DJ* 26/11/2003).

Hipóteses

Conforme as lições de Damásio de Jesus, “enquanto na *aberratio ictus* existe erro de execução a *persona in personam*, na *aberratio criminis* há erro na execução do tipo a *personam in rem* ou a *re in personam*. No primeiro caso, o agente quer atingir uma pessoa e ofende outra (ou ambas). No segundo, quer atingir um bem jurídico e ofende outro (de espécie diversa).”¹⁰¹

Concurso material benéfico

Em qualquer das hipóteses de *aberratio criminis* com unidade complexa, ou seja, com a produção de dois resultados, deverá ser observada a regra do concurso material benéfico.

Limite das penas Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º. Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º. Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

*(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Limite das penas***

Em obediência ao disposto no art. 5º, XLVII, da Constituição Federal, que proíbe as penas de caráter perpétuo, diz o *caput* do art. 75 do Código Penal que *o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.*

Tempo de cumprimento

Não se confunde com tempo de condenação. Poderá o agente ser condenado a 300 anos, por exemplo. No entanto, de acordo com a determinação legal, não poderá cumprir, efetivamente, como regra, período superior a 30 (trinta) anos.

Diferença entre soma e unificação *Soma* é um critério matemático, no qual todas as penas aplicadas serão computadas a fim de que se conheça o seu total; *unificação* é o critério mediante o qual o julgador deverá desprezar, para efeitos de cumprimento da pena, o tempo que exceder a 30 (trinta) anos.

Competência para decidir sobre a soma ou a unificação de penas

De acordo com o art. 66, III, I, a, da LEP, compete ao Juízo das Execuções.

Tempo sobre o qual deverão ser procedidos os cálculos para a concessão dos “benefícios” legais

Duas correntes: a primeira delas entende que, por questões de política criminal, os cálculos deverão ser realizados sobre o total das penas unificadas; a segunda, aduz que os cálculos deverão recair sobre o total das penas *somadas*. Adepto desta última posição, o STF vinha decidindo reiteradamente “que no concurso de penas privativas de liberdade, cuja soma ultrapassa o limite juridicamente exequível de 30 anos, os requisitos objetivos de certos institutos ou benefícios legais, tais como o indulto, a comutação, a progressão do regime, a remição e o livramento condicional, devem ser considerados em função do total da pena efetivamente imposta e não calculados sobre o *quantum* resultante da unificação determinada pelo art. 75 do Código Penal” (STF, HC 70.034-9, Rel. Celso de Mello, DJU 16/4/1993, p. 6.436).

Na sessão plenária de 24 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal, consolidando sua posição, aprovou a Súmula nº 715, que diz: *Súmula nº 715. A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou*

regime mais favorável de execução.

“A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução” (Súmula nº 715/STF) O cálculo para a concessão de qualquer benefício, por ocasião da execução penal, deve ter por base o somatório das penas privativas de liberdade efetivamente impostas ao condenado (STJ, HC 347.031/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 28/06/2016).

Nos termos da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, o art. 75 do Código Penal, que determina o limite de 30 (trinta) anos para o cumprimento da pena de segregação da liberdade, não influí quando do cálculo do lapso para fins de concessão de benefícios da execução penal, em que se considera o tempo total da condenação imposta ao paciente. Precedentes. Súmula nº 715/STF (STJ, HC 156537/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 11/4/2012).

O art. 75 do Código Penal estabelece o limite de 30 (trinta) anos para o cumprimento da pena privativa de liberdade. A unificação de penas, prevista no referido dispositivo legal, não influí no cálculo do lapso para fins de concessão de benefícios, pois deve ser considerado o tempo total da condenação (Súmula 715/STF) (STJ, REsp. 1050367/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 26/4/2010).

Condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena

Embora a lei tenha, inicialmente, determinado o cumprimento máximo de 30 anos, se o agente vier, após a unificação, a ser condenado por fato posterior ao início do cumprimento da pena, deverá ser realizada nova unificação, sendo desprezado, para esse fim, o período de pena já cumprido. Assim, de acordo com a redação prevista pelo § 2º do art. 75 do Código Penal, o limite de efetivo cumprimento poderá ser superior a 30 anos. Veja-se, por exemplo, o que tem ocorrido com frequência em nossas penitenciárias, onde presos causam a morte de outros, pertencentes a grupos rivais. Nesses casos, o período de pena já cumprido será desprezado, devendo ser sua nova condenação somada ao tempo restante de cumprimento da pena, para efeitos de ser realizada nova unificação, caso ultrapasse, novamente, o limite de 30 anos.

In casu, ante a superveniência de nova condenação após o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 75, § 2º, do Código Penal, para fins de observância do limite trintenário, outra unificação das penas deve ser realizada desprezando-se, nesse cálculo, o período já cumprido (STJ, HC 181664/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu [Desembargador convocado do TJ/RJ], 5ª T., DJe 7/8/2012).

Medida de segurança

Súmula nº 527 do STJ. *O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado* (DJe 18/05/2015).

Nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1º, do Código Penal deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 (trinta) anos, situações que não ocorrem no caso (STJ, HC 297.897/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 17/12/2015).

A 1^a Turma deferiu parcialmente *habeas corpus* em favor de denunciado por homicídio qualificado,

perpetrado contra o seu próprio pai em 1985. No caso, após a realização de incidente de insanidade mental, constatara-se que o paciente sofria de esquizofrenia paranoide, o que o impedira de entender o caráter ilícito de sua conduta, motivo pelo qual fora internado em manicômio judicial. Inicialmente, afastou-se a alegada prescrição e a consequente extinção da punibilidade. Reafirmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que o prazo máximo de duração de medida de segurança é de 30 anos, nos termos do art. 75 do CP. Ressaltou-se que o referido prazo não fora alcançado por haver interrupção do lapso prescricional em face de sua internação, que perdura há 26 anos. No entanto, com base em posterior laudo que atestara a periculosidade do paciente, agora em grau atenuado, concedeu-se a ordem a fim de determinar sua internação em hospital psiquiátrico próprio para tratamento ambulatorial (STF, HC 107432/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1^a T., j. 24/5/2011, *Informativo* nº 628).

Conquanto o Supremo Tribunal Federal entenda que a medida de segurança deva ser cumprida pelo prazo máximo de trinta anos, este Superior Tribunal de Justiça se posicionou pela duração da medida de segurança enquanto persistir a periculosidade do agente. Apresentando o paciente melhora progressiva em seu quadro psiquiátrico, embora ainda precise de tratamento contínuo, poderá ser colocado em desinternação progressiva, em regime de semi-internação até que alcance a desinternação condicional (STJ, HC 113459/RS, Rel.^a Min.^a Jane Silva, *DJe* 10/11/2008).

Concurso de infrações Art. 76. No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Ordem de execução das penas

De acordo com os arts. 69 e 76 do Código Penal e 681 do Código de Processo Penal, no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a mais grave, devendo a pena de reclusão ser cumprida antes da pena de detenção. Concorrendo penas de reclusão e detenção, ambas com regime inicial aberto, se do somatório ultrapassar quatro anos, há a possibilidade de fixação do regime inicial semiaberto (STJ, *RHC* 18664/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, 6^a T., *DJ* 26/3/2007 p. 283).

Concurso de crimes e pena de multa

Vide art. 72 do Código Penal.

Capítulo IV – Da Suspensão Condicional da Pena

Requisitos da suspensão da pena Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) I – o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela*

(Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) III – Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) Finalidade

Verdadeira medida descarcerizadora, a suspensão condicional da pena tem por finalidade evitar o aprisionamento daqueles que foram condenados a penas de curta duração, evitando-se, com isso, o convívio promíscuo e estigmatizante do cárcere.

Direito subjetivo do condenado ou faculdade do juiz?

Pela redação do art. 77 do Código Penal, somos induzidos, equivocadamente, a acreditar ser uma faculdade do juiz, pois o mencionado artigo diz que *a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos...*

A lei penal usa a expressão *poderá ser suspensa*, sugerindo ser uma faculdade do juiz. Contudo, esse não é o melhor entendimento. Isso porque o art. 157 da Lei de Execução Penal determina que o juiz ou tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada pelo seu art. 156,¹⁰² deverá pronunciar-se motivadamente sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue.

Ao determinar o obrigatório pronunciamento do juiz, a lei penal exigiu fossem analisados todos os requisitos que possibilitam a suspensão condicional da pena, os quais, se preenchidos, conduzirão à sua concessão pelo juiz. Assim, trata-se de direito subjetivo do condenado, e não simples faculdade do julgador.

Em razão do disposto no art. 697 do Código de Processo Penal, o magistrado, ao condenar o réu à pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos, por constituir direito subjetivo deste, deve, obrigatoriamente, se manifestar sobre a concessão, ou não, da suspensão condicional da pena (STJ, HC 104363/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 30/3/2009).

O *sursis* é um direito subjetivo do condenado; assim, preenchidos os seus requisitos pelo réu e sendo considerado pelo sentenciante que a sua concessão estaria atendendo aos fins da pena, quais sejam, retribuição, reprovação e prevenção do crime, a concessão da substituição condicional da pena ao sentenciado é medida obrigatória. (TJMG, Processo 2.0000.00.485037-9/000[1], Rel. Des. Vieira de Brito, DJ 4/6/2005).

Em sentido contrário, muito embora os benefícios previstos nos arts. 44 e 77 do Código Penal não constituam direitos subjetivos do acusado, dependendo da satisfação dos requisitos subjetivos e objetivos que a lei prevê, o magistrado, para negá-los, deve proferir decisão suficientemente motivada. Decisão que indique de modo concreto as razões pelas quais não se faz jus a tais favores de índole penal. Precedentes (STF, HC 84985/MG, Rel. Min. Carlos Britto, 1^a T., DJ 5/5/2006 p.18).

Aplicação do *sursis* Concluindo pela prática da infração penal, o juiz condenará o réu e dará início à aplicação da pena, atendendo ao critério trifásico previsto pelo art. 68 do Código Penal. Se o *quantum* da pena total aplicada se encontrar nos limites previstos pelo art. 77 do Código Penal, deverá o juiz analisar os requisitos necessários à concessão do *sursis*. Se presentes, concederá a suspensão condicional da pena e, na própria sentença condenatória, especificará as condições a que se terá de sujeitar o condenado, em substituição à sua privação de liberdade, pois, segundo o art. 78 do Código Penal, durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

A proposta de suspensão condicional do processo, quando o acusado preenche os requisitos legais, é obrigatória. O não oferecimento do benefício pelo Ministério Público encerra nulidade absoluta, por ofensa ao devido processo legal (TJSC, AC 2014.016098-3, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 15/7/2014).

O benefício da suspensão condicional da pena se estende aos partícipes do crime, quando as circunstâncias e condições objetivas em que o mesmo foi praticado, são elementares do tipo (STJ, RHC 6870/SP, Rel. Min. Cid Fláquer Scartezzini, 5^a T., RT 758, p. 496).

Requisitos para a concessão do *sursis* Os requisitos objetivos são: no chamado *sursis simples*, a condenação de pena privativa de liberdade não superior a dois anos; no *sursis etário ou no sursis humanitário*, a condenação de pena privativa de liberdade não superior a quatro anos; Os requisitos subjetivos são: a) que o condenado não seja reincidente em crime doloso; b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias.

O primeiro requisito de natureza subjetiva diz respeito ao fato de não ser o condenado *reincidente em crime doloso*.

Dois detalhes merecem destaque em virtude da redação legal. Primeiro, a prática de *crime* anterior; segundo, o *crime* anterior deve ter sido cometido *dolosamente*. Assim, se o agente tiver cometido anteriormente uma contravenção penal, tal fato não impedirá a concessão do benefício. Se, contudo, tiver praticado um crime, este somente impossibilitará a concessão do *sursis* se houver sido cometido dolosamente, ou seja, a condenação anterior por crime culposo não impede a aplicação da suspensão condicional da pena.

Deve-se ressaltar, ainda, o fato de que, mesmo que o agente tenha sido condenado anteriormente pela prática de crime doloso, se a ele tiver sido aplicada *pena de multa*, isolada ou mesmo em substituição à pena privativa de liberdade, tal condenação não impedirá a concessão do benefício, uma vez que o art. 77, § 1º, do Código Penal não levou a efeito qualquer distinção.

A condenação anterior à pena de multa não impede a concessão de *sursis* (art. 77, § 1º, do Código Penal). A conversão da pena de multa em prisão deve ser considerada desinfluente para a natureza da condenação, à vista da concessão do *sursis* de pena prisional imposto por fato criminoso subsequente, principalmente porque tal conversão foi banida do sistema de direito vigente, o que a faz ininvocável (STJ, HC 17423/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 19/12/2002 p. 432 / RSTJ 167 p. 639).

O segundo requisito de ordem subjetiva veio previsto pelo inc. II do art. 77 do Código Penal, a saber: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias.

Tais requisitos, se favoráveis, trazem a presunção de que o condenado está apto a merecer a suspensão condicional da pena que lhe fora aplicada, uma vez que, em virtude da sua análise, presume-se que não voltará a delinquir. Nas lições de Cesar Roberto Bitencourt, “o conceito de pena necessária de von Liszt adotado no final do art. 59 se consolida no inc. II do art. 77. Os elementos definidores da medida da pena, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do réu, motivos e circunstâncias do crime informarão da conveniência ou não da suspensão da execução da pena aplicada na sentença”.¹⁰³

Os requisitos subjetivos, previstos no art. 77, II, do Código Penal, exigidos para a concessão do *sursis*, coincidem com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma, cuja análise é necessária quando da fixação da pena-base. Assim, é perfeitamente aplicável ao caso, por analogia, o entendimento consubstanciado na Súmula 444/STJ. Precedente (STJ, REsp. 1262591/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 18/3/2013).

Quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal. O *sursis* só é cabível quando preenchidos os requisitos constantes do art. 77 do CP, tais como pena não superior a 2 anos, primariedade e circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente. No caso dos autos, o ora Paciente não preenche o requisito objetivo, uma vez que foram reconhecidos antecedentes na 1ª etapa da dosimetria da pena (STJ, HC 217567/RJ, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 25/6/2012).

Condenado o réu duas vezes por decisões distintas não passadas em julgado, admissível o gozo provisório e simultâneo dos *sursis* concedidos em ambos os processos, até o momento em que, por ocasião do julgamento dos recursos, forem confirmadas as sentenças e cassados os benefícios por ausência de pressupostos (RT 721, p. 428).

Suspensão condicional da pena e aplicação da substituição prevista no art. 44 do Código Penal

A suspensão condicional da pena somente será possível se não for indicada ou cabível a

substituição prevista pelo art. 44 do Código Penal. Salienta José Antônio Paganella Boschi: “Com o advento da Lei nº 9.714/98, esse instituto, aliás, perdeu muito de seu espaço e vigor, porque se passou a admitir a substituição da pena privativa por restritiva de direitos e multa nas condenações de até *quatro anos*, ou seja, bem acima do limite que ensejava ou a substituição ou a concessão do *sursis* (ou seja, dois anos).

Como resultado da interpretação literal do Código, portanto, a concessão da suspensão condicional da pena só será tecnicamente possível quando a reclusão ou detenção não ultrapassar a dois anos e na sentença o juiz declarar não cabível a substituição por restritiva de direitos (p. ex.: crime cometido com emprego de violência à pessoa – cuja pena não pode ser substituída –, mas sua execução pode ser suspensa mediante condições)”.¹⁰⁴

Admitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é incabível o benefício da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77, inc. III, do Código Penal (STJ, HC 127.173/RS, Rel.^a Min.^a Laurita Hilário Vaz, 5^a T., DJe 1º/2/2010).

Não se aplica o *sursis* quando indicada ou cabível a pena alternativa – inteligência do art. 44, § 2º, *in fine*, e art. 77, inc. III, do Código Penal (TJMG, AC 1.0090.07. 015801-0/001, Rel. Des. Pedro Vergara, DJ 20/7/2009).

A substituição da pena privativa de liberdade e a concessão de *sursis* exigem o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, capazes de recomendá-las, no caso concreto, como suficientes à reprovação e prevenção da conduta infracional. Muito embora seja entendimento desta Corte que a condenação sem trânsito em julgado não pode ser causa impeditiva para a concessão do *sursis*, inviável a concessão da ordem se o acórdão combatido considerou que não foram preenchidos os demais requisitos subjetivos, necessários à concessão do *sursis* (STJ, HC 47590/MS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 13/3/2006, p. 383).

Espécies de *sursis* O Código Penal prevê quatro espécies de suspensão condicional da pena, a saber: a) *sursis simples*; b) *sursis especial*; c) *sursis etário*; d) *sursis humanitário*.

O *sursis simples* veio previsto pelo § 1º do art. 78 do Código Penal. Uma vez determinado o período de prova, no qual deverá cumprir todas as condições que lhe foram determinadas na sentença penal condenatória, o condenado, no primeiro ano do prazo, deverá prestar serviços à comunidade (art. 46 do CP) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48 do CP).

Ainda que o art. 79 do Código Penal permita ao juiz a aplicação de outras condições a que ficará subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado, não é possível a cumulação daquelas previstas nos §§ 1º (*sursis simples*) e 2º (*sursis especial*), pois estas são substitutivas daquelas, desde que preenchidos os requisitos legais (TJ-MG, AC 3170805-06.2012.8.13.0024, Rel. Des. Fortuna Grion, DJe 07/10/2016).

O *sursis especial* encontra-se no § 2º do art. 78 do Código Penal. Nesta segunda modalidade, se o condenado tiver reparado o dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do § 1º, ou seja, a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana, pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: a) proibição de frequentar determinados

lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Além dessas condições, poderá o juiz impor outras, nos termos do art. 79 do Código Penal, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

O *sursis* especial é concedido quando as circunstâncias do crime forem totalmente favoráveis ao condenado e tiver ele reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo. Ausente tal reparação, é inadmissível a concessão do benefício especial (STJ, REsp. 858542/SE, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 29/6/2007 p. 703).

Sursis etário é aquele concedido ao maior de 70 anos de idade que tenha sido condenado a uma pena privativa de liberdade não superior a quatro anos. Nessa hipótese, a pena poderá ser suspensa por quatro a seis anos.

A substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, como previsto no art. 44 do Código Penal, importa em proporcionar ao condenado septuagenário situação penal mais benigna do que a concessão de *sursis* etário, previsto no art. 77, § 2º, do mesmo Estatuto (STJ, RHC 9659/MG, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., p. 251/JBC 41, p. 443/LEXSTJ 145, p. 268).

O *sursis* humanitário foi uma inovação trazida pela Lei nº 9.714/98, permitindo, agora, ao condenado a uma pena não superior a quatro anos, ver concedida a suspensão condicional pelo período de quatro a seis anos, desde que razões de saúde a justifiquem. Assim, condenados portadores do vírus HIV, tuberculosos, paraplégicos ou aqueles que tenham sua saúde seriamente abalada poderão ser beneficiados com o *sursis*, evitando, dessa forma, o agravamento da sua situação que certamente aconteceria se fosse jogado no cárcere.

Diferenças entre o *sursis* e a suspensão condicional do processo

1^a) no *sursis*, o agente foi condenado e a concessão da suspensão condicional da pena somente ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença condenatória, na audiência admonitória; 2^a) na suspensão condicional do processo, o juiz somente recebe a denúncia, sendo que os demais atos do processo ficarão suspensos, não havendo que se falar, pois, em condenação do réu; 3^a) a vítima que figurou no processo no qual foi concedido o *sursis* tem direito a seu título executivo judicial, nos termos do inciso VI do art. 515 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015); 4^a) a vítima que figura no processo em que houve a suspensão, como não existe condenação com trânsito em julgado, não tem direito a qualquer título executivo judicial; 5^a) o beneficiário com o *sursis*, depois do período de prova, não apaga seus dados criminais, servindo a condenação em que houve a suspensão condicional da pena para forjar a reincidência ou os maus antecedentes do agente; 6^a) como não há condenação, uma vez cumpridas as condições especificadas na sentença que concedeu a suspensão condicional do processo, expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará a extinção da punibilidade, não servindo tal declaração para fins de reincidência ou mesmo maus antecedentes.

Na suspensão condicional do processo, positivada no art. 89 da Lei nº 9.099/95, o exercício do *ius*

accusationis é suspenso com o propósito de evitar-se as cerimônias degradantes do processo, a condenação e, por conseguinte, a sanção penal correspondente ao crime imputado ao réu. E, por constituir-se em acordo processual, as partes são livres para transigir em torno das condições legais (§ 1º) ou judiciais (§ 2º) do art. 89 da Lei nº 9.099/95, “desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. Não há óbice legal ou lógico a que, a par das condições legais, se celebre acordo por meio do qual, nos termos do art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, o réu assuma obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a penas restritivas de direitos (tais como a prestação de serviços comunitários, o fornecimento de cestas básicas a instituições filantrópicas ou a prestação pecuniária à vítima), visto que tais injunções constituem tão somente condições para sua efetivação e como tais são adimplidas voluntariamente pelo acusado (STJ, RHC 55.119/MG, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 06/05/2015).

O benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado mesmo após o transcurso do período de prova, desde que a causa da revogação tenha ocorrido durante o referido lapso temporal. Precedentes do STJ e do STF (STJ, RHC 42.864/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 22/04/2015).

Na esteira da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa do Ministério Público, sendo vedado ao julgador oferecê-la de ofício (STJ, HC AgRg nos EDcl no REsp. 825208/RS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 2/8/2010).

Os requisitos de admissibilidade da suspensão condicional do processo encontram-se taxativamente elencados no art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, a saber: (I) pena mínima combinada igual ou inferior a um ano; (II) inexistência de outro processo em curso ou condenação anterior por crime; (III) presença dos requisitos elencados no art. 77 do Código Penal: não reincidência em crime doloso aliada à análise favorável da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do delito que autorizem a concessão do benefício. Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, objetivos e subjetivos, a concessão do benefício da suspensão condicional do processo já regularmente pactuado entre as partes – Ministério Público e acusado assistido por Defensor – torna-se obrigatória, por dizer respeito a exercício de direito público subjetivo do réu (STJ, HC 87992/RJ, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJ 25/2/2008, p. 365).

Sursis e crime militar

Sursis: sendo forma de execução penal, posto sem privação da liberdade, impede, enquanto não extinta a pena, a transferência para a reserva remunerada (L. 6.880/80 – Est. dos Militares –, art. 97, § 4º) (STF, HC 80203/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 13/10/2000, p. 11).

Sursis e concurso de crimes

No concurso material de crimes, a regra é a soma das penas, para todos os efeitos, de sorte que se em razão de tal for ultrapassado o teto legal (dois anos), já não será possível a concessão do benefício ou direito, mesmo presentes as condições subjetivas do condenado. No caso, entretanto, de concurso material de crimes punidos com reclusão e detenção – ainda que pela modificação introduzida pela Lei nº 6.416, aquela comporta *sursis* quando inferior a dois anos – a regra de cumprimento sucessivo das penas em tela e a diversidade (programática e teórica) do modo de execução faz com que não se somem, de sorte que é possível a suspensão condicional, mesmo quando o total das penas for superior a dois anos, se ambas menores (TJRS, Ap. Crim. 27182, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Alaor Antônio Wiltgen Terra, j. 4/11/1982).

Sursis e tráfico de drogas

Esta Corte Superior de Justiça se posicionou no sentido da possibilidade de conceder a suspensão condicional da pena a condenado por crime hediondo, desde que preenchidos os requisitos do art. 77, § 2º, do Código Penal (STJ, REsp 1.320.387/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 09/03/2016).

A jurisprudência da Quinta Turma desta Corte Superior tem reiteradamente asseverado que a vedação à concessão de sursis, contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, continua em vigor, pois não foi objeto de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (STJ, RHC 28489/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJe 28/2/2012).

A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes, em seu art. 44, dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de *sursis* e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Portanto, cometido o crime na vigência da Lei nº 11.343/2006 (nova lei de drogas), impossível a conversão da pena ou a concessão de *sursis* (STJ, HC 144543/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 2/8/2010).

Art. 78. Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 1º No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: (*Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1/4/1996.*) a) proibição de frequentar determinados lugares; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Condições sursitárias – legais e judiciais**

Legais são aquelas já determinadas previamente pela lei penal, elencadas pelo § 2º do art. 78 do Código Penal, a saber: a) proibição de frequentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Judiciais são as condições determinadas pelo juiz, devendo ser adequadas ao fato, bem como à situação pessoal do condenado (art. 79 do CP). Não poderá o julgador, por exemplo, arbitrar condições vexatórias, humilhantes ou que agridam a consciência do condenado. Mirabete aduz com precisão que “também se entende que não se devem aplicar condições *ociosas*, ou seja, aquelas reguladas por dispositivos legais próprios, como a de pagar as custas e a multa; a de indenizar o dano; a de não portar arma; de o contraventor não trazer consigo material de jogo”.

Afirma, por oportuno, “que as condições não podem constituir, em si mesmas, penas não previstas para hipótese, nem implicar violação de direitos individuais de ordem constitucional ou depender de fatos estranhos ao sentenciado. Por essas razões, têm os tribunais cancelado condições impostas pelo juiz, tais como: a de recolher-se na hora certa; a de não dirigir veículo; a de não beber [...].”¹⁰⁵

O § 2º do art. 89 da LJE é claro e não permite interpretação diversa, somente o juiz tem o poder de estipular outras condições sursitárias diversas daquelas elencadas no § 1º daquele artigo de lei, não estando obrigado a acatar outras condições propostas pelo *Parquet* quando entendê-las desproporcionais ao fim a que se destinam, porque é de sua obrigação zelar pela observância dos princípios da legalidade e da proporcionalidade, evitando exageros ou ausência de efetividade das medidas (TJ-MG, AC 0077231-78.2015.8.13.0701, Rel. Des. Fortuna Grion, DJe 15/06/2016).

Uma vez preenchidos os requisitos legais, a aplicação da suspensão condicional da pena pelo juiz sentenciante é de caráter obrigatório, por se tratar de direito subjetivo do réu. É inadmissível a combinação das condições previstas para as duas espécies de suspensão da pena, isto é, impor a limitação de final de semana juntamente com as condições elencadas no art. 78, § 2º, do Código Penal, uma vez que o sursis especial substitui o simples. No mais, devidamente concedida a suspensão condicional da pena – a qual foi alterada somente no tocante as condições impostas –, mostra-se inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direito, uma vez que, além de tal situação, em conformidade com o inciso III do art. 77 do Código Penal, ser um dos requisitos para o reconhecimento do sursis, o delito foi cometido mediante violência, o que, segundo a redação do art. 44, inciso I, do referido Codex, inviabiliza a aplicação das penas restritivas de direitos. (TJSC, AC 2011.099901-7, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 10/12/2013).

O art. 77 do Código Penal determina que o prazo mínimo para se suspender a pena do acusado é de 2 (dois) anos, isto é, exatamente o *quantum* fixado na presente hipótese, não sendo possível a suspensão por período inferior em decorrência da própria previsão legal do instituto, motivo pelo qual não houve qualquer irregularidade na definição do período de prova pelo Juízo Singular. Além disso, não se vislumbra que as condições estabelecidas pelo magistrado sejam manifestamente improcedentes, porquanto encontram-se adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado, tudo em conformidade com o disposto nos arts. 78 e 79 do Estatuto Repressivo. Caso o paciente entendesse que o benefício concedido seria, de fato, mais grave que a reprimenda corporal estabelecida, poderia ter recusado a medida na audiência admonitória, cumprindo, assim, a pena privativa de liberdade fixada no édito repressivo, já que o *sursis* é um instituto facultativo, passível de aceitação pelo acusado. Dessa forma, tendo o paciente comparecido voluntariamente para dar início ao cumprimento das condições determinadas na suspensão condicional da pena, conduta incompatível com a sua recusa ou impugnação ao benefício concedido, não há que se falar em qualquer constrangimento por ele suportado quanto ao ponto (STJ, HC 184161/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 24/6/2011).

Audiência admonitória

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, o juiz da execução designará data para a realização da audiência admonitória, na qual serão lidas ao condenado todas as condições que lhe foram impostas ao cumprimento do *sursis*, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas (art. 160 da LEP). Se intimado, pessoalmente ou por edital, com prazo de vinte dias, o agente não comparecer injustificadamente à audiência admonitória, a suspensão ficará sem efeito e será executada

imediatamente a pena (art. 161 da LEP). Comparecendo à audiência admonitória, depois de ouvir a leitura das condições que lhe foram impostas para a suspensão condicional da sua pena, deverá o condenado dizer se as aceita, dando-se, assim, início ao período de prova, ou se as recusa, preferindo cumprir a pena privativa de liberdade que lhe fora aplicada por intermédio da sentença penal condenatória.

Somente na audiência admonitória o réu poderá aceitar ou não as condições do benefício da suspensão condicional da pena. Havendo recusa, o benefício perderá seu efeito e será executada a pena privativa de liberdade no regime inicial fixado na sentença (art. 161 da LEP). Precedentes (TJ-DFT, Processo: 20130910178224APR, Rel.^a Des.^a Ana Maria Amarante, DJe 06/10/2016).

Preenchidos os requisitos legais, deverá o magistrado conceder a suspensão condicional da pena ao réu. Todavia, se o acusado entender que o *sursis* concedido é mais prejudicial que a reprimenda corporal estabelecida, poderá, quando da realização da audiência admonitória, recusá-lo, pois se trata de um benefício facultativo, isto é, passível de aceitação pelo réu (TJ-MG, Processo 0011333-76.2013.8.13.0382, Rel. Des. Catta Preta, DJe 02/06/2016).

O não comparecimento do condenado na audiência admonitória, não induz à revogação do *sursis*, mas, sim, trata-se de causa que o torna sem efeito, segundo expressa dicção legal, não sendo neste caso, causa interruptiva da prescrição executória. (TJMG, Processo 1.0027.09.203694-9/001, Rel. Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama, DJe 9/5/2014).

Condenado que não comparece a audiência admonitória

A suspensão ficará sem efeito, devendo ser executada imediatamente a pena, nos termos do art. 161 da LEP.

Modificação das condições

O juiz poderá, a qualquer tempo, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante proposta do Conselho Penitenciário, modificar as condições e regras estabelecidas na sentença, ouvido o condenado (art. 158, § 2º, da LEP).

Fiscalização do cumprimento das condições

Regulada nos Estados, territórios e Distrito Federal por normas supletivas, a fiscalização será atribuída a serviço social penitenciário, patronato, conselho da comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviços, inspecionados pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público, ou por ambos, devendo o juiz da execução suprir, por ato, a falta das normas supletivas (art. 158, § 3º, da LEP).

Art. 79. A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

O art. 17 da Lei nº 11.340/2006 é explícito ao vedar a substituição da pena por multa ou cesta básica, bem como não há previsão legal, no art. 77 do CP, da possibilidade de exercer estas modalidades como condições da suspensão condicional. Recurso improvido (TJ-RS, AC 70067944686, Rel.^a Des.^a Rosaura Marques Borba, j. 14/07/2016).

Embora o acusado seja reincidente, pois já havia sido condenado pelo crime de receptação, nos termos do § 3º do art. 44 do Código Penal, a substituição de pena se mostra como medida socialmente recomendável, à vista de sua atitude, nos presentes autos, de denunciar a posse de cocaína (arrependimento totalmente eficaz) e, ainda, os demais membros da organização criminosa. A pena de prestação de serviços à comunidade e a doação de uma cesta básica de alimentos a entidade assistencial, durante o tempo que durar a condenação, surtirão mais efeitos benéficos na reprevação e prevenção do crime do que o encarceramento do réu (TRF-1^a Reg., ACR 0011193-17.2010.4.01.4100/RO, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, DJe 25/3/2011).

A condição de fornecimento de cesta básica, apesar de lícita, tem parâmetro na situação econômica pessoal de cada uma das pessoas condenadas, de modo que deve o Juízo fundamentar a imposição tomando como base a diretiva do art. 79 do Código Penal, que, se não tomada, importa a modificação das condições nesta instância recursal (TJMG, Processo 1.0433.01.018696-6/001[1], Rel. Des. Judimar Biber, DJ 17/8/2007).

Necessidade de devolução aos cofres públicos do valor apropriado como condição sursitária

Normal a condição sursitária que impõe ao sentenciado o dever de restituir aos cofres públicos numerário por ele retido indevidamente (TJMG, Processo 1.0000.00.114480-7/000[1], Rel. Des. Gudesteu Biber, DJ 26/6/1998).

Art. 80. A suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) A suspensão condicional (*sursis*) só é admissível em relação à pena privativa de liberdade; não, assim, quanto a pena meramente restritiva de direitos, como é o caso de prestação de serviços à comunidade. Interpretação dos arts. 697 do CPP, 156 e 157 da LEP (nº 7.210, de 11/7/1984), 77, *caput*, e inc. III, 44, III, 32, 33, 43, 78, §§ 1º e 2º, e 80 do C. Penal (STF, HC 67308/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, 1^a T., DJ 19/5/1989, p. 8.441).

Revogação obrigatória Art. 81. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.)* I – é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso; *(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.)* II – frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) III – descumpe a condição do § 1º do art. 78 deste Código.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Revogação facultativa § 1º A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpe qualquer outra condição imposta ou é irrecorribelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Prorrogação do período de prova § 2º Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 3º Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Revogação obrigatória

As causas elencadas pelo art. 81 do Código Penal, se ocorrerem, importarão na obrigatória revogação da suspensão condicional da pena.

Na hipótese prevista no inc. I do art. 81 do Código Penal, a revogação do *sursis* é obrigatória, não dispondo o magistrado de discricionariedade diante de uma segunda condenação irrecorrível pela prática de crime doloso. Sendo assim, se a revogação, na espécie, é medida necessária, decorrente de condição objetiva, não há razão para a prévia audiência do apenado, diversamente das situações de revogação nas quais existe a possibilidade, no caso concreto, de não ser o benefício revogado (STJ, *RHC 18521/MG*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., *DJ* 7/5/2007 p. 335).

Constatado o descumprimento de condição imposta durante o período de prova do *sursis* processual, é perfeitamente cabível a revogação do benefício, ainda que a decisão venha a ser proferida após o término do período de prova. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (STJ, *HC 59557/RJ*, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., *DJ* 16/10/2006 p. 407).

A revogação do *sursis*, por descumprimento de condições impostas, pressupõe a observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, assegurando ao paciente o direito de apresentar sua justificativa e defesa técnica, sob pena de nulidade da decisão e restabelecimento do benefício (TJMG, Processo 1.0000.05. 418366-0/000[1], Rel. Des. Gudesteu Biber, *DJ* 26/4/2005).

Condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso

Se o condenado já estava sendo processado por outro crime ou se cometeu outro delito após ter iniciado o período de prova da suspensão condicional da pena, tal fato fará com que este seja prorrogado até o julgamento definitivo. Sobrevindo nova condenação por crime doloso, o *sursis* será revogado, devendo o condenado dar início ao cumprimento de ambas as penas privativas de liberdade. Contudo, se for condenado a uma pena de multa ou, mesmo, a uma pena privativa de liberdade que foi substituída pela pena de multa, entendemos que, mesmo havendo essa nova condenação por crime doloso, tal fato não terá o condão de obrigar

a revogação.

Inexiste constrangimento ilegal quanto à revogação do benefício da suspensão condicional da pena em razão de condenação pelo cometimento de outro crime durante o período de prova, desde que não tenha sido extinta a punibilidade do agente mediante sentença transitada em julgado, nos termos do inc. I do art. 81 do Código Penal (STJ, HC 97702/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T. DJe 23/6/2008).

No caso do inc. I do art. 81 do Código Penal, é meramente declaratória a decisão que revoga o *sursis*, eis que a desconstituição do benefício é efeito legal da condenação irrecorrível do sentenciado, por crime doloso (STJ, HC 33279/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 6/2/2006 p. 333).

Frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano

Após a modificação do art. 51 do Código Penal, cuja nova redação foi dada pela Lei nº 9.268/96, foi afastada de nosso ordenamento jurídico a possibilidade de se converter a pena de multa, considerada como dívida de valor, em pena privativa de liberdade, o que levou Alberto Silva Franco a afirmar que, “se prevalece a regra da inconversibilidade da multa, não há como subsistir a frustração de sua execução como causa obrigatória de revogação do *sursis* de que trata a primeira parte do inc. II do art. 81 do Código Penal. Há, como se percebe, evidente incompatibilidade entre o sistema inovado do art. 51 com o do art. 81, II, em sua primeira parte, não mais se cogitando de ‘frustração da execução’ como causa de revogação obrigatória do *sursis*, subsistindo tão somente a parte segunda deste dispositivo que trata da ausência injustificada da reparação do dano”.¹⁰⁶

Ainda quanto à segunda parte do inciso em estudo, importa salientar que não é a simples ausência de reparação do dano que fará com que o *sursis* seja obrigatoriamente revogado, mas, sim, a não reparação sem motivo justificado. Se o condenado, em virtude de sua atual condição econômico-financeira, não tiver recursos suficientes para levar a efeito a reparação dos danos por ele causados, não haverá possibilidade de revogação da suspensão.

Descumpe a condição do § 1º do art. 78 do Código Penal

Refere-se ao descumprimento, no primeiro ano de prazo, da obrigação de prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana imposta ao *sursis* simples.

Não há que se falar na dedução do período de prestação de serviços à comunidade cumprido como uma das condições do *sursis*, em caso de revogação desse benefício, devendo a pena ser cumprida integralmente (TJMG, Processo 1.0000.00. 304411-2/000[1], Rel. Des. Mercêdo Moreira, DJ 2/4/2003).

Revogação facultativa – causas

a) descumprimento de qualquer condição sursitária; *b)* condenação irrecorrível, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

O cumprimento do prazo do *sursis* não aciona imediatamente a declaração da extinção da punibilidade, tendo em vista tratar-se de procedimento incidental sujeito às determinações do contraditório.

Em face disso, possível a averiguação posterior da eficiência do benefício, se o transcurso foi satisfatório e se o beneficiário atendeu aos pressupostos legais exigidos, caso em que a revogação, mesmo que operada após o período de prova, se afigura correta ante os parâmetros legais. Não bastasse isso, o fato reclama o entendimento no sentido da revogação automática com a simples ocorrência das condenações no prazo da suspensão condicional (STJ, HC 26578/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5^a T., RSTJ 186, p. 491).

Prorrogação automática do período de prova

Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.

O período de prova do *sursis* fica automaticamente prorrogado quando o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção. E a superveniência de sentença condenatória irrecorrível é caso de revogação obrigatória do benefício, mesmo quando ultrapassado o período de prova. Deve ser determinada a prorrogação do período de prova até o julgamento definitivo dos processos em andamento (STJ, REsp. 723090/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 16/10/2006 p. 417).

Causas de revogação facultativa e prorrogação do período de prova

Permite a lei penal, ainda, que o juiz, quando facultativa a revogação, em vez de decretá-la, prorogue o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado (art. 81, § 3º).

Sursis e prisão domiciliar

Não evidenciado que a prisão domiciliar tenha sido revogada durante o seu regular cumprimento, é descabido o efeito retroativo da decisão que anulou o referido benefício, com fundamento na prática de falta grave pelo paciente, e a desconsideração do tempo de pena já cumprido. Não há como aplicar as regras relativas à suspensão condicional da pena ao regime de prisão domiciliar, já que, nesta última hipótese, o sentenciado encontra-se, de fato, cumprindo pena, ainda mais se o regime de domicílio foi deferido sob o fundamento de falta de vaga no regime aberto, estabelecido na sentença condenatória. A prisão domiciliar tornou-se, *in casu*, sucedâneo do regime prisional aberto, sendo que o paciente permaneceu cumprindo a reprimenda que lhe foi imposta. O instituto do *sursis* significa a suspensão do cumprimento da pena, sob a imposição de certas condições, sendo que, se revogado o referido benefício, o sentenciado deverá, efetivamente, cumprir a reprimenda imposta na condenação. Características substanciais da suspensão condicional da pena e do regime de prisão domiciliar que são diversas. Revogada a prisão domiciliar anteriormente concedida ao paciente, pelo advento de nova condenação em regime fechado, deve ser computado o período já cumprido para fins de concessão do benefício do livramento condicional. Impõe-se a cassação do acórdão impugnado, bem como da decisão monocrática que atribuiu efeito retroativo à revogação do regime de prisão domiciliar, nesta parte, para que o período de cumprimento da pena no mencionado regime seja considerado para todos os fins, especialmente para a obtenção do livramento condicional. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (STJ, HC 23579/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., JBC 49, p. 158).

Consequência da revogação do sursis A consequência da revogação do *sursis* da pena é o cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta no edital condenatório que se encontrava suspensa diante do preenchimento dos requisitos constantes no art. 77 do Código Penal (STJ, HC 142263/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., 1º/2/2010).

Cumprimento das condições Art. 82. Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Cumprimento das condições**

A extinção da pena privativa de liberdade deverá ser decretada nos autos pelo juízo das execuções, ouvido sempre o Ministério Público. Isso porque, se o condenado tiver respondendo a outras ações penais, não poderá o julgador decretar a extinção da pena, pois se o beneficiário estiver sendo processado por outro crime ou contravenção considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo, nos termos do § 2º do art. 81 do Código Penal.

Deverá o Ministério Público, antes de opinar pela decretação da extinção da pena, requerer aos órgãos competentes a folha de antecedentes criminais do beneficiário, a fim de saber se existe, ainda, algum outro processo pendente de julgamento. Depois de certificar-se de que não existe outro feito além daquele no qual o condenado estava cumprindo as condições sursitárias, expirado o período de prova, deverá emitir parecer favorável à decretação da extinção da pena, pois já decidiu o STJ: *Constitui ofensa ao art. 67 da LEP o juízo da execução declarar extinta a punibilidade atribuída ao réu, em gozo de suspensão condicional da pena, pelo simples fato de estar vencido o período de prova, sem que antes abrisse vista ao Ministério Público, para seu pronunciamento.* Tratando-se de processo executivo, ou de incidente de execução, é ampla a sua atuação fiscalizadora (Rel. Min. José Cândido, *RJDTACrim.* 6, p. 287).

Capítulo V – Do Livramento Condicional

Requisitos do livramento condicional Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e

aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) IV – tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) V – **cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.**

(*Nova redação dada pela Lei nº 13.344, de 06/10/2016.*) **Parágrafo único.** Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Livramento condicional**

Como medida de política criminal, o livramento condicional permite que o condenado abrevie sua reinserção no convívio social cumprindo parte da pena em liberdade, desde que presentes os requisitos de ordem subjetiva e objetiva, mediante o cumprimento de determinadas condições.

O acórdão recorrido não dissentiu da orientação desta Corte de que, apesar de a falta grave não interromper o prazo para a obtenção de livramento condicional, o histórico carcerário conturbado do reeducando pode ser utilizado para evidenciar o não preenchimento do requisito subjetivo para a obtenção do benefício. Incidência da Súmula nº 83/STJ (STJ, EDcl no AgRg no AREsp 787.778/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 26/09/2016).

A lei não exige que os reeducandos somente possam ser beneficiados com o livramento condicional após passarem pelo regime prisional aberto. Portanto, ausente a previsão legal, não há como negar a benesse ao recuperando que se encontre na modalidade semiaberta, com base neste simples motivo (TJMG, Processo 1.0000.08.486414-9/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 10/7/2009).

Negar o livramento condicional ao condenado estrangeiro em situação irregular no país, pelo simples fato de estar impedido de exercer atividade remunerada no mercado formal, impõe condição discriminatória que veda a concessão do benefício apenas por sua própria condição pessoal. A lei penal não exige que o condenado estrangeiro tenha uma promessa efetiva de emprego, com carteira registrada, mas, sim, que tenha condição de exercer qualquer trabalho honesto e lícito para prover sua subsistência e de sua família, ainda que na informalidade da qual sobrevive expressiva parte da população brasileira (STJ, REsp. 662567/PA, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., DJ 26/9/2005, p. 441).

Competência para concessão

O pedido de livramento condicional deverá ser dirigido ao juiz da execução, que, depois de ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário, deverá concedê-lo se presentes os requisitos do art. 83, incisos e parágrafo único do Código Penal, pois trata-se de direito subjetivo do condenado, e não uma faculdade do julgador, como induz a redação contida no

caput do art. 83 do estatuto repressivo.

O § 2º do art. 112 da LEP determina, ainda, que a *decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor* (Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003).

Consoante o art. 131 da LEP, o livramento condicional pode ser concedido pelo juiz da execução, desde que presentes os requisitos do art. 83 do CPB, ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário. A presença dos requisitos objetivos não é suficiente à concessão do livramento condicional se, analisados os requisitos subjetivos, restar constatada prática de faltas graves pelo reiterado descumprimento das condições impostas no regime aberto (TJMG, Processo 1.0000.05.425346-3/001[1], Rel. Des. Armando Freire, *DJ* 29/11/2005).

O Juízo da Execução pode reconhecer a ocorrência da reincidência específica não reconhecida na sentença penal condenatória para o fim de negar ao condenado o livramento condicional (TJMG, Processo 1.0000.03.402725-0/001[1], Rel. Des. José Antonino Baía Borges, *DJ* 3/8/2004).

Requisitos do livramento condicional

São os previstos no art. 83 do Código Penal.

A teor do art. 112, § 2º, da Lei de Execução Penal, para fazer jus à concessão do livramento condicional deve o apenado satisfazer requisitos de índole objetiva e subjetiva. Entre os últimos, consoante o disposto no art. 83 do Código Penal, está o relativo ao comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena. A prática de faltas graves durante a execução da pena, embora não interrompa o prazo para a obtenção do benefício do livramento condicional (requisito objetivo), afasta o preenchimento do requisito subjetivo, obstando a concessão da benesse, tal qual o acertadamente decidido, *in casu*, pela Corte de origem (STJ, *HC* 266868/SP, Rel.^a Min.^a Alderita Ramos de Oliveira, Desembargadora convocada do TJ/PE, 6^a T., *DJe* 12/6/2013).

Não é possível o deferimento do livramento condicional ao sentenciado sem a análise dos requisitos subjetivos previstos nos incs. III e IV, e parágrafo único, do art. 83 do CP, não bastando o cumprimento dos requisitos objetivos (TJMG, *HC* 0199686-87.2010.8.13.0000, Rel. Des. Ediwal Jose de Moraes, 1^a Câmara Criminal, *DJEMG* 11/8/2010).

Para a concessão do benefício do livramento condicional, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos termos do art. 112 da LEP, com Redação dada pela Lei nº 10.792/2003, podendo o Magistrado, excepcionalmente, determinar a realização do exame criminológico, diante das peculiaridades da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada (cf. *HC* 88052/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 28/4/2006) (Precedentes) (STJ, *HC* 149623/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., *DJe* 2/8/2010).

Pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos

Para que seja viabilizado o livramento condicional é preciso que o total das penas privativas de liberdade aplicadas seja igual ou superior a 2 (dois) anos, mesmo que, para se chegar a esse *quantum*, sejam somadas todas as penas correspondentes às diversas infrações penais praticadas, nos termos do art. 84 do Código Penal.

Cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes

Se o agente tiver sido condenado anteriormente por um crime culposo ou por contravenção penal, tal fato não impedirá a concessão do benefício após cumpridos mais de um terço da pena, uma vez que a lei penal, nessa hipótese, somente veda o livramento condicional se for ele reincidente em crime doloso.

Outro ponto que merece destaque diz respeito aos maus antecedentes. Tanto a reincidência em crime doloso como os maus antecedentes impedem a concessão do livramento condicional com o cumprimento de apenas mais de um terço do total das penas aplicadas. Contudo, a interpretação de maus antecedentes feita no mencionado artigo deve limitar-se somente às aquelas condenações anteriores com trânsito em julgado que não se prestem a forjar a reincidência em crime doloso.

O cumprimento de mais de um terço da pena é o requisito objetivo exigido pelo inc. I, sendo a não reincidência em crime doloso e os bons antecedentes os de natureza subjetiva.

Nos temos do art. 83, I-IV, e parágrafo único do CP, para a concessão do livramento condicional não basta apenas o cumprimento de mais de 1/3, restando necessário o preenchimento de requisitos subjetivos, entre eles comprovação do comportamento satisfatório durante a execução da reprimenda (TJMG, Processo 1.0000.06.437958-9/001[1], Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, DJ 6/2/2007).

Ao condenado primário, com maus antecedentes, incide o inc. I do art. 83 do Código Penal, razão pela qual sobressai o direito do paciente ao livramento condicional simples, exigindo-se, além dos requisitos objetivos e subjetivos, o cumprimento de 1/3 da pena. Precedentes. A limitação à liberdade do cidadão deve vir sempre expressa em lei, não se podendo dar interpretação ampla às regras restritivas de direitos, em detrimento do réu. Deve ser cassado o acórdão a fim de conceder ao paciente o benefício do livramento condicional, mediante as condições previstas na Lei de Execução Penal, a serem estabelecidas pelo Juízo de 1º grau (STJ, HC 57300/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 5/2/2007, p. 275).

Cumprida mais da metade da pena se o condenado for reincidente em crime doloso

A segunda hipótese do livramento condicional está destinada aos condenados reincidentes em crimes dolosos.

Entendemos, também, que o portador de maus antecedentes, em face da redação do inciso anterior, deve cumprir mais da metade da pena, a fim de poder requerer a concessão do livramento condicional.

O cumprimento de mais da metade da pena é o requisito objetivo, no caso do reincidente em crime doloso ou portador de maus antecedentes.

Reconhecida a reincidência, o apenado passa a ostentar a condição de reincidente, gerando efeitos, de imediato, no cálculo dos futuros benefícios da execução criminal, inclusive quanto à incidência da fração de 1/2 para a concessão do livramento condicional (art. 83, II, do CP). Não há falar na aplicação concomitante do patamar de 1/3 para a execução de pena aplicada ao tempo em que era primário e de 1/2 para as demais

execuções (STJ, REsp 1.492.726/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 24/04/2015).

Cumprindo o sentenciado portador de maus antecedentes mais da metade da pena, atende ao requisito objetivo previsto no art. 83, II, CP, para concessão do livramento condicional (TJMG, Processo 2.0000.00.449796-7/000[1], Rel. Des. Ediwal José de Moraes, DJ 5/10/2004).

Comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto

O condenado deverá comprovar que durante a execução de sua pena cumpriu as obrigações que lhe são determinadas pelo art. 39 da Lei de Execução Penal, bem como ter tido um comportamento disciplinado, obedecendo aos servidores responsáveis pelo serviço de carceragem e respeitando-os, opondo-se aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou subversão da ordem ou da disciplina, executando os trabalhos, as tarefas e as ordens recebidas, enfim, demonstrando que a pena estava cumprindo sua função ressocializadora.

Embora se exija do condenado a observação de suas obrigações legais, também deve-se considerar o modo como o condenado estava sendo cuidado pelo Estado. Muitas vezes, servidores públicos despreparados tratam os condenados de forma desumana e degradante, gerando revoltas no meio carcerário. A corrupção é ainda um mal presente em quase todo o sistema penitenciário. Assim, se um preso se revolta porque está sendo tratado de forma humilhante, contrária àquilo a que o Estado se propôs a fim de ressocializá-lo, não podemos considerar esse fato em seu prejuízo. Para tanto, embora, não raras as vezes, os juízes se valham de meras certidões emitidas pelo sistema penitenciário, que têm por finalidade certificar sobre esse requisito de natureza subjetiva, dependendo do caso, deverá o juiz, antes de negar o livramento condicional, ouvir as razões pelas quais o condenado deixou de cumprir as obrigações que lhe eram exigidas, a fim de não produzir uma revolta ainda maior.

O condenado deverá, também, comprovar sua aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. Não se está exigindo, aqui, que o condenado tenha, por exemplo, uma promessa de trabalho na qual terá a sua carteira devidamente registrada. Há no país um percentual considerável correspondente àqueles que trabalham no chamado “mercado informal”. São camelôs, vendedores ambulantes, artesãos etc., que, embora não tenham registro em sua carteira profissional, conseguem se manter, recebendo, muitas vezes, importâncias superiores às da classe assalariada. Dessa forma, não está a lei exigindo que o condenado comprove que terá sua carteira registrada quando estiver em liberdade, mas, sim, que, mediante um trabalho honesto, lícito, seja ele qual for, poderá subsistir.

As inúmeras infrações disciplinares de natureza grave praticadas pelo paciente, no curso da execução, evidenciam comportamento insatisfatório para o preenchimento do requisito subjetivo necessário à concessão do livramento condicional. Precedentes (STF, HC 126.232/MS, Rel.^a Min.^a Rosa Webber, 1^a T., DJe 07/04/2015).

A fuga e o mau comportamento carcerário impedem a concessão do livramento condicional, revelando a inaptidão do apenado para reingressar no convívio social (TJMG, Processo 2.0000.00.511666-5/000[1], Rel. Des. William Silvestrini, DJ 22/5/2006).

Tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração

A reparação do dano causado pela infração penal levada a efeito pelo agente é um dos requisitos de ordem subjetiva elencados pelo art. 83 do Código Penal. Segundo as lições de Mirabete, “não pode postular o benefício o sentenciado que, não demonstrando haver satisfeito as obrigações civis resultantes do crime, igualmente não faça a prova da impossibilidade de reparar o dano causado pelo delito”.¹⁰⁷

A simples ausência de propositura de ação de indenização por parte da vítima não supre a necessidade de o condenado comprovar que não reparou o dano por absoluta impossibilidade de fazê-lo. Nesse sentido, decidiu o STF: *Livramento condicional – Condições de admissibilidade – Prova – Reparação do dano ou impossibilidade de fazê-lo – Ônus que incumbe ao réu e que não pode ser suprido com a apresentação de certidão negativa de ação indenizatória promovida pela vítima – Omissão que implica indeferimento do pedido – Inteligência dos arts. 83, IV, do CP, 710, V, do CPP, e 131 da Lei nº 7.210/84 (HC, MS, Rel. Min. Francisco Rezek, RT 649, p. 361).*

Não tendo o condenado condições de reparar o dano causado pela infração penal, deverá comprovar essa situação nos autos. Se assim o fizer, poderá ser-lhe concedido o benefício, preenchidos os demais requisitos.

Cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

O inc. V foi introduzido no art. 83 do Código Penal pela Lei nº 8.072/90, aumentando o tempo de cumprimento de pena para fins de livramento condicional para os crimes por ela previstos. Em 6 de outubro de 2016, foi publicada a Lei nº 13.344, inserindo mais uma infração penal ao rol elencado pelo mencionado inciso V, vale dizer, o delito de *tráfico de pessoas* (art. 149-A do Código Penal). Ao acrescentar o inc. V ao art. 83 do diploma repressivo, a Lei nº 8.072/90 trouxe de volta, ainda, o instituto da *reincidência específica*, que terá o condão de impedir a concessão do livramento condicional.

Vejamos, portanto, as situações previstas no inc. V do art. 83 do Código Penal, agora já modificado pela Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016.

Inicialmente, o tempo de cumprimento da pena foi aumentado para mais de dois terços da pena.

Além disso, não pode ser considerado reincidente específico.

Cuidando sobre o tema, Alberto Silva Franco assevera: “O segundo requisito é tratado, no texto legal, de forma negativa. Não basta que tenha fluído, na fase executória, lapso temporal superior a dois terços da duração da pena privativa de liberdade para que possa ser aplicada, ao condenado, a medida penal do livramento condicional. É mister ainda que o apenado não seja ‘reincidente específico’. No baú dos trastes penais, num canto de entretecidas teias de aranha, o legislador de 90 descobriu o conceito já tão dilapidado de ‘reincidência específica’ e cuidou de reanimá-lo. Ao dar-lhe nova vida, não se preocupou, contudo, em redefini-lo para efeito de alargar ou de restringir sua conhecida área de significado”.¹⁰⁸

O que significa a expressão *reincidência específica em crimes dessa natureza*? Antônio Lopes Monteiro preleciona que “o texto diz que o condenado não deve ser reincidente específico ‘em crimes dessa natureza’, referindo-se aos anteriormente mencionados: ‘crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo’. De modo que reincidente específico, para efeito da lei, é o sujeito que comete crime hediondo, terrorismo, de drogas ou tortura depois de transitar em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por um desses mesmos crimes. E dentro do elenco pode haver diversificação: o primeiro delito pode referir-se a drogas; o segundo pode ser hediondo; o anterior pode ser a tortura; o segundo, terrorismo”.¹⁰⁹

Colocando-se contrariamente à posição anterior, Alberto Silva Franco assevera: “A interpretação da locução ‘em crimes dessa natureza’, por apresentar um feitio literal, de caráter puramente gramatical, não se acomoda à noção comum, correntia, de reincidência específica. Não se trata, no caso, de uma reincidência qualquer, isto é, do cometimento pelo agente de um novo crime, indiferentemente de seus caracteres fundamentais, depois do trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por crime anterior. A reincidência que deve ser levada em conta tem características próprias, exclusivas: tem sua especificidade. E tal especificidade reside, exatamente, na comunicabilidade dos dados de composição típica dos dois delitos [...]. O que relaciona o estupro, simples ou qualificado, ao delito de terrorismo? O que há de comum entre o crime de epidemia com resultado morte e o delito de tortura? Evidentemente, nada. Em ponto algum de relevo, os referidos tipos suportam um juízo aproximativo. Onde buscar, então, a conotação específica dessa reincidência?”¹¹⁰

Agora, após a introdução do delito de tráfico de pessoas no inc. V do art. 83 do Código Penal, a discussão ganha mais força. Isso porque o tráfico de pessoas, tipificado no art. 149-A do Código Penal, por conta da inserção que foi levada a efeito pela Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, não se encontra no rol das infrações penais previstas pela Lei nº 8.072/90. Assim, por conta dessa alteração legislativa, temos infrações penais consideradas hediondas e afins, ou seja, todas aquelas elencadas pela Lei nº 8.072/90, e uma outra que não possui esse *status*.

Por essa razão, a partir dessa alteração legislativa, acreditamos que a razão esteja com Alberto Silva Franco, ao exigir que se considere reincidência específica a prática de infrações penais idênticas, isto é, aquelas que encontram moldura no mesmo tipo penal. Dessa forma, não se poderia considerar como reincidente específico o agente que viesse a ser condenado, inicialmente, pelo crime de estupro e, posteriormente, por um crime de tráfico de drogas, ou pelo delito de tráfico de pessoas. Para que seja considerado reincidente específico, o agente deverá praticar a mesma infração penal, não importando se na modalidade simples, ou mesmo qualificada, bastando que o fato praticado encontre previsão na mesma figura típica, a exemplo daquele que havia sido condenado anteriormente pelo crime de estupro simples (art. 213, *caput*, do CP) e, posteriormente, vem a cometer outro estupro, só que agora qualificado pelo resultado morte da vítima (art. 213, § 2º, do CP).

Para fins de cálculo do benefício do livramento condicional, as penas que correspondem a infrações diversas devem ser somadas, nos termos do artigo 84, do Código Penal, observando-se as peculiaridades relativas à execução no caso de crimes hediondos e comuns. Esta Corte pacificou o entendimento de que para a concessão da benesse do livramento condicional, quando se tratar de execução conjunta de penas por crime hediondo e crime comum, deve ser elaborado o cálculo separadamente, com o agrupamento por crimes, computando-se por primeiro o percentual de 2/3 referente à condenação pelos crimes hediondos e, em seguida, o percentual de 1/3 concernente aos crimes comuns (STJ, HC 267328/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 7/3/2014).

A incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do delito – orientação confirmada no julgamento, pela 3ª Seção do STJ, do REsp. 1.329.088/RS, de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, em 13/3/2013, sob o regime dos recursos representativos de controvérsia –, o que conduz aos prazos previstos na Lei nº 8.072/90, na redação da Lei nº 11.464/2007, e art. 83, V, do Código Penal, para a obtenção dos benefícios da progressão de regime (requisito objetivo) e de livramento condicional. Precedentes do STJ (STJ, AgRg. no REsp. 1259135/MS, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 1º/7/2013).

O livramento condicional, em se tratando de crime alinhado na Lei nº 8.072/90, só pode ser concedido após cumpridos 2/3 (dois terços) da pena (...) (STJ, REsp. 875867/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 20/8/2007, p. 304).

O que configura a reincidência é justamente a repetição do cometimento de crime. Portanto, tendo sido o último cometido na vigência da Lei dos Crimes Hediondos e sendo também classificado como tal – tráfico de drogas –, deve ser levada em conta a visível reincidência específica, tudo impedindo a concessão do livramento condicional, tal como determina o art. 83, inc. V, do Código Penal brasileiro (TJMG, Processo 1.0000.04.406132-3/001[1], Rel. Des. Sérgio Braga, DJ 3/9/2004).

Crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa

O parágrafo único do art. 83 do Código Penal diz, textualmente: **Parágrafo único:** *Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.*

Pela redação do mencionado parágrafo, estão dispensados desse prognóstico de que não

voltarão a delinquir os condenados por crimes culposos, bem como por aqueles cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Sendo dolosa a infração penal e havendo, ainda, como elemento do tipo a violência ou a grave ameaça à pessoa, embora a lei penal não exija formalmente qualquer exame, seria de bom alvitre a realização do exame criminológico, previsto pelo art. 8º da Lei de Execução Penal, visando constatar as condições pessoais do condenado que façam presumir que, se concedido o livramento condicional, não voltará a delinquir.

Não basta para a obtenção de livramento condicional o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva, necessário prova do satisfatório comportamento durante a execução da pena. Ao condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento condicional ficará subordinada, ainda, à constatação de condições pessoais que façam presumir que, ao ser liberado, não voltará a delinquir, tal como estabelece o art. 83, parágrafo único, do CP. Não preenchidos os requisitos de ordem subjetiva, não se defere o livramento condicional (TJ-MG, AC 0896215-46.2015.8.13.0000, Rel. Des. Fortuna Grion, DJe 30/03/2016).

A jurisprudência tem se orientado no sentido de que a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, conferida pela Lei nº 10.792/03, deixou de exigir a submissão do condenado a exame criminológico, anteriormente imprescindível para fins de livramento condicional, sem, no entanto, retirar do juiz a faculdade de requerer sua realização quando, de forma fundamentada e excepcional, entender absolutamente necessária sua confecção para a formação de seu convencimento. O exame criminológico – cujo parecer, antes da nova legislação, era determinante para se estimar o atendimento do requisito subjetivo exigido para a concessão de benefícios –, além de ser um recurso excepcional, não pode ser considerado isoladamente como fator para a denegação do benefício. Se o Magistrado singular não considerou necessário o exame criminológico, entendendo presentes os requisitos indispensáveis ao livramento condicional, não pode o Tribunal *a quo* sujeitar a concessão do benefício justamente à realização do referido exame. Precedentes (STJ, HC 77209/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 6/8/2007, p. 585).

A nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal afastou a exigência de parecer da Comissão Técnica de Classificação e a submissão do condenado a exame criminológico para a concessão de benefícios como o livramento condicional, bastando para a concessão da benesse que o condenado tenha cumprido o requisito objetivo temporal e que possua bom comportamento, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional (STJ, HC 74245/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., DJ 6/8/2007, p. 574).

Livramento condicional e execução provisória da sentença

O Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 24 de setembro de 2003, aprovou a Súmula nº 716 que, embora dirigida aos casos de progressão de regime e aplicação de regime menos severo do que o determinado na sentença, pode, mediante um raciocínio analógico, ser ampliada para as hipóteses de livramento condicional, quando ainda não houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Diz a referida Súmula nº 716: *Súmula nº 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.*

Em sentido contrário, não é possível que pena aplicada por sentença penal condenatória

não transitada em julgado venha a integrar cálculo do total da pena a ser cumprida, para efeito de concessão de livramento condicional (STJ, HC 48269/RJ, Rel. ^a Min. ^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJ 14/5/2007, p. 399).

Súmula nº 439 do STJ – Exame criminológico

Súmula 439. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Súmula nº 441 do STJ – falta grave

Súmula 441. A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

Sedimentou-se nesta Superior Corte de Justiça, em sede de recurso repetitivo (REsp representativo de controvérsia nº 1.364.192/RS) a orientação de que a prática de falta grave resulta em novo marco interruptivo para concessão de novos benefícios, exceto indulto, comutação e livramento condicional (STJ, HC 369.296/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 30/09/2016).

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, apesar de a falta grave não interromper o prazo para fins de livramento condicional (Súmula/STJ nº 441), sua prática impede a concessão do aludido benefício, por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante a execução da pena, nos termos do disposto no art. 83, III, do Código Penal (Precedentes). A teor da jurisprudência consolidada desta Corte, se as instâncias ordinárias concluíram não restar preenchido o requisito subjetivo necessário para a concessão do livramento condicional, tal assertiva não pode ser desconstituída na via estreita do *habeas corpus*, pois maiores incursões sobre o tema demandariam revolvimento do conjunto fático-comprobatório dos autos (STJ, HC 312.173/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 28/09/2016).

Conquanto não interrompa a contagem do prazo para fins de livramento condicional (enunciado n. 441 da Súmula do STJ), a prática de falta grave impede a concessão do aludido benefício por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante o resgate da pena, nos termos do art. 83, III do Código Penal. O aludido dispositivo legal não prevê período específico para a aferição do bom comportamento carcerário, de modo que, se o Juízo da Vara de Execuções Criminais, fundamentadamente, considerou não satisfeito o requisito subjetivo indicado, cumpre prestigiar tal entendimento (STJ, AgRg. no REsp. 1382007/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 11/6/2014).

Consoante entendimento fixado por este Superior Tribunal de Justiça, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executando acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão da progressão de regime (EREsp. 1.176.486/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 1º/6/2012), iniciando-se o novo período aquisitivo a partir da data da última infração disciplinar. O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção da progressão de regime, não o faz para fins de concessão de livramento condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal. Súmula nº 441 deste Tribunal. Só poderá ser interrompido o prazo para a aquisição do indulto, parcial ou total, se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo da benesse. Precedentes (STJ, HC 241088/RS, Rel. ^a Min. ^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 26/3/2013).

devem somar-se para efeito do livramento.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Súmula nº 715 do STF**

A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

Soma das penas

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que existindo infrações diversas, deve-se somar as reprimendas aplicadas para fins de livramento condicional, exigindo-se para o preenchimento do requisito objetivo o cumprimento de mais de um terço do total das penas se o apenado não for reincidente em crime doloso; e, em caso de reincidência do condenado, o cumprimento de mais da metade das reprimendas, a teor dos arts. 83, incs. II e III, e 84, ambos do Código Penal. Reconhecida a reincidência do apenado em uma das condenações, têm-se que os efeitos dela decorrentes incidem sobre todas as outras sanções, razão pela qual não há que se falar em cálculo do requisito objetivo para fins de livramento condicional a fração de 1/3 (um terço) para as condenações em que foi reconhecida a primariedade e de 1/2 (metade) para aquelas em que o paciente foi considerado reincidente (STJ, HC 315.592/RS, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 26/08/2016).

Concorrendo condenações por crime hediondo ou equiparado e delitos outros de natureza diversa, o requisito do tempo de cumprimento de pena necessário à obtenção do livramento condicional deve ser aferido a partir da soma das penas privativas de liberdade, com exclusão dos 2/3 (dois terços) de que cuida o inc. V do art. 83 do Código Penal, não se tratando de reincidente específico. Precedente da 5ª Turma (HC 23.942/RJ) (STJ, HC 28140/RO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 1º/2/2005, p. 613).

Especificações das condições Art. 85. A sentença especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Condições para o cumprimento do livramento condicional**

Nos termos do § 1º do art. 132 da Lei de Execução Penal, serão sempre impostas ao liberado condicional as seguintes obrigações:

a) obter ocupação lícita, dentro do prazo razoável, se for apto para o trabalho; *b)* comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; *c)* não mudar do território da comarca do Juízo da Execução sem prévia autorização deste. Além dessas, o § 2º do art. 132 da Lei de Execução Penal diz ainda ser facultado ao juiz da execução impor ao liberado as obrigações de: *a)* não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; *b)* recolher-se à habitação em hora fixada; *c)* não frequentar determinados lugares.

O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Pùblico, da Defensoria Pùblica ou

mediante representação do Conselho Penitenciário, e ouvido o liberado, poderá modificar as condições especificadas na sentença, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado por uma das autoridades ou funcionários indicados no inc. I do *caput* do art. 137 da Lei de Execução Penal, observado o disposto nos incs. II e III e §§ 1º e 2º do mesmo artigo, de acordo com a nova redação dada ao seu art. 144 pela Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010.

O obstáculo abstratamente erigido pelo Juízo da VEP para a recusa do benefício de livramento condicional é ilegítimo, ofendendo simultaneamente o sistema gradativo e individualizado referente ao cumprimento da pena. O livramento condicional não pode ser negado ao apenado pelo simples fato de ele ser estrangeiro em situação irregular no país, por ofender os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, sendo certo que a legislação não exige a existência de proposta concreta de emprego, mas sim que o apenado possua aptidão para desenvolver atividade laboral honesta. Pensamento diverso é admitir que o apenado estrangeiro cumprisse a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, o que viola a individualização da pena e a paulatina gradação do rigor carcerário até que se alcance a liberdade. Precedentes do STF e do STJ (TJ-RJ, HC 0006530-93.2015.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 26/06/2015).

A concessão do livramento condicional assenta-se na conjugação favorável dos requisitos objetivos e subjetivos a informarem as condições que permitam, ao apenado, retornar ao convívio em sociedade, sua reinserção no meio social. Requisito objetivo. Os efeitos da reincidência vinculam-se à pessoa do condenado e não às condenações que registra, individualmente consideradas, alcançando todas elas (TJRS, Agravo 70061108916, Rel^a Des^a Fabianne Breton Baisch, j. 5/9/2014).

Havendo satisfatória demonstração dos requisitos do art. 83 do CP, mormente levando-se em consideração a dificuldade de emprego no país e as parcias condições financeiras do reeducando, deve ser mantido o benefício do livramento condicional (TJMG, Processo 1.0000.06.441302-4/001[1], Rel. Eduardo Brum, pub. 10/1/2007).

Procedimento do livramento condicional

Vide art. 137 da Lei de Execução Penal.

Desnecessidade de ser ouvido o Conselho Penitenciário para a concessão do livramento

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento reiterado de que não se exige a prévia oitiva do Conselho Penitenciário para fins de concessão do livramento condicional, segundo a nova redação do art. 112 da LEP dada pela Lei nº 10.792/2003. Precedentes (STJ, HC 350.902/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 28/06/2016).

A Lei nº 10.792/2003 alterou o disposto no art. 70 inc. I da LEP, onde não mais persiste a obrigação legal de oitiva do Conselho Penitenciário para que se conceda o livramento condicional, sendo necessário, para a concessão deste, somente o lapso temporal e o atestado de bom comportamento carcerário emitido pelo diretor do estabelecimento prisional (TJMG, Processo 1.0000.08.478480-0/001, Rel. Des. Pedro Vergara, DJ 29/6/2009).

Revogação do livramento Art. 86. Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) I – por crime cometido

durante a vigência do benefício; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Revogação obrigatória

Poderá ocorrer em duas hipóteses. Na primeira, em virtude de ter o agente cometido novo crime após ter sido colocado em liberdade, quando já havia iniciado o cumprimento das condições aplicadas ao livramento condicional. A prática de novo crime demonstra sua inaptidão para cumprir o restante da pena anterior em liberdade, devendo, pois, ser revogado o benefício, somando-se as penas, anterior e posterior, para efeitos de novo cumprimento. Na segunda, se o liberado vier a ser condenado por crime anterior, se a soma do tempo que resta a cumprir com a nova condenação não permitir sua permanência em liberdade, deverá ser revogado o benefício.

Condenação transitada em julgada por delito cometido durante a liberdade condicional é hipótese de revogação obrigatória da benesse de acordo com o art. 86, I, do CP. Impossível, neste caso, computar-se como tempo de pena cumprida o período de prova, conforme dispõe os arts. 88 e 142 da LEP. Decisão mantida nos exatos termos em que proferida (TJ-RS, Agravo 70070627732, Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, j. 05/10/2016).

O benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado mesmo após o transcurso do período de prova, desde que a causa da revogação tenha ocorrido durante o referido lapso temporal. Precedentes do STJ e do STF (STJ, RHC 42.864/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 02/04/2015).

À luz do disposto no art. 86, I, do Código Penal e no art. 145 da Lei das Execuções Penais, se, durante o cumprimento do benefício, o liberado cometer outra infração penal, o juiz poderá ordenar a sua prisão, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, aguardará a conclusão do novo processo instaurado. A suspensão do livramento condicional não é automática. Pelo contrário, deve ser expressa, por decisão fundamentada, para se aguardar a apuração da nova infração penal cometida durante o período de prova, e, então, se o caso, revogar o benefício. Precedente. Decorrido o prazo do período de prova sem ter havido a suspensão cautelar do benefício, tampouco sua revogação, extingue-se a pena privativa de liberdade. Precedentes. (STF, HC 119938/RJ, Rel^a Min^a Rosa Weber, 1^a T., DJe 25/6/2014).

O art. 86, inciso I, do Código Penal explicita que se revoga o livramento condicional se o liberado vier a ser condenado à pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício. Contudo, o preceito deve ser confrontado com os arts. 145 e 146 da Lei de Execução Penal, 90 do Código Penal e 732 do Código de Processo Penal. O livramento condicional deveria ter sido suspenso cautelarmente durante o seu curso, situação que seria mantida até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, acarretando sua revogação por força do art. 89 do Código Penal. Não tendo havido a suspensão cautelar, transcorreu sem óbice o prazo do livramento, cujo termo, sem revogação, implica extinção da pena. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. (STJ, HC 281269/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 23/4/2014).

A 2^a Turma concedeu *habeas corpus* para determinar que o paciente retorne ao livramento condicional com a ressalva de que, cumprido o período de prova, a decisão de extinção da pena somente poderá ser proferida após o trânsito em julgado referente ao crime superveniente (CP: ‘Art. 89 O juiz não poderá declarar extinta a

pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento'). Na situação dos autos, a defesa sustentava falta de fundamentação da decisão que suspendera o benefício do livramento condicional e que, a despeito da prática de crime no curso do período de prova, a eventual prisão do liberado somente se justificaria se motivada, o que não teria ocorrido. Entendeu-se que, de fato, a prática de outro delito durante o período de prova do livramento condicional autorizaria a suspensão cautelar do benefício, nos termos do art. 145 da Lei de Execução Penal (LEP) e do art. 732 do CPP. Entretanto, aduziu-se que o juízo das execuções não se desincumbira de demonstrar a real necessidade de se determinar a segregação do paciente, bem como que a ele caberia fundamentar a sua imprescindibilidade, sob pena de torná-la medida automática, consectário lógico da prática de novo crime durante o período de prova do benefício. Por fim, considerou-se que a espécie amoldar-se-ia à hipótese de prorrogação do livramento condicional. Ao acolher proposta formulada pelo Min. Ayres Britto, a 2^a Turma deliberou afetar ao Plenário julgamento de *habeas corpus* em que se discute a constitucionalidade, ou não, da vedação abstrata da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, bem como o excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal (STF, HC 105497/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2^a T., j. 15/2/2011, *Informativo* nº 616).

A superveniência de nova condenação definitiva, por crime cometido no curso do livramento condicional, determina a regressão para regime mais gravoso quando há modificação do requisito objetivo, mormente porque o período em que o apenado permaneceu em liberdade, revogada pela prática de novo crime, não é computado como pena cumprida (STJ, HC 118370/RS, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 9/2/2009).

Compete ao Juízo das Execuções Criminais a suspensão do livramento condicional, na hipótese de ter sido cometido novo delito durante a sua vigência, para depois revogá-lo, se for o caso, não podendo ser considerado prorrogado o lapso condicional se não foi tomada qualquer providência no momento devido (art. 145 da Lei de Execução Penal) (STJ, HC 98595/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 24/11/2008).

O controle sobre o (des) cumprimento das condições impostas quando do livramento condicional pode ser feito ainda que findo o prazo do período de prova. Praticada falta grave – positivada pela prática de delito durante o período de prova –, antes de expirar o prazo, considera-se automaticamente prorrogado o tempo de cumprimento das condições impostas na audiência admonitória. V.V. (TJMG, Processo 1.0000. 06.435878-1/001[1], Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, DJ 25/11/2006).

Revogação facultativa Art. 87. O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorribelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Revogação facultativa

O art. 87 do Código Penal deverá ser analisado juntamente com os arts. 141 e 142 da Lei de Execução Penal.

O descumprimento de qualquer das obrigações constantes da sentença possibilita a revogação do livramento condicional.

Na hipótese de revogação facultativa em virtude da prática de infração penal cometida anteriormente à vigência do livramento, será computado como tempo de cumprimento de pena

o período de prova, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas (art. 141 da LEP). Dessa forma, o liberado não perderá o tempo de pena já cumprido em liberdade, uma vez que a infração penal pela qual foi condenado foi cometida anteriormente à concessão do benefício.

Constitui faculdade do juiz a revogação do benefício do livramento condicional, ante o descumprimento de qualquer das condições impostas em audiência admonitória, nos termos do art. 87 do CP (TJMG, HC 1.0000.09.499222-9/0001, Rel.ª Des.ª Márcia Maria Milanez Carneiro, DJEMG 21/8/2009).

O cometimento de novo delito pelo apenado, no curso do livramento condicional, autoriza a suspensão cautelar do benefício, sendo que tal providência não afronta o princípio da presunção da inocência, eis que sua revogação depende de sentença transitada em julgado, em relação ao processo superveniente (TJMG, Processo 1.0000.09.489634-7/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 10/7/2009).

A notícia de um crime, grave ou não, não suspende, automaticamente, o benefício do livramento condicional, porquanto inadmissível a antecipação de uma punição baseada em conjecturas e não na certeza, ainda que processual, obtida através de uma persecução garantista. A aplicabilidade da suspensão encontra-se limitada aos casos em que o condenado não só ostente o estado de suspeito do cometimento de um crime, mas tenha sido efetivamente preso, ainda que cautelarmente, no processo que responde. A suspensão se daria apenas para evitar uma incongruente situação jurídica, qual seja, a de permanecer o condenado solto no processo de execução em face do livramento condicional e, ao mesmo tempo, preso preventivamente em outro processo (TJMG, HC 1.0000.09.4967189/000, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 6/7/2009).

Audiência de justificação

Antes de revogar o livramento, pelo fato de não estar o liberado cumprindo as condições impostas na sentença, deverá o julgador ouvi-lo

em audiência própria, permitindo que se justifique. Ao final, se os argumentos do liberado convencerem o juiz da execução, deverá ser mantido o livramento; caso contrário, se não houver escusa razoável para o descumprimento das condições impostas, poderá o juiz da execução revogar o benefício, sendo que, nesse caso, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento (art. 142 da LEP).

Esta Corte firmou o entendimento de que a prática de outra infração penal durante o período de prova do livramento condicional autoriza a suspensão cautelar do referido benefício, nos termos do art. 145 da LEP, sendo desnecessária a prévia ouvida do reeducando, o que ocorrerá apenas na sua revogação definitiva, em audiência de justificação, a teor do art. 86 do Código Penal. Precedentes (STJ, RHC 61.626/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, DJe 1º/12/2015).

Constitui faculdade do juiz a revogação do benefício do livramento condicional, ante o descumprimento de qualquer das condições impostas em audiência admonitória, nos termos do art. 87 do CP (TJMG, Processo 1.0000.07.456093-9/001[1], Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, DJ 8/8/2007).

Para a revogação do livramento condicional não se faz necessária a oitiva do Conselho Penitenciário. Nos termos do art. 143 da LEP, desde que descumpridas as condições estabelecidas, o juiz pode revogar o benefício, estando a sua decisão condicionada apenas à prévia oitiva do apenado. Nada mais (TJMG, Processo 1.0000.04.415151-2/001(1), Rel. Des. Kelsen Carneiro, DJ 12/8/2005).

Se o condenado aceita as condições que lhe foram impostas para a obtenção do livramento condicional, o não cumprimento implica necessariamente na revogação do benefício. Se, antes de revogar o benefício, o réu teve oportunidade de se defender, não há falar-se em cerceamento de defesa ou ausência de contraditório. Se a única condição imposta foi a de apresentação periódica e o réu declara expressamente não poder cumpri-la, não há outra solução senão a revogação do benefício, especialmente se o condenado muda de residência sem comunicar ao juízo da execução e não fornece seu atual endereço (TJMG, Processo 1.0000.00.196840-3/00 0[1], Rel. Des. Gudesteu Biber, *DJ* 1º/8/2000).

Efeitos da revogação Art. 88. Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Efeitos da revogação

Como penalidade por ter praticado o crime após o início do livramento condicional, o liberado perderá todo o período em que permaneceu livre. Assim, se o condenado, após dois anos de efetivo cumprimento de sua pena, restando ainda quatro anos a cumprir, e decorrido um ano de livramento condicional vier a praticar novo crime, esse tempo que permaneceu em liberdade, cumprindo determinadas condições, será perdido. O tempo total de pena anterior – quatro anos – será somado ao da condenação posterior, para efeitos de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Prisão do liberado

Praticada pelo liberado outra infração penal, o juiz poderá ordenar sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final (art. 145 da LEP).

Pedido de revogação

A revogação será decretada a requerimento do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário, ou de ofício, pelo juiz, ouvido o liberado (art. 143 da LEP).

No caso de revogação do livramento condicional, por motivo outro que não condenação por crime anterior, não se faz cômputo no tempo da pena do período em que esteve solto o liberado, não se admitindo novo livramento pela mesma pena (TACrim./SP, Rel. Des. Isnard dos Reis, *RE* 340, p. 295).

Extinção Art. 89. O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento.

Se o liberado tiver cometido novo crime durante a vigência do livramento, não poderá o juiz declarar extinta a pena enquanto não transitar em julgado a sentença no processo a que responde o liberado. Isso porque, caso venha a ser condenado, de acordo com o art. 88 do Código Penal, perderá o tempo em que esteve em liberdade, conforme já frisado anteriormente.

É da competência do Juízo das Execuções, nos casos de cometimento de novo delito durante o período de prova do livramento condicional, a suspensão cautelar do benefício e, sobrevindo a condenação com trânsito em julgado, de sua revogação. Consoante o disposto no art. 90 do Código Penal – CP e 146 da Lei de Execuções Penais – LEP, não é possível prorrogar, suspender ou revogar o livramento condicional após o escoamento do período de prova, mesmo que em razão da prática de novo delito durante o referido período, pois, terminado o prazo, considera-se extinta a pena privativa de liberdade (STJ, HC 357.145/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5^a T., DJe 15/08/2016).

O posicionamento adotado pela Instância de origem dissente da jurisprudência firmada por este Superior Tribunal no sentido de que, expirado o período de prova do livramento condicional sem qualquer sobrerestamento, torna-se inviável ao Juízo da execução, a quem compete fiscalizar o correto cumprimento da reprimenda, suspender, revogar ou prorrogá-lo posteriormente, ainda que o sentenciado tenha cometido novo delito nesse ínterim (STJ, RHC 62.896/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 27/05/2016).

Conforme a jurisprudência desta eg. Corte Superior, nos moldes do que preceituam os arts. 145, da Lei de Execução Penal, e 89, do Código Penal, havendo suspensão do livramento condicional durante o período de prova, não poderá haver a extinção da punibilidade até que ocorra o julgamento definitivo do delito cometido, pelo paciente, durante o curso da benesse (Precedentes) (STJ, HC 305.718/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 08/04/2015).

O simples cometimento de crime doloso, no curso do livramento condicional, além de ensejar, modo acautelatório, a suspensão desta benesse, também poderá resultar no reconhecimento de falta de natureza grave, com a aplicação de todos os consectários legais. Prática de fato previsto como crime doloso que repercute no livramento condicional, por quebra de uma das condições impostas para a liberdade condicionada; como também vem previsto como falta grave, nos termos do art. 52 da LEP. Necessidade de audiência de justificação, nos termos do § 2º do art. 118 da LEP (TJRS, Agravo 70061108601, Rel^a Des^a Fabianne Breton Baisch, j. 5/9/2014).

Com a prática do novo delito, a prorrogação do período de prova é medida automática, estendendo-se até o trânsito em julgado do processo em que responde pelo delito superveniente. Veda expressa ao Magistrado para que declare extinta a punibilidade – art. 89 do Código Penal (TJSP, Ag 0043493-42.2014.8.26.0000, Rel. Des. Péricles Piza, DJe 8/9/2014).

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, expirado o prazo do livramento condicional sem suspensão ou prorrogação, a pena é automaticamente extinta, sendo ilegal a sua revogação posterior ante a constatação do cometimento de delito durante o período de prova. Precedentes. Ressalva de entendimento do relator (STJ, HC 251284/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 11/6/2013).

A prática de infração penal durante a vigência do livramento condicional, prorroga o período de prova. Pedido de extinção da pena – conjugação dos arts. 146 da LEP, e 89 do Código Penal. O prazo do livramento condicional é prorrogado automaticamente, independente de declaração pelo juiz, até que a sentença

referente ao crime superveniente se torne irrecorrível (TJRJ, 8ª Câm. Crim., *HC 2007.059.03494*, Rel. Des. Suely Lopes Magalhães, j. 26/7/2007).

Art. 90. Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Extinção da pena

Tendo cumprido todo o período de prova sem que tenha havido revogação do benefício, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, declarará a extinção da pena, salvo enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido durante a vigência do benefício (art. 89 do CP).

Caso o delito tenha sido praticado anteriormente à vigência do benefício, como o liberado não perderá o tempo correspondente ao período em que esteve solto, poderá ser declarada a extinção da pena privativa de liberdade, uma vez expirado o prazo do livramento, sem que tenha havido revogação (art. 90 do CP e 146 da LEP).

Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento no sentido de que, cumprido o prazo do livramento condicional sem a suspensão, prorrogação ou a revogação do benefício pelo Juiz da Execução, a pena deve ser declarada extinta – como fez, na espécie, o Juízo da instância primeira –, nos termos do art. 90 do Código Penal e 145 da Lei de Execuções Penais (STJ, AgRg no HC 350.006/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 26/08/2016).

Consoante entendimento consolidado nesta Corte Superior, não ocorrendo o sobretempo durante o período de prova, descabida é a sua revogação posterior, devendo ser declarada a extinção da pena, nos termos do art. 90 do Código Penal (STJ, *HC 290.526/SP*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 18/03/2015).

A jurisprudência pacífica desta Corte firmou-se no sentido de que decorrido o período de prova do livramento condicional, sem ter havido a suspensão cautelar do benefício em razão da prática de novo crime, extingue-se a pena privativa de liberdade, sendo descabida a revogação posterior do benefício. Precedentes. [STJ, *HC 271357/RJ*, Rel.^a Min^a Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJSE), 6ª T., DJe 5/5/2014].

Uma vez cumprido o prazo do livramento condicional e suas condições, não havendo suspensão ou revogação, a pena deve ser extinta automaticamente, conforme dispõe o art. 90 do CP. Não é permitido ao juízo das execuções retroagir ao tempo do período de prova para revogar o benefício, visto que definitiva a condenação em crime praticado naquele momento e mais tarde percebido. Precedente citado do STF: *HC 81.879-SP*, *DJ* 20/9/2002, do STJ: *HC 21.832-RJ*, *DJ* 22/4/2003. *HC 149.597-RJ* (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, em 23/3/2010. Informativo nº 428 do STJ).

Capítulo VI – Dos Efeitos da Condenação

Efeitos genéricos e específicos Art. 91. São efeitos da condenação: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

(*Incluído pela Lei nº 12.694, de 24/7/2012.*) § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas asseguratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

(*Incluído pela Lei nº 12.694, de 24/7/2012.*) **Efeitos genéricos da condenação**

Tem-se entendido que os efeitos da condenação previstos pelo art. 91 do Código Penal são genéricos, não havendo necessidade de sua declaração expressa na sentença condenatória e que aqueles arrolados pelo art. 92 são específicos, sobre os quais o juiz deverá, motivadamente, declará-los na sentença. Tal afirmação não nos parece completamente correta, pois, segundo entendemos, existem hipóteses no art. 91 do Código Penal nas quais o julgador deverá sobre elas motivar-se expressamente, a fim de produzir seus efeitos legais, conforme dissertaremos mais adiante.

Além do disposto de modo genérico no Código Penal, o ordenamento jurídico prevê inúmeros efeitos decorrentes de uma condenação penal, como, v.g., a indenização civil pela prática de homicídio, lesão, crimes contra a honra ou ofensa à liberdade pessoal (arts. 948, 949, 953 e 954, respectivamente, do CC); a vedação da administração de empresa aos condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação (art. 1.011, § 1º, do CC); o surgimento de impedimento matrimonial pela prática do crime de homicídio (art. 1.521 do CC); a suspensão do poder familiar (art. 1.637, parágrafo único, do Código Civil); serve de fundamento para a indignidade ou deserdação na herança (artigos. 1.814 e 1.961 do Código Civil); é fundamento para a perda de mandato de Deputado

ou Senador, caso a casa respectiva assim decida (nos termos do art. 55 VI e § 2º da CF); retira o direito à naturalização dos estrangeiros que não sejam oriundos da comunidade dos países de língua portuguesa, de acordo com o art. 112 do Estatuto do Estrangeiro *etc.*

Merce registro, ainda, que a legislação penal especial também prevê outros efeitos, como se percebe pela leitura do art. 7º da Lei de Lavagem de Capitais, bem como pelo disposto o art. 83 da Lei de Licitações, exemplificativamente.

Se a sentença condenatória concluiu no sentido da proveniência ilícita dos bens apreendidos e de sua efetiva utilização para a prática dos crimes, declarando, assim, o seu perdimento, como efeito da condenação, a modificação dessa conclusão não pode ser satisfeita em sede de *habeas corpus*, via inadequada para se proceder ao exame de questões de prova (STJ, HC 45323/SP, 5ª T., Min. Gilson Dipp, DJ 10/4/2006, p. 241).

Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime

Embora sejam independentes as esferas cível e penal, a sentença penal condenatória com trânsito em julgado evidencia, quando possível, o dano causado pelo agente mediante a prática de sua conduta típica, ilícita e culpável, gerando, pois, para a vítima, um título executivo de natureza judicial, conforme o inciso VI do art. 515 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

O inc. IV do art. 387 do Código de Processo Penal, com a nova redação determinada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, diz que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, *fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.*

Conforme preleciona Andrey Borges de Mendonça, a reforma “visou afastar este longo caminho de liquidação da sentença penal condenatória. Determina, assim, que o magistrado deve fixar um valor *mínimo* para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Este valor mínimo torna o título executivo líquido, ao menos em parte, a permitir que a vítima, desde logo, proceda ao cumprimento da sentença perante o juízo cível. Completa o art. 63, parágrafo único, do CPP que este valor mínimo fixado na sentença condenatória não impedirá a parte de buscar a liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.¹¹¹

Perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso

Instrumentos do crime, na definição de Cezar Roberto Bitencourt, “são os objetos, isto é, são as coisas materiais empregadas para a prática e execução do delito”.¹¹² Como a lei penal fala expressamente em *instrumentos do crime*, não há que se falar em perda dos instrumentos

destinados à prática de contravenção penal.

Somente poderão ser perdidos em favor da União os instrumentos do crime que se constituam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Se alguém, por exemplo, dolosamente, vier a utilizar o seu automóvel a fim de causar lesão na vítima, o fato de ter se valido do seu veículo como instrumento do crime não fará com que ele seja perdido em favor da União, pois o seu uso não constitui fato ilícito, o que não impedirá, contudo, a aplicação do efeito específico da condenação previsto no inc. III do art. 92 do Código Penal.

Também não perderá a sua arma, por exemplo, o agente que vier a utilizá-la na prática de crime, desde que possua autorização para o seu porte.

Ressalve-se, ainda, como determinado pelo inc. II do art. 91 do Código Penal, o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, que não poderá ter seus instrumentos perdidos caso venham a ser utilizados indevidamente pelo agente condenado pela prática da infração penal, desde que não consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, bem como que não ocorra qualquer das modalidades de concurso de pessoas, vale dizer, a coautoria ou a participação. Na definição de Roberto Lyra, “produtos do crime (*producta sceleris*) são as coisas adquiridas diretamente com o crime (coisa roubada), ou mediante sucessiva especificação (joia feita com o ouro roubado), ou conseguidas mediante alienação (dinheiro da venda do objeto roubado) ou criadas com o crime (moeda falsa). Também se inclui no confisco outro qualquer bem ou valor, que importe proveito, desde que haja sido auferido pelo agente, e não por terceiros, com a prática do crime. Assim: o preço deste, os bens economicamente apreciáveis dados ou prometidos ao agente para que cometa o crime, a contraprestação que corresponde à prestação da atividade criminosa, a retribuição desta”.¹¹³

Com o confisco do produto do crime ou dos bens ou valores que constituam proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, evita-se que o condenado obtenha qualquer vantagem com a prática de sua infração penal.

O lesado ou terceiro de boa-fé a que se referem os arts. 91, II, do CP e 133, parágrafo único, do CPP, são aqueles diretamente prejudicados pelo confisco do bem, como é o caso, por exemplo, do condomínio ou do comprador de boa-fé. Aqueles que estejam sendo apenas obliquamente prejudicados pelo confisco, que jamais tenham estabelecido relação jurídica que envolvesse diretamente o bem perdido, não se enquadram nesse conceito de lesado ou terceiro de boa-fé. (STJ, REsp. 1366894/RS, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, 3^a T., DJe 2/6/2014).

Havendo provas da materialidade e da autoria do delito de tráfico de entorpecentes, mostra-se descabido o pleito absolutório por insuficiência de provas, pois, além das substâncias entorpecentes terem sido apreendidas no interior da residência usada pelo agente para o nefando comércio de drogas, as demais provas acostadas aos autos, coerentes e harmônicas, dentre elas depoimentos de policiais que efetuaram a sua prisão e de usuários que adquiriram drogas do mesmo, e de ser reconhecido na região como traficante, formam um acervo mais do que suficiente para ensejar uma condenação. Restando comprovado o *animus* associativo

estável e permanente do agente e seu irmão, com contornos inequívocos de sociedade para a comercialização de drogas ilícitas, tem-se como caracterizado o delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006. Não tendo o agente feito qualquer prova de que os bens foram adquiridos licitamente, a perda dos mesmos em favor da União é efeito automático da sentença penal condenatória (art. 91, II, CP) (TJMG, Processo 1.0245.08.137786-4/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, *DJ* 24/7/2009).

Estando devidamente comprovado nos autos que a ré usava o veículo apreendido para a realização da entrega de substâncias entorpecentes, correto é o perdimento do bem em favor da União, como efeito da condenação, não importando que ele esteja registrado no nome de outra pessoa (TJMG, Processo 1.0024.08.992413-8/001, Rel. Des. Eduardo Brum, *DJ* 29/5/2009).

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a condenação por porte ilegal de arma de fogo acarreta, como efeito, o perdimento do armamento apreendido, em razão do disposto nos arts. 91, II, “a”, do CP e 1º da LCP (STJ, REsp. 960586/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, S3, *DJe* 6/4/2009).

O bem objeto de alienação fiduciária empregado na prática de crime não se sujeita ao confisco, porque pertencente a terceiro de boa-fé, nos termos do art. 91, II, *in fine*, do Código Penal (TJMG, Processo 1.0024.05.814557-4/001[1], Rel. Des. Otávio Portes, *DJ* 27/7/2007).

Reconhecimento da prescrição – Circunstância que não elide a ilicitude do fato, mas apenas o direito de punir do Estado – Condição de ‘condenado’ que permanece – Pedido de restituição de arma utilizada na prática de crime – Inviabilidade – Efeito automático da condenação – Inteligência do art. 91, II, *a*, do CP – Recurso a que se nega provimento (TJMG, Processo 1.0024.95.108052-2/001[1], Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti, *DJ* 10/5/2004).

Confisco – Veículo apreendido por ser utilizado no comércio ilícito de entorpecentes – Ausência de pronunciamento judicial – Impropriedade da medida – Devolução ao legítimo dono – Recurso provido. Comprovada a posse de veículo apreendido em poder de terceira pessoa, a qual traficava substância entorpecente, e não havendo pronunciamento judicial sobre o confisco do bem, impõe-se a devolução ao legítimo dono. Recurso provido (TJMG, Processo 1.0000.00.134760-8/000[1], Rel. Des. Zulman Galdino, *DJ* 12/2/1999).

Obrigaçāo de decidir fundamentadamente

Embora tratado como efeito automático da sentença penal condenatória transitada em julgado, entendemos que o julgador deverá, na sua decisão, fundamentá-la adequadamente ao fato, apontando, por exemplo, os motivos que o levaram a presumir que o apartamento adquirido pelo agente fora fruto da subtração dos valores por ele levada a efeito, que o saldo existente em sua conta bancária deveu-se à subtração dos valores por ele realizada *etc.* O confisco é medida extrema, excepcional, e dessa forma deve ser cuidada, somente tendo aplicação quando o julgador tiver a convicção de que os produtos, bens e valores são provenientes da prática de crime, uma vez que, conforme já decidiu o TJSP, **o confisco só se justifica quando houver prova concludente de que o bem é produto do crime** (Rel. Des. Marcial Hollanda, *JTJ – Lex* 172, p. 309).

Deve ser afastada a pena de perda do cargo público quando se verifica ausência de fundamentação idônea na decisão que a determinou (STJ, REsp. 810931/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., *DJ* 6/8/2007, p. 649).

Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

Pode ocorrer a hipótese em que o agente tenha se desfeito ou mesmo escondido o produto ou proveito do crime, a exemplo daquele que adquire um imóvel no exterior ou mesmo que deposite, em uma agência bancária localizada fora do território nacional, o valor obtido criminosamente. Nesses casos, mesmo não sendo encontrados, poderá o julgador decretar a perda de bens ou valores que são equivalentes ao produto ou proveito do crime, impedindo, assim, que o agente continue auferindo lucro derivado de seu comportamento criminoso.

Tal efeito da condenação, embora tenha sido inserido no Código Penal pela Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que dispôs sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, não se aplica somente a estas últimas, mas sim a qualquer infração penal, tenha sido ou não praticada por organização criminosa, onde o agente tenha conseguido ocultar, no país ou no exterior, os bens ou valores correspondentes ao produto ou proveito do crime.

Esse perdimento, no entanto, de bens ou valores que não aqueles diretamente auferidos com a prática criminosa, deve ser equivalente ao produto ou proveito do crime.

Essa inovação trazida pelo Código Penal já constava em Convenções Internacionais, das quais o Brasil era signatário, a exemplo da Convenção de Palermo (art. 12, item 1, *a*), promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.015, de 12 de março de 2004; Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (art. 31, item 1, *a*) promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 e, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas (art. 5º, item 1, *a*), promulgada pelo Decreto Presidencial nº 154, de 26 de junho de 1991.

Nos termos do art. 9º, inc. I, do Código Penal, “A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis”. É o que ocorre no caso, pois também a lei brasileira prevê a possibilidade de perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, do produto do crime, como um dos efeitos da condenação (art. 91, inc. II, alínea *b*, do Código Penal). Não há ofensa à soberania nacional, pois a sentença não tratou especificamente sobre a situação dos bens imóveis, sobre a sua titularidade, mas sim sobre os efeitos civis de uma condenação penal, determinando o perdimento de bens que foram objeto de crime de lavagem de capitais. O confisco dos bens, além de ser previsto na legislação interna, tem suporte na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004, de que também é signatária a Finlândia (STJ, SEC 10.612/EX, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, CE, DJe 28/06/2016).

Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

O capítulo VI do Título VI do Código de Processo Penal cuida das chamadas Medidas

Assecuratórias, a saber: a) sequestro; b) hipoteca legal; e c) arresto.

Dessa forma, nos termos do § 2º do art. 91 do Código Penal, será possível a aplicação de uma dessas medidas assecuratórias com a finalidade de abranger os bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior, de acordo com a dicção do § 1º do mesmo artigo.

O § 2º do art. 91 do Código Penal faz menção a investigado ou acusado. Assim, as medidas assecuratórias poderão ser levadas a efeito ainda na fase investigatória, ou seja, a fase correspondente ao inquérito policial, quando o suposto autor da infração penal ainda goza do *status* de investigado ou indiciado, ou após o início da ação penal em juízo, quando passa a ser reconhecido como acusado ou réu.

Tais medidas destinam-se a assegurar a posterior decretação da perda dos bens e valores equivalentes ao produto ou proveito do crime.

Merce destaque a inovação trazida pela Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que diz, *verbis*: *Art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.*

Art. 92. São também efeitos da condenação: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (*Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º/4/1996.*) a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (*Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º/4/1996.*) b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

(*Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º/4/1996.*) II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Parágrafo único.** Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Efeitos específicos da condenação**

As hipóteses de efeitos específicos da condenação, previstas no art. 92 do Código Penal,

como bem observado por Jair Leonardo Lopes, são “verdadeiras penas acessórias mascaradas de efeitos da condenação”.¹¹⁴ Devem ser declarados expressamente no *decisum* condenatório, sob pena de não serem aplicados, haja vista que não são considerados como efeitos automáticos da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Incide o efeito específico da condenação previsto no art. 92, inciso III, do Código Penal, quando o crime de contrabando é praticado mediante a utilização de veículo automotor no qual foram escondidas as mercadorias clandestinamente introduzidas no território nacional, porquanto demonstrada, de maneira concreta, a imprescindibilidade de tal medida e a necessidade de se inibir a prática de tais crimes (STJ, AgRg no REsp 1533637/PR, Leopoldo de Arruda Raposo – desembargador convocado do TJPE, 5ª T., DJe 1º/09/2015) Ao contrário do disposto no art. 92, I, do Código Penal, que exige sejam externados os motivos para a decretação da perda do cargo, função ou emprego público, a Lei nº 9.455/97, em seu § 5º do art. 1º, prevê como efeito extrapenal automático e obrigatório da sentença condenatória, a referida penalidade de perda do cargo, função ou emprego público. Precedente do STJ (STJ, HC 92247/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJ 7/2/2008, p. 1).

Os efeitos da condenação, dispostos no art. 92 do Código Penal, não possuem incidência automática, razão pela qual, caso o d. Magistrado entenda pela aplicação do mencionado artigo, deve fundamentar devidamente a decisão (STJ, REsp. 810931/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 6/8/2007, p. 649).

Perda do cargo, função pública ou mandato eletivo nas hipóteses da alínea a e b do inc. I do art. 92 do Código Penal

As hipóteses tratadas pelo inc. I do art. 92 do Código Penal, conforme assevera Cesar Roberto Bitencourt, “não se destinam exclusivamente aos chamados crimes funcionais (arts. 312 a 347 do CP), mas a qualquer crime que um funcionário público cometer com *violação de deveres* que a sua condição de funcionário impõe, cuja pena de prisão aplicada seja igual ou superior a um ano, ou, então, a qualquer crime praticado por funcionário público, cuja pena aplicada seja superior a quatro anos”.¹¹⁵

A alínea a do inc. I do art. 92 do Código Penal prevê a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

Como assevera a alínea b do inc. I do art. 92 do Código Penal, não importando a natureza da infração penal, se o agente vier a ser condenado a uma pena privativa de liberdade superior a quatro anos, poderá ser decretada a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo.

A pena de perda do cargo público não é mero efeito da condenação, devendo ser motivada por determinação expressa do parágrafo único do art. 92 do Código Penal, tal como nos presentes autos, em que o réu, na condição de agente fiscal de rendas do Estado, valeu-se do cargo para perpetrar o crime de corrupção ativa em matéria tributária (art. 3º, inc. II, da Lei nº 8.137/90) causando lesão ao erário estadual que, segundo ele próprio, poderia alcançar mais de duzentos milhões de reais (STJ, AgRg no REsp 1.444.444/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 24/02/2016).

Segundo o art. 92, inc. I, alínea “a”, do CP, sendo a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, a decretação de perda do cargo público só pode ocorrer na hipótese em que o crime tenha sido cometido com

abuso de poder ou com a violação de dever para com a Administração Pública (STJ, REsp 1.561.248/GO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 1º/12/2015).

Não há ofensa ao art. 41, do Código de Processo Penal, quanto à perda de cargo público, se devidamente fundamentado, nas instâncias antecedentes, o elemento objetivo necessário para tal efeito (quantidade da pena privativa de liberdade a que o Paciente fora condenado) e as razões subjetivas que indicam a necessidade da medida. ‘A possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, posto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do art. 92 do Código Penal’ (STJ, HC 81.954/PR, 6ª T., Rel.ª Min.ª Maria Thereza, DJ 17/12/2007). Tal consequência ocorre sempre que configurada a hipótese prevista no art. 92, inc. I, alínea *a*, do Código Penal, não fazendo a lei qualquer ressalva no sentido de que, se a pena privativa de liberdade for substituída por reprimendas restritivas de direito, não haverá a perda do cargo (STJ, AgRg. no AREsp. 46266/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 1º/8/2012).

A perda da função pública não é efeito automático da condenação, segundo disposto no art. 92, parágrafo único, do Código Penal. Assim, conforme entendimento deste Tribunal, exige-se que a declaração de perda da função pública se faça mediante decisão fundamentada, de forma concreta e vinculada (art. 93, IX, da CF) (STJ, AgRg. no REsp. 1207006/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 9/4/2012).

A decretação da perda do cargo público, sendo a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, só ocorre na hipótese em que o crime tenha sido cometido com abuso de poder ou com a violação de dever para com a Administração Pública (STJ, AgRg. no AREsp. 24097/MG, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 7/3/2012).

Esta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que compete à Justiça Comum a decretação da perda da função pública como efeito secundário da condenação, quando não se tratar de crime militar, caso dos autos (STJ, AgRg. no REsp. 1094349/RN, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., DJe 27/4/2011).

Diante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decreta a perda do cargo público, a autoridade administrativa tem o dever de proceder à demissão do servidor ou à cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária. Isso porque qualquer resultado a que chegar a apuração realizada no âmbito administrativo não terá o condão de modificar a força do decreto penal condenatório (STJ, RMS 22570/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 19/5/2008).

Não estando presentes os pressupostos elencados no art. 92, I, *a*, do Código Penal – não houve violação de dever para com a Administração Pública –, e sendo possível a ele estender benefícios legais, não é possível tornar concreto este efeito da condenação (TJRS, Ap. Crim. 70013 991054, 8ª Câm. Crim., Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, j. 30/5/2007).

A violação de dever funcional no exercício da função pública e inerente a ela denota infidelidade, abuso da fé pública e desprezo pelo mandato eletivo, sendo imperiosa a decretação da perda do cargo ao alcaide que pratica crimes de responsabilidade (TJMG, Processo 1.0000.00.335908-0/000(3), Rel. Des. Sérgio Braga, DJ 11/5/2007).

Incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado

Pelo art. 92, II, a lei penal busca proteger aqueles que ainda se encontram sob a autoridade dos pais, tutores ou curadores.

Aquele que, no exercício do pátrio poder (hoje entendido como poder familiar), tutela ou

curatela, praticar um crime doloso, punido com pena de reclusão, independentemente da quantidade de pena aplicada, contra filho, tutelado ou curatelado, poderá ser declarado incapacitado, pela sentença penal condenatória, para continuar no exercício de suas funções.

Não se aplica o mencionado efeito da condenação se o crime doloso, punido com pena de reclusão, for praticado contra terceira pessoa, que não o filho, o tutelado ou o curatelado. Dessa forma, se um curador estiver sendo processado por estupro contra vítima que não seja o curatelado, se vier a ser definitivamente condenado por este crime, isto não fará com que seja declarado incapacitado para o exercício da curatela.

Mãe que favorece a prostituição da própria filha claramente não tem mais condição de exercitar o pátrio poder, que, segundo novo conceito, é um autêntico pátrio dever (TJSP, Ap. 135612, Rel. Des. Camargo Sampaio, RT 519, p. 328).

Inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso

Se o agente, por exemplo, querendo dolosamente causar lesões corporais na vítima, volitivamente a atropela, deverá ser responsabilizado pelo crime previsto pelo art. 129 do Código Penal, em qualquer uma de suas modalidades (leve, grave ou gravíssima). Para esses casos, a lei penal fez a previsão de outro efeito da condenação, qual seja, a inabilitação para dirigir veículo e, conforme bem destacou Guilherme de Souza Nucci, “a nova legislação de trânsito não alterou este efeito da condenação, pois, no caso presente, o veículo é usado como instrumento do delito doloso, nada tendo a ver com os crimes culposos de trânsito”.¹¹⁶

São requisitos objetivos para a imposição de inabilitação para dirigir veículo automotor a prática de crime doloso e a utilização do automóvel como meio para a realização do delito. Além dos requisitos objetivos e por não guardar necessariamente um efeito retributivo (por isso não tem aplicação automática), é exigido, também, que o juiz justifique a conveniência de sua imposição no caso específico (STJ, REsp 1.505.722/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 06/04/2015).

Incide o efeito específico da condenação previsto no art. 92, inciso III, do CP, quando o descaminho é praticado mediante a utilização de veículo no qual foram escondidas as mercadorias clandestinamente introduzidas no território nacional, porquanto demonstrada, de maneira concreta, a imprescindibilidade de tal medida e a necessidade de se inibir a prática de tais crimes (STJ, AgRg no REsp 1.464.647/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 31/03/2015).

Crimes contra a propriedade imaterial

Vide art. 530-G do Capítulo IV (Do Processo e do Julgamento dos Crimes contra a Propriedade Imaterial), do Título II (Dos Processos Especiais), do Livro II (Dos Processos em Espécie) do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 10.695, de 1º de julho de 2003.

Lei de tortura

O § 5º do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, assegura que a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Existe controvérsia doutrinária no que diz respeito à necessidade de serem declarados expressamente esses efeitos na sentença penal condenatória, ou se podem ser considerados automáticos, bastando a condenação do agente pela prática do crime de tortura.

Sheila Bierrenbach, dissertando sobre o tema, assevera: “Confrontando este parágrafo com o art. 92 do Código Penal, verifica-se que, enquanto os efeitos específicos previstos no estatuto básico devem ser motivadamente declarados na sentença, os ora analisados são automáticos, decorrendo tão somente da condenação, não carecendo de manifestação do juiz da sentença.”¹¹⁷

Em sentido contrário e, segundo entendemos, *permissa venia*, corretamente, Marcos Ramayana aduz que o § 5º do art. 1º da Lei de Tortura exige que “o juiz declare expressamente na parte dispositiva da sentença a perda do cargo, função ou emprego público”,¹¹⁸ não podendo ser considerados, portanto, como automáticos.

Vide Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013, que instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, e deu outras providências.

Crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor

Os arts. 16 e 18 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, dizem, respectivamente: *Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 3 (três) meses. Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.*

Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável

O art. 218-B, inserido no Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, e com a rubrica (*nomen juris* ou indicação marginal) que lhe foi dada posteriormente pela Lei nº 12.978, de 21 de maio de 2014, prevê o delito de *favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável*.

O § 3º do mencionado artigo constituiu como efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento onde são levadas a efeito a prostituição ou outra forma de exploração sexual de alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do

ato, a exemplo do que pode ocorrer em boates, casas de show, hotéis, motéis *etc.*

Fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal

Determina o inc. IV do art. 387 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, sendo que o parágrafo único, do art. 63, do mesmo diploma processual, a seu turno, assevera que transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inc. IV do *caput* do art. 387 do Código de Processo Penal, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Trata-se, outrossim, de mais um efeito da condenação, que deverá ser enfrentado expressamente pelo juiz quando da prolação do decreto condenatório.

De acordo com as precisas lições de Renato Brasileiro de Lima, “a fixação desse valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração independe de pedido explícito, sem que se possa arguir eventual violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da inércia da jurisdição. Ora, mesmo antes do advento da Lei nº 11.719/08, que deu nova redação ao art. 387, IV do CPP, o Código Penal já preceituava em seu art. 91, I, que é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado sujeitar o condenado à obrigação de reparar o dano causado pelo delito. Por isso, não é necessário que conste da peça acusatória tal pedido, vez que se trata de efeito genérico e automático da condenação. Aplica-se, pois, o mesmo raciocínio ao art. 387, IV do CPP: a fixação do valor mínimo da indenização é aí colocada como parte integrante da sentença condenatória. Trata-se de efeito automático da sentença condenatória, que só não deve ser fixado pelo juiz em duas hipóteses: a) infração penal da qual não resulte prejuízo à vítima determinada; b) não comprovação dos prejuízos sofridos pelo ofendido”¹¹⁹.

Crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor

Determina o art. 16 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989: *Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.*

Esses efeitos, de acordo com o disposto do art. 18 do referido diploma legal, não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Lei de licitações

Conforme o art. 83 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *verbis*:

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os

seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Tal como ocorre com os efeitos previstos no inc. I do art. 92 do Código Penal, devem eles ser motivadamente declarados na sentença penal condenatória, cuidando-se, outrossim, de efeitos específicos da condenação.

Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária

Diz o art. 181, inc. I a II, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: *Art. 181. São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei:*

I – a inabilitação para o exercício de atividade empresarial;

II – o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei;

III – a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

§ 1º Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, e perdurarão até 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, podendo, contudo, cessar antes pela reabilitação penal.

§ 2º Transitada em julgado a sentença penal condenatória, será notificado o Registro Público de Empresas para que tome as medidas necessárias para impedir novo registro em nome dos inabilitados.

Membros do Ministério Público e da Magistratura

Embora possam ter praticado uma infração penal em virtude da qual advenham os efeitos da condenação previstos no art. 92, I, a e b, do Código Penal, tendo em vista a garantia constitucional da *vitaliciedade*, prevista, para a Magistratura, no inc. I do art. 95 da Constituição Federal e para o Ministério Público, na alínea a do inc. I do § 5º do art. 128 da mesma Carta Magna, somente poderão perder o cargo mediante decisão transitada em julgado em ação própria para esse fim.

Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Organização Criminosa)

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, definiu o conceito de organização criminosa, dispôs também sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas, bem como o procedimento a ser aplicado.

Após trazer um novo conceito dizendo, no § 1º, do art. 1º, que se considera como organização criminosa “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta

ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”, tipificou o delito de organização criminosa, dizendo, em no art. 2º, *verbis*:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Independentemente da pena a ser aplicada ao funcionário público que venha a ser condenado pela infração penal apontada, o § 5º do art. 2º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, determina, como efeito da condenação com trânsito em julgado, a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

Identificação do perfil genético como efeito da condenação

Diz o art. 9º-A, incluído na Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012: *Art. 9º-A Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.*

Cuida-se de efeito genérico da condenação, não havendo necessidade de ser declarado na sentença penal condenatória.

Proibição de homenagem na denominação de bens públicos

A Lei nº 12.781, de 10 de janeiro de 2013, criou um efeito genérico para que os condenados pela prática de crime de redução a condição análoga à de escravo sejam proibidos de serem homenageados com a colocação de seus nomes em bens públicos, de qualquer natureza, pertencentes à União ou às pessoas jurídicas da administração indireta, dizendo, em seu art. 1º: *Art. 1º É proibido, em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva ou que tenha se notabilizado pela defesa ou exploração de mão de obra escrava, em qualquer modalidade, a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da administração indireta.*

Trata-se de efeito automático, não havendo, outrossim, necessidade de ser motivadamente declarado na sentença penal condenatória.

Perda de cargo pela prática de crime comum cometido por militar

Tratando-se de crime comum praticado por militar, compete à Justiça Comum decretar a perda do cargo, enquanto efeito da condenação, consoante previsto no art. 92, I, b, do Código Penal. Precedentes. (STF, ARE

Capítulo VII – Da Reabilitação

Reabilitação Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Parágrafo único.** A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Aplicabilidade**

Jair Leonardo Lopes, analisando o instituto da reabilitação, afirma, categóricamente: “A nós parece que nem os efeitos acrescidos à condenação pelo art. 92 merecem aplausos, nem a reabilitação, que, tal como disciplinada no Código (arts. 93 a 95), não tem qualquer alcance prático. Quanto a esta, o seu mais importante efeito, que seria o de assegurar ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação, é obtido, atualmente, de modo imediato e eficaz, por aplicação do art. 202 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP), desde que tenha sido cumprida ou extinta a pena.”¹²⁰

Também não há possibilidade de reabilitação nas hipóteses dos incs. I e II do art. 92 do Código Penal.

Resta-nos, portanto, somente uma única utilidade do instituto da reabilitação, qual seja, a de fazer com que o condenado que tenha sido declarado na sentença condenatória inabilitado para dirigir veículo, pois o havia utilizado como instrumento para a prática de crime doloso, tenha, novamente, restaurada sua habilitação.

A declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória impede a execução da pena mas não afasta os efeitos penais secundários decorrentes da existência de condenação criminal que transitou em julgado, tais como a formação de reincidência e os maus antecedentes. Remanescendo os efeitos penais secundários da condenação transitada em julgado, resta inequívoco o interesse de agir do condenado em obter reabilitação criminal (STJ, REsp 1.580.644/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 13/06/2016).

Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos previstos nos arts. 93 a 95 do Código Penal, e arts. 743 a 750 do Código de Processo Penal, a confirmação da sentença que concedeu a reabilitação criminal ao requerente é medida que se impõe (TJ-DFT, Processo: 20000110314828RMO, Rel. Des. César Loyola, DJe 27/07/2016).

Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. (art. 202 da Lei de Execução Penal) (STJ, HC 32372/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 5/12/2005 p. 379).

Preenchidos os requisitos legais, a reabilitação é um direito público subjetivo do condenado (TJMG, Processo 1.0000.00.307654-4/000[1], Rel. Des. Mercêdo Moreira, *DJ* 14/8/2003).

O instituto da reabilitação alcança também o estrangeiro expulso do Brasil por decreto presidencial, sendo inadmissível, na hipótese, a exigência de fixar residência no país pelo prazo mínimo de dois anos após a extinção da pena (STJ, REsp. 46538/RJ, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, *DJ* 24/6/1996, p. 22.784).

Art. 94. A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Parágrafo único.** Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Requisitos para reabilitação**

O art. 94 do Código Penal elenca os requisitos necessários ao pedido de reabilitação.

A decisão proferida pelo juízo de 1º grau, deferindo a reabilitação criminal, deve ser mantida quando preenchidos os requisitos dos arts. 94 do CP e 744 do CPP (TJ-MG, Processo 3582299-73.2007.8.13.0702, Rel. Des. Herbert Carneiro, DJe 20/04/2016).

Reabilitação criminal. Concessão à condenado por estupro perpetrado contra as próprias filhas – Benefício que não se estende, porém, à pena acessória de incapacidade permanente para o exercício do pátrio poder (Ement) (RT 544, p. 349).

É de ser concedido o benefício da reabilitação criminal se os autos demonstram que o interessado cumpriu a pena imposta, adaptou-se às regras do convívio social, mantendo bom comportamento, e o seu pedido mereceu manifestação favorável do Ministério Público (TJMG, Processo 1.0021.05.930471-3/001[1], Rel. Des. Gudesteu Biber, *DJ* 11/10/2005).

É dispensável a comprovação do ressarcimento do dano, uma vez que a vítima possui a via judicial para satisfazê-lo, caso demonstre interesse na reparação (TJRS, Recurso de Ofício, 70006565949, 8ª Câm. Crim., Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 7/4/2004).

Presentes os requisitos do art. 94 do Código Penal, isto é, lapso temporal, domicílio no País, bom comportamento, reparação do dano ou impossibilidade de fazê-lo, deverá ser concedida a reabilitação do condenado (TJMG, Processo 2.0000.00.473202-5/000(1), Rel. Ediwal José de Moraes, pub. 14/12/2004).

Nada obsta a reabilitação relativa a algumas das condenações, na medida em que o réu as tenha suportado em juízos diferentes, tendo cada um dos quais competência exclusiva para apreciar o caso que lhe esteve afeto ao ensejo da ação penal (Recurso em Sentido Estrito 159.783-3/ SP, Rel. Canguçu de Almeida, CCrim. 2, v.u., 24/4/1995).

Competência

Pelo fato de não ter incluído no rol de suas competências (art. 66 da LEP) a apreciação do pedido de reabilitação, tem-se entendido que o conhecimento de tal pedido competirá ao juízo do conhecimento, e não ao da execução, nos termos do art. 743 do Código de Processo Penal, somente revogado parcialmente.¹²¹

A reabilitação é meio de suprimir os efeitos e assegurar o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação, segundo o art. 93 do Código Penal. Por consequência, deve ser processado e julgado pelo juízo da condenação e só tem lugar após a extinção da pena ou término da execução (art. 94 do CP), portanto o instituto não tinha por que figurar na lei destinada a disciplinar a execução penal (STJ, REsp. 43799/RJ, Rel. Min. Pedro Acioli, 6ª T., RT 712, p. 475).

Havendo absolvição na primeira instância e condenação no tribunal, ainda assim a competência é da vara onde correu o processo (TJSP, RT 613, p. 287).

Recurso do indeferimento do pedido de reabilitação

Negado seu pedido de reabilitação, poderá o condenado levar a efeito outro, desde que preenchidos os requisitos legais exigidos ou, caso não se conforme com a decisão, poderá interpor recurso de apelação.

Impera a concessão do benefício pretendido de reabilitação criminal, satisfeitos os requisitos legais dispostos no art. 743 e seguintes do Código de Processo Penal, tais como o decurso do prazo após o integral cumprimento da pena, boa conduta e não constatação de novas imputações criminais. O recurso de ofício permanece em vigor após a promulgação da Lei de Execução Penal, conforme precedentes do STJ (TJMG, Rel. Des. Márcia Milanez, Processo 1.0011.03.002610-5/001[1], DJ 31/8/2004).

Art. 95. A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Revogação da reabilitação**

Conforme observado por Ney Moura Teles, são dois os requisitos que permitem a revogação da reabilitação, a saber: “*a)* a condenação transitada em julgado posterior deve ser à pena privativa de liberdade; *b)* a condenação deve se dar com o reconhecimento de que o reabilitado é reincidente. O fato pelo qual o reabilitado será condenado deverá, portanto, ter ocorrido após o trânsito em julgado da sentença penal que o condenou pelo crime anterior (art. 63 do CP). Se, todavia, tiver transcorrido cinco anos entre a data do cumprimento da pena anterior ou da sua extinção e o fato novo, computado nesse tempo o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, não se falará igualmente em reincidência (art. 64, I, CP).”¹²²

Não é possível a declaração da reabilitação do condenado quando configurada a reincidência, haja vista o fato desta ser causa de revogação daquela (CP, art. 95) (STJ, HC 14202/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., DJ 13/8/2001, p. 182).

¹ Segundo Ferrajoli, “são teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’ ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos” (*Direito e razão*, p. 204).

² ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general, t. I, p. 81-82.

³ Ao tempo das cerimônias de suplício, o personagem principal era, na verdade, o povo que a tudo assistia. Um suplício, diz Foucault, “que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado” (*Vigiar e punir*, p. 49).

⁴ HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*, p. 34.

⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*, p. 40.

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general, t. I, p. 85.

⁷ A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, fugindo à regra do art. 59 do Código Penal, vale-se da palavra *prevenção* quando diz respeito a fatos que envolvam o *usuário ou dependente de drogas*; ao contrário, usa o termo *repressão* sempre que diz respeito a comportamentos que importem no reconhecimento do *tráfico de drogas*. Com isso, fica a dúvida: Quando estivermos diante de usuários ou dependentes de drogas, não se poderá falar em repressão (teoria absoluta), ou, em sentido contrário, quando estivermos diante de situações que importem no tráfico de drogas, não se cogitará de aplicar a pena visando a suas funções preventivas (teoria relativa)? Na verdade, embora o legislador tenha fugido, mais uma vez, à técnica exigida, entendemos que o art. 59 do Código Penal terá plena aplicação, adotando-se, pois, em ambos os casos, vale dizer, *consumo e tráfico de drogas*, a teoria mista, devendo a pena a ser aplicada cumprir as funções de reprovação e prevenção do crime.

⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, p. 132.

⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte geral, p. 91.

¹⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, p. 137.

¹¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, p. 138.

¹² PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, p. 140.

¹³ LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, v. II, p. 91.

¹⁴ SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1, t. 1, p. 506.

¹⁵ Hoje entendido como poder familiar, de acordo com o novo Código Civil.

¹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, p. 628-629.

¹⁷ OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro* – a prisão virtual, p. 9-10.

¹⁸ Os satélites de GPS são equipados com relógios atômicos que têm precisão de bilionésimo de segundos e transmitem continuamente, para os satélites receptores na Terra, sinais digitais de rádio com informações sobre a localização e a hora exata.

¹⁹ OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro* – a prisão virtual, p. 28.

²⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 58.

²¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 58.

²² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 59.

23 IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, p. 409.

24 GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*, p. 72.

25 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, p. 56.

26 GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*, p. 72.

27 IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, p. 414.

28 IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, p. 415.

29 A Lei nº 9.613/98, que dispôs sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, em seu art. 1º, § 5º, criou a hipótese de fixação do regime aberto, mesmo a condenação sendo superior ao limite de quatro anos, ainda que reincidente, dizendo, *verbis*: § 5º A pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

30 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 423.

31 Nova redação dada ao art. 112 da LEP pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

32 Em sentido contrário, assevera Renato Marcão: “Não é necessário que o crime doloso tenha sido objeto de sentença condenatória transitada em julgado. Não ocorre, na hipótese, violação do princípio da presunção de inocência ou estado de inocência” (*Curso de execução penal*, p. 145).

33 Atual art. 1.036 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

34 Atual art. 1.036 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

35 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual direito penal*, Parte geral, v. 1, p. 436.

36 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*, p. 320.

37 BARROS, Francisco Dirceu. *Código penal – Parte geral*, p. 267.

38 A prisão em virtude de sentença penal condenatória recorrível e a prisão em virtude de sentença de pronúncia, que também se encontravam no rol das prisões de natureza cautelar, foram revogadas, respectivamente, pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, e pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.

39 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – Parte geral*, p. 464.

40 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 434.

41 GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 103.

42 GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 104.

43 A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, quebrou a regra segundo a qual as penas restritivas de direitos seriam aplicadas em substituição às privativas de liberdade, conforme se verifica pela redação constante do seu art. 28, *verbis*: Art. 28. *Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:*

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Agora, portanto, de acordo com o mencionado artigo constante da Lei Antidrogas, a pena de prestação de serviços à comunidade, por exemplo, não terá natureza de pena substitutiva, não se prestando, ousrossim, à substituição da pena de privação de liberdade, que não foi sequer prevista no artigo mencionado.

44 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 437-438.

45 BARROS, Francisco Dirceu. *Código penal – Parte geral*, p. 282.

46 O citado art. 157 do Código de Processo Penal corresponde ao atual art. 155, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008: Art. 155. *O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*

47 DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código penal comentado*, p. 89.

48 O art. 5º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, diz: Art. 5º: *Configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no género que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram parentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida independentemente de coabitação.*

49 GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 136.

50 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 758.

51 SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral*, v. 1, t. I, p. 811-812.

52 PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*, p. 227-228.

53 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 162.

- 54 PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*, p. 232.
- 55 BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Nova lei de drogas*, p. 101.
- 56 TELES, Ney Moura. *Direito penal – Parte geral*, v. II, p. 125-126.
- 57 VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no direito penal*, p. 563-564.
- 58 SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. I, t. I, p. 900.
- 59 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Direito penal – Parte geral*, p. 294.
- 60 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código penal comentado*, p. 219.
- 61 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 166.
- 62 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 166.
- 63 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, p. 128.
- 64 Atualmente, parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008.
- 65 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 1, p. 249.
- 66 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 1.
- 67 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, p. 107.
- 68 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. III, p. 129.
- 69 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, p. 99.
- 70 LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal – Parte geral*, p. 207.
- 71 ROCHA, Fernando Galvão da. *Aplicação da pena*, p. 192.
- 72 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 161.
- 73 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 846.
- 74 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal – Parte geral*, v. 1, p. 434.
- 75 ROCHA, Fernando Galvão da. *Aplicação da pena*, p. 201-202.
- 76 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, p. 123-124.
- 77 LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal – Parte geral*, p. 210.
- 78 FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral*, v.1, t. 1, p. 1.049.
- 79 LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal – Parte geral*, p. 213.
- 80 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. III, p. 297.
- 81 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. III, p. 300.
- 82 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*, v. II, p. 153.
- 83 Assevera-se nos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal, a respeito dos institutos da conexão e da continência: Art. 76. *A competência será determinada pela conexão: I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.* Art. 77. *A competência será determinada pela continência quando: I – duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 70, 73 e 74 do Código Penal.* (Estes últimos artigos foram atualizados e, no original, dizem respeito aos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 da revogada Parte Geral do Código Penal de 1940.)
- 84 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal – Parte geral*, v. 1, p. 439.
- 85 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de Direito penal – Parte geral*, p. 348.
- 86 FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral*, v. 1, t. 1, p. 1.101.
- 87 FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*, p. 491-492.
- 88 CURYURZÚA, Enrique. *Derecho penal – Parte general*, t. II, p. 279.
- 89 BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, v. II, p. 312.
- 90 BRAGA, Véra Regina de Almeida. *Pena de multa substitutiva no concurso de crimes*, p. 59.
- 91 Conforme esclarece Alcides da Fonseca Neto, “a natureza jurídica da continuidade delitiva é explicada pela teoria da ficção jurídica, pela qual ela é resultante de uma aglutinação legal tão só para fins de aplicação de uma pena, muito embora existam, no plano ontológico, vários delitos, ou seja, a unificação não retira a autonomia dos crimes componentes da cadeia delituosa” (*O crime continuado*, p. 342).
- 92 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal*, p. 351.
- 93 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 2º, p. 302.
- 94 Nesse sentido, com maestria, sentencia Patrícia Mothé Glioche Béze: “Adotada a teoria da ficção jurídica, que é a posição majoritária na doutrina e jurisprudência, o crime continuado é modalidade de concurso de crimes e não haveria obstáculo para se reconhecer como crimes da mesma espécie os que offendem o mesmo bem jurídico, desde que presentes os outros requisitos do crime continuado (dentre eles a maneira de execução). Assim, podem ser crimes da mesma espécie aqueles que estão em artigos de lei diferentes, desde que sejam semelhantes entre si, adotando-se a teoria objetiva pura ou objetivo-subjetiva” (*Concurso formal e crime continuado*, p. 148).
- 95 TELES, Ney Moura. *Direito penal – Parte geral*, v. 2, p. 187.
- 96 FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral*, v. 1, t. I, p. 1139.
- 97 BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*, p. 155.
- 98 “Sob a égide do antigo paradigma causal de fato punível, o critério do legislador para determinar a relação de *continuação* deveria ser, necessariamente, objetivo e, por isso, a relação de *continuação* dos fatos típicos devia ser interpretada de um ponto de vista objetivo. Mas,

adoptado pelo legislador o sistema *finalista* como paradigma da parte geral do Código Penal, a estrutura das ações típicas *continuadas* – como, aliás, a estrutura de qualquer ação típica, inclusive das ações típicas em concorrência *material e formal* –, é constituída de elementos objetivos e subjetivos, cujo exame é necessário para determinar não só a existência de *crimes da mesma espécie*, mas, também, para verificar a existência da relação de continuação da ação típica anterior através das ações típicas posteriores” (Santos, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 340-341).

99 FONSECA NETO, Alcides da. *O crime continuado*, p. 147.

100 FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial* – Parte geral, v. 1, t. 1, p. 1.191.

101 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, p. 280.

102 Lei de Execução Penal, art. 156: *O juiz poderá suspender, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, na forma prevista nos arts. 77 a 82 do Código Penal.*

103 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Falência da pena de prisão*, p. 230-231.

104 BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 390.

105 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – Parte geral, p. 330-331.

106 SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial* – Parte geral, v. 1, t. 1, p. 1.323.

107 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal* – Parte geral, p. 336.

108 SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, p. 148.

109 MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos*, p.116-117.

110 SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, p. 149.

111 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal*, p. 239.

112 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte geral, v.1, p. 628.

113 LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, v. II, p. 462-463.

114 LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal* – Parte geral, p. 241.

115 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte geral, v. 1, p. 630.

116 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 257.

117 BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. *Comentários à lei de tortura – Aspectos penais e processuais penais*, p. 79.

118 RAMAYANA, Marcos. *Leis penais especiais comentadas*, p. 266.

119 LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*, p. 289-290.

120 LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal* – Parte geral, p. 243.

121 Nesse sentido, BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal*, p. 638; SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 1.430; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* – Parte geral, p. 484.

122 TELES, Ney Moura. *Direito penal* – Parte geral, v. II, p. 257.

Título VI – Das Medidas de Segurança

Espécies de medidas de segurança Art. 96. As medidas de segurança são: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – sujeição a tratamento ambulatorial.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Parágrafo único.** Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Finalidade das medidas de segurança**

As medidas de segurança têm uma finalidade diversa da pena, pois se destinam à cura ou, pelo menos, ao tratamento daquele que praticou um fato típico e ilícito. Assim sendo, aquele que for reconhecidamente declarado inimputável, deverá ser absolvido, pois o art. 26, *caput*, do Código Penal diz *ser isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*, sendo que o Código de Processo Penal, em seu art. 386, VI, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, assevera que o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.

Vide também parágrafo único do art. 415 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.

A aplicação rígida da norma penal pode implicar em resultados incompatíveis com o propósito terapêutico da medida de segurança, o que reclama uma aplicação jurídico-penal constitucionalmente adequada ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e à inovação legislativa introduzida pela reforma psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001) (TJ-MG, AC 2650478-34.2011.8.13.0024, Rel. Des. Julio Cézar Guttierrez, DJe 13/07/2016).

A medida de segurança tem finalidade preventiva e assistencial, não sendo, portanto, pena, mas instrumento de defesa da sociedade, por um lado, e de recuperação social do inimputável, por outro. Tendo em vista o propósito curativo, destina-se a debelar o desvio psiquiátrico cometido ao inimputável, que era, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (STJ, HC 108517/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 20/10/2008).

Espécies de medida de segurança

O tratamento a que será submetido o inimputável sujeito à medida de segurança poderá ocorrer dentro de um estabelecimento hospitalar ou fora dele. Assim, a medida de segurança poderá iniciar-se em regime de internação ou por meio de tratamento ambulatorial. Dessa forma, podemos considerar que as medidas de segurança podem ser detentivas (internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado) ou restritivas (tratamento ambulatorial).

Esta Corte de Justiça firmou entendimento de que o tratamento ambulatorial é exceção, possível apenas nos casos de crimes punidos com detenção, desde que observadas as condições de periculosidade do agente, à luz do livre convencimento motivado do magistrado (STJ, *HC 313.907/SP*, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 18/05/2015).

A medida de segurança deve atender a dois interesses: a segurança social e, principalmente, o interesse da obtenção da cura daquele a quem é imposta, ou a possibilidade de um tratamento que minimize os efeitos da doença mental, não implicando necessariamente em internação. Não se tratando de delito grave, mas necessitando o paciente de tratamento que lhe possibilite viver socialmente, sem oferecer risco para a sociedade e a si próprio, a melhor medida de segurança é o tratamento ambulatorial, em meio livre (STJ, *HC 113016/MS*, Rel.^a Min.^a Jane Silva, 6^a T., DJe 9/12/2008).

Início do cumprimento da medida de segurança

Vide arts. 171 e 173 da LEP.

Extinção da punibilidade

Aplicam-se às medidas de segurança as causas extintivas da punibilidade previstas na legislação penal, incluindo-se, obviamente, entre elas, a prescrição.

Substituída a pena privativa de liberdade por medida de segurança, o apenado semi-imputável deve se submeter às regras aplicadas a tal espécie de sanção penal, não sendo possível a extinção da punibilidade com base na segregação cumprida por tempo. O prazo mínimo para o cumprimento da medida de segurança deve ser estabelecido em sentença e pode variar entre 1 (um) e 3 (três) anos, ao passo que o prazo máximo deve obedecer ao limite da pena abstratamente prevista para o delito cometido. Deve-se a cada período ser realizado novo exame para averiguar a cessação da periculosidade. Descumprindo-se desinternação condicional, com evasão e cometimento de novo delito, inviável o reconhecimento da extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena (TJ-DFT, Processo: 20160020103410RAG, Rel. Des. Esdras Neves, DJe 15/06/2016).

A contagem do prazo para a prescrição da medida de segurança aplicada ao inimputável regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade combinada ao crime, nos lapsos previstos no artigo 109 do Código Penal. Precedentes (STJ, *RHC 30915/SP*, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 4/8/2014).

A medida de segurança se insere no gênero sanção penal, do qual figura como espécie, ao lado da pena. Por tal razão, o Código Penal não necessita dispor especificamente sobre a prescrição no caso de aplicação exclusiva de medida de segurança ao acusado inimputável, aplicando-se, assim, nestes casos, a regra inserta no art. 109, do Código Penal (*HC 41.744/SP*). Somente haverá prescrição da pretensão executória se, entre o trânsito em julgado (para a acusação) da sentença absolutória imprópria e o início de cumprimento da medida de segurança, transcorrer prazo superior ao tempo previsto no art. 109 do CP, considerada a pena máxima combinada ao crime praticado. O tempo de cumprimento da medida de segurança não poderá superar a data do reconhecimento do fim da periculosidade do agente, bem como, independentemente da cessação da

periculosidade, não poderá ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime praticado nem poderá ser superior a 30 anos. Precedente do STJ (STJ, REsp., HC 1103071/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJe 29/3/2010).

Internação cautelar

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, modificando o art. 319 do Código de Processo Penal, previu, expressamente, em seu inc. VII, a chamada internação provisória, como espécie de medida cautelar diversa da prisão, dizendo, *verbis*: **Art. 319.** *São medidas cautelares diversas da prisão:*

[...];

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

[...].

Medida de segurança e indulto O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 628.658, em repercussão geral, firmou entendimento de que “Reveste-se de legitimidade jurídica a concessão, pelo Presidente da República, do benefício constitucional do indulto (CF, art. 84, XII), que traduz expressão do poder de graça do Estado, mesmo se se tratar de indulgência destinada a favorecer pessoa que, em razão de sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade, sofre medida de segurança, ainda que de caráter pessoal e detentivo”. No caso dos autos, o Juízo da execução, uma vez preenchidos os requisitos do Decreto Presidencial nº 8.172/2013, deferiu ao paciente o indulto. Todavia, o Tribunal de origem anulou a decisão de primeiro grau, ao entendimento de que a medida de segurança possui natureza diversa da pena, restando incompatível o benefício do indulto com a medida de segurança, determinando, de ofício, a realização de perícia médica para averiguar a cessação de periculosidade do agente, vinculando ao resultado do exame técnico eventual declaração de extinção de punibilidade do agente. Consoante entendimento firmado neste Superior Tribunal, não é possível condicionar a concessão de indulto a requisitos não previstos no decreto de regência, cuja elaboração é da competência discricionária e exclusiva do Presidente da República, a teor do art. 84, XII, da Constituição Federal (STJ, HC 321.432/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 29/08/2016).

Imposição da medida de segurança para inimputável Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Prazo § 1º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Perícia médica § 2º A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Desinternação ou liberação condicional § 3º A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 4º Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Internação do inimputável

O art. 97 do Código Penal aduz ainda que, *se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação* (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. Entendemos que, independentemente dessa disposição legal, o julgador tem a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável, não importando se o fato definido como crime é punido com pena de reclusão ou de detenção.

A *mens legis* do art. 97 do Código Penal consiste em impor, como regra, a internação aos inimputáveis na hipótese de delitos punidos com reclusão – como na espécie (tráfico de drogas) –, e somente facultar o tratamento ambulatorial – atribuindo-se ao juiz certa discricionariedade – aos casos punidos com detenção, sendo cabível, nesta última hipótese, a averiguação da periculosidade do agente para respaldar a adoção de uma medida ou de outra, à luz do princípio do livre convencimento motivado (STJ, AgRg no AREsp 603.303/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T, DJe 30/09/2016).

A par do entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, no sentido da imposição de medida internação quando o crime praticado for punível com reclusão – reconhecida a inimputabilidade do agente –, nos termos do art. 97 do Código Penal, cabível a submissão do inimputável a tratamento ambulatorial, ainda que o crime não seja punível com detenção. Este órgão julgador já decidiu que, se detectados elementos bastantes a caracterizar a desnecessidade da internação, e em obediência aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a aplicação de medida menos gravosa ao inimputável se, ainda, for primário e assim o permitam as circunstâncias que permeiam o delito perpetrado (STJ, REsp. 912668/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T, DJe 7/4/2014).

A teor da pacífica orientação desta Corte, o inimputável submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não pode permanecer em estabelecimento prisional comum, ainda que sob a justificativa de ausência de vagas ou falta de recursos estatais. Precedentes (STJ, HC 231124/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T, DJe 30/4/2013).

Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental; faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g., perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa (STJ, HC 33401/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 3/11/2004, p. 212; RSTJ 191, p. 453).

Prazo de cumprimento da medida de segurança

A medida de segurança, como providência judicial curativa, não tem prazo certo de duração, persistindo enquanto houver necessidade do tratamento destinado à cura ou à manutenção da saúde mental do inimputável. Ela terá duração enquanto não for constatada, por meio de perícia médica, a chamada cessação da periculosidade do agente, podendo, não raras as vezes, ser mantida até o falecimento do paciente.

Nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 (trinta) anos, situações não ocorrentes no caso (STJ, HC 285953/RS, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 24/6/2014).

Esta Corte Superior firmou entendimento de que a medida de segurança é aplicável ao inimputável e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade (Precedentes STJ) (STJ, HC 112227/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 9/8/2010).

A medida de segurança prevista no Estatuto Repressivo possui prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade do agente. Via inversa, a desinternação ou liberação serão condicionadas à não ocorrência, no decurso de um ano, de prática de fato indicativo de persistência de periculosidade, nos termos do art. 97, § 3º, do Código Penal (Precedentes) (STJ, REsp. 1.125.174/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 3/5/2010).

Esse raciocínio levou parte da doutrina a afirmar que o prazo de duração das medidas de segurança não pode ser completamente indeterminado, sob pena de ofender o princípio constitucional que veda a prisão perpétua, principalmente tratando-se de medida de segurança detentiva, ou seja, aquela cumprida em regime de internação,¹ pois, segundo as lições de Zaffaroni e Pierangeli, “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo”.²

Dessa forma, conclui Cezar Roberto Bitencourt, “começa-se a sustentar, atualmente, que a medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito, pois esse seria ‘o limite da intervenção estatal, seja a título de pena, seja a título de medida’, na liberdade do indivíduo, embora não prevista expressamente no Código Penal, adequando-se à proibição constitucional do uso da prisão perpétua”.³

Nesse sentido, o STJ consolidou seu posicionamento com a edição da Súmula nº 527,

publicada no DJe de 6 de abril de 2015, dizendo: **Súmula nº 527.** *O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.*

O prazo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito cometido. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 357.508/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 03/02/2015).

O STF, no entanto, já tem decidido no sentido de que o tempo de duração da medida de segurança não pode exceder ao limite máximo de trinta anos, conforme se verifica pelas ementas abaixo transcritas: *A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação* (STF, HC 97621/RS, 2^a T., – Rel. Min. Cézar Peluso, j. 2/6/2009, DJ 26/6/2009, p. 592).

Medida de segurança. Projeção no tempo. Limite. A interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execução Penal, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos (HC 84219/SP, 1^a T., – Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/8/2005, DJ 23/9/2005, p. 16).

Prazo mínimo para realização do exame de cessação de periculosidade

Um a três anos, de acordo com o art. 175 da LEP (ressalvado o disposto no art. 176 do mesmo diploma legal).

Ainda que o acórdão impugnado tenha determinado o prazo mínimo legal (1 ano) para averiguação da cessação da periculosidade, estando o paciente submetido a medida de segurança, o juiz da execução poderá ordenar, a qualquer tempo, a realização de nova perícia, conforme dispõe o art. 176 da LEP (STJ, HC 313.907/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 18/05/2015).

O paciente internado por tempo superior ao mínimo estipulado está sujeito à verificação da cessação da periculosidade constatado por perícia médica. Precedentes deste STJ (STJ, HC 34777/SP, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., DJ 12/9/2005, p. 374).

A medida de segurança prevista no Código Penal, quando aplicada ao inimputável ou semi-imputável ainda no processo de conhecimento, pode ter prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade. Precedentes. Não há vinculação entre o prazo de duração da medida de segurança imposta ao semi-imputável, ainda no processo de conhecimento, com o tempo de duração da pena privativa de liberdade substituída (STJ, HC 42683/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 3/10/2005 p. 298).

Realização do exame de cessação da periculosidade antes do término do prazo

Vide art. 176 da LEP.

Perícia médica

Deverá ser realizada ao final do prazo mínimo fixado na sentença e deverá ser repetida de

ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

Desinternação ou liberação condicional

Concedida a desinternação ou a liberação, o juiz da execução estipulará certas condições que devem ser observadas pelo agente, conforme preconiza o art. 178 da Lei de Execução Penal.

A medida de segurança prevista no Estatuto Repressivo possui prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade do agente. Nesse diapasão, via inversa, a desinternação ou liberação serão condicionadas à não ocorrência, no decurso de um ano, de prática de fato indicativo de persistência de periculosidade, nos termos do art. 97, § 3º, do Código Penal (STJ, *RHC 20599/BA*, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., *DJe* 23/6/2008).

Reinternação

Pode acontecer que o agente, após sua desinternação – tendo iniciado o tratamento ambulatorial, ou mesmo na hipótese de ter sido esse tratamento o escolhido para o início do cumprimento da medida de segurança –, demonstre que a medida não está sendo suficientemente eficaz para a sua cura, razão pela qual poderá o juiz da execução determinar, fundamentadamente, a internação do agente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou outro local com dependências médicas adequadas.

Demonstrada a ineficiência da medida de segurança aplicada de tratamento ambulatorial, tendo em vista que o agente não comparece nos dias determinados, deixando de se submeter ao tratamento médico prescrito, pode e deve o Juízo proceder sua conversão em internação em hospital de custódia. No caso, a medida de tratamento ambulatorial revelou-se insuficiente para fazer cessar a periculosidade demonstrada pelo paciente, que descumpre reiteradamente as intimações para a continuidade do tratamento, além de se recusar a ingerir a medicação prescrita, permanecendo com uma postura agressiva e ameaçadora em relação aos respectivos familiares (STJ, *HC 40222/SP*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., *RT* 851 p. 492).

Se a paciente revelar incompatibilidade com a medida de segurança, não comparecendo ao local determinado e recusando o tratamento ambulatorial, este poderá ser convertido em internação, independentemente da prévia realização do exame de cessação da periculosidade, *ex vi* do art. 184 da LEP (STJ, *HC 44288 /SP*, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., *DJ* 20/2/2006, p. 353).

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Medida de segurança substitutiva aplicada ao semi-imputável

As colocações que devem ser feitas são as seguintes: o semi-imputável foi condenado; foi-lhe aplicada uma pena; agora, em virtude da necessidade de especial tratamento curativo, pois sua saúde mental encontra-se perturbada, a pena privativa de liberdade a ele aplicada poderá ser substituída pela internação ou pelo tratamento ambulatorial.

Embora a lei determine, da mesma forma que o inimputável, que a internação ou o tratamento ambulatorial seja por prazo indeterminado, pois o art. 98 nos remete ao art. 97 e seus §§ 1º ao 4º, entendemos que, nesse caso especificamente, o tempo da medida de segurança jamais poderá ser superior ao tempo da condenação do agente. Querer auxiliar o agente portador de enfermidade mental retirando-o do convívio pernicioso do cárcere é uma conduta extremamente louvável, desde que o condenado não tenha de se submeter a uma medida de segurança que ultrapasse o tempo de sua condenação, uma vez que, se assim acontecesse, estariamos agravando sua situação, mesmo que utilizássemos o argumento do tratamento curativo, dizendo que a medida de segurança seria o remédio adequado ao seu mal.

Havendo medida de segurança substitutiva de pena privativa de liberdade, a sua duração não pode ultrapassar ao tempo determinado para cumprimento da pena. (Precedentes) (STJ, HC 56828/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 4/9/2006, p. 311).

Dissertando sobre o tema, Luiz Regis Prado traz à colação os diversos posicionamentos, prelecionando: “Na primeira hipótese de substituição (semi-imputabilidade), entende-se, por um lado, que a medida de segurança imposta não poderá exceder a duração da pena que havia sido aplicada pelo juiz. Se o prazo se esgotasse sem que o paciente se encontrasse plenamente recuperado, o mesmo deveria ser colocado à disposição do juízo cível competente. Em sentido oposto, argumenta-se que o prazo de duração da medida de segurança não deverá se ater à duração da pena substituída, cabendo tal procedimento somente na hipótese de superveniência de doença mental (art. 682, § 2º, do CPP). Nesse caso, o tempo dedicado ao tratamento terapêutico do condenado será computado para os fins de detração penal (art. 42 do CP).”⁴

In casu, o paciente foi submetido a júri e condenado por homicídio qualificado à pena de 15 anos de reclusão, afastadas as teses de legítima defesa e de sua inimputabilidade. Em apelação, a defesa sustentou contrariedade à prova dos autos, salientando que o laudo pericial realizado anotou que, à época dos fatos, o paciente possuía doença mental, sendo inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar. Tal apelo foi negado pelo tribunal *a quo* sob o fundamento de que os jurados optaram por uma das teses existentes. Apontou-se que a prova testemunhal evidenciaria a imputabilidade do paciente. Diante disso, a Turma, ao prosseguir o julgamento, entendeu, entre outras questões, que, em face da existência de duas teses antagônicas, o corpo de jurados entendeu acolher uma delas, o que afasta a contrariedade à prova colhida durante a instrução. Isso significa que a determinação de submissão a novo júri não se justifica ante o previsto no art. 593, III, d, do CPP, pois a decisão dos jurados não se mostrou manifestamente contrária à prova dos autos. Contrariou-se, é certo, a prova produzida pelos *experts*, mas não todo o conjunto probatório, pois havia elementos para adotar a tese em sentido diverso. Assim, prevalecendo o voto médio, denegou-se a ordem, mas se concedeu *habeas corpus* de ofício para, afastando as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena imputada ao paciente a 12 anos de reclusão e determinar ao juízo das execuções que proceda a novo exame de insanidade mental. Ressaltou-se que, no caso de ser constatada nessa

perícia a inimputabilidade do paciente, a medida de segurança a ser aplicada não deve ultrapassar o lapso fixado para a pena privativa de liberdade. Precedentes citados: HC 130.160/SP, DJe 14/12/2009, e HC 88.849/SP, DJ 17/12/2007 (STJ, HC 141.598/GO, Rel. originário Min. Celso Limongi [Desembargador convocado do TJ/SP], Rel. Min. Og Fernandes, 6^a T., j. 17/5/2011, *Informativo* nº 473).

O art. 26 do CPB, que trata sobre o tema da imputabilidade penal, é claro ao distinguir duas situações diferentes, atribuindo-as soluções diversas; no caso de o agente, ao tempo da ação ou omissão, ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, será isento de pena, ao passo que o agente, que não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, terá a pena reduzida de um a dois terços. Afastada a necessidade de tratamento psiquiátrico ao agente, que tem diminuída a sua capacidade de entendimento e determinação, com base nas circunstâncias fáticas e na conclusão da perícia realizada, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança (STJ, HC 94660/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 19/12/2008).

A duração da medida de segurança substitutiva imposta em razão da superveniência de doença mental não pode ultrapassar o tempo determinado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sob pena de ofensa à coisa julgada (STJ, HC 41419/SP, Rel. Min. Nilson Naves, 6^a T., DJ 7/11/2005, p. 391).

Direitos do internado Art. 99. O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Direitos do internado**

O art. 3º da Lei de Execução Penal assegura ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei, sendo que o art. 99 do Código Penal, com a rubrica correspondente aos direitos do internado, diz que este será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

Isso significa que aquele a quem o Estado aplicou medida de segurança, por reconhecê-lo inimputável, não poderá, por exemplo, ser recolhido a uma cela de delegacia policial, ou mesmo a uma penitenciária em razão de não haver vaga em estabelecimento hospitalar próprio, impossibilitando-lhe, portanto, o início do tratamento.

Constitui constrangimento ilegal a prisão de inimputável sujeito à medida de segurança de internação, diante da ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento, porque a manutenção desses estabelecimentos especializados é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizado pela insuficiência de vagas (STJ, HC 284.520/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 22/04/2014).

A medida de segurança imposta na sentença deve informar a sua execução, não importando, contudo, em constrangimento ilegal, o tempo de permanência necessário à transferência do inimputável do estabelecimento próprio da prisão provisória para aquelloutro ajustado ao decretado pelo Poder Judiciário (STJ, HC 18803/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., RT 805, p. 542).

Em que pese ao fato de o paciente se encontrar cumprindo medida de segurança em estabelecimento impróprio, em face da inexistência de vaga em manicômio judiciário, não há que se falar em constrangimento ilegal se a sua manutenção ali se dá em caráter transitório, até que surja a referida vaga, e em condições especiais (TJMG, Processo 1.0000.09.494988-0/000, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, *DJ* 9/6/2009).

No caso dos autos, imposta medida de segurança de internação, observa-se a existência de patente constrangimento ilegal o fato de ter sido o paciente colocado em presídio comum, em razão da falta de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado. A insuficiência de recursos do Estado não é fundamentação idônea a ensejar a manutenção do paciente em regime prisional, quando lhe foi imposta medida de segurança de internação. Precedentes do STJ (STJ, *HC* 108517/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., *DJe* 20/10/2008).

Mantém-se a segregação do paciente cuja periculosidade é evidente, ainda que em cadeia pública, no caso de não haver vaga para o cumprimento da medida de internação em estabelecimento adequado. Deve-se observar, contudo, prazo razoável para essa transferência, sob pena de se submeter o paciente a constrangimento ilegal (TJMG, Processo 1.0000.04.413936-8/000[1], Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, *DJ* 1º/12/2004).

Diante da ausência comprovada de vagas em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ao paciente, de periculosidade comprovada, deve ser resguardado o direito de cumprir a medida de segurança que lhe restou imposta – internação – em estabelecimento hospitalar psiquiátrico similar. Admitir seja a medida de segurança original convertida em tratamento ambulatorial, consideradas as particularidades do caso em apreço, seria, induvidosamente, agir de modo temerário (TJMG, Processo 1.0000. 00.261977-3/000[1], Rel. Des. José Carlos Abud, *DJ* 1º/12/2002).

Sentença absolutória (art. 26, *caput*, do CP) que impõe medida de segurança (art. 96-I do CP) consistente em internação pelo prazo mínimo de um ano e determina a prisão do paciente em estabelecimento adequado enquanto não verificada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade. Demora na realização do exame que, diante do estatuído na sentença singular, reclama a transferência do réu reconhecidamente inimputável da penitenciária para estabelecimento adequado ao cumprimento da medida de segurança, à vista das condições psíquicas do paciente (STF, *HC* 71733/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, 2^a T., *DJ* 10/8/1995 p. 23.555).

¹ Nesse sentido, GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 2, p. 66 et seq., 1993.

² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 858.

³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*, v. 1, p. 645.

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 471.

Título VII – Da Ação Penal

Ação pública e de iniciativa privada Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 2º A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 3º A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 4º No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Conceito de ação**

Conforme esclarece Humberto Theodoro Júnior, “modernamente, prevalece a conceituação da ação como *direito público subjetivo* exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. É, por isso, abstrato. E, ainda, autônomo, porque pode ser exercitado sem sequer relacionar-se com a existência de um direito subjetivo material, em casos como o da ação declaratória negativa. É, finalmente, *instrumental*, porque se refere sempre à decisão a uma pretensão ligada ao direito material (positiva ou negativa).”¹

Condições da ação

São condições necessárias ao regular exercício do direito de ação de natureza penal: *a) legitimidade das partes; b) interesse de agir; c) possibilidade jurídica do pedido; d) justa causa.*²

É indispensável, ao recebimento da denúncia, a fundamentação, ainda que concisa, especialmente no tocante à regularidade da inicial e à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, sob pena de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal (STJ, RHC 66.716/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 30/03/2016).

A denúncia deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório, ou seja, com lastro probatório mínimo (HC 88.601/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 22/6/2007), apto a demonstrar, ainda que de modo incidiário, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Em outros termos,

é imperiosa existência de um suporte legitimador que revele de modo satisfatório e consistente, a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria do crime, a respaldar a acusação, de modo a tornar esta plausível. Não se revela admissível a imputação penal destituída de base empírica idônea (INQ 1.978/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 17/08/2007) o que implica a ausência de justa causa a autorizar a instauração da *persecutio criminis in iudicio* (STJ, *HC* 145748/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., *DJe* 2/8/2010).

A denúncia [...] não pode ser o resultado de vontade pessoal e arbitrária do acusador. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em um instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por incoorrer quando o comportamento atribuído ao réu nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurada uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação (STJ, Ap. 418, Rel. Min. José Delgado, Corte Especial, *DJ* 3/4/2006, p. 196).

Rejeição da denúncia ou queixa

O art. 395 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, dispõe, *verbis*: *Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:*

I – for manifestamente inepta;

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Espécies de ação penal

O Código Penal e a legislação processual penal preveem duas espécies de ação penal, a saber: ação penal pública e ação penal privada. A regra prevista no art. 100 do Código Penal diz que toda ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Iniciativa

Na verdade, todas as ações são públicas, variando, contudo, sua iniciativa, que pode ser pública (quando proposta por órgão oficial) ou privada.

Espécies de ação de iniciativa pública

a) incondicionada ou *b)* condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça.

Princípios informadores da ação penal de iniciativa pública

a) obrigatoriedade ou legalidade; *b)* oficialidade; *c)* indisponibilidade; *d)* indivisibilidade; e *e)* intranscendência.

Na ação penal pública, vigoram os princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade da ação penal, os quais,

respectivamente, preconizam que o Ministério Público não pode dispor sobre o conteúdo ou a conveniência do processo. Porém, não é necessário que todos os agentes ingressem na mesma oportunidade no polo passivo da ação, podendo haver posterior aditamento da denúncia (STJ, HC 27119/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 25/8/2003, p. 341).

Espécies de ação penal de iniciativa privada

a) privada propriamente dita; *b)* privada subsidiária da pública; e *c)* privada personalíssima.

Ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública

Vide art. 5º, LIX, da CF. Poderá ser intentada nos crimes de ação de iniciativa pública, se o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal. Se houver manifestação pelo arquivamento levada a efeito pelo Ministério Público, para a maioria da doutrina, não poderá ser proposta a ação penal subsidiária. Em sentido contrário, Hélio Tornaghi, entendendo que será possível a ação penal subsidiária mesmo com o pedido de arquivamento do Ministério Público.³

Comprovada, no caso, a inércia do *Parquet*, mostra-se legítimo o ajuizamento da queixa-crime substitutiva na APn nº 754/DF, nos exatos termos do art. 29 do Código de Processo Penal (STJ, APn 752/DF, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, CE, DJe 12/09/2016).

Nos termos do art. 4º, XV, da Lei Complementar nº 80/94, é função da Defensoria Pública, entre outras, patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública. Sob esse prisma, mostra-se incipiente a tese recursal, pois, se a função acusatória não se contrapõe às atribuições institucionais da Defensoria Pública, o mesmo ocorre com o exercício da assistência à acusação. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 568.936/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 1º/06/2016).

Tendo o Ministério Público Federal, titular da ação penal, requerido o arquivamento do feito, não ficou caracterizada sua inércia, não cabendo, no caso, posterior ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), por falta de condição de procedibilidade (TRF-1^a Reg., RSE 2009.38.00.020139-3/MG, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, DJe 29/6/2012).

In casu, tendo havido o arquivamento interno da notícia-crime pelo Procurador-Geral de Justiça, e não tendo sido apresentado recurso, não é cabível o ajuizamento posterior de ação penal privada subsidiária da pública, pois a inércia do órgão ministerial não restou caracterizada (STJ, HC 133227/BA, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 14/12/2009).

Se o Ministério Público requer o arquivamento de representação, o servidor público representante não pode formular queixa para instauração de ação privada subsidiária. É que em tal circunstância o MP não foi omissivo (STJ, CE AgRg na APn 302/DF, DJ 18/12/2006, p. 274).

A ação penal privada subsidiária só tem cabimento nas hipóteses em que configurada a inércia do Ministério Público, ou seja, quando transcorrido o prazo para o oferecimento da denúncia, o *Parquet* não a apresenta, não requer diligências, tampouco pede o arquivamento (STJ, HC 64564/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJ 9/4/2007, p. 259).

A ação penal privada subsidiária da pública, disciplinada nos arts. 29 do Código de Processo Penal e 5º, inc. LIX, da Constituição Federal, pode ser intentada tanto nos crimes que devam ser processados mediante ação penal pública condicionada como incondicionada, desde que configurada a inércia do Ministério Público, ou

seja, quando o *Parquet* deixar de oferecer a denúncia ou de requerer o arquivamento do inquérito ou, ainda, de solicitar diligências, dentro do prazo previsto pelo art. 46 do Código de Processo Penal (STJ, HC 46959/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJ 18/12/2006 p. 415).

Princípios informadores da ação penal de iniciativa privada

a) oportunidade; b) disponibilidade; c) indivisibilidade.

Representação criminal ou requisição do Ministro da Justiça

Tanto a representação criminal como a requisição do Ministro da Justiça são consideradas *condições de procedibilidade* para o regular exercício da ação penal de iniciativa pública condicionada, sem as quais se torna impossível a abertura de inquérito policial ou o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

A representação exigida para fins de ação penal pública condicionada dispensa formalismo, bastando reflita a vontade em ver processado o autor do delito (STJ, HC 326.170/BA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 09/03/2016).

Para a representação destinada à ação pública condicionada, não se exige o consentimento do marido previsto no art. 35 do CPP (STF, RT 618, p. 401).

O crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é de ação penal pública incondicionada, em face do caráter coletivo do bem jurídico tutelado (segurança viária), razão pela qual não depende de representação para a instauração do inquérito policial e início da ação penal. Precedentes desta Corte (STJ, HC 99468/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 9/3/2009).

Lei Maria da Penha e necessidade de representação

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgou, equivocadamente, procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.424) para, segundo aquela Corte Superior, dar interpretação conforme aos arts. 12, inc. I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, a fim de assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta.

O art. 16 da chamada Lei “Maria da Penha” dispõe que as ações penais públicas “são condicionadas à representação da ofendida”, mas, para a maioria dos ministros do STF, essa circunstância acaba por esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres.

Entendemos, com a devida *venia*, que essa posição equivocada do STF trará um prejuízo enorme às famílias, uma vez que, em muitos casos, a mulher que foi agredida pelo seu marido, companheiro etc., o perdoa e retoma sua vida conjugal. Com essa decisão, o STF, entregando a iniciativa da ação penal exclusivamente ao Ministério Público, faz com que, na prática, a reconciliação do casal se invabilize, uma vez que o fato de ter uma ação penal em curso, ou mesmo uma condenação pelo delito de lesão corporal de natureza leve, será um “fantasma” na vida daquelas pessoas, sendo motivo de novas desavenças.

Ao que parece, com todo respeito, a Suprema Corte deixou de lado as estatísticas em

infrações penais dessa natureza e quis assumir um papel superprotetor da mulher vítima de violência doméstica. Obviamente que não somos a favor da impunidade. No entanto, nos casos de lesão corporal de natureza leve, a prática forense nos ensina que o melhor é deixar a decisão da investigação policial e o início da ação penal, com o oferecimento da representação, a cargo da mulher.

O fato de existirem algumas situações, não desconhecidas, em que a mulher, intimidada pelo seu marido ou companheiro, não leva ao conhecimento da autoridade policial a violência por ela sofrida, não permite que o STF chame para si essa responsabilidade e transforme a natureza da ação penal em pública condicionada à representação. No entanto, agora, infelizmente, caberá, exclusivamente, ao Ministério Público essa decisão.

Também foi esclarecido que não compete aos Juizados Especiais julgar os crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha.

Ao julgar a ADI 4.424/DF, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 41 da Lei 11.340/2006, assentando a natureza pública incondicionada da ação nos casos de lesões corporais praticados mediante violência doméstica e familiar, remanescendo a necessidade de representação da vítima para os crimes dispostos em leis diversas da 9.099/1995. Na espécie, em que se apura a prática de lesões corporais, ainda que a ofendida tenha se retratado da representação anteriormente ofertada contra o paciente, tal fato é irrelevante para a persecução criminal, cuja deflagração independe da sua manifestação de vontade (STJ, HC 357.885/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 31/08/2016).

Não há falar em nulidade processual pela ausência de realização da audiência de ratificação da representação da vítima, pois, em se tratando de condenação por lesão corporal contra a mulher, no âmbito doméstico, a natureza da ação penal é pública incondicionada (STJ, AgRg no REsp 1.585.273/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 1º/08/2016).

Preliminarmente, afastou-se alegação do Senado da República segundo a qual a ação direta seria imprópria, visto que a Constituição não versaria a natureza da ação penal – se pública incondicionada ou pública subordinada à representação da vítima. Haveria, conforme sustentado, violência reflexa, uma vez que a disciplina do tema estaria em normas infraconstitucionais. O Colegiado explicitou que a Constituição seria dotada de princípios implícitos e explícitos, e que caberia à Suprema Corte definir se a previsão normativa a submeter crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher, em ambiente doméstico, ensejaria tratamento igualitário, consideradas as lesões provocadas em geral, bem como a necessidade de representação. Salientou-se a evocação do princípio explícito da dignidade humana, bem como do art. 226, § 8º, da CF. Frisou-se a grande repercussão do questionamento, no sentido de definir se haveria mecanismos capazes de inibir e coibir a violência no âmbito das relações familiares, no que a atuação estatal submeter-se-ia à vontade da vítima.

No mérito, evidenciou-se que os dados estatísticos no tocante à violência doméstica seriam alarmantes, visto que, na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada. A respeito, o Min. Ricardo Lewandowski advertiu que o fato ocorreria, estatisticamente, por vício de vontade da parte dela. Apontou-se que o agente, por sua vez, passaria a reiterar seu comportamento ou a agir de forma mais agressiva. Afirmou-se que, sob o ponto de vista feminino, a ameaça e as agressões físicas surgiriam, na maioria dos casos, em ambiente doméstico. Seriam eventos decorrentes de dinâmicas privadas, o que aprofundaria o problema, já que acirraria a situação de invisibilidade social. Registrhou-se a necessidade de intervenção estatal acerca do problema, baseada na

dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), na igualdade (CF, art. 5º, I) e na vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI). Reputou-se que a legislação ordinária protetiva estaria em sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e com a Convenção de Belém do Pará. Sob o ângulo constitucional, ressaltou-se o dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não seria razoável ou proporcional, assim, deixar a atuação estatal a critério da vítima. A proteção à mulher esvaziar-se-ia, portanto, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o antes de recebida a denúncia. Dessa forma, se deixar a mulher – autora da representação – decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão.

Entendeu-se não ser aplicável aos crimes glosados pela lei discutida o que disposto na Lei nº 9.099/95, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada. Acentuou-se, entretanto, permanecer a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099/95, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual. Consignou-se que o Tribunal, ao julgar o HC 106212/MS (DJe 13/6/2011), declarara, em processo subjetivo, a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, no que afastaria a aplicação da Lei dos Juizados Especiais relativamente aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.

Vencido o Min. Cesar Peluso, Presidente. Aduzia que o legislador não poderia ter sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Afirmava que eventual existência de vício de vontade da mulher ofendida, ao proceder à retratação, não poderia ser tida como regra. Alertava para a possibilidade de intimidação da mulher em levar a notícia-crime, por saber que não poderia influir no andamento da ação penal, assim como para a excepcionalidade de os crimes serem noticiados por terceiros. Assinalava que a mera incondicionalidade da ação penal não constituiria impedimento à violência familiar, entretanto acirraria a possibilidade dessa violência, por meio de atitudes de represália contra a mulher. Asseverava, por fim, que a decisão do Tribunal estaria concentrada na situação da mulher – merecedora de proteção por parte do ordenamento jurídico –, mas se deveria compatibilizar esse valor com a manutenção da situação familiar, a envolver outros entes (STF, ADI 4424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9/2/2012, *Informativo 654*).

O Superior Tribunal de Justiça, consolidando também sua posição, editou a Súmula nº 542, publicada no DJe de 31 de agosto de 2015, que diz: Súmula nº 542. A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.

Morte do ofendido ou declaração de ausência

Não se tratando de ação penal de natureza personalíssima, quando houver a morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Desarquivamento do inquérito policial e provas novas

Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode

a ação penal ser iniciada, sem novas provas (STF, Súmula nº 524).

A superveniência de novas provas autoriza o desarquivamento do inquérito policial e o consequente oferecimento da denúncia, a teor do disposto no art. 18 do Código de Processo Penal, não havendo falar em ofensa à coisa julgada material (STJ, HC 239.899/MG, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 13/05/2014).

As provas capazes de autorizar o desarquivamento do inquérito e consequente início da ação penal hão de ser substancialmente inovadoras, não bastando sejam formalmente novas (STJ, HC 122328/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6^a T., DJe 14/12/2009).

A denúncia somente poderá ser aditada⁴ e receber nova capitulação legal com o surgimento de novas provas. Novas provas são as que já existiam e não foram produzidas no momento processual oportuno, ou que surgiram após o encerramento do inquérito policial. Arquivado o inquérito a requerimento do Ministério Público, nova ação penal não pode ser iniciada sem novas provas (STJ, Apn. 311/RO, Ação Penal 2000/0043398-5/CE, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 4/9/2006, p. 198).

Suspensão condicional do processo e ação penal de iniciativa privada

O benefício processual previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, mediante a aplicação da analogia *in bonam partem*, prevista no art. 3º do Código de Processo Penal, é cabível também nos casos de crimes de ação penal privada. Precedentes do STJ (STJ, RHC 17061/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6^a T., DJ 26/6/2006, p. 199).

Nos crimes em que o *jus persequendi* é exercido por ação de iniciativa privada como tal o crime de injúria, é impróprio o uso do instituto da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, já que a possibilidade de acordo é da essência do seu modelo, no qual tem vigor os princípios da oportunidade e da disponibilidade (STJ, HC 17431/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6^a T., DJ 23/6/2003 p. 444).

Queixa-crime não assinada pelo querelante

Constitui óbice ao regular desenvolvimento da ação penal a falta de menção do fato criminoso no instrumento de mandato visando à propositura da queixa-crime, que também não foi assinada pela querelante com o advogado constituído. Segundo os arts. 43, III,⁵ 44 e 568, todos do Código de Processo Penal, a citada omissão só pode ser suprida dentro do prazo decadencial, tendo em vista que a expressão ‘a todo tempo’ significa ‘enquanto for possível’ (STJ, HC 45017/GO, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6^a T., DJ 27/3/2006, p. 339).

Procuração e poderes para queixa-crime

A exigência de poderes especiais, assim como a menção expressa ao fato criminoso na procuração, para instauração de ação penal privada (CPP, art. 44), possui relevante razão prática, qual seja, delimitar a responsabilidade penal do mandante para o caso de eventual denunciaçāo caluniosa, bem como a sua responsabilidade civil por eventuais danos injustamente causados ao querelado. (TJPR, Processo 1105069-2, Rel^a Des^a Lilian Romero, DJe 19/2/2014).

Cediço que a procuração para o ajuizamento de queixa-crime deve conceder ao mandatário poderes especiais para tanto, devendo constar, além do nome do querelante, menção ao fato criminoso. Verificado o vício na procuração colacionada, é possível seu saneamento, desde que não tenha se esgotado o prazo decadencial previsto pelo art. 38 do CPP, quando se verificará a extinção da punibilidade do querelado, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal (TJMG, Processo 1.0000.13.061687-3/000, Rel^a Des^a Beatriz Pinheiro Caires, DJe 30/9/2013).

É necessário constar do instrumento procuratório outorgado para o oferecimento da queixa-crime, além dos poderes especiais para o ato, o nome do querelado, a menção ao fato criminoso, ou ao artigo da lei violado, permitida a sanação de eventual defeito da representação do querelante, somente dentro do prazo decadencial conferido pelo art. 38 do digesto processual penal (TJMG, Processo 2.0000.00.475739-5/000[1], Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, *DJ* 9/8/2005).

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que eventuais vícios ou irregularidades no instrumento de mandato, os quais se relacionam com a legitimidade do representante da parte e, não, com a legitimidade da própria parte, podem ser sanadas a qualquer tempo, mesmo após o decurso do prazo decadencial, nos termos do art. 569 do Código de Processo Penal. Não há forma rígida para a representação, bastando a manifestação inequívoca do ofendido ou de seu representante legal, no sentido de que sejam tomadas providências, hipótese ocorrida no caso dos presentes autos. A falta de menção do fato delituoso na procuração configura defeito sanável a qualquer tempo, pois não interfere na *legitimatio ad causam*. Precedentes desta Corte (STJ, *HC* 67830/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., *DJ* 18/6/2007, p. 283).

Desistência da ação penal de iniciativa privada

A desistência da ação penal privada pode ocorrer a qualquer momento, somente surgindo óbice intransponível quando já existente decisão condenatória transitada em julgado (STF, Tribunal Pleno, *HC* 83228/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 11/11/2005, p. 6).

A ação penal no crime complexo Art. 101. Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Ação penal no crime complexo

O art. 101 do Código Penal recebeu severas críticas de nossa doutrina, em razão da sua inutilidade. Segundo Mirabete, “essa disposição é tida pelos doutrinadores como inócua e até prejudicial à interpretação. Isso porque a lei adotou o sistema de especificar claramente quando o delito deve ser apurado mediante ação privada, sendo os demais submetidos à ação pública”.⁶ Ney Moura Teles também afirma que “esse dispositivo é desnecessário porque sempre que a ação for de iniciativa privada, deverá constar expressamente essa disposição legal, por força do que determina o art. 100 do Código Penal”.⁷

Irretratabilidade da representação Art. 102. A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Representação

É o ato por meio do qual o ofendido ou seu representante legal manifesta seu interesse no sentido de ser dado início à *persecutio criminis*. Ressalte-se que a representação do ofendido ou de seu representante legal não precisa conter grandes formalismos. Nela, o ofendido ou seu representante legal simplesmente declara, esclarece a sua vontade no sentido de possibilitar ao Ministério Público a apuração dos fatos narrados, a fim de formar a sua convicção pessoal para, se for o caso, dar início à ação penal pelo oferecimento de denúncia.

Pacífico o entendimento de que o oferecimento da representação prescinde de maiores formalidades, bastando que a ofendida demonstre o interesse na apuração do fato delituoso, o que é evidenciado, no caso dos autos, pelo registro da ocorrência na Delegacia de Polícia e a submissão a exame para apurar as lesões ocasionadas. Precedentes (STJ, HC 134866/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 28/6/2010).

É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade, bastando o elemento volitivo. Precedentes (STF, RHC 99086/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., DJe 20/8/2010).

Irretratabilidade da representação

Somente será possível a retratação da representação até o *oferecimento* da denúncia. Note-se que a lei fala em *oferecimento* e não em recebimento. Assim, depois de oferecida a denúncia, mesmo que não tenha sido ainda recebida pelo julgador, será impossível o reconhecimento da retratação.

É pacífica a jurisprudência desta Corte, nos termos dos arts. 25 do Código de Processo Penal e 102 do Código Penal, de que a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia (STJ, gRg no AREsp 66.021/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 15/09/2016).

Dada a natureza protetiva da Lei Maria da Penha, achou prudente o legislador revestir o juízo de retratação de maior formalidade do que a prevista no art. 25 do Código de Processo Penal e do art. 102 do Código Penal. Trata-se de faculdade que visa proteger a vítima, e não o oposto, ou seja, nova condição de procedibilidade para a ação penal. Recurso especial provido para afastar a necessidade de ratificação da representação pela vítima (STJ, Resp. 1353534/RS, Rel.^a Min.^a Marilza Maynard – Desembargadora convocada do TJSE, 5ª T., DJe 22/3/2013).

O ordenamento processual penal e o estatuto repressivo admitem a retratação da acusação tão somente se apresentada antes de ofertada a exordial acusatória pelo Ministério Público. Mesmo que válida, sendo a retratação oferecida somente quanto a uma das vítimas, é inviável anular-se o processo haja vista a necessidade de o feito prosseguir com relação aos demais ofendidos (STJ, HC 103054/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 16/3/2009).

Vide art. 16 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.⁸

Decadência do direito de queixa ou de representação Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado

do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Decadência**

A decadência é o instituto jurídico mediante o qual a vítima, ou quem tenha qualidade para representá-la, perde o seu direito de queixa ou de representação em virtude do decurso de um certo espaço de tempo.

Em se tratando de crime contra a honra, no qual a vítima é menor, o direito de queixa decai em 6 (seis) meses, contados a partir da data em que o representante legal vier a saber quem é o autor do crime. Inteligência do art. 103 do Código Penal (STJ, *RHC 23550/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 16/3/2009*).

Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento

Vide art. 236, parágrafo único, do Código Penal.

Início da contagem do prazo decadencial

Como regra, após 6 (seis) meses contados do dia em que o ofendido veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 do Código Penal, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Como regra, o prazo da decadência é de 06 (seis) meses e em se tratando de causa de extinção da punibilidade o prazo tem natureza penal, devendo ser contado nos termos do art. 10 do Código Penal e não de acordo com o art. 798, § 1º do Código de Processo Penal, quer dizer, inclui-se no cômputo do prazo o *dies a quo* (STJ, APn 562/MS, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, *DJe 24/6/2010*).

Os prazos para o exercício do direito de queixa ou representação correm separadamente para o ofendido e seu representante legal (Súmula nº 594 do STF e Precedente). Assim, escoado o prazo para o representante, conserva-se o direito de representação do ofendido, contado a partir da sua maioridade (Precedente) (STJ, HC 53893/GO, Rel. Min. Félix Fischer, 5^a T., *DJ 12/2/2007*, p. 279).

Cuidando-se de programa televisivo que, depois de apresentado, vem a ser retransmitido pelo mesmo órgão de comunicação, a contagem do termo *a quo* do prazo decadencial inicia-se a partir da primeira transmissão. Queixa rejeitada pela ocorrência da decadência (STJ, CE, Apn. 409/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ 11/9/2006*, p. 211).

Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa Art. 104. O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Parágrafo único.** Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Renúncia expressa ou**

A renúncia ao direito de queixa pode ser expressa ou tácita. Diz-se expressa a renúncia quando formalizada por meio de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 50 do CPP). Renúncia tácita ao direito de queixa é aquela na qual, nos termos do parágrafo único do art. 104 do Código Penal, o ofendido pratica atos incompatíveis com a vontade de exercê-lo, como nas hipóteses daquele que convida o autor do crime para ser seu padrinho de casamento ou para com ele constituir uma sociedade.

A renúncia às representações e comunicações oferecidas pelas vítimas perante os órgãos públicos, apresentada em razão do acordo judicial para repasse do valor devido, efetivado depois de extenso lapso temporal e tão somente após o ajuizamento de ação de prestação de contas e oferecimento da denúncia, não elide o dolo do réu e em nada o socorre na ação penal de iniciativa pública incondicionada à representação (TJDFT, Processo: 20130111375109APR, Rel. Des. Humberto Ulhôa, DJe 11/02/2016).

Se o ofendido renuncia ao direito de queixa, antes da audiência de conciliação e/ou transação penal, deve ser declarada extinta a punibilidade do fato com base no art. 107, inciso V, do Código Penal. Punibilidade extinta (TJRS, Processo 70051416410, Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. 23/4/2013).

Considerando que o processamento e julgamento dos crimes contra a honra ora deduzidos reclamam a propositura de ação penal privada, vige, entre os supostos coautores, o princípio da indivisibilidade, de forma que a renúncia em favor de um deles, obrigatoriamente, a teor do art. 49 do CPP e 104 do CP, estende-se aos demais, gerando, quanto a estes, da mesma forma, a extinção da punibilidade nos termos do art. 107, V, do CP (STJ, HC 19088/SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5^a T., RSTJ 168, p. 461).

A apresentação de queixa-crime contra um só, sem chamamento do outro participante, caracteriza renúncia tácita do direito de ação, que a todos deve aproveitar, nos termos do art. 49 do CPP (STJ CE, Apn 186DF, Rel. Min. José Delgado, DJ 17/6/2002, p. 180).

A não inclusão na queixa dentro no decadencial de todos os corréus – embora possível – importa em renúncia tácita do direito de ação quanto aos excluídos. Por força do princípio da indivisibilidade da ação penal (art. 49 do CPP), deve tal renúncia produzir efeitos em relação aos demais possíveis autores do crime (Precedentes) (STJ, HC 12815/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., RSTJ 152, p. 473/RT 798, p. 564).

Perdão do ofendido Art. 105. O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Perdão do ofendido

O perdão do ofendido, que poderá ser concedido somente nas hipóteses em que se procede mediante queixa, pode ser: *a)* processual; *b)* extraprocessual; *c)* expresso; e *d)* tácito. Diz-se *processual* o perdão do ofendido quando levado a efeito *intra-autos*, após ter sido iniciada a ação penal de iniciativa privada; *extraprocessual* quando procedido fora dos autos da ação

penal de iniciativa privada; *expresso*, quando constar de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 56 do CPP); *tácito*, quando o ofendido pratica ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação penal por ele iniciada (art. 106, § 1º, do CP).

O perdão do ofendido, não exime a responsabilidade criminal, uma vez que incidiu o réu na prática de fato típico, ilícito e culpável, não sendo acobertado por nenhuma causa de exclusão de ilicitude ou culpabilidade (TJ-MG, Processo 0070708-13.2010.8.13.0188, Rel. Des. Edison Feital Leite, DJe 25/05/2016).

O perdão do ofendido somente é admitido nas ações penais exclusivamente privadas, de forma que o instituto não tem qualquer aplicabilidade nas ações cuja titularidade é do Ministério Público (TJMG, Processo 1.0518.11.013040-9/001, Rel^a Des^a Denise Pinheiro da Costa Val, DJe 10/5/2013).

Eventual perdão do ofendido é somente aplicável aos delitos que se processam mediante ação penal exclusivamente privada, sendo vedado nas ações penais públicas, condicionadas ou não (art. 105 do Código Penal) (TJSC, AC 2011.084321-5, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 19/2/2013).

O perdão do ofendido, seja ele expresso ou tácito, só é causa de extinção da punibilidade nos crimes que se apuram exclusivamente por ação penal privada (STJ, HC 45417/SP, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., DJ 25/9/2006, p. 311).

Se o querelante, em petição, manifesta renúncia ao exercício do direito de queixa (que é impossível, por já estar iniciada a ação penal privada) e declara que essa renúncia não implica perdão (que é o único meio legal admissível, em nosso direito processual penal, para que, por ato positivo seu, ponha termo ao processo já iniciado) não há como atender-se a pretensão da recorrente no sentido de dar-se pela extinção da relação processual em causa. Se o querelante (e, no caso, em face dos termos equívocos de sua petição, ele acabou por pedir o prosseguimento da ação) se desinteressar, realmente, da persecução criminal, sem querer extinguí-la por meio do perdão, bastará que, por omissão sua, dê causa a perempção dela (art. 60, I e III, do CPP). (STF, RHC 64846/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1^a T., DJ 15/4/1987, p. 6.834).

Art. 106. O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – se o querelado o recusa, não produz efeito.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 1º Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 2º Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Hipóteses**

De acordo com o inc. I do art. 106 do Código Penal, o perdão do ofendido deverá ser

dirigido a todos aqueles que, em tese, praticaram a infração penal, não podendo o querelante, portanto, escolher contra quem deverá prosseguir a ação penal por ele intentada. Caso seja da vontade dos demais querelados, o perdão do ofendido concedido a um deles deverá ser estendido a todos.

A segunda hipótese prevista pelo inc. II do art. 106 do Código Penal diz que se o perdão for concedido por um dos ofendidos isso não prejudica o direito dos outros. Isso quer dizer que, sendo a ação penal proposta por vários querelantes, pode cada um deles, individualmente, se for da sua vontade, conceder o perdão sem que, com isso, os demais se vejam também obrigados a perdoar. Na precisa lição de Aloysio de Carvalho Filho, “se o crime feriu a vários indivíduos, irmanando-os na reação, não lhes pode impor a lei que sejam, também, solidários na piedade para com o ofensor. O perdão não é mercê coletiva, e sim individual. Quem quiser concedê-lo é livre de o fazer, mas o benefício não afeta o direito dos outros ofendidos. Qualquer desses, apesar do perdão, pode proceder contra o ofensor, para a sua punição”.⁹

O inc. III do mencionado art. 106 demonstra a natureza bilateral do perdão, esclarecendo que o querelado tem o direito de recusá-lo, caso ele seja oferecido pelo ofendido. O querelado, entendendo que não praticou qualquer infração penal, pode não aceitar o perdão, pugnando pelo regular andamento do processo, a fim de alcançar um provimento jurisdicional absolutório. Mesmo que seja essa a sua intenção, ou seja, mesmo que queira um julgamento definitivo dos fatos que foram levados ao crivo do Judiciário, não havendo aceitação do perdão pelo querelado, poderá o querelante gerar a extinção da punibilidade fazendo com que a ação penal seja considerada perempta, como na hipótese em que o querelante deixa de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos.

Se o querelante já houver completado 18 anos de idade, somente ele poderá conceder o perdão, estando revogada pelo Código Civil a primeira parte do art. 52 do CPP.¹⁰

Se o querelado for mentalmente enfermo ou retardado mental e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os do querelado, a aceitação do perdão caberá ao curador que o juiz lhe nomear (art. 53 do CPP).

Concedido o perdão mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará em aceitação (art. 58 do CPP). A aceitação do perdão fora do processo constará de declaração assinada pelo querelado, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 59 do CPP).

Extinção da punibilidade

Aceito o perdão, o juiz julgará extinta a punibilidade (art. 107, V, última figura, do CP e art. 58, parágrafo único, do CPP).

O perdão do ofendido, seja ele expresso ou tácito, só é causa de extinção da punibilidade nos crimes que se apuram exclusivamente por ação penal privada. (Precedente) (STJ, HC 44280/MG, Rel. Des. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 13/2/2006, p. 836).

O perdão do ofendido pode ser concedido entre os marcos do início da ação penal e do trânsito em julgado da sentença condenatória. A aceitação, pelos querelados, torna impositiva a decretação de extinção da punibilidade (TJRS, Ap. Crim. 698145786, 8ª Câm. Crim., Rel. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 10/3/1999).

Não havendo queixa devidamente recebida, não há que se falar em perdão. O fato poderá constituir-se, porém, em renúncia ao direito de queixa (Queixa-Crime 19.551-0 SP, Rel. Nelson Schiesari, j. 911/1994).

Se descobertos novos responsáveis no curso do processo pela ofensa à honra de que se queixam os querelantes, não se há de inferir daí, como solução à espécie, o instituto do perdão, que importaria na renúncia à *persecutio criminis*, mas no aditamento à querela (Rec., Rel. Ítalo Galli, RT 488, p. 367).

É possível a concessão de perdão quando há recurso extraordinário em tramitação (STF, RTJ 42, p. 444).

Habeas corpus O perdão do ofendido, aceito pelo querelado, nos crimes de ação privada, acarreta, de pronto, a decretação da extinção da punibilidade em favor do agente, a teor do art. 107, V, do CP. Unanimidade (TJCE, Processo 2006.0000.0893-1/0, Rel. Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido, DJ 30/10/2006).

Impossibilidade de se examinar, em *habeas corpus*, o argumento de que tal omissão configura renúncia tácita ao direito de queixa, extensível aos demais querelados em razão do princípio da indivisibilidade da ação penal privada, uma vez que o art. 57 do Código de Processo Penal prevê que ‘a renúncia tácita e o perdão tácito admitirão todos os meios de prova’ (STF, HC 82405/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T., j. 18/3/2003).

No referente à perempção ou perdão tácito, por ausência de pedido condenatório quanto ao réu absolvido, a alegação defensiva mostra-se equivocada, porquanto, ao desenvolver as razões finais, a ofendida destacou o envolvimento de cada acusado nos fatos e culminou por pedir a condenação de todos, sendo irrelevante que no introito das alegações finais tenha omitido involuntariamente o nome do 8º acusado. Cumpre acentuar que, mesmo tivesse a ofendida deixado de formular pedido condenatório do 8º acusado, tal circunstância não se comunicaria aos coautores, pois nessa hipótese a perempção aproveitaria apenas aquele omitido e não aos outros cuja condenação foi expressamente pedida, pois inexiste previsão expressa na lei estendendo a incidência da perempção com relação a um réu a todos os outros. Tampouco pode esta causa de extinção de punibilidade ser equiparada ao perdão tácito, uma vez que este resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação pelo próprio ofendido, somente se admitindo por meio de procurador quando este esteja investido de poderes especiais (art. 56 do CPP), e necessita aceitação do ofensor, não sendo possível sua incidência por presunção. Delito configurado (TJRJ, AC 1998.050.01453, Rel. Des. Walmir de Oliveira Silva, j. 5/11/1998).

Perdão da Ofendida e Lei Maria da Penha

Lesões corporais leves. Violência doméstica. Condenação a 3 meses de detenção, substituída por limitação de fim de semana, por ter infringido o disposto no art. 129, *caput* do CP, c.c/ o art. 5º, III e 7º, I, ambos da Lei nº 11.340/06. Pedido de absolvição com fundamento no perdão da ofendida, na atipicidade da conduta insignificante e na ofensa ao princípio da intervenção mínima. Não colimento. Crime de ação penal pública. Descabimento do perdão. Vítima que não manifestou nenhum interesse processual em perdoar o acusado. Lesões corporais leves decorrentes de puxão de cabelo e cabeçada. Condutas violentas que não podem ser tidas como insignificantes ou justificadoras do princípio da intervenção mínima (TJSP, AC 0029336-

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 53.

2 Em posição contrária, José Barcelos de Souza afirma não ser “a justa causa uma condição autônoma, uma quarta condição da ação” (*Direito processual civil e penal*, p. 161).

3 TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*, v. II, p. 490-491.

4 Nos termos do *caput* do art. 384 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, *encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Pùblico deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.*

5 O art. 43 do Código de Processo Penal foi revogado expressamente pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, e substituído pelo art. 395 da mesma legislação processual, onde se verificam, agora, as causas de rejeição da denúncia ou queixa.

6 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 375.

7 TELES, Ney Moura. *Direito penal – Parte geral*, v. 2, p. 275.

8 Art. 16. *Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Pùblico.*

9 CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*, v. IV, p. 61.

10 Art. 52. *Se o querelante for menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezotto) anos, o direito de perdão poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal, mas o perdão concedido por um, havendo oposição do outro, não produzirá efeito.*

Título VIII – Da Extinção da Punibilidade

Extinção da punibilidade Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou perempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII – (*Revogado pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.*) VIII – (*Revogado pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.*) IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Punibilidade

Para a maioria da doutrina, a punibilidade não faz parte do conceito analítico do crime. Alguns autores, no entanto, a exemplo de Muñoz Conde, a incluem nesse conceito, definindo o delito como “a ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível”.¹ Para os autores que adotam essa divisão quadripartida do conceito analítico do crime, as causas extintivas da punibilidade conduzirão ao afastamento da própria infração penal.

Rol exemplificativo

Embora o art. 107 do Código Penal faça o elenco das causas de extinção da punibilidade, este não é taxativo, pois, em outras de suas passagens, também prevê fatos que possuem a mesma natureza jurídica, a exemplo do § 3º do art. 312 do Código Penal, bem como do § 5º do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Declaração de extinção da punibilidade

O art. 61 do Código de Processo Penal determina que, *em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.*

Morte do agente

O art. 62 do Código de Processo Penal determina: *No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a da punibilidade.*

Certidão de óbito falsa

Se com a utilização da certidão falsa for declarada a extinção da punibilidade de determinado fato em virtude do qual o agente estava sendo processado, ou mesmo já tendo sido

por ele condenado, deverá ser responsabilizado somente pelo crime de falso, uma vez que nosso ordenamento jurídico não tolera a chamada revisão *pro societate*.

O STF, posicionando-se contrariamente ao entendimento anterior, decidiu: *Revogação do despacho que julgou extinta a punibilidade do réu, à vista de atestado de óbito baseado em registro comprovadamente falso; sua admissibilidade, vez que referido despacho, além de não fazer coisa julgada em sentido estrito, funda-se exclusivamente em fato juridicamente inexistente, não produzindo quaisquer efeitos (RTJ 93, p. 986)*.

Da mesma forma, tem decidido o STJ: *Penal. Habeas corpus*. Decisão que extinguiu a punibilidade do réu pela morte. Certidão de óbito falsa. Violação à coisa julgada. Inocorrência. O desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou extinta a punibilidade, não constitui ofensa à coisa julgada (STF – HC 60095-RJ, Rel. Min. Rafael Mayer). Ordem denegada. (STJ, HC 31234/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 9/2/2004, p. 198).

Anistia, graça e indulto

Pela anistia, o Estado renuncia ao seu *ius puniendi*, perdoando a prática de infrações penais que, normalmente, têm cunho político. A regra, portanto, é de que a anistia se dirija aos chamados crimes políticos (*anistia especial*).² Contudo, nada impede que a anistia também seja concedida a crimes comuns (*anistia comum*). A concessão da anistia é de competência da União, conforme preceitua o art. 21, XVII, da Constituição Federal, e se encontra no rol das atribuições do Congresso Nacional, sendo prevista pelo art. 48, VIII, de nossa Lei Maior. Pode ser concedida antes ou depois da sentença penal condenatória, sempre retroagindo a fim de beneficiar os agentes. Segundo Aloysio de Carvalho Filho, “a anistia pode ser concedida em termos *gerais* ou *restritos*. Quando a anistia restrita exclui determinados fatos, ou determinados indivíduos, ou grupos, ou classes de indivíduos, diz-se *parcial*; quando estabelece cláusulas para a fruição do benefício, diz-se *condicional*. A anistia geral ou absoluta não conhece exceção de crimes ou de pessoas, nem se subordina a limitações de qualquer espécie”.³ De acordo com o art. 2º, I, da Lei nº 8.072/1990, os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia. O art. 187 da Lei de Execução Penal determina: *Concedida a anistia, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade*.

A anistia ainda pode ser reconhecida como: a) *própria*, quando concedida anteriormente à sentença penal condenatória; b) *imprópria*, quando concedida após a sentença penal condenatória transitada em julgado.

A graça e o indulto são da competência do Presidente da República, embora o art. 84, XII, da Constituição Federal somente faça menção a este último, subentendendo-se ser a graça o

indulto individual. A diferença entre os dois institutos é de que a graça é concedida individualmente a uma pessoa específica, sendo que o indulto é concedido de maneira coletiva a fatos determinados pelo Chefe do Poder Executivo.

Nos termos do art. 188 da Lei de Execução Penal, a graça, modernamente conhecida como indulto individual, poderá ser provocada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, sendo que a petição, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário para a elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça (art. 189 da LEP).

O indulto coletivo, ou simplesmente indulto, é, normalmente, concedido anualmente pelo Presidente da República, por meio de decreto. Pelo fato de ser editado próximo ao final de ano, esse indulto acabou ficando conhecido como *indulto de natal*.

Não é possível conceder a graça (indulto individual) ou o indulto (indulto coletivo) às infrações penais previstas pela Lei nº 8.072/1990.

Merce registro, ainda, o fato de que a Lei nº 9.455/1997 omitiu-se com relação ao indulto, dizendo, no § 6º do art. 1º, que *o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia*.

O indulto é um instituto benéfico que gera direito público, subjetivo, líquido e certo, devendo ser concedido quando preenchidos os requisitos expressos na norma regulamentadora. Cumprindo o agente os requisitos estabelecidos no decreto de indulto, a sentença que reconhece o benefício tem a natureza meramente declaratória, considerando que o direito já fora constituído pelo decreto presidencial, sendo indevida a exigência de novas condições além das estabelecidas para a concessão do benefício (TRF-1ª Região, AGEPN 0028765-47.2009.4.01.3800/MG, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, *e-DJFI* 3/7/2013, p. 1.728).

Como ressaltou a Magistrada, concedendo ao apenado o indulto humanitário: ‘O laudo médico juntado às fls. 87/88 refere que o apenado sofre de diabetes *mellitus*, hipertensão arterial sistêmica e adenocarcinoma de próstata, sendo que está com cegueira parcial e comprometimento cerebral com dificuldade de expressão e orientação, tendo o médico informado que a doença exige tratamentos contínuos e permanentes que não podem ser prestados dentro do estabelecimento prisional [...] vede a concessão dos benefícios aos condenados por delito de tráfico, que é o caso do apenado, em seu parágrafo primeiro refere que ‘As restrições deste artigo e dos incs. I e II do *caput* do art. 1º não se aplicam às hipóteses previstas nos incs. IX, X e XI e XII do *caput* do art. 1º’. Portanto, verifica-se que restam adimplidos os requisitos exigidos pelo art. 1º, inc. X, alínea c do Decreto nº 7.648/2011.’ (TJRS, Agravo 70050551886, Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 26/9/2012).

A pena de multa, quando imposta cumulativamente com a privativa, é também extinta com o indulto, se o decreto concessivo não excluiu expressamente. Atingindo o indulto a pena mais grave, também se estende à pena pecuniária (TJRS, Agravo 70049459928, Rel.^a Des.^a Genacéia da Silva Alberton, j. 15/8/2012).

Ainda que o agravante tenha sido condenado por tráfico de drogas, crime equiparado ao hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90, sendo, por isso, em tese, insuscetível de indulto, entendo que, diante das peculiaridades do caso, é de ser concedido o indulto humanitário. Primeiro, porque os requisitos da lei de concessão do indulto restaram preenchidos, com base no laudo pericial juntado aos autos; segundo, pelo fato

de que a aplicação da regras referentes ao tráfico de drogas vem sendo amenizada pela Jurisprudência e pela Lei, tanto que o próprio Colendo STF vem reconhecendo a constitucionalidade de dispositivos ali inseridos, sendo possível, atualmente, a concessão de liberdade provisória ao acusado por esse crime, bem como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sem falar, também, que atualmente o acusado não precisa cumprir integralmente a pena no regime fechado; e terceiro, a meu ver o mais relevante, é o fato da Constituição Federal pregar a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais (art. 1º, inc. III, da CF), razão pela qual a simples hediondez, reconhecida em lei infraconstitucional, não pode se sobrepor a esse princípio, ainda mais, quando preenchidos os requisitos legais que autorizam a concessão da benesse, contando o autor com 50 anos de idade, condenado a uma pena de 07 anos, 05 meses e 20 dias, restando, ainda, um saldo de mais de cinco anos para cumprimento da pena, o que demonstra a impossibilidade, pela gravidade da doença, em cumpri-la no estabelecimento prisional. Decisão reformada (TJRS, Agravo 70048095673, Rel.^a Des.^a Lizete Andreis Sebben, j. 9/8/2012).

Retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso

Vide abolitio criminis.

Inocorrência da alegada *abolitio criminis*, uma vez que a *novatio legis* (art. 168-A, § 1º, do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 9.983/2000), conquanto tenha revogado o disposto no art. 95 da Lei nº 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, não fazendo desaparecer o delito em questão. (Precedentes) (STJ, REsp. 850405/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 29/6/2007, p. 701).

Não houve a *abolitio criminis* em relação à conduta delituosa descrita no *caput* do art. 10 da Lei nº 9.437/97 com a superveniência da Lei nº 10.826/2003, pois o novo diploma legal prevê o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido em seu art. 14 (STJ, HC 53657/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJ 4/9/2006, p. 303).

O ato voluntário de dirigir veículo automotor sem possuir a Carteira de Habilitação, antes definido como contravenção penal, recebeu novo tratamento jurídico após a edição do novo Código Nacional de Trânsito, que lhe deu novo conceito: *a) se tal postura não acarretar efetivo perigo de dano, com demonstração objetiva dessa potencialidade, o fato consubstancia mera infração administrativa;* *b) se demonstrado o perigo, o fato é definido como crime* (art. 309). Ocorrido o fato depois da vigência da Lei nº 9.503/97 e não tendo a conduta do réu ocasionado efetivo perigo de dano, extinta estará a punibilidade pela *abolitio criminis* (STJ, REsp. 373422/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6^a T., DJ 27/5/2002, p. 207).

Prescrição, decadência e perempção

A *prescrição* é o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer seu direito de punir em determinado tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade.

Decadência é o instituto jurídico mediante o qual a vítima, ou quem tenha qualidade para representá-la, perde seu direito de queixa ou de representação em virtude do decurso de um certo espaço de tempo.

A decadência é causa de extinção da punibilidade. Todavia, a repristinação dos fatos ofensivos por outros deve ser considerada como fato novo e, por conseguinte, pela continuação, reabre o prazo decadencial. Inteligência do art. 38 do Código de Processo Penal, combinado com art. 107, IV, do Código Penal (TJRS, Proc. Crim. 693160186, 4^a Câm. Crim., Rel. Des. Luiz Melibio Uiracaba Machado, j. 3/10/1995).

Perempção é instituto jurídico aplicável às ações penais de iniciativa privada propriamente ditas ou personalíssimas, não se destinando, contudo, àquela considerada como privada subsidiária da pública. Não tem aplicação, portanto, nas ações penais de iniciativa pública incondicionada ou condicionada à representação do ofendido, uma vez que o art. 60 do Código de Processo Penal determina que, *nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:* I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 (trinta) dias seguidos; II – quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV – quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Além das hipóteses previstas pelo art. 60 do Código de Processo Penal, entende-se pela perempção, também, havendo a morte do querelante no caso de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236 do CP), haja vista que pela natureza da ação penal, que é personalíssima, a morte do querelante impede o prosseguimento da ação penal.

Como bem destacou Mirabete, a perempção, como perda do direito de prosseguir na ação penal de iniciativa privada, é uma “sanção jurídica, imposta ao querelante por sua inércia, negligência ou contumácia. Não pode ocorrer, portanto, antes de proposta a queixa”.⁴

O não comparecimento do querelante à audiência de conciliação prevista no art. 520 do CPP não implica a ocorrência da perempção, visto que esta pressupõe a existência de ação penal privada em curso, o que se dá apenas com o devido recebimento da exordial acusatória (STJ, REsp. 605871/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 14/6/2004, p. 274).

A falta não justificada do querelante ou de seu patrono, a audiência de inquirição de testemunhas, enseja a perempção da ação penal (STJ, REsp. 45743/RJ, Rel. Min. Pedro Acioly, 6ª T., RT 712, p. 478).

Renúncia ao direito de queixa ou perdão aceito nos crimes de ação privada

A renúncia pode ser expressa ou tácita. Poderá ser formalizada por meio de procurador com poderes especiais (art. 50 do CPP). Se for dirigida a um dos autores, deverá ser estendida a todos, em virtude do princípio da indivisibilidade (art. 49 do CPP). Nesse sentido, decidiu o STJ: Quando terceiras pessoas atuam como coautores na prática do delito de calúnia, não pode o ofendido escolher quem deve responder pelo delito, pela indivisibilidade da ação penal. Todos os coautores devem figurar no polo passivo da queixa-crime, sob pena de extinção da punibilidade. Precedentes (STJ, APn 572 / BA, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 4/2/2010).

Considerando que o processamento e o julgamento dos crimes contra a honra ora deduzidos reclamam a propositura de ação penal privada, vige, entre os supostos coautores, o princípio da indivisibilidade, de forma

que a renúncia em favor de um deles, obrigatoriamente, a teor do art. 49 do CPP e 104 do CP, estende-se aos demais, gerando, quanto a estes, da mesma forma, a extinção da punibilidade nos termos do art. 107, V, do CP (STJ, HC 19088/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., RSTJ 168, p. 461).

O perdão do ofendido, que poderá ser concedido somente nas hipóteses em que se procede mediante queixa, pode ser: *a) processual; b) extraprocessual; c) expresso; e d) tácito*. Nos termos do art. 106 do Código Penal, *o perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito: I – se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita; II – se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros; III – se o querelado o recusa, não produz efeitos*.

Retratação do agente nos casos em que a lei a admite

Retratação, na definição de Guilherme de Souza Nucci, “é o ato pelo qual o agente reconhece o erro que cometeu e o denuncia a autoridade, retirando o que anteriormente havia dito”.⁵

Pela retratação, o agente volta atrás naquilo que disse, fazendo com que a verdade dos fatos seja, efetivamente, trazida à luz.

Em várias de suas passagens, a legislação penal permitiu ao autor do fato retratar-se, como ocorre nos crimes de calúnia e difamação (art. 143 do CP), nos de falso testemunho e de falsa perícia (art. 342, § 2º, do CP).

Perdão judicial, nos casos previstos em lei

O perdão judicial não se dirige à toda e qualquer infração penal, mas, sim, àquelas previamente determinadas pela lei. Assim, não cabe ao julgador aplicar o perdão judicial nas hipóteses em que bem entender, mas tão somente nos casos predeterminados pela lei penal.

Com esse raciocínio, pelo menos *ab initio*, torna-se impossível a aplicação da analogia *in bonam partem* quando se tratar de ampliação das hipóteses de perdão judicial. Isso porque a lei penal afirmou categoricamente que o perdão judicial somente seria concedido nos casos por ela previstos, afastando-se, portanto, qualquer outra interpretação.

O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, inclusive dos próprios réus, conceder perdão judicial, com a consequente extinção da punibilidade, desde que, sendo réus primários, tenham efetiva e voluntariamente colaborado com a investigação e com o processo criminal e dessa colaboração tenha resultado a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime (Lei nº 9.807/99) (STJ, AgRg no REsp 1.538.372/CE, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 22/06/2016).

Condenado por homicídio duplamente qualificado não faz jus ao perdão judicial por absoluta ausência de previsão legal à sua aplicação (STJ, HC 55430/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 29/5/2006, p. 283).

O perdão judicial é tema da sentença penal, pressupondo, como pressupõe a sua concessão, a prática de crime pelo réu (STJ, HC 22806/AC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 14/11/2005, p. 407).

Sendo o perdão judicial uma das causas de extinção de punibilidade (art.107, inc. IX, do CP), se analisado conjuntamente com o art. 51 do Código de Processo Penal ('o perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos...'), deduz-

-se que o benefício deve ser aplicado a todos os efeitos causados por uma única ação delitiva.

O que é reforçado pela interpretação do art. 70 do Código Penal brasileiro, ao tratar do concurso formal, que determina a unificação das penas quando o agente, mediante uma única ação, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Considerando-se, ainda, que o instituto do Perdão Judicial é admitido toda vez que as consequências do fato afetem o respectivo autor, de forma tão grave que a aplicação da pena não teria sentido, injustificável se torna sua cisão. Precedentes (STJ, HC 21442/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5^a T., RT 814, p. 548).

O princípio da insignificância não pode ter a finalidade de afrontar critérios axiológicos elementares, pois poderia, erroneamente, ser utilizado como hipótese supralegal de perdão judicial calcado em exegese ideologicamente classista ou, então, emocional (STJ, HC 115555/SP, Rel.^a Min.^a Jane Silva, 6^a T., DJe 19/12/2008).

Não é possível a extensão do efeito de extinção da punibilidade pelo perdão judicial, concedido em relação a homicídio culposo que resultou na morte da mãe do autor, para outro crime, tão somente por terem sido praticados em concurso formal (Precedente do STF) (STJ, REsp. 1009822/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., 3/11/2008).

Natureza da sentença concessiva do perdão judicial

***Súmula nº 18 do STJ:** A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.*

Concebida a sentença concessiva do perdão judicial como de natureza extintiva da punibilidade, nenhum efeito secundário pode persistir (STJ, REsp. 2201/SP, Rel. Min. William Patterson, 6^a T., RSTJ 16, p. 480).

Perdão judicial na Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro)

Para a maioria de nossos doutrinadores, a exemplo de Luiz Flávio Gomes,⁶ Damásio de Jesus⁷ e Maurício Antônio Ribeiro Lopes⁸, quebrando a regra geral, será possível a analogia do perdão judicial, previsto no Código Penal, aos crimes de lesão corporal culposa e homicídio culposo (arts. 302 e 303 do CTB), praticados na direção de veículo automotor. Em sentido contrário, Rui Stoco, não admitindo o recurso da analogia *in bonam partem*.⁹

O perdão judicial é ato de clemência do Estado que afasta a punibilidade e os efeitos condenatórios da sentença penal. Pressupõe o preenchimento de determinados requisitos – grau de parentesco e insuportável abalo físico ou emocional. O instituto deve ser aplicado com cautela, evitando-se a banalização, diante do atual cenário de violência no trânsito, que tanto se tenta combater. O recorrente, agindo com imprudência, sem habilitação e embriagado, perdeu a direção de sua motocicleta, causando a morte de sua esposa, transportada na garupa sem capacete, sendo beneficiado com a substituição da pena (STJ, AgRg no REsp 1.339.809/MT, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 29/02/2016).

O perdão judicial não pode ser concedido ao agente de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB) que, embora atingido moralmente de forma grave pelas consequências do acidente, não tinha vínculo afetivo com a vítima nem sofreu sequelas físicas gravíssimas e permanentes. Conquanto o perdão judicial possa ser aplicado nos casos em que o agente de homicídio culposo sofra sequelas físicas gravíssimas e permanentes, a doutrina, quando se volta para o sofrimento psicológico do agente, enxerga no § 5º do art.

121 do CP a exigência de um laço prévio entre os envolvidos para reconhecer como ‘tão grave’ a forma como as consequências da infração atingiram o agente. A interpretação dada, na maior parte das vezes, é no sentido de que só sofre intensamente o réu que, de forma culposa, matou alguém conhecido e com quem mantinha laços afetivos. O exemplo mais comumente lançado é o caso de um pai que mata culposamente o filho. Essa interpretação desdobra-se em um norte que ampara o julgador. Entender pela desnecessidade do vínculo seria abrir uma fenda na lei, não desejada pelo legislador. Isso porque, além de ser de difícil aferição o ‘tão grave’ sofrimento, o argumento da desnecessidade do vínculo serviria para todo e qualquer caso de delito de trânsito com vítima fatal. Isso não significa dizer o que a lei não disse, mas apenas conferir-lhe interpretação mais razoável e humana, sem perder de vista o desgaste emocional que possa sofrer o acusado dessa espécie de delito, mesmo que não conhecendo a vítima. A solidarização com o choque psicológico do agente não pode conduzir a uma eventual banalização do instituto do perdão judicial, o que seria no mínimo temerário no atual cenário de violência no trânsito, que tanto se tenta combater. Como conclusão, conforme entendimento doutrinário, a desnecessidade da pena que esteia o perdão judicial deve, a partir da nova ótica penal e constitucional, referir-se à comunicação para a comunidade de que o intenso e perene sofrimento do infrator não justifica o reforço de vigência da norma por meio da sanção penal (STJ, REsp. 1.355.178/DF, 6ª T., Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 5/6/2014).

A concessão de perdão judicial deve ser concedida quando a pena perde completamente os fins de prevenção geral e especial a que se destina em razão de a vítima manter laços afetivos, análise que não se comunica a outras vítimas (TJMG, Processo 1.0151.07.022058-8/001, Rel. Des. Vieira de Brito, DJ 19/6/2009).

Perdão judicial na Lei nº 9.807/1999

Vide art. 13.

Perdão judicial na Lei nº 10.409/[10](#)

O perdão judicial e a redução de pena somente serão obrigatórios, passando consequentemente a tornar-se direitos subjetivos do réu, se presentes, de modo efetivo, os pressupostos previstos no § 3º do vetado art. 32 da Lei nº 10.409/2002, isto é, se com a revelação da existência de organização criminosa permitiu-se a prisão de um ou mais de seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou droga ilícita, e que represente realmente uma contribuição para os interesses da justiça (TJMG, Processo 1.0481.04.03 7145-4/001[1], Rel. Des. Gudesteu Biber, DJ 2/12/2005).

Perdão judicial e a Lei de Organização Crimiosa (Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013)

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, previu, na Seção I do Capítulo I, a chamada colaboração premiada, dizendo, em seu art. 4º, que, *verbis*:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Art. 108. A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) Se conexos os crimes em concurso material, cada um conserva a sua independência relativamente à prescrição (TRF, AC 4.622/RS, Rel. Adhemar Raymundo, DJU, 13/5/1982, p. 4.510).

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (*Redação dada pela Lei nº 12.234, de 5/5/2010.*) I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze); II – em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze); III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito); IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro); V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois); VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

(*Redação alterada pela Lei nº 12.234, de 5/5/2010*) **Prescrição das penas restritivas de direito Parágrafo único.** Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Fundamentos da prescrição**

Vários fundamentos surgiram ao longo dos anos para justificar a necessidade da prescrição, podendo-se destacar entre eles o *esquecimento* a respeito da infração penal, o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social, a dispersão de provas, além do fator tranquilidade para aquele que praticou a infração penal, pois um erro cometido no passado não pode perseguir-lo para sempre.

Damásio de Jesus aduz que “a prescrição, em face de nossa legislação penal, tem tríplice fundamento: 1º) o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato); 2º) a correção do condenado; e 3º) a negligência da autoridade.”¹¹

Momento para reconhecimento da prescrição

Vide art. 61 do Código de Processo Penal.

A extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal constitui matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal (STJ, AgRg no REsp 1.394.133/AL, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 05/10/2016).

A prescrição é matéria de ordem pública que pode ser reconhecida de ofício a qualquer tempo. Transcorrido o prazo prescricional entre os marcos interruptivos do recebimento da Denúncia e da sentença condenatória, deve ser declarada a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição (STJ, HC 231953/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), 5ª T., DJe 2/8/2012).

Natureza jurídica da prescrição

Ainda hoje se discute a respeito da natureza jurídica da prescrição, ou seja, se a prescrição é um instituto jurídico de natureza material (penal), processual (processual penal) ou mista.

Cesar Roberto Bitencourt preleciona que “para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituto de direito material, regulado pelo Código Penal, e, nessas circunstâncias, conta-se o dia do seu início”,¹² posição à qual nos filiamos.

Prescrição das medidas socioeducativas

Súmula nº 338 do STJ – A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas.

Espécies de prescrição

Prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

A extinção da punibilidade pela prescrição regula-se, antes de transitar em julgado a sentença, pelo máximo da pena prevista para o crime (CP, art. 109) ou pela pena efetivamente aplicada, depois do trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 110), conforme expressa previsão legal (STJ, HC 42338/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 22/8/2005, p. 321).

Prescrição antes de transitar em julgado

Com a redação dada ao art. 109, percebe-se

que o primeiro cálculo a ser feito sobre a prescrição deve recair sobre a pena máxima cominada em abstrato para cada infração penal. Se o cálculo deve ser realizado antes mesmo de qualquer sentença condenatória, em que nela é concretizada a pena aplicada ao agente, podemos concluir que a prescrição que leva em consideração a pena máxima cominada a cada infração penal diz respeito à pretensão punitiva do Estado.

Esses prazos fornecidos pelos incisos do art. 109 do Código Penal servirão não somente para o cálculo da prescrição, considerando-se a pena máxima em abstrato, como também para aqueles relativos à pena já concretizada na sentença condenatória.

A jurisprudência desta Corte Federal Superior é firme no sentido de que a interrupção do curso da prescrição se dá, em regra, com a publicação da sentença condenatória em cartório, que em nada se confunde com a intimação das partes, pessoalmente ou por intermédio do órgão de imprensa oficial (STJ, REsp. 453868/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 2/8/2004, p. 582).

Prescrição das penas restritivas de direitos

Como as penas restritivas de direitos são substitutivas, o prazo para efeitos de cálculo de prescrição será aquele previsto para a pena privativa de liberdade aplicada. Embora tenha havido substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o tempo de cumprimento desta última será o mesmo daquela.

Nos termos do art. 109, parágrafo único, do Código Penal, as penas restritivas de direitos prescrevem no mesmo prazo em que prescreveria a pena privativa de liberdade que foi por elas substituída (STJ, HC 334.606/MG, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 1º/08/2016).

Na linha de precedentes desta Corte, considera-se como início do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade o dia do comparecimento do apenado à instituição designada pelo Juízo das Execuções para o cumprimento da atividade. O simples comparecimento da paciente em cartório para retirada de ofício e cadastramento em Programa de Prestação de Serviços à Comunidade não configura início do cumprimento da condenação, não podendo ser considerado marco interruptivo do prazo prescricional da pretensão executória. Precedentes (STJ, HC 305.039/SP, Rel. Min. Jorge Mussi Cruz, 5ª T., DJe 03/02/2015).

Se o sentenciado foragido ou que tem o livramento condicional revogado tem direito à contagem do prazo prescricional descontado o período efetivamente cumprido da pena, assim também deve acontecer com aquele que abandona o cumprimento da pena restritiva de direitos antes de seu término, fazendo jus ao desconto do tempo de pena cumprida para fins de contagem de prescrição do restante da pena (STJ, HC 232764/RS, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 29/6/2012).

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a pena de inabilitação para o exercício de função pública (art. 1º, § 2º, do DL nº 201/1967) é autônoma em relação à privativa de liberdade, isso tendo em conta suas naturezas jurídicas diversas, o que denota serem também distintos seus prazos prescricionais. Precedentes citados do STF: HC 87.375-SC, DJe 26/9/2008; QO no AI 379.392-SP, DJ 16/8/2002; do STJ: REsp. 885.452-PR, DJ 14/4/2008, e REsp. 819. 738-SC, DJ 12/2/2007 (STJ, HC 91.954/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 18/6/2009).

Prescrição e consumo de drogas

Como o art. 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, não previu qualquer pena de privação de liberdade que pudesse servir de orientação para efeitos de cálculo do prazo prescricional, o art. 30 do citado diploma legal determinou expressamente: *Art. 28. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.*

Prescrição pela pena em perspectiva (ideal, hipotética ou pela pena virtual)

Muito se tem discutido a respeito daquilo que se convencionou chamar de *reconhecimento antecipado da prescrição em razão da pena em perspectiva*.

Embora não concordemos em reconhecer aquilo que ainda não ocorreu efetivamente, como seria o caso do reconhecimento da prescrição considerando-se uma provável pena a ser aplicada ao autor do fato, a situação merece uma análise mais detalhada, até mesmo para trazer outros fundamentos que possam conduzir à extinção do processo, sem julgamento do mérito, uma vez que, após a edição da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, já não é mais possível levar a efeito o raciocínio correspondente à prescrição retroativa, contada a partir da data do fato, até o efetivo recebimento da denúncia.

Assim, a discussão, agora, terá somente um foco, vale dizer, a extinção da punibilidade levando-se em consideração o raciocínio da prescrição pela pena em perspectiva (ideal, hipotética ou virtual).

O STJ, ratificando seu posicionamento, fez editar a Súmula nº 438, publicada no *DJe* de 13 de maio de 2010, com o seguinte enunciado: *Súmula nº 438. É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.*

O instituto da prescrição em perspectiva não é albergado pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, antes da sentença condenatória, o prazo prescricional será regulado pela pena máxima cominada abstratamente para o delito, nos termos do art. 109 do Código Penal.

A matéria, a propósito, restou consolidada no enunciado nº 438 da Súmula desta Corte. (STJ, AgRg. no AREsp. 491604/MA, Rel^a Min^a Laurita Vaz, *DJe* 11/6/2014).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal rejeita a construção doutrinária da chamada prescrição em perspectiva ou prescrição antecipada. Isso por ausência de previsão legal da pretendida causa de extinção da punibilidade. Precedentes (STF, HC 105167/SP, Rel. Min. Ayres Britto, 2^a T., *DJe* 18/6/2012).

Entendemos que a posição, com a devida *venia*, é equivocada. Isso porque, para que uma ação tenha início, ou mesmo para que possa caminhar até seu final julgamento, é preciso que se encontrem presentes as chamadas condições para o regular exercício do direito de ação, vale dizer: *a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; e d) justa causa*.

O interesse de agir elencado como uma das condições da ação se biparte em: interesse-

necessidade e interesse-utilidade da medida. Para que se possa aplicar pena haverá sempre necessidade de um procedimento formal em juízo, com todos os controles que lhe são inerentes. Portanto, sempre na jurisdição penal estará preenchida a condição interesse de agir, na modalidade necessidade da medida. Contudo, o interesse-utilidade nem sempre estará presente, como no exemplo por nós citado.¹³ Qual seria a utilidade da ação penal que movimentaria toda a complexa e burocrática máquina judiciária, quando, de antemão, já se tem conhecimento de que ao final da instrução processual, quando o julgador fosse aplicar a pena, a quantidade seria suficiente para que fosse declarada a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva estatal? Seria fazer com que todos os envolvidos no processo penal trabalhassem em vão.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente tenha sido processado pela prática de um delito de lesão corporal de natureza leve, cuja pena varia de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção. Vamos deixar de lado o fato de que, normalmente, esse delito é julgado pelo Juizado Especial Criminal. Suponhamos que o fato tenha ocorrido em 1º de junho de 2010 e a denúncia tenha sido recebida no dia 30 de agosto de 2010. No entanto, decorridos mais de 4 anos após o recebimento da denúncia, a instrução do processo ainda não havia sido encerrada. O juiz, a título de raciocínio, durante a correição, que é realizada anualmente, depara com esse processo e percebe, mediante uma análise antecipada de todo o conjunto probatório, que se o réu vier a ser condenado, jamais receberá a pena máxima prevista pelo art. 129, *caput*, do Código Penal, ou seja, sua pena, em caso de condenação, será inferior a 1 (um) ano.

De acordo com a nova Redação dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, ao inc. VI do art. 109 do Código Penal, a prescrição ocorrerá em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Assim, de acordo com o nosso exemplo, no momento em que o juiz depara com aquele processo, durante o procedimento de correição, destinado a aferir a regularidade dos feitos que estão em tramitação, verifica que já se passaram mais de 4 (anos) e que a pena, em caso de condenação, será inferior a 1 (um) ano. Isso significa que, se o réu for realmente condenado, fatalmente deverá ser reconhecida a chamada prescrição retroativa, contada a partir do recebimento da denúncia, até publicação da sentença condenatória recorrível.

Dessa forma, perguntamos: Por que levar adiante a instrução do processo se, ao final, pelo que tudo indica, será declarada a extinção da punibilidade, em virtude do reconhecimento da prescrição? Aqui, segundo nosso raciocínio, o julgador deverá extinguir o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), uma vez que, naquele exato instante, pode constatar a ausência de uma das condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, vale dizer, o chamado interesse-utilidade da medida.

Portanto, mesmo que, agora, tenha uma aplicação mais limitada, uma vez que foi extinta, pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, a possibilidade de ser reconhecida a prescrição retroativa, contada a partir da data do fato até o recebimento da denúncia, a possibilidade de se raciocinar com a chamada prescrição pela pena em perspectiva, ideal, hipotética ou virtual ainda se mantém, e, sendo assim, não podemos concordar com a Súmula 438 do STJ que inadmitiu, radicalmente, seu reconhecimento.

Na espécie, incabível o trancamento da ação penal, porquanto se encontra suficientemente delineado na denúncia o delito de estelionato que teria sido praticado. Além disso, falta amparo legal para o reconhecimento da chamada prescrição pela pena em perspectiva ou antecipada (STJ, RHC 67.179/MA, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T, DJe 08/03/2016).

Não cabe, no acórdão que recebe a denúncia, calcular a possível pena em perspectiva para se reconhecer prescrição. Impossibilidade de extinção da punibilidade pela prescrição de pena hipotética. A Súmula nº 438 do STJ veda cálculo antecipado, especialmente por levar em conta apenas um vetor favorável na segunda fase da dosimetria de pena (STJ, EDcl na APn 702/AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, CE, DJe 18/11/2015).

Não é possível o reconhecimento da prescrição em perspectiva por ausência de previsão legal. Incidência da Súmula 438/STJ (STJ, HC 237264/SP, Rel.^a Min.^a Alderita Ramos De Oliveira [Desembargadora convocada do TJ/PE], 6^a T, DJe 20/6/2012).

De acordo com o Código Penal, tem-se que a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção, abstratamente previsto. É imprópria a decisão que extingue a punibilidade com base em pena em perspectiva. Precedentes (STJ, REsp. 817505/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 15/5/2006, p. 290).

Falta Grave e Prescrição

É consabido que a prescrição da falta grave deve ser regulada pelo menor prazo previsto no art. 109 do CP. Todavia, apesar de o prazo fixado nessa norma ser atualmente de três anos, esse prazo era de dois anos à época dos fatos. Sucede que, da própria impetração, vê-se que transcorrido pouco mais de um ano, o que afasta perquirir a prescrição. Precedentes citados: HC 85.947/SP, DJe 14/12/2009; HC 152.806/RS, DJe 12/4/2010; HC 138.954/SP, DJe 22/2/2010; e HC 153.860/SP, DJe 8/11/2010 (STJ, HC 111.650/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 6^a T., j. 28/6/2011, Informativo nº 479).

Imprescritibilidade

A Constituição Federal, excepcionando a regra da prescritibilidade, elegeu duas hipóteses em que a pretensão punitiva ou mesmo executória do Estado não são atingidas, a saber: 1^a) a prática de racismo (art. 5º, XLII, da CF), prevista pela Lei nº 7.716/1989, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 8.081/1990, nº 8.882/1994 e nº 9.459/1997; e 2^a) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF), com moldura na Lei nº 7.170/1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social.

Sentença absolutória imprópria

A medida de segurança se insere no gênero sanção penal, do qual figura como espécie, ao lado da pena. Por tal razão, o Código Penal não necessita dispor especificamente sobre a prescrição no caso de aplicação exclusiva de medida de segurança ao acusado inimputável, aplicando-se, assim, nestes casos, a regra inserta no art. 109, do Código Penal (*HC 41.744/SP*). Somente haverá prescrição da pretensão executória se, entre o trânsito em julgado (para a acusação) da sentença absolutória imprópria e o início de cumprimento da medida de segurança, transcorrer prazo superior ao tempo previsto no art. 109 do CP, considerada a pena máxima cominada ao crime praticado. O tempo de cumprimento da medida de segurança não poderá superar a data do reconhecimento do fim da periculosidade do agente, bem como, independentemente da cessação da periculosidade, não poderá ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao crime praticado nem poderá ser superior a 30 anos. Precedente do STJ (STJ, REsp., *HC 1103071/RS*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., *DJe* 29/3/2010).

Cuidando-se de sentença absolutória imprópria, na qual é imposta medida de segurança, o prazo prescricional é, segundo prevê o *caput* do art. 109 do Código Penal regulado pela pena em abstrato, e não pela pena em concreto (TJRS, AC 70014512396, 8^a C., Rel. Des. Marlene Landvoigt, *DJ* 20/6/2007).

Prescrição e medida de segurança

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a medida de segurança tem natureza punitiva, razão pela qual a ela se aplicam o instituto da prescrição e o tempo máximo de duração de 30 anos, em respeito ao disposto no art. 5º, XLVII, “b”, da Constituição Federal e aos princípios da isonomia e da proporcionalidade (STJ, HC 235.810/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., *DJe* 09/10/2014).

As medidas de segurança se submetem ao regime ordinariamente normado da prescrição penal. Prescrição a ser calculada com base na pena máxima cominada ao tipo penal debitado ao agente (no caso da prescrição da pretensão punitiva) ou com base na duração máxima da medida de segurança, trinta anos (no caso da prescrição da pretensão executória). Prazos prescricionais, esses, aos quais se aplicam, por lógico, os termos iniciais e marcos interruptivos e suspensivos dispostos no Código Penal (STF, *HC 107777/RS*, Rel. Min. Ayres Britto, 2^a T., *DJe* 16/4/2012).

A medida de segurança é espécie do gênero sanção penal e se sujeita, por isso mesmo, às regras contidas no art. 109 do Código Penal, sendo passível de ser extinta pela prescrição. A prescrição da medida de segurança aplicada a inimputável, é contada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito. A sentença que aplica medida de segurança, por ser absolutória, não interrompe o curso do prazo prescricional (STJ, *HC 182973/DF*, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJe* 26/6/2012).

Causas especiais de aumento de pena

Segundo entendimento desta Corte, as causas especiais de aumento de pena devem ser consideradas para fins de contagem de prescrição em abstrato. 3. Ordem denegada (STJ, *HC 45452/SP*, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6^a T., *DJ* 26/6/2006, p. 206).

Prescrição e infração disciplinar

O entendimento pacífico desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, diante da inexistência de legislação específica quanto ao prazo de prescrição para a aplicação de sanção disciplinar, deve-se utilizar o disposto no art. 109, inc. VI, do Código Penal, por ser o menor lapso prescricional previsto, que era de 2 (dois) anos, na redação anterior à Lei nº 12.234, de 5/5/2010. Precedentes desta Corte (STJ, *HC 227469/MG*, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJe* 12/3/2013).

Prescrição e efeito específico da condenação

A jurisprudência desta Corte entende que extinta a pena privativa de liberdade pela prescrição da pretensão punitiva, o mesmo destino deve ser dado a pena dela decorrente de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, tendo em vista sua acessoria (STJ, AgRg. no REsp. 1420216/RN, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 14/4/2014).

Prescrição e ato infracional

É possível a aplicação analógica do instituto da prescrição ao ato infracional, conforme orientação consolidada na Súmula nº 338/STJ, segundo a qual “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas” (STJ, HC 354.037/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/06/2016).

“A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas” (Súmula nº 338 do STJ) e a jurisprudência desta Corte Superior firmou orientação de que, via de regra, tratando-se de medida socioeducativa sem termo final, deve ser considerado, para o cálculo do prazo prescricional da pretensão socioeducativa, o limite máximo de três anos previsto para a duração da medida de internação (art. 121, § 3º, ECA) (STJ, HC 305.616/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 27/04/2015).

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de 1/3 (um terço), se o condenado é reincidente.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

(Redação alterada pela Lei nº 12.234, de 5/5/2010) § 2º [...].

(Revogado pela Lei nº 12.234, de 5/5/2010.) Natureza da prescrição

A doutrina, de forma geral, considera a hipótese do art. 110 do Código Penal como a de prescrição da pretensão executória. Contudo, discordamos desse ponto de vista, uma vez que somente podemos falar em prescrição da pretensão executória quando o Estado já tiver formado o seu título executivo judicial, o que somente acontece após o trânsito em julgado para ambas as partes e, ainda, com a efetiva possibilidade de execução do título executivo judicial formado por meio do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Caso contrário, mesmo que, aparentemente, tenha havido a concretização da pena que fora aplicada ao agente, se o Estado não teve, por um instante sequer, a possibilidade de fazer valer sua decisão condenatória, executando a pena infligida ao condenado, a prescrição não poderá ser considerada como da pretensão executória, mas, sim, da pretensão punitiva.

Condenado reincidente

Depois de muito se discutir se o aumento previsto para os referidos prazos seria aplicado quando da análise da prescrição da pretensão punitiva ou da pretensão executória, o STJ editou a Súmula nº 220, que diz que *a reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva*. Isso quer dizer que somente no que diz respeito à execução do julgado é que haverá o aumento de um terço para o reincidente, não se falando em tal aumento quando o cálculo disser respeito à prescrição da pretensão punitiva.

Se a sentença condenatória reconheceu ser o acusado reincidente, o prazo prescricional deve ser aumentado de um terço, nos termos do art. 110, *caput*, do CP. Descabido o argumento de ocorrência da extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão executória, pois entre a data do trânsito em julgado da sentença para a acusação e o início do cumprimento da reprimenda imposta, considerando o fato de o réu ser reincidente, não se consumou o lapso temporal necessário para tanto (STJ, HC 60585/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 5/2/2007, p. 281).

A contagem do prazo prescricional, de que trata o art. 110 do Código Penal, pressupõe o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Tal prazo é aumentado de um terço quando o réu é reincidente (STJ, RHC 9323/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5^a T., DJ 24/4/2000, p. 62).

Pena aplicada

Será utilizada para efeitos dos cálculos da prescrição, desde que tenha havido trânsito em julgado para a acusação, ou improvido seu recurso, em face da impossibilidade de *reformatio in pejus* se houver recurso somente da defesa.

A prescrição depois de transitada em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada, sendo que o tempo de prisão processual não influi na contagem do prazo prescricional (Precedentes) (STJ, HC 60799/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 26/2/2007, p. 621).

Prescrição retroativa

Diz *retroativa*, atualmente, após a revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal, a modalidade de prescrição calculada com base na pena aplicada na sentença penal condenatória recorrível, com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, contada a partir da data do recebimento da denúncia, até a data da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Antes da modificação trazida pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, o primeiro marco de contagem da prescrição retroativa era a chamada *data do fato*, ou seja, a data em que o crime havia sido praticado. Agora, o primeiro marco para essa contagem, levando-se em consideração a pena em concreto, ou seja, aquela efetivamente concretizada na sentença ou no acórdão condenatórios recorríveis é, efetivamente, a data do recebimento da denúncia ou da queixa.

A título de raciocínio, imagine-se a hipótese em que o agente tenha cometido, no dia 1º de junho de 2010, o delito de tentativa de furto simples.

O inquérito policial foi inaugurado, sendo concluído e enviado para a Justiça no dia 30 de junho de 2010. Após analisar os fatos, o Ministério Público emite sua *opinio delicti* e oferece denúncia, pela tentativa de furto, no dia 10 de agosto de 2010, tendo sido a peça inicial de acusação recebida no dia 11 de agosto do mesmo ano. Por uma série motivos que podem ocorrer

(a exemplo da ausência de juiz na comarca, desídia, extravio injustificado dos autos, sobrecarga de processos, ausência de funcionários no cartório etc.), o processo somente chegou a seu termo, com prolação e publicação da sentença penal condenatória, no dia 20 de agosto de 2013, condenando o acusado ao cumprimento de uma pena de 8 meses de reclusão. Ao tomar ciência da condenação do réu, o Ministério Público deixou decorrer *in albis* o prazo para recurso, ou seja, não se manifestou contrariamente à decisão, dela apelando, por exemplo. A defesa, a seu turno, manifestou o seu inconformismo e apelou da sentença penal condenatória.

Em virtude da ausência de apelação por parte do Ministério Público, por mais que a decisão tenha sido equivocada, a pena aplicada ao sentenciado jamais poderá ser modificada, para pior pelo Tribunal responsável pelo julgamento do recurso. Assim, na pior das hipóteses, a pena aplicada se manteria no *quantum* fixado pelo julgador de primeiro grau, vale dizer, 8 (oito) meses de reclusão.

A partir de agora, ou seja, desde o momento em que não houve recurso por parte do Ministério Público, permitindo que a pena fosse concretizada no total aplicado pelo juiz, essa pena, ou seja, 8 (oito) meses, servirá de cálculo para efeitos de aferição da ocorrência ou não da chamada prescrição retroativa.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, teríamos que voltar à data do fato e calcular se, entre essa data (que no exemplo fornecido foi 1 de junho de 2010) e a data do recebimento da denúncia (11 de agosto de 2010), já teria decorrido período igual ou superior a 3 (três) anos, de acordo com o inc. VI do art. 109, com a nova redação que lhe foi conferida pela lei acima mencionada. Agora, após as referidas modificações, esse cálculo terá início a partir da data do recebimento da denúncia (11 de agosto de 2010), até o próximo marco interruptivo da prescrição (sentença penal condenatória recorrível, publicada em 20 de agosto de 2013).

Como entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença penal condenatória recorrível já havia decorrido período superior a 3 (três) anos, podemos concluir ter ocorrido a chamada prescrição retroativa.

No entanto, qual seria a natureza jurídica dessa prescrição retroativa, ou seja, a prescrição retroativa diz respeito à pretensão punitiva ou à pretensão executória do Estado? Como vimos ao estudarmos as espécies de prescrições, as consequências são bem distintas entre elas.

Assim, a afirmação por uma ou por outra trará diferentes e importantes consequências para o sentenciado.

Entendemos que, como o Estado, mesmo depois de chegar a um decreto condenatório, não conseguiu formar seu título executivo judicial, a prescrição retroativa deverá ser considerada como hipótese de prescrição da pretensão punitiva, com todas as consequências inerentes a esse reconhecimento, a exemplo de não servir para efeitos de reincidência, maus antecedentes, formação de título executivo judicial para a vítima *etc.*

A prescrição retroativa pode ser considerada entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, ou entre este e a sentença condenatória e até entre esta e a pendência de julgamento do recurso especial (art. 110, § 1º, do CP) (STJ, AgRg no REsp 1.572.333/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 1º/07/2016).

Conforme estabelecia o § 2º do art. 110 do Código Penal, com a redação anterior à Lei nº 12.234/2010, ‘a prescrição de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa – redação dada pela Lei nº 7.209/84’, de molde que, *in casu*, deve ser considerado o lapso temporal decorrido entre o fato e o recebimento da denúncia, a fulminar a pretensão punitiva estatal. A garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa impede a aplicação da nova redação dada ao art. 110, § 1º, do Código Penal pela Lei nº 12.234/2010, que assentou que ‘a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa’. Na hipótese, o trânsito em julgado para a acusação

(cf. dispunha o § 1º do art. 110 do CP, em sua redação primitiva e também na atual) deu-se sob a égide da lei revogada, mais benéfica à condenada. Verifica-se que, entre a data do recebimento indevido da primeira prestação do benefício (art. 111, inc. I, do Código Penal) e a data do recebimento da denúncia (art. 117, inc. I, do Código Penal), transcorreu, *in albis*, período superior a oito anos, o que demonstra a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva contra a paciente (STF, HC 108337/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., DJe 15/3/2012).

A prescrição da pretensão punitiva retroativa consiste na perda do poder-dever do Estado de punir, em razão de sua inércia por determinado período de tempo. Essa modalidade de prescrição afasta todos os efeitos da condenação, tanto os principais, quanto os secundários, os penais e os extrapenais (TJRS, ACR 70033643321, Rel. Des. Odine Sanguiné, 3ª Câm. Crim., DJERS 15/6/2010).

Prescrição superveniente ou intercorrente

Considera-se como *superveniente* a prescrição a que é contada a partir da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, tomando-se por base o trânsito em julgado para a acusação ou o improviso do seu recurso. É reconhecida pelo nome de *superveniente* justamente por ocorrer após a sentença ou acórdãos condenatórios recorríveis.

Assim, para que se possa concluir pela prescrição superveniente: *1)* deve existir uma sentença ou acórdão condenatório recorrível, fixando uma determinada quantidade de pena, que será utilizada para efeitos de cálculo, de acordo com o art. 109 do Código Penal; *b)* deverá ter ocorrido o trânsito em julgado para a acusação (Ministério Público ou querelante); *c)* não pode ter ocorrido a prescrição retroativa, contada a partir da data do recebimento da

denúncia, até a publicação da sentença ou do acórdão condenatórios recorríveis; *d)* será calculada para frente, ou seja, a partir da sentença ou do acórdão condenatórios recorríveis.

Embora o art. 110 e seu § 1º façam menção, apenas, à *sentença condenatória*, devemos entender essa expressão em seu sentido amplo, ou seja, como uma decisão judicial condenatória, monocrática (sentença) ou coletiva (acórdão), a partir da qual será contado o tempo para efeito de reconhecimento ou não da prescrição.

Não é incomum, no dia a dia forense, que muitos recursos sejam impetrados com a finalidade de fazer com que a sentença condenatória de primeiro grau, por exemplo, não transite em julgado. A finalidade, em alguns casos, é a de, justamente, buscar a prescrição superveniente, pois que muitos Tribunais demoram, excessivamente, em julgar os recursos interpostos, permitindo que ocorra a extinção da punibilidade.

Os termos *superveniente*, *intercorrente* e *subsequente* traduzem a mesma modalidade de prescrição, embora exista uma predileção doutrinária e jurisprudencial pelo primeiro, ou seja, pela denominação *prescrição superveniente*.

A prescrição superveniente ou intercorrente atinge a pretensão punitiva do Estado, uma vez que não permite a confecção do título executivo judicial.

A prescrição após transitada em julgado a sentença condenatória para a acusação é regulada pela pena em concreto (art. 112, inc. I, do CP), individualmente verificada quanto a cada crime (art. 119 do CP), razão pela qual o prazo prescricional aplicável a cada um dos delitos é de 12 anos, haja vista que as penas são superiores a 4 e não excedem 8 anos de reclusão (art. 109, inc. III, do CP), devendo, no entanto, ser reduzido pela metade (art. 115 do CP) no presente caso, ou seja, 6 (seis) anos, pois o embargante era, ao tempo do crime, menor de 21 anos. Assim, levando-se em consideração o último marco interruptivo, qual seja, a condenação em primeiro grau (13/03/2007), há que se reconhecer, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva, visto que desde o referido marco interruptivo e a presente data transcorreu período superior a 6 (seis) anos (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.450.835/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 28/09/2016).

Caracterizada a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente, se entre a data da sentença ao dia do julgamento da apelação que nega provimento a recurso do MP decorreu o lapso prescricional, hipótese em que deve ser decretada de ofício (AR, Rel. Min. Célio Borja, *RT* 672, p. 386).

Prescrição intercorrente. Consumado o lapso prescricional no curso da pendência do recurso especial, cabe declarar-se, preliminarmente, a extinção da punibilidade, com prejuízo do mérito do recurso (REsp., Rel. Min. José Dantas, *RSTJ* 22, p. 312).

A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. Declara-se a extinção da punibilidade pela prescrição superveniente se da data da publicação do acórdão condenatório até o presente momento já transcorreu o lapso prescricional necessário para tanto (STJ, EDcl nos EDcl no REsp. 636205/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 6/3/2006 p. 428).

Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – do dia em que o crime se consumou; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) V – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

(Redação dada pela Lei nº 12.650, de 17/5/2012.) Marco inicial da contagem do prazo prescricional

O marco inicial da contagem do prazo inicia-se com a consumação do delito. No caso de tentativa, considera-se iniciado o prazo prescricional no dia em que cessou a atividade criminosa. Nos crimes permanentes, a contagem terá início a partir do dia em que cessar a permanência. Nos crimes de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, a contagem terá início a partir da data em que o fato se tornou conhecido. Nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos no Código Penal ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. Vale frisar que todas essas hipóteses dizem respeito ao início do prazo para a contagem da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Inicialmente, considerando-se a pena máxima cominada em abstrato para a infração penal e, posteriormente, caso não tenha ocorrido com base na pena máxima em abstrato, para o cálculo, a pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para a acusação.

A Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, revogou o § 2º do art.110 do Código Penal, impedindo que o reconhecimento da prescrição, após o trânsito em julgado da sentença para a acusação, levando-se em consideração, como marco inicial, data anterior ao recebimento da denúncia.

[...] Enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. Em consequência, e por ainda não se achar configurada a própria criminalidade da conduta do agente, sequer é lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I). Precedentes (*HC 84.262/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/4/2005, p. 45.*)

Não se vislumbra a ocorrência da prescrição em relação aos delitos previstos no art. 242 do Código Penal, se não transcorrido o prazo previsto para tanto. A partir da data em que os fatos se tornaram públicos, tem início a contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva, a teor do art. 111, inc. IV, do mesmo Diploma de Lei (STJ, HC 31077/GO, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 25/2/2004, p. 203).

A prescrição tem como referência, para o cálculo do prazo, fundamentalmente, ‘o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime’ (CP, art. 109). Pense-se a consumação (quando se reúne todos os elementos da definição do crime). O delito, além da conduta, evidencia o resultado (instante de dano, ou perigo ao bem tutelado, consoante a estrutura do tipo). Aqui, convém relembrar a classificação – crime instantâneo e crime permanente. O primeiro evidencia consumação quando a conduta (ação ou omissão) atinge o resultado. O autor atinge órgão vital da vítima; *incontinenti*, o objeto jurídico é sacrificado. No crime permanente, a realidade é outra. O agente precisa insistir, repetir os atos típicos da conduta. Só com a reiteração se alcança o resultado juridicamente relevante. Ocorre com o crime de sequestro ou cárcere privado. O evento não é simplesmente molestar os movimentos físicos da vítima, impedindo-a de ir, vir ou ficar. O verbo reitor do art. 148 é *privar* alguém de sua liberdade. Privar pressupõe reiteração, continuidade no tempo, ou, em palavras mais simples, razoável projeção, de modo a que o direito de liberdade da vítima se prolongue no tempo. Evidente, pois, a consumação do crime permanente (a conduta delituosa permanece no tempo, correspondentemente ao período em que a vítima não recupera a sua liberdade). Essa distinção, nota-se, é importante para o cálculo da prescrição; começa a fluir, cessada a conduta, restando somente o resultado. No crime permanente, a conduta se protraí no tempo; enquanto o agente a mantiver a consumação se prolonga; cessa apenas quando concluída a ação (STJ, REsp. 171156/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., RT 766, p. 574).

Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Natureza jurídica**

À exceção da primeira parte do inc. I do art. 112 do Código Penal, que pode dizer respeito à prescrição da pretensão punitiva, todas as demais hipóteses previstas pelos incs. I e II do mencionado artigo cuidam do termo inicial da prescrição da pretensão executória estatal. Nessas hipóteses, o Estado já formou o seu título executivo, restando, apenas, executá-lo.

De acordo com a literalidade do art. 112, inciso I, do Código Penal, o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Revisão de entendimento (STJ, RHC 55.840/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 14/05/2015).

Nos termos do que dispõe expressamente o art. 112, inciso I, do Código Penal, quanto seja necessária a sentença condenatória definitiva, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado para a acusação. Precedentes do STJ e do STF. Não se mostra possível utilizar

dispositivo da Constituição Federal de 1988 para tentar respaldar interpretação totalmente desfavorável ao réu contra expressa disposição legal, sob pena de ofensa à própria norma constitucional, notadamente ao princípio da legalidade, sendo certo que somente por alteração legislativa seria possível modificar o termo inicial da prescrição da pretensão executória. Precedentes (STJ, AgRg. no REsp. 1433108/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 2/5/2014).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sedimentou-se no sentido de que o prazo prescricional da pretensão executória começa a fluir da data do trânsito em julgado para a acusação. Precedentes (STF, HC 113715/DF, Rel. Min. Cármem Lúcia, 2^a T., DJe 28/5/2013).

Em sentido contrário: O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal (STJ, HC 218388/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 15/2/2012).

Revogação do *sursis* ou do livramento condicional

A partir da data do trânsito em julgado da decisão que revogou o *sursis*, tem início o prazo prescricional, que será contado considerando-se a pena privativa de liberdade cujo cumprimento havia sido suspenso condicionalmente.

Quanto ao livramento condicional, também devemos dar início à contagem do prazo prescricional a partir da data do trânsito em julgado da sentença que o houver revogado.

Se o beneficiário vem a ser processado por outro delito, o período de provas do *sursis* é prorrogado até o julgamento definitivo. Uma vez condenado por crime doloso, a revogação é obrigatória, não se computando, no período de prova, o prazo prescricional para o delito cuja pena estava suspensa (STJ, HC 6469/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., RT 756, p. 514).

O tempo do *sursis* não se inclui na contagem para efeito de prescrição da pretensão punitiva (STJ, HC 1215/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5^a T., RT 697, p. 362).

Interrupção da execução da pena

O inc. II do art. 112 do Código Penal cuida da hipótese em que a execução é interrompida, seja, por exemplo, pela fuga do condenado ou pelo fato de ter ele sido internado em razão de doença mental. Segundo José Cirilo de Vargas, “o dia da fuga é o termo inicial. Na segunda parte do inciso, dá-se diferente: sobrevindo doença mental ou internação do sentenciado (arts. 41 e 42 do CP), o tempo de interrupção da execução será contado como de cumprimento de pena, não se podendo, por isso, correr o prazo de prescrição de maneira simultânea”.¹⁴

livramento condicional Art. 113. No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) **Evasão do condenado**

A prescrição será contada pelo tempo restante de pena a cumprir.

Cuida-se, *in casu*, da chamada prescrição da pretensão executória, uma vez que a lei penal se refere ao *condenado*, vale dizer, aquele que já se encontrava cumprindo, efetivamente, a pena que lhe fora aplicada pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento pacífico de que o cálculo da prescrição pela pena residual, previsto no art. 113 do Código Penal, aplica-se somente às hipóteses de evasão do condenado e de revogação do livramento condicional, sendo inadmissível sua aplicação analógica. O período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para desconto da pena a ser cumprida (detração), sendo irrelevante para a contagem do prazo prescricional, o qual deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo julgador, não do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado. Precedentes (STJ, AgRg no RHC 44.021/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 10/06/2015).

A prescrição da pretensão executória começa a correr da data da fuga do condenado, quando em cumprimento de pena. E, nos termos do art. 113 do Código Penal, a causa extintiva de punibilidade é regulada pelo tempo restante da sanção penal a ser cumprida (STJ, HC 222485/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., DJe 1º/7/2013).

A prescrição da pretensão executória começa a correr da data da fuga do condenado, quando em cumprimento de pena. Porém, suspende-se a contagem do prazo prescricional durante o tempo em que o Recorrente está preso por qualquer outro motivo que não o da condenação nos autos originários (STJ, RHC 25207/MT, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., DJe 13/4/2009).

Se o condenado foragido tem direito ao reconhecimento da prescrição do restante da pena em seu favor (art. 113 do CP), com muito mais razão aquele que é posto em liberdade em decorrência de ato judicial, posteriormente reformado pelo Tribunal (STJ, HC 22182/MG, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T., DJ 23/4/2007 p. 311).

Revogação do livramento condicional

Devemos dar início à contagem do prazo prescricional a partir da data do trânsito em julgado da sentença que o houver revogado. Contudo, o prazo deverá ser contado de acordo com o tempo que resta da pena.¹⁵

A prescrição pela pena residual, conforme autoriza o art. 113 do Código Penal, somente é possível nos casos de evasão ou de revogação do livramento condicional. Dessarte, não há se falar em detração da pena para fins de cômputo da prescrição, porquanto ausente disciplina legal nesse sentido, devendo o lapso prescricional ser regulado de acordo com a pena total aplicada na sentença, sem desconto pela detração (STJ, HC 344.960/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 11/03/2016).

A aplicação do disposto no art. 113 do CP é restrita aos casos de revogação do livramento condicional ou de evasão do condenado, não se admitindo a interpretação extensiva. Dessa maneira, o período de prisão

provisória serve apenas para o desconto da pena a ser cumprida, não se empregando a detração para fins prespcionais (Precedentes do STF e do STJ) (STJ, HC 56196/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 20/11/2006, p. 347).

A suspensão do curso do livramento condicional até a decisão definitiva do processo resultante da imputação da prática do crime durante a sua vigência é medida cautelar, dependente de decisão judicial específica. Não tendo havido a suspensão cautelar, corre sem óbice o prazo do livramento, cujo termo, sem revogação, implica extinção da pena (STF, HC 81879-0/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 6/8/2002).

Prescrição da multa Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá: (*Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º/4/1996.*) I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada; (*Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º/4/1996.*) II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

(*Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º/4/1996.*) **Prescrição da multa**

Com a nova Redação dada pela Lei nº 9.268/96, o art. 114 do Código Penal passou a prever dois prazos prespcionais distintos para a pena de multa. Segundo Cesar Roberto Bitencourt, “trata-se de uma inovação supérflua, que apenas inovou para pior: de um lado, a redação do inciso primeiro já constava da redação anterior do art. 114; de outro, a redação do inciso segundo constava do art. 118, que não foi revogado por tal lei. Tem o mérito de deixar claro que a presença da multa continua sendo regulada pelo Código Penal”.¹⁶

Entendemos que tais prazos prespcionais dizem respeito tanto à pretensão punitiva quanto à pretensão executória do Estado. Em sentido contrário, posiciona-se Fernando Capez, quando afirma que “a prescrição da pretensão executória da multa dar-se-á sempre em 5 anos, e a execução será realizada separadamente da pena privativa de liberdade, perante a Vara da Fazenda Pública, uma vez que a nova lei determinou que, para fins de execução, a pena pecuniária fosse considerada dívida de valor”.¹⁷

A prescrição da pena de multa, quando aplicada isoladamente, opera-se em dois anos, conforme o art. 114, I, do Código Penal, período de tempo transcorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória. 2. Declarada extinta a punibilidade do réu pela prescrição, com fundamento nos arts. 107, IV, 110, § 1º, e 114, I, todos do CP (TJ-RS, Recurso Crime 71006121388, Rel. Des. Luis Gustavo Zanella Piccinin, DJe 24/08/2016).

A prescrição da pena de multa ocorre no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for cumulativamente aplicada (Código Penal, artigo 114, inc. II), sendo este o caso dos autos (STJ, AgRg. no REsp. 722201/SP, Rel. Min. Celso Limongi [Desembargador convocado do TJ/SP], 6^a T., DJe 2/8/2010).

A pena de multa e a prestação pecuniária, modalidade de pena restritiva de direitos, possuem naturezas

jurídicas distintas. As penas restritivas de direitos prescrevem no mesmo prazo em que prescreveria a pena privativa de liberdade que elas substituíram (STJ, REsp. 815894/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 18/12/2006, p. 495).

Constituindo-se o *sursis* em modalidade de cumprimento da pena, a prescrição não tem curso durante o período de prova. O prazo prescricional de dois anos, relativo a pena de multa, só passa a fluir após o cumprimento da pena privativa de liberdade. Inteligência do art. 114 do Código Penal (STJ, REsp. 1858/SP, Rel. Min. Costa Leite, 6ª T., DJ 26/8/1991, p. 11.405).

Pena de multa no ECA

A multa aplicada ao estabelecimento infrator, nos termos do art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente, possui caráter administrativo, não havendo que se falar em aplicação do art. 114, I, do Código Penal quanto ao prazo prescricional (TJMG, APCV 1.0024.03.915378-8/0011, Rel. Des. Antônio Sérvulo, 6ª Câm. Cív., DJEMG 29/1/2010).

A multa prevista pela Lei nº 8.069/90 como sanção às infrações administrativas possui a mesma natureza administrativa e, como tal, sua cobrança sujeita-se ao lapso prescricional de cinco anos. Inaplicabilidade do prazo de dois anos previsto no art. 114, I, do Código Penal. O art. 226, *caput*, do ECA somente faculta a aplicação das normas da parte geral do Código Penal aos crimes nele definidos (STJ, EDcl no AgRg., no REsp. 737054/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., DJ 20/2/2006, p. 228).

Redução dos prazos de prescrição Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Política criminal

O art. 115 do Código Penal, por razões de política criminal, determina a redução pela metade dos prazos prescricionais quando o agente era, ao tempo do crime, ou seja, no momento da ação ou omissão, menor de 21 anos, ou, na data da sentença, maior de 70 anos.

A redução do prazo prescricional pela metade, como prevê o 115 do Código Penal, só deve ser aplicada quando o réu atingir 70 anos até a data da primeira decisão condenatória. Ressalva do ponto de vista do Relator. Prescrição não configurada (STJ, AgRg no REsp 1.513.633/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 15/04/2015).

Acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* em consonância com o firme entendimento desta Corte, no sentido de que só se aplica a redução do prazo prescricional, prevista no art. 115 do Código Penal, nos casos em que o réu era maior de 70 anos na data da primeira condenação, não se levando em conta, para esse fim, a idade do acusado no momento do acórdão que a confirma (STJ, AgRg no REsp 1.496.950/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 04/03/2015).

A redução do prazo prescricional insculpida no art. 115 do Código Penal é aplicável ao agente maior de 70 anos na data da sentença, e não à data do acórdão que confirma o decreto condenatório. Precedentes (STF, AI 844400 AgR./RS, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, 1ª T., DJe 8/5/2012).

O prazo de prescrição penal será reduzido à metade quando o autor do comportamento delituoso ou do ato

infracional, ao tempo do fato, for menor de 21 anos de idade (CP, art. 115). Essa a conclusão da 2^a Turma ao conceder *habeas corpus*, de ofício, para reconhecer consumada a prescrição da pretensão punitiva do Estado (CP, art. 109, III, c/c o art. 115) e declarar extinta a punibilidade do paciente pela suposta prática de ato infracional equiparado ao crime de ameaça (CP, art. 147). No caso, salientou-se que o tribunal estadual divergira da orientação ora firmada, ao entender que o referido art. 115 do CP não se aplicaria a menor inimputável (STF, HC 107200/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2^a T, j. 28/6/2011, *Informativo* nº 633).

Em virtude da característica punitiva e considerando-se a ineficácia da manutenção da medida socioeducativa, nos casos em que já se ultrapassou a barreira da menoridade e naqueles em que o decurso de tempo foi tamanho que retirou, da medida, sua função reeducativa, admite-se a prescrição desta, da forma como prevista no Código Penal. Precedentes. Sendo o réu menor de 21 anos à época do fato delituoso, reduz-se à metade o prazo prescricional, nos termos do art. 115 do Código Penal (STJ, REsp. 564353/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T, DJ 23/5/2005, p. 325).

Documento hábil

De acordo com a Súmula nº 74 do STJ, *para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil* (certidão de nascimento, carteira de identidade, carteira de habilitação, etc.).

O reconhecimento da redução do prazo prescricional pela metade, nos termos do art. 115 do Código Penal, requer a apresentação de documentos que atestem de forma segura a idade do agente (STJ, AgRg. no REsp. 1342353/ES, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T, DJe 18/6/2013).

70 anos completados até o acórdão condenatório

Existe controvérsia jurisprudencial sobre a extensão do reconhecimento do cômputo de metade do prazo prescricional para aqueles que completam 70 anos depois da sentença condenatória até o acórdão proferido pelos tribunais.

Embora o paciente não contasse com 70 anos na data da prolação da decisão do juízo de primeiro grau, já alcançara essa idade quando do julgamento de sua apelação. Assim, encontrava-se sob a égide do disposto no art. 115 do CP, a fazer jus à redução pela metade do prazo prescricional. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ são uníssonas em afirmar que é inviável uma interpretação literal daquela norma (de só aplicá-la na data da prolação da sentença), pois, indubitavelmente, o legislador teve intenção de cunho benevolente diante do septuagenário, de reconhecer sua incidência também quando do acórdão. Precedentes citados: REsp. 823.866-SP, DJ 22/4/2008; HC 51.794-SP, DJ 4/12/2006, e REsp. 764.348-PR, DJ 26/6/2006 (STJ, HC 118.862/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12/5/2009).

O legislador, no art. 115 do CP, estabeleceu que faz jus à redução da metade dos prazos prescricionais o réu maior de 70 anos de idade ao tempo da sentença. Deve-se, no entanto, entender que, sendo esta recorrível, se o réu vem a completar tal idade enquanto pendente de julgamento sua apelação, restará abrangido pelo disposto no referido dispositivo – interpretação preferível, por ser mais favorável ao réu. Deve preponderar sobretudo, no exame da questão, o inconveniente de se levar à prisão pessoa já não mais perigosa, ao fim de sua existência, para permanecer ali por pouco tempo (TJSP, AC, Rel. Des. Marino Falcão, RT 614, p. 282).

Nos termos do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos prescricionais quando o réu era, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. A expressão ‘sentença’, elencada no art. 115 do CP, deve ser interpretada em sentido lato, abrangendo acórdão. (Precedentes) (STJ, HC 44554/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T,

DJ 3/4/2006, p. 375).

Em sentido contrário, A Terceira Seção desta Corte Superior pacificou o entendimento de que somente ocorre redução do prazo prescricional pela metade quando o agente for, ao tempo da primeira condenação – sentença ou acórdão –, maior de 70 (setenta) anos de idade completos (STJ, EDcl no AgRg no AREsp 751.366/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T, DJe 29/04/2016).

Inúmeros precedentes, firmados por ambas as Turmas do STF e apoiados em abalizado entendimento doutrinário, são no sentido de que a redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do Código Penal é aplicável ao agente maior de 70 anos na data da sentença, e não na data em que o título executivo penal condenatório se tornou imutável (STF, RHC 125.565/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, 2^a T, DJe 20/05/2015).

A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que o termo ‘sentença’ contido no art. 115 do Código Penal se refere à primeira decisão condenatória, seja a do juiz singular ou a proferida pelo Tribunal, não se operando a redução do prazo prescricional quando o édito repressivo é confirmado em sede de apelação ou de recurso de natureza extraordinária. Ressalva do ponto de vista do Relator (STJ, RHC 31249/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T, DJe 12/6/2013).

Causas impeditivas da prescrição Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Parágrafo único.** Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Causas suspensivas da prescrição**

São aquelas que suspendem o curso do prazo prescricional, que começa a correr pelo tempo restante, após cessadas as causas que a determinaram. Dessa forma, o tempo anterior é somado ao tempo posterior à cessação da causa que determinou a suspensão do curso do prazo prescricional. O Código Penal dispõe sobre as causas suspensivas no art. 116.

Incide o parágrafo único do art. 116, do Código Penal, na hipótese em que o sentenciado esteja cumprindo pena imposta em outro processo, em regime aberto (prisão albergue domiciliar). (STJ, HC 209626/SP, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T, DJe 26/2/2014).

A prisão por crime praticado posteriormente ao cumprimento da pena é causa impeditiva da prescrição da pretensão executória, consoante previsão do parágrafo único do art. 116 do Código Penal (STJ, RHC

Prazo de duração da suspensão da prescrição

Existe divergência doutrinária a respeito do prazo de duração da suspensão do prazo prescricional, enquanto alguns afirmam que a suspensão da prescrição deve durar conforme a pena em abstrato do delito, outros entendem que deva permanecer suspensa a prescrição no prazo máximo prescricional estipulado no art. 109 do CP, ou seja, vinte anos. A primeira orientação é a mais coerente, pois protege a sociedade sem ao mesmo tempo ser injusta com o acusado (TJRS, Ap. Crim. 70006954291, 8^a Câm. Crim., Rel. Des. Roque Miguel Fank, j. 17/12/2003).

Inciso I – Como exemplo da primeira hipótese de suspensão, prevista pelo inc. I do art. 116 do Código Penal, podemos citar o delito de bigamia. Se a validade do casamento anterior estiver sendo discutida no juízo cível, o curso da ação penal ficará suspenso, suspendendo-se, também, o prazo prescricional, até que seja resolvida a questão prejudicial. Sendo decidida a questão prejudicial, o processo retoma seu curso normal, bem como tem-se por reiniciado o lapso prescricional, ficando o juízo criminal vinculado à decisão proferida pelo juízo cível.

Inciso II – O inc. II do art. 116 do Código Penal cuida da hipótese do agente que cumpre pena no estrangeiro. Conforme lição de Frederico Marques, “a razão desse impedimento está na impossibilidade de obter-se a extradição do criminoso; e como poderia o tempo de cumprimento da pena no estrangeiro ser tal que o da prescrição corresse por inteiro, consignou o legislador a regra em foco, para evitar que se extinguisse o direito estatal de punir”.¹⁸ Em sentido contrário, se o agente cumpre pena no Brasil, não ocorrerá a suspensão do prazo da prescrição.

Parlamentares

Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação (§ 3º do art. 53 da CF). O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora (CF, art. 53, § 4º). *A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato* (CF, art. 53, § 5º).

Suspensão condicional do processo

Caso venha a ser concedida, não correrá o prazo prescricional, nos termos do art. 89, § 6º, da Lei nº 9.099/95.

Citação por edital

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a

produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 (art. 366 do CPP).

O prazo máximo de suspensão do curso do processo e do prazo prescricional regular-se-á pela pena máxima em abstrato cominada, observados os prazos de prescrição previstos no art. 109 do Código Penal, nos termos do Enunciado nº 415 da Súmula do STJ. Descabe falar-se em necessária citação pessoal da recorrente quando da retomada do processo, visto que o fato de não ter sido encontrada, quando da instauração da ação penal, deu ensejo à citação por edital e, por conseguinte, à suspensão do curso do processo e do prazo prescricional, de modo que, passados mais de 13 (treze) anos do fato em si, operou-se, sobre essa fase do processo, a preclusão, devendo o feito ter o seu regular prosseguimento (STJ, RHC 69.270/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJe 26/08/2016).

O período máximo de suspensão da fluência do prazo prescricional, na hipótese do art. 366 do CPP, corresponde ao que está fixado no art. 109 do CP, observada a pena máxima cominada para a infração penal (Precedentes) (STJ, HC 159429/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJe 2/8/2010).

A Lei nº 9.271/96 não cria novos casos de imprescritibilidade, mas dá um novo tratamento aos revéis, suspendendo-lhes, ao lado do estancamento do processo, o lapso prescricional, que fica pendente de uma condição, para voltar a fluir, o comparecimento do réu. A prescrição, instituto que se origina pela incúria do Estado, não pode ter seu prazo com fluência normal, quando não há mora do Estado, mas torpeza do réu, que, cometido o delito, se oculta para não se ver responsabilizado. O que a lei criou foi uma condição para as suspensões do processo e da prescrição, e outra, sem que expressamente o dissesse, para o restabelecimento da fluência de ambos, o que não implica novos casos de imprescritibilidade à margem da Magna Carta (TJRS, RSE 70009522616, 8ª Câm. Crim., Rel. Des. Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, j. 2/3/2005).

Na esteira da CADH, inserida em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678/1992 e art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, a citação pessoal é a que garante a autodefesa, ainda que não seja obrigatória, diante do direito ao silêncio. Essa é a razão da suspensão do processo nas hipóteses do art. 366 do Código de Processo Penal, com marcos limitativos da suspensão da prescrição (TJRS, Emb. Infr. 70011971652, 4ª Grupo Câm. Crim., Rel. Des. Nereu José Giacomolli, j. 26/8/2005).

O prazo para suspensão do lapso prescricional quando o acusado, citado por edital, não comparece para ser interrogado nem constitui advogado para defendê-lo, para evitar a caracterização da imprescritibilidade do crime, deve ficar restrito ao determinado em Lei (art. 109 do Código Penal) em face do máximo de pena cominado *in abstrato* para a espécie delitiva (TJRS, RSE 70007800964, 8ª Câm. Crim., Rel. Roque Miguel Fank, j. 25/8/2004).

Suspensão do prazo prescricional e Súmula 415 do STJ

O Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 415, publicada no DJe 16 de dezembro de 2009, que diz: ***Súmula nº 415. O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.***

Ante o silêncio da norma acerca de qual seria o prazo para a suspensão, esta Corte Superior consolidou o entendimento no sentido de que o período máximo da suspensão do prazo prescricional, no caso do artigo 366 do Código de Processo Penal, não pode ultrapassar aquele previsto no artigo 109 do Código Penal, considerada a pena máxima abstratamente prevista em lei para o delito analisado (STJ, AgRg. no HC 105560/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T, DJe 27/6/2014).

Assim, para as hipóteses previstas pelo art. 366 do Código de Processo Penal, a suspensão

do prazo prescricional será regulada pelo máximo da pena cominada em abstrato, nos termos do art. 109 do Código Penal.

Acusado que se encontra no estrangeiro, em lugar sabido

Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento (art. 368 do CPP).

Prescrição. Pretensão punitiva. Inocorrência. Alegação de posterioridade da norma que previu a expedição de carta rogatória como causa de suspensão do prazo prescricional. Irrelevância, ante o não transcurso do lapso após o recebimento da denúncia – Inteligência do art. 117, I, do CP (TJSP, RT 837, p. 586).

Colaboração premiada na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, cuidando da colaboração premiada, no que diz respeito à organização criminosa, em seu § 3º, asseverou que: *§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.*

Causas interruptivas da prescrição Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) II – pela pronúncia; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) III – pela decisão confirmatória da pronúncia; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (*Redação dada pela Lei nº 11.596, de 29/11/2007.*) V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (*Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º/4/1996.*) VI – pela reincidência.

(*Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º/4/1996.*) § 1º Exetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) § 2º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

(*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.*) **Causas interruptivas da prescrição**

Ao contrário do que ocorre com as causas suspensivas, que permitem a soma do tempo anterior ao fato que deu causa à suspensão da prescrição, com o tempo posterior, as causas interruptivas têm o condão de fazer com que o prazo, a partir delas, seja novamente reiniciado, ou seja, após cada causa interruptiva da prescrição deve ser procedida nova contagem do prazo, desprezando-se, para esse fim, o tempo anterior ao marco interruptivo.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico, no sentido de que o acórdão confirmatório da condenação, ainda que modifique a pena fixada, não interrompe o curso do prazo prescricional. Precedentes (STJ, AgRg. no REsp. 1152014/RS, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, 6^a T., DJe 19/4/2013).

As causas interruptivas da prescrição são tomadas como dados cronológicos. Não se tem em conta a legalidade ou a ilegalidade da decisão judicial. A relevância se restringe a policiar o desenvolvimento do *ius persequendi*, impedir que a instauração ou o transcorrer do processo se alonguem de modo intolerável. Sabe-se que a relação processual confere ao sujeito passivo direito a solução em prazo razoável. Insista-se, no caso da prescrição, não interessa o conteúdo da decisão, mas a sua tempestividade. E a enumeração das causas interruptivas é taxativa. Não admite ampliação. A natureza jurídica e a teleologia do instituto jurídico não podem ser desprezadas pela intérprete. Somente assim, situar-se-á, com precisão, no sistema jurídico (STJ, RHC 8391/GO, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6^a T., RMP 11, p. 498).

Recebimento da denúncia ou queixa

A prescrição é interrompida na data do despacho de *recebimento*, não importando a data do *oferecimento* da denúncia ou da queixa.

O recebimento da denúncia por magistrado absolutamente incompetente não interrompe a prescrição penal (CP, art. 117, I). Esse o entendimento da 2^a Turma ao denegar *habeas corpus* no qual a defesa alegava a consumação do lapso prescricional intercorrente, que teria acontecido entre o recebimento da denúncia, ainda que por juiz incompetente, e o decreto de condenação do réu. Na espécie, reputou-se que a prescrição em virtude do interregno entre os aludidos marcos interruptivos não teria ocorrido, porquanto apenas o posterior acolhimento da peça acusatória pelo órgão judiciário competente deteria o condão de interrompê-la (STF, HC 104907/PE, Rel. Min. Celso de Mello, 2^a T., j. 10/5/2011, *Informativo* nº 626).

O recebimento da denúncia é causa interruptiva da prescrição. Não apreciada a denúncia, em razão do disposto na Lei nº 9.099/95, art. 76, e não efetivada a transação penal, não se dá por interrompido o prazo prescricional (STJ, Apn 94/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, CE, DJ 11/3/2002, p. 151).

A denúncia anulada não serve como causa interruptiva do prazo prescricional. A ratificação dos seus termos equivale a uma nova denúncia, e, do seu recebimento, começa fluir o curso daquele prazo (STJ, RHC 6488/GO, Rel. Min. William Patterson, 6^a T., RT 753, p. 562).

Recebimento da denúncia ou queixa na nova legislação processual penal

As alterações no Código de Processo Penal levadas a efeito pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, trouxeram alguns impasses. Isso porque, em duas passagens distintas, constantes dos arts. 396 e 399, fez-se menção ao recebimento da denúncia. Agora, a pergunta que fazemos é a seguinte: Em qual dos momentos previstos no Código de Processo Penal poderá ser reconhecido o recebimento da denúncia para efeitos de interrupção da prescrição?

Seria na primeira oportunidade em que o julgador tomasse conhecimento da denúncia ou queixa (art. 396, *caput*, do CPP), ou após a resposta do réu (art. 399 do CPP)? Essas respostas, como percebemos, são extremamente importantes, uma vez que, dependendo do caso concreto, poderá importar no reconhecimento ou não da prescrição.

Duas posições se formaram após a edição do referido diploma legislativo. A primeira, entendendo que a denúncia deve ser considerada como recebida nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, podemos citar as lições de Nereu José Giacomolli, quando diz: “Da maneira como se estruturou a reforma, não há como ser sustentado ser o segundo momento o verdadeiro momento do recebimento da acusação. É o que se infere de uma leitura sistemática do art. 363 do CPP (processo penal se forma com a citação do acusado); do art. 366 do CPP (suspensão do processo após a citação por edital, quando o réu não comparecer e nem constituir advogado) e do art. 397 do CPP (absolvição sumária). Todos esses atos processuais e decisões ocorrem antes do recebimento da denúncia que está no art. 399 do CPP. Portanto, o momento do recebimento da acusação é o que se encontra previsto no art. 396 do CPP.”¹⁹

Em sentido contrário, Paulo Rangel aduz: “Não há dúvida de que o legislador cometeu uma falta grave dentro da área da redação do recebimento da denúncia e merece um cartão vermelho. A denúncia apenas é recebida no art. 399 e a razão é simples: A uma, quando a denúncia é oferecida, o juiz determina a citação do réu para responder à acusação.

A duas, oferecida a resposta prévia, o juiz é chamado a se manifestar sobre a presença ou não das causas mencionadas no art. 397, isto é, se absolve sumariamente ou não o acusado.

A três, não absolvendo sumariamente o réu, aí, sim, o juiz recebe a denúncia e determina audiência de instrução e julgamento.

Perceba que são passos, coerentes, que devem ser dados pelo juiz. Não faz sentido o juiz receber a denúncia no art. 396 e citar o réu para oferecer a resposta prévia. Por que a resposta prévia então? A resposta prévia é uma inovação das leis modernas que entraram em vigor no ordenamento jurídico possibilitando ao juiz ouvir primeiro o acusado, antes de colocá-lo no banco dos réus. É o exercício do contraditório e da ampla defesa, pois receber a denúncia antes da resposta prévia não faria sentido.

A Lei de Drogas – nº 11.343/2006 – também tem a mesma regra em seus arts. 55 e 56 onde o juiz apenas recebe a denúncia depois da manifestação da defesa.

A Lei do Jecrim nº 9.099/1995 – tem o art. 81, que permite que primeiro a defesa responda à acusação para depois o juiz receber ou não a acusação.

A expressão *recebê-la-á* do art. 396 não significa tecnicamente juízo de admissibilidade da acusação, mas sim o ato de ‘entrar na posse’ da petição inicial penal. Recebe em suas mãos

a petição inicial. Se a denúncia é distribuída à vara criminal, ela é entregue ao juiz que a recebe em suas mãos, sem exercer ainda o juízo de admissibilidade.”²⁰

Entendemos, com a devida *venia*, que a razão se encontra com a segunda corrente, que preleciona que o recebimento da denúncia só acontece, efetivamente, no art. 399 do Código de Processo Penal. Isso porque, como bem salientou Paulo Rangel, inicialmente, ou seja, no momento previsto pelo art. 396 do Código de Processo Penal, o juiz toma o primeiro contato com a acusação.

Ali, se observar que a inicial padece de vícios graves, a exemplo da ausência de uma das condições necessárias para o regular exercício do direito de ação, com a ilegitimidade da parte, já a rejeitará de plano. Se, pelo menos superficialmente, tudo estiver em ordem, determinará a citação do acusado para que apresente sua resposta, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Após a resposta do réu, depois de sopesar os argumentos e as provas trazidas para os autos, se não for o caso de rejeição, ou mesmo de absolvição sumária, receberá a denúncia ou queixa e designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente, conforme dispõe o art. 399 do Código de Processo Penal.

Concluímos, outrossim, que somente nesse momento é que se considerará interrompida a prescrição, levando-se a efeito, consequentemente, os cálculos relativos aos prazos prespcionais.

Em sentido contrário, já decidiu o STJ: [A par da divergência doutrinária instaurada, na linha do entendimento majoritário \(Andrey Borges de Mendonça; Leandro Galluzzi dos Santos; Walter Nunes da Silva Junior; Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto\), é de se entender que o recebimento da denúncia se opera na fase do art. 396 do Código de Processo Penal. Apresentada resposta pelo réu nos termos do art. 396-A do mesmo diploma legal, não verificando o julgador ser o caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito, designando data para a audiência a ser realizada. A fundamentação referente à rejeição das teses defensivas, nesta fase, deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejulgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime \(HC 138089/SC, *Habeas Corpus* 2009/0106982-9, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 22/3/2010\).](#)

Aditamento à denúncia

Não interrompe a prescrição, a não ser que contenha novos fatos que se traduzam em nova infração penal,²¹ ou que importe em inclusão de novo acusado.²²

O *caput* do art. 384 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada

pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, diz, textualmente: *Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.*

O aditamento da denúncia não se constitui em causa interruptiva da prescrição quando se circunscreve a retificar lapso verificado por ocasião do oferecimento da exordial, consistente, apenas, na descrição de circunstâncias fáticas já conhecidas em momento anterior ao início da ação penal (STJ, HC 23493/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., RSTJ 174, p. 461).

Não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva se não decorreu o lapso de tempo necessário entre a data de proferimento da sentença e a data do aditamento da denúncia, que trouxe fatos novos resultando em modificação na capitulação do delito imputado, inclusive com mudança no rito procedural, e determinou a inclusão de corréus (STJ, REsp. 276841/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 1º/7/2002, p. 371).

Despacho anterior anulado

O prazo prescricional será interrompido somente a partir do novo despacho de recebimento da peça inaugural, pois, segundo o STF, **termo inicial do prazo prescricional é o recebimento válido da denúncia e não despacho anterior de recebimento anulado** (HC, Rel. Des. Thompson Flores, RTJ 95, p. 1.058).

Despacho que rejeita a denúncia ou a queixa

Não interrompe a prescrição.

O acórdão que dá provimento ao recurso contra a rejeição da denúncia vale desde logo como seu recebimento, nos termos do que dispõe o enunciado 709 da Súmula do Pretório Excelso. Deve, portanto, ser considerado como marco interruptivo da prescrição (STJ, AgRg. no AREsp. 8610/BA, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 22/6/2011).

Denúncia ou queixa recebida por juiz incompetente

Não interrompe a prescrição, somente o interrompendo, de acordo com Cesar Roberto Bitencourt, o recebimento renovado pelo *juiz natural*.²³

Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que o recebimento da denúncia por magistrado absolutamente incompetente não interrompe o curso do prazo prescricional (STJ, RHC 29599/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 20/6/2013).

Pronúncia

Nos processos de competência do Júri, a decisão de pronúncia interrompe a prescrição, contando-se tal marco interruptivo a partir da sua publicação em cartório.

Nesse sentido, prelecionam Luiz Carlos Betelho e Marcos Zilli: “A data da interrupção é o

dia em que a decisão de pronúncia é baixada em cartório, o que pode corresponder ou não à data colocada pelo juiz".²⁴

Considera-se como decisão confirmatória da pronúncia, para efeito do art. 117 do CP – causa interruptiva da prescrição –, aquela proferida no julgamento do recurso em sentido estrito, e não o acórdão que rejeitou os embargos infringentes opostos contra essa decisão, por falta de previsão legal (STJ, REsp. 658059/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 13/12/2004, p. 439).

Para que a decisão de pronúncia surta o efeito de interromper a prescrição (art. 117, II, do CP), basta que seja publicada em cartório, em mãos do escrivão, visto que a intimação pessoal somente é necessária para o prosseguimento do processo, nos termos do disposto no art. 413 do CPP.²⁵ Precedentes (STJ, RHC 9777/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., LEXSTJ 134, p. 297).

Desclassificação que afasta a competência do Júri

Se houver recurso da sentença de pronúncia e o Tribunal se manifestar no sentido da desclassificação da infração penal para aquela que não se encontre entre as de competência do Júri, remetendo os autos ao juízo monocrático competente, a pronúncia já não mais terá força interruptiva.

A sentença válida de pronúncia interrompe a prescrição, não sendo importante que o Júri venha a desclassificar o crime de homicídio qualificado para lesão corporal, pois seus efeitos permanecem (STJ, REsp. 76593/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., RSTJ 101, p. 244).

Desclassificação que mantém a competência do Júri

Se a desclassificação ainda disser respeito a crime de competência do Júri, mantida estará a interrupção da prescrição pela pronúncia. Da mesma forma, a desclassificação determinada pelo Conselho de Sentença não afastará o efeito interruptivo da prescrição atribuído à sentença de pronúncia.

A sentença de pronúncia é causa interruptiva da contagem do prazo prescricional, carecendo de relevância o fato de haver o Tribunal do Júri desclassificado o delito de homicídio qualificado para o de lesões corporais de natureza grave (RE 11.813, Rel. Costa Lima, DJU de 7/10/1991, p. 13.980).

O STJ, firmando o seu posicionamento, editou a Súmula nº 191, que diz: **Súmula nº 191. A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.**

Anulação da pronúncia

A interrupção ocorrerá a partir da publicação da segunda pronúncia em cartório.

Decisão confirmatória da pronúncia

A interrupção do prazo prescricional se dá no dia da realização do julgamento, e não no dia da publicação do acórdão no *Diário da Justiça*. Com esse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* impetrado contra

decisão tomada em ação penal originária pelo Tribunal de Justiça, em que se alegava a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, considerando o lapso de tempo entre o recebimento da denúncia e o dia da publicação do acórdão condenatório (STF, HC 76.448-RS, Ac. da 2^a T. em 17/2/1998, Rel. Min. Néri da Silveira, *Informativo do Supremo Tribunal Federal* 100, DORJ 13/3/1998, Seção I, p. 4.).

Sentença ou acórdão condenatórios recorríveis

Interromperá a prescrição quando da sua publicação em cartório, e não a partir da sua publicação no órgão oficial de imprensa.

O acórdão confirmatório da condenação não constitui marco interruptivo da prescrição. Precedentes (STJ, AgRg no REsp 1.060.205/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 19/05/2015).

No âmbito de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se o entendimento no sentido de que o acórdão que apenas confirma o decreto condenatório, ou dá provimento ao recurso defensivo para reduzir a reprimenda, não constitui marco interruptivo da prescrição. Outra solução não poderia ser dada à hipótese em análise, na qual, em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal de origem, de ofício, desclassificou a conduta pela qual o acusado foi condenado na sentença monocrática, reduziu a reprimenda anteriormente imposta e, na sequência, declarou extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Tal provimento jurisdicional não pode ser classificado como acórdão condenatório, conforme previsto no art. 117, inciso IV, segunda parte, do Código Penal, tendo em vista que a pretensão acusatória já fora alcançada na sentença singular. Precedente (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.447.284/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 08/05/2015).

Ao se interpretar o art. 117 do Código Penal, mesmo ‘antes da alteração introduzida pela Lei nº 11.596/2007, o Superior Tribunal de Justiça e esta Suprema Corte já haviam consolidado o entendimento de que o acórdão de segundo grau que, confirmando a condenação de primeira instância, modificasse a pena, de modo a refletir no cálculo do prazo prescricional, tinha relevância jurídica e, portanto, deveria ser considerado como uma nova causa de interrupção do prazo prescricional’ (HC 106222-SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 29.3.2011) (STF, RHC 101886 ED/SP, Rel.^a Min.^a Cármel Lúcia, 2^a T., DJe 7/5/2013).

Nos moldes de jurisprudência consolidada do pretório exelso, para fins do art. 117, IV, do CP, considera-se publicado o acórdão condenatório na data em que realizada a sessão de julgamento pelo Tribunal, havendo aí a interrupção do prazo prescricional (STJ, AgRg. no AREsp. 75419/SP, Rel.^a Min.^a Alderita Ramos de Oliveira, Desembargadora convocada do TJPE, 6^a T., DJe 1º/4/2013).

Publicação da sentença é o ato pelo qual o juiz a coloca em cartório (salvo se proferida em audiência), tornando-a pública. Não se confunde com a publicação na imprensa, ou pessoalmente, por intimação ao réu e ao defensor, para efeitos processuais, para, querendo, manifestar recurso (STJ, REsp. 77.050, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 13/5/1996, p. 15.583).

O art. 389 do Código de Processo Penal diz que a sentença será *publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim*.

O acórdão condenatório recorrível pode ser confirmatório da sentença condenatória de primeiro grau ou o que condenou, pela primeira vez, o acusado (em grau de recurso ou como competência originária). Como a Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, ao dar nova redação ao inc. IV do art. 117 do Código Penal não fez qualquer distinção, vários acórdãos

sucessíveis, desde que recorríveis, podem interromper a prescrição.

Em sentido contrário, André Estefam aduz, a nosso ver equivocadamente, *permissa venia*, que somente o acórdão que reforma a sentença absolutória, condenando o réu em grau de recurso, é que pode interromper a prescrição, ressaltando que o acórdão que confirma a sentença condenatória não possui esse efeito.²⁶

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o acórdão que confirma a condenação, ainda que majore a pena, não constitui marco interruptivo da prescrição (STJ, AgRg no AREsp 629.278/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 26/08/2016).

O acórdão confirmatório da condenação, ainda que modifique a pena fixada, não é marco interruptivo da prescrição (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.393.682/MG, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 06/05/2015).

Estamos com Paulo Queiroz quando, criticando essa posição assumida por parte de nossos doutrinadores, afirma que “o equívoco é manifesto. Primeiro porque esta lei não faz distinção entre acórdão condenatório e confirmatório da sentença condenatória, distinção que é própria da decisão de pronúncia, por outras razões; no particular a distinção é arbitrária, portanto. Segundo porque o acórdão que confirma a sentença condenatória a substitui. Terceiro, porque este acórdão é tão condenatório quanto qualquer outro. Quarto, porque a distinção implicaria conferir a este acórdão efeito próprio de absolvição. Quinto, porque não faria sentido algum que o acórdão que condene pela primeira vez interrompesse o prazo prescricional e o seguinte não. Finalmente, se os argumentos no sentido de distinguir acórdão condenatório e confirmatório faziam sentido antes da reforma, já agora não o fazem mais.”²⁷

A simples leitura do resultado durante a sessão do Tribunal já é suficiente para se concluir pela publicação do acórdão e consequente interrupção da prescrição.

Sentença condenatória anulada

A interrupção ocorrerá com a publicação da nova decisão.

A sentença penal condenatória anulada não interrompe a prescrição. (Precedentes do STJ e do STF) (STJ, HC 30535/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 9/2/2004, p. 196).

Sentença concessiva do perdão judicial

Não interrompe a prescrição, tendo em vista ser de natureza meramente declaratória de extinção da punibilidade, nos termos da Súmula 18 do STJ.

Início ou continuação do cumprimento da pena

A data de início ou continuação do cumprimento da pena interrompe a prescrição da pretensão executória do Estado.

A audiência admonitória realizada para informar ao condenado a modalidade da pena restritiva de direitos imposta não é marco interruptivo da prescrição, pois não se equipara ao início do cumprimento da pena, nos

termos do art. 117, inc. V, do Código Penal (STJ, EDcl no *RHC 15447/SC*, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJ* 6/2/2006, p. 288).

Se o acusado esteve preso legalmente por um único dia isso já é suficiente para a interrupção do prazo prescricional. (CP, art. 117, V) (STJ, *RHC 4275/RJ*, Rel. Min. Edson Vidigal, 5^a T., *DJ* 5/2/1996 p. 1.408).

Reincidência

Como ressaltam Zaffaroni e Pierangeli, a prescrição da pretensão executória é interrompida “na data do trânsito em julgado de nova sentença condenatória, ou seja, com sentença condenatória por um segundo crime e não na data do cometimento desse crime, muito embora parte da jurisprudência se oriente em sentido contrário, ora pela data da prática do novo crime, ora pela data da instauração de nova ação penal”.²⁸

Consoante o entendimento pacificado nesta Corte Superior de Justiça, a reincidência, como causa de interrupção da prescrição da pretensão executória, é contada a partir da prática do novo delito, e não do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória (STJ, *HC 360.940/SC*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., *DJe* 22/09/2016).

Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, como causa interruptiva da prescrição, nos termos do art. 117, VI, do Código Penal, configura-se na data da prática de novo delito, não se exigindo o trânsito em julgado da condenação, que somente constituiria condição de validade da referida baliza prescricional, a ser avaliada em momento posterior (STJ, *HC 185048/SP*, Rel. Min. Og Fernandes, 5^a T., *DJe* 29/6/2012).

Efeitos da interrupção

Excetuados os casos dos incs. V e VI do art. 117 do Código Penal, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

A teor do disposto na segunda parte do § 1º do art. 117 do Código Penal, nos crimes conexos, que sejam objeto no mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção concernente a qualquer deles (STF, *HC 71983/SP*, Rel. Min. Marco Aurélio, 2^a T., *DJ* 31/5/1996, p. 18.801).

Prescrição da pretensão executória de pena alternativa

O marco determinante da interrupção do prazo prescricional da pretensão executória da pena alternativa é “o efetivo início do seu cumprimento no local designado pelo Juízo das Execuções” (*HC 268.085/SP*, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5^a T., julg. 11/02/2014; *HC 305.039/SP*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., julg. 16/12/2014; *HC 203.786/SP*, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., julg. 11/03/2014) (STJ, *HC 314.862/SP*, (STJ, *HC 303.800/SP*, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5^a T., *DJe* 05/05/2015).

Art. 118. As penas mais leves prescrevem com as mais graves.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) A teor do que dispõe o art. 118 do *Codex Penalista*, devem as penas mais leves prescreverem juntamente

com as mais graves. Prescrita a pena privativa de liberdade e, por consequência, a pena pecuniária, deve ser declarada também a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva quanto à perda do cargo público, pois sendo esta mais leve que a sanção corporal, não pode aquela subsistir a esta (STJ, AgRg no AREsp 590.044/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 16/12/2014).

De acordo com o art. 118 do Código Penal, as penas mais leves prescrevem com as mais graves. Assim, a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor impõe cumulativamente com a privativa de liberdade prescreve no prazo desta. Não decorrido o prazo prescricional das penas mais graves – restritivas de direito aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade –, não há que se falar em prescrição da pena mais leve – suspensão da habilitação para dirigir (STJ, REsp. 628730/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 13/6/2005 p. 333).

Na prescrição, a pena acessória, assim como a pena de multa (art. 118 do CP), acompanha a pena privativa de liberdade (STJ, REsp. 255646/MG, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., RSTJ 182, p. 447).

Se a pena pecuniária foi imposta cumulativamente com a privativa de liberdade e, concedido o *sursis*, a prescrição da pena de multa começa a correr a partir do momento em que se inicia o poder-dever de punir do estado, o que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória (STJ, REsp. 2200/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5^a T., RT 667, p. 349).

Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Concurso de crimes

Em razão da determinação contida no mencionado art. 119 do Código Penal, embora a pena final aplicada possa ter sido fruto de um concurso de crimes, para efeitos de prescrição, teremos de encontrar a pena de cada uma das infrações penais, individualmente, e sobre ela fazer o cálculo prescricional.

A prescrição após transitada em julgado a sentença condenatória para a acusação é regulada pela pena em concreto (art. 112, inc. I, do CP), individualmente verificada quanto a cada crime (art. 119 do CP), razão pela qual o prazo prescricional aplicável a cada um dos delitos é de 12 anos, haja vista que as penas são superiores a 4 e não excedem 8 anos de reclusão (art. 109, inc. III, do CP), devendo, no entanto, ser reduzido pela metade (art. 115 do CP) no presente caso, ou seja, 6 (seis) anos, pois o embargante era, ao tempo do crime, menor de 21 anos. Assim, levando-se em consideração o último marco interruptivo, qual seja, a condenação em primeiro grau (13/03/2007), há que se reconhecer, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva, visto que desde o referido marco interruptivo e a presente data transcorreu período superior a 6 (seis) anos (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.450.835/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 28/09/2016).

Nos termos do art. 119, do CP, em caso de concurso material a análise da extinção da punibilidade deve ser feita para cada um dos crimes de forma isolada (STJ, REsp. 1106603/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5^a T., DJe 27/6/2014).

O crime continuado dada a pluralidade de delitos, tratados unitariamente, aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticos, ou a mais grave, se diversos, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (CP, art. 71). A prescrição é referida não à pena unificada, mas à de cada crime considerado isoladamente (CP, art. 111, § 3º) (STJ, REsp. 164762/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., *LEXSTJ* 117, p. 342).

A regra é a de que, tratando-se de concurso de crimes, ‘a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente’. Evidentemente que a regra preside tanto o concurso material quanto o formal e o crime continuado. No concurso formal, é lícito venha a prescrição a recair sobre o aumento de pena quando o agente tenha praticado dois crimes (STJ, HC 45140/DF, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª T., *DJ* 6/2/2006, p. 358).

No concurso formal de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre a pena cominada por cada crime, isoladamente, consoante a regra do art. 119 do Código Penal (STJ, REsp. 337747/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., *DJ* 16/6/2003, p. 369).

Súmula nº 497 do STF

Súmula nº 497. Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

Perdão judicial Art. 120. A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) Perdão judicial e reincidência

Como a natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial é declaratória de extinção da punibilidade, não poderá ser considerada para efeitos de reincidência.

Penal. Perdão judicial. Efeitos secundários. Alcance. Concebida a sentença concessiva do perdão judicial como de natureza extintiva da punibilidade, nenhum efeito secundário pode persistir. Recurso Especial Improvido (REsp. 2201/SP, REsp. 1990/0001454-9, Rel. Min. William Patterson, 6ª T., *RSTJ* 16, p. 480).

Em sentido contrário: Perdão judicial concedido. Abrangência apenas dos efeitos principais da condenação, subsistindo os secundários. Lançamento do nome do réu no rol dos culpados e responsabilidade pelo pagamento das custas (STF) (*RT* 632, p. 399).

Perdão judicial. Efeitos. Abrangência dos principais e dos secundários da condenação – Extinção da punibilidade que exime o réu de qualquer consequência penal e torna insubstancial a natureza condenatória da sentença – Inteligência dos arts. 107, IX, e 120 do CP – Voto vencido (STJ) (*RT* 659, p. 329).

Súmula nº 18 do STJ

A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

Concessão de perdão judicial e interesse em recorrer

Uma vez concedido o perdão judicial, nossos Tribunais têm decidido que falta ao sentenciado interesse de agir no sentido de recorrer para efeitos de modificação da decisão.

Perdão judicial. Extinção da punibilidade. Interesse de agir. Sendo o *perdão judicial* uma causa de extinção da punibilidade, falta ao seu beneficiário interesse processual para recorrer (*RJTAMG* 48, p. 378).

Não podemos, no entanto, concordar com essa decisão, pois o sentenciado tem o direito subjetivo de alcançar um decreto absolutório, não devendo, obrigatoriamente, contentar-se com a sentença que lhe concedeu o perdão judicial. Há, portanto, segundo nossa posição, interesse de agir.

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*, p. 5.

² Conforme a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que, por intermédio de seu art. 1º, concedeu anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometaram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

³ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao código penal*, v. IV, p. 126.

⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*, p. 121.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 287.

⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*, p. 30.

⁷ JESUS, Damásio E. de. *Crimes de trânsito*, p. 50.

⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Crimes de trânsito*, p. 162-163.

⁹ STOCO, Rui. Código de trânsito brasileiro: disposições penais e suas incongruências. *Boletim do IBCCrim* nº 61, p. 9.

¹⁰ A Lei nº 10.409/02 foi revogada pela Lei nº 11.343/06 (Lei Antidrogas).

¹¹ JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*, p. 22.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*, v. 1, p. 672.

¹³ “Pode-se falar no interesse-utilidade, compreendendo a ideia de que o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumar-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir)” (GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 65).

¹⁴ VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*, p. 236.

¹⁵ Aqui deverão ser observados os arts. 141 e 142 da Lei de Execução Penal e o art. 88 do Código Penal.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. *Código penal anotado*, p. 423.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – Parte geral*, v. 1, p. 600.

¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. III, p. 505.

¹⁹ GIACOMOLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*, p. 64-65.

²⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, p. 495.

²¹ JUTACRIM. 35, p. 180.

²² RJD 2, p. 128.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*, v. 1, p. 683.

²⁴ BETANHO, Luiz Carlos; ZILLI, Marcos. *Código penal e sua interpretação – Doutrina e jurisprudência*, p. 610.

²⁵ Atualmente, art. 420 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.

²⁶ ESTEFAM, André. *Direito penal – Parte geral*, p. 467.

²⁷ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte geral*, p. 433.

²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 760.

Parte Especial

Título I – Dos Crimes contra a Pessoa

Capítulo I – Dos Crimes contra a Vida

Homicídio simples

Art 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido: I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II – por motivo fútil;

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: **Feminicídio**

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 2º-A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Redação dada pela Lei nº 10.741, de 1º/10/2003.

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

Incluído pela Lei nº 6.416, de 24/5/1977.

§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

Incluído pela Lei nº 12.720, de 27/9/2012.

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima. NR

O primeiro homicídio

A Bíblia nos relata a história do primeiro homicídio, cometido por Caim contra seu irmão Abel, em Gênesis, Capítulo 4, versículo 8.

Homicídio simples, privilegiado e qualificado

O homicídio simples, previsto no *caput* do art. 121 do Código Penal, cuja pena de reclusão varia de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, possui a redação mais compacta de todos os tipos penais incriminadores, que diz: *matar alguém*. O núcleo *matar* diz respeito à ocisão da vida de um homem, por outro homem. *Alguém* deve ser entendido como o *ser vivo*, nascido de mulher. O § 1º do art. 121 do Código Penal prevê o chamado homicídio privilegiado. Na verdade, a expressão *homicídio privilegiado*, embora largamente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência, nada mais é do que uma *causa especial de redução de pena*, tendo influência no terceiro momento da sua aplicação. Localizado após as causas de diminuição de pena encontra-se o homicídio qualificado, no § 2º do art. 121 do Código Penal, cominando uma pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; simples; de forma livre (como regra, pois existem modalidades qualificadas que indicam os meios e modos para a prática do delito, como ocorre nas hipóteses dos incs. III e IV), podendo ser cometido dolosa ou culposamente, comissiva ou omissivamente (nos casos de omissão imprópria, quando o agente possuir *status de garantidor*); de dano; material; instantâneo de efeitos permanentes; não transeunte; monossubjetivo; plurissubsistente; podendo figurar, também, a hipótese de *crime de ímpeto* (como no caso da violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeito ativo do delito de homicídio pode ser qualquer pessoa, haja vista tratar-se de um delito comum. *Sujeito passivo*, da mesma forma, também pode ser qualquer pessoa, em face da ausência de qualquer especificidade constante do tipo penal.

A Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, especializou o homicídio, criando a figura do *feminicídio*, quando alguém, de acordo com o disposto no inciso VI do § 2º do art. 121 do Código Penal, causa a morte de uma mulher por razões da condição de sexo feminino. Da mesma forma, a Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015, inserindo o inciso VII no § 2º do art. 121 do Código Penal também o especializou, quando o qualificou tendo em vista a especial condição do sujeito passivo, vale dizer, quando o homicídio tiver como sujeito passivo autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição. Assim, nesses casos, sujeitos passivos somente serão aqueles arrolados nos incisos VI e VII do § 2º do art. 121 do Código Penal.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Objeto material do delito é a *pessoa* contra a qual recai a conduta praticada pelo agente. *Bem juridicamente protegido* é a vida e, num sentido mais amplo, a pessoa.

Exame de corpo de delito

Tratando-se de crime material, infração penal que deixa vestígios, o homicídio, para que possa ser atribuído a alguém, exige a confecção do indispensável exame de corpo de delito, direto ou indireto, conforme determinam os arts. 158 e 167 do CPP.

O aresto objurgado alinha-se a entendimento pacificado neste Sodalício no sentido de que, quando a conduta deixar vestígios, o exame de corpo de delito é indispensável à comprovação da materialidade do crime, podendo o laudo pericial ser suprido por outras provas somente quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos (STJ, AgRg no AREsp

O fato de inexistir nos autos exame de corpo de delito não afasta a materialidade delitiva, porquanto aplicável ao caso o disposto no art. 167 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: ‘Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta’ (TJRS, 1^a Câm., Rese 70027447374, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, *DJ* 25/3/2009).

Em situações extraordinárias, admite-se que elementos outros de prova, que não o exame de corpo de delito, possam evidenciar a materialidade delitiva. *In casu*, contudo, encontrando-se a vítima internada no hospital, seria possível a realização do exame indireto, com base nas fichas clínicas (STJ, *HC* 92644/DF, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., *DJe* 15/6/2009).

Pela interpretação dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal, conclui-se que, relativamente às infrações que deixam vestígio, a realização de exame pericial se mostra indispensável, podendo a prova testemunhal supri-lo apenas na hipótese em que os vestígios do crime tiverem desaparecido. Precedentes do STJ (STJ, REsp. 1008913/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., *DJe* 9/3/2009).

O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal e a confissão do réu não suprem sua ausência (STJ, *HC* 109478/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., *DJe* 9/3/2009).

Exame de corpo de delito. Ausência de cadáver. Prescindibilidade diante de outras provas. O exame de corpo de delito, embora importante à comprovação nos delitos de resultado, não se mostra imprescindível, por si só, à comprovação da materialidade do crime. No caso vertente, em que os supostos homicídios têm por característica a ocultação dos corpos, a existência de prova testemunhal e outras podem servir ao intuito de fundamentar a abertura da ação penal, desde que se mostrem razoáveis no plano do convencimento do julgador, que é o que consagrou a instância *a quo* (STJ, *HC* 79735/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., *DJ* 3/12/2007, p. 368).

Elemento subjetivo

O elemento subjetivo constante do *caput* do art. 121 do Código Penal é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de matar alguém. O agente atua com o chamado *animus necandi* ou *animus occidendi*. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente a causar a morte de um homem.

Pode ocorrer o homicídio tanto a título de dolo direto, seja ele de primeiro ou de segundo grau, como eventual.

Modalidades comissiva e omissiva

Pode o delito ser praticado comissivamente quando o agente dirige sua conduta com o fim de causar a morte da vítima, ou omissivamente, quando deixa de fazer aquilo a que estava obrigado em virtude da sua qualidade de garantidor (crime omissivo impróprio), conforme preconizado pelo art. 13, § 2º, alíneas *a*, *b*, e *c* do Código Penal, agindo dolosamente em ambas as situações.

Meios de execução

Delito de forma livre, o homicídio pode ser praticado mediante diversos meios, que podem ser subdivididos em: *a) diretos; b) indiretos; c) materiais; d) morais.*

Podemos citar como exemplos de meios *diretos* na prática do homicídio o disparo de arma de fogo, a esganadura etc.; *indiretos*, o ataque de animais açulados pelo dono, loucos estimulados; os meios *materiais* podem ser mecânicos, químicos, patológicos; os meios *moraes* são, por exemplo, o susto, o medo, a emoção violenta.

Consumação e tentativa

A consumação do delito de homicídio ocorre com o resultado morte. Admite-se a tentativa na modalidade dolosa.

Homicídio privilegiado

Cuida-se, na verdade, de causa especial de diminuição de pena, também conhecida como *minorante*. Se afirmada no caso concreto, obrigará a redução da pena, não se tratando de faculdade do julgador, mas, sim, direito subjetivo do agente. O § 1º do art. 121 do Código Penal pode ser dividido em duas partes. Na primeira, residiria o *motivo de relevante valor social ou moral*; na segunda, quando o agente atua *sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima*.

Para estabelecer o patamar redutor em razão do privilégio, que varia de 1/3 (um terço) a 1/6 (um sexto), o julgador deverá avaliar a emoção sofrida pelo agente diante da atuação da vítima, ou seja, os aspectos subjetivos da própria causa, baseando-se na relevância do valor moral ou social, devendo aproximar-se do seu grau máximo de redução quando a circunstância que motivou a ação do agente foi preponderante para o cometimento do delito (TJES, AC 048109001932, Rel. Sérgio Bizotto Pessoa de Mendonça, DJe 13/7/2011).

Motivo de relevante valor social ou moral

Relevante valor social é aquele motivo que atende aos interesses da coletividade. Não interessa tão somente ao agente, mas, sim, ao corpo social. A morte de um traidor da pátria, no exemplo clássico da doutrina, atenderia a coletividade, encaixando-se no conceito de valor social. Podemos traçar um paralelo com a morte de um *político corrupto*, por um agente revoltado com a situação de impunidade no país.

Relevante valor moral é aquele que, embora importante, é considerado levando-se em conta os interesses do agente. Seria, por assim dizer, um *motivo egoisticamente considerado*, a exemplo do pai que mata o estuprador de sua filha.

As hipóteses de *eutanásia* também se amoldam à primeira parte do § 1º do art. 121 do Código Penal.

Não há que se ter como contraditória a decisão dos jurados que não vislumbra a ocorrência do homicídio

privilegiado e, de outro lado, reconhece a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, *a*, do Código Penal (Precedente). O privilégio contido no § 1º do art. 121 do CP, não se confunde com a atenuante genérica do art. 65, III, *a*, do mesmo diploma legal (STJ, HC 47448/MS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 13/2/2006, p. 839).

Sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provação da vítima

Sob o domínio significa que o agente deve estar *completamente dominado* pela situação. Caso contrário, se somente agiu influenciado, a hipótese não será de redução de pena em virtude da aplicação da minorante, mas tão somente de atenuação, em face da existência da circunstância prevista na alínea *c* do inc. III do art. 65 do Código Penal (*sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima*).

Inconfundível o privilégio previsto no § 1º do art. 121 do Código Penal com a atenuante referida no art. 65, inc. III, alínea *c*, do mesmo diploma legal. A primeira regra incide quando o agente comete o crime *sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provação da vítima*; a segunda, quando apenas influenciado por esse sentimento, dispensado o requisito temporal (TJDFT, APR 19980110369450, Rel. Getúlio Pinheiro, 2ª T., Crim., j. 22/2/2007, DJ 22/3/2007, p. 116).

O reconhecimento do homicídio privilegiado se impõe unicamente quando presentes a existência de uma emoção absoluta, provação injusta do ofendido e reação imediata do agente, que age em abalo emocional, não bastando estar *sob sua influência* (APR 20010110076124, Rel. Aparecida Fernandes, 2ª T. Crim., DJ 21/11/2007, p. 253).

Emoção, na definição de Hungria, “é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da efetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar precípite do coração, alterações térmicas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vasimotoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenômenos musculares, alteração das secreções, suor, lágrimas etc.)”.¹

Logo em seguida denota relação de imediatidate, de proximidade com a provação injusta a que foi submetido o agente. Isso não significa, contudo, que *logo em seguida* não permita qualquer espaço de tempo. O que a lei busca evitar, com a utilização dessa expressão, é que o agente que, provocado injustamente, possa ficar “ruminando” sua vingança, sendo, ainda assim, beneficiado com a diminuição da pena. Não elimina, contudo, a hipótese daquele que, injustamente provocado, vai até sua casa em busca do instrumento do crime, para com ele produzir o homicídio. Devemos entender a expressão *logo em seguida* utilizando um critério de razoabilidade.

Injusta provação diz respeito ao fato de ter a vítima, com seu comportamento, feito eclodir a reação do agente. Injusta provação não se confunde com injusta agressão, uma vez que esta última permite a atuação do agredido em legítima defesa, afastando a ilicitude da conduta.

O homicídio praticado friamente horas após pretendida injusta provação da vítima não pode ser considerado privilegiado. A simples existência de emoção por parte do acusado igualmente não basta a seu

reconhecimento, pois não se pode outorgar privilégios aos irascíveis ou às pessoas que facilmente se deixam dominar pela cólera (TJSP, AC, Rel. Gonçalves Sobrinho, *RT* 572, p. 325).

Homicídio qualificado

As qualificadoras constantes dos incisos do § 2º do art. 121 do Código Penal dizem respeito aos *motivos* (I, II, VI e VII), *meios* (III), *modos* (IV) e *fins* (V).

Qualificadoras são circunstâncias e não elementares

Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no *caput*) são elementares (*essentialia delicti*); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (*accidentalia delicti*). No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, *ex vi* do art. 30 do CP, incomunicável. É nulo o julgamento pelo Júri em que o Conselho de Sentença acolhe a comunicabilidade automática de circunstância pessoal com desdobramento na fixação da resposta penal *in concreto* (STJ, *HC* 78404/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., *DJe* 9/2/2009).

Paga ou promessa de recompensa

A paga é o valor ou qualquer outra vantagem, tenha ou não natureza patrimonial, *recebida antecipadamente*, para que o agente leve a efeito a empreitada criminosa. Já na *promessa de recompensa*, como a própria expressão demonstra, o agente não recebe antecipadamente, mas, sim, existe uma promessa de pagamento futuro. Tanto a paga quanto a promessa de recompensa não devem possuir, necessariamente, natureza patrimonial, podendo ser de qualquer natureza, a exemplo de uma promessa de casamento ou mesmo uma relação sexual. Embora exista controvérsia doutrinária e jurisprudencial, o mandante do crime não responderá por essa qualificadora, que diz respeito tão somente ao executor, podendo sua conduta, contudo, se amoldar a um motivo torpe, fútil ou, até mesmo, de relevante valor moral ou social.

A Turma entendeu que, no homicídio, o fato de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa, por ser elemento do tipo qualificado, é circunstância que não atinge exclusivamente o executor, mas também o mandante ou qualquer outro coautor (STJ, *HC* 99.144/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. em 4/11/2008).

Motivo torpe

O inc. I se vale de uma interpretação analógica, dando a entender que a paga e a promessa de recompensa são motivos torpes. Torpe é o motivo abjeto que causa repugnância, nojo, sensação de repulsa pelo fato praticado pelo agente.

Vingança

Segundo a doutrina, torpe é o motivo baixo, repugnante, vil, ignóbil, que repugna a coletividade. A vingança pode ou não constituir motivo torpe, na dependência do que a originou (TJRS, RESE 70052860954, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, j. 28/3/2013).

A verificação de se a vingança constitui ou não motivo torpe deve ser feita com base nas peculiaridades de

cada caso concreto, de modo que não se pode estabelecer um juízo *a priori*, seja positivo ou negativo. Conforme ressaltou o Pretório Excelso, a vingança, por si só, não substantiva o motivo torpe; a sua afirmativa, contudo, não basta para elidir a imputação de torpeza do motivo do crime, que há de ser aferida à luz do contexto do fato (*HC 83.309, MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1^a T., DJ 6/2/2004*). (STJ, *HC 80107/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 25/2/2008*, p. 339).

A vingança, por si, não enseja motivo torpe, sendo necessário que o fato que a originou seja repugnante ou vil (TJMG, Processo 1.0000.00.297427-7/000[1], Rel. Min. Mercêdo Moreira, pub. 12/3/2003).

Cíumes e motivo torpe

O sentimento de ciúme pode tanto inserir-se na qualificadora do inciso I ou II do parágrafo 2º, ou mesmo no privilégio do parágrafo primeiro, ambos do art. 121 do CP, análise feita concretamente, caso a caso. Conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, ‘no caso em exame, imputou-se intrinsecamente ao réu que sua ação foi motivada por ciúme, cuja reação do sentimento humano não pode ser considerado motivo torpe e nem fútil’ (e-STJ fl. 370). (STJ, AgRg. no AREsp. 363919/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., *DJe* 21/5/2014).

O ciúme, por si só, não pode ser equiparado a motivo torpe. Há indicativos de que o acusado teria tentado ceifar a vida da vítima em razão do término do relacionamento amoroso (TJRS, RESE 70052860954, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, j. 28/3/2013).

Torpe é o motivo repugnante ao senso ético e abjeto. Segundo entendimento preponderante na jurisprudência, não pode ser considerado torpe o crime cometido por ciúmes (TJMG, Processo 1.0433.04.138531-4/001[1], Rel. Min. Paulo Cézar Dias, pub. 19/4/2006).

Motivo fútil

É o motivo insignificante, que faz com que o comportamento do agente seja desproporcional. Segundo Heleno Fragoso, “é aquele que se apresenta, como antecedente psicológico, desproporcionado com a gravidade da reação homicida, tendo-se em vista a sensibilidade moral média”.²

Embriaguez e motivo fútil

Em que pese o estado de embriaguez possa, em tese, reduzir ou eliminar a capacidade do autor de entender o caráter ilícito ou determinar-se de acordo com esse entendimento, tal circunstância não afasta o reconhecimento da eventual futilidade de sua conduta. Precedentes do STJ (STJ, REsp. 908396/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., *DJe* 30/3/2009).

A circunstância de estar o acusado sob o efeito de bebida alcoólica, conforme acentuou a defesa, ainda que comprovada a embriaguez, não seria suficiente para excluir a qualificadora da futilidade do motivo, porquanto a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade penal, podendo até ensejar maior punição no caso da preordenada (TJRJ, 2007.050.00956/AP, 8^a Câm. Crim., Rel. Valmir de Oliveira Silva, j. 22/5/2007).

Cíumes e motivo fútil

O sentimento de ciúme pode tanto inserir-se na qualificadora do inc. I ou II do § 2º, ou mesmo no privilégio do § 1º, ambos do art. 121 do CP, análise feita concretamente, caso a caso. Polêmica a possibilidade de o ciúme qualificar o crime de homicídio é inadmissível que o Tribunal de origem emita qualquer juízo de valor,

na fase do *iudicium accusationis*, acerca da motivação do delito expressamente narrada na denúncia (STJ, AgRg no REsp 1.457.054/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 29/06/2016).

Mantém-se a qualificadora do motivo fútil quando vertente probatória advinda dos autos aponta a possibilidade de o delito ter sido cometido pelo fato do réu não ter gostado que a vítima entrou no quarto de uma moça. Eventual ciúme não é afastado e pode configurar a qualificadora, o que será apreciado pelos Jurados que emitirão o veredito de mérito (TJRS, RSE, 70019252436, 3ª Câm. Rel.^a Des.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos, DJ 13/10/2007).

Demonstrando, o caso concreto, que o réu agiu por ciúmes da vítima, sentimento negativo que não configura futilidade, incabível reconhecê-la (TJRS, Recurso em Sentido Estrito 70023116387, 3ª Câm. Crim., Rel.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 13/3/2008).

O ciúme, via de regra, não é motivo fútil, mas um sentimento humano, ainda que altamente perigoso, pois impede a ação lúcida e por ele o paciente pode ter sido levado a uma violenta emoção ao ver a vítima com a ex-companheira, por quem nutria grande afeto (STJ, RHC 019268, Rel.^a Min.^a Jane Silva [Des. convocada do TJMG], DJ 28/2/2008).

Ausência de motivo

Na hipótese em apreço, a incidência da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inc. II, do Código Penal, é manifestamente descabida, porquanto motivo fútil não se confunde com ausência de motivos, de tal sorte que se o crime for praticado sem nenhuma razão, o agente somente poderá ser denunciado por homicídio simples (Precedentes STJ) (STJ, HC 152548/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 25/4/2011).

Como é sabido, fútil é o motivo insignificante, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral. Não se pode confundir, como se pretende, ausência de motivo com futilidade. Assim, se o sujeito pratica o fato sem razão alguma, não incide essa qualificadora, à luz do princípio da reserva legal (STJ, REsp. 769651/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., DJ 15/5/2006, p. 281).

Emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum

Veneno, que deve ser ministrado insidiosamente, ou seja, sem que a vítima tenha conhecimento, é, de acordo com as lições de Almeida Júnior, Taylor e Fonzes Diacon: “a) toda substância que, atuando química ou bioquimicamente sobre o organismo, lesa a integridade corporal ou a saúde do indivíduo ou lhe produz a morte; b) toda substância, que, introduzida, por absorção, no sangue, é capaz de afetar seriamente a saúde ou destruir a vida; c) uma substância química definida que, introduzida no organismo, age, até a dose tóxica, proporcionalmente à massa e ocasiona desordens, podendo acarretar a morte”.³

A utilização de *fogo* também qualifica o homicídio, uma vez que se trata de meio extremamente cruel à sua execução. Infelizmente, a mídia tem noticiado, com certa frequência, a utilização de fogo em mortes de mendigos, índios, enfim, de pessoas excluídas pela sociedade, que vivem embaixo de viadutos, em praças públicas etc. Também é comum a veiculação de informações de traficantes que se valem desse meio cruel a fim de causar a morte de suas vítimas, normalmente prendendo-as entre pneus de caminhão, para, logo em seguida, embebidas em combustível, ateá-lhes fogo no corpo, fazendo, assim, uma fogueira

humana.

Explosivo é o meio utilizado pelo agente que traz perigo, também, a um número indeterminado de pessoas. Matar a vítima arremessando contra ela uma granada qualifica o homicídio pelo uso de explosivo. Segundo Hungria, “na sua decomposição brusca, o explosivo opera a violenta deslocação e destruição de matérias circunjacentes. Não há que distinguir entre *substâncias e aparelhos ou engenhos* explosivos. Entre os explosivos mais conhecidos, podem ser citados os derivados da nitroglicerina (*dynamite*), da nitrobenzina (*belite*), do nitrocresol (*cresolite*), da nitronaftalina (*schneiderite, chedite*), do nitrotolueno (*trotil ou tolite*), do trinitofenol ou ácido pícrico (*melinite, lidite*), o algodão-pólvora (explosivo mediante choque), os fulminatos, os explosivos com base de *ar líquido* etc.”⁴

Asfixia é a supressão da respiração. Conforme lições de Hungria, “o texto legal não distingue entre *asfixia mecânica* e *asfixia tóxica* (produzida por gases deletérios, como o óxido de carbono, o gás de iluminação, o cloro, o bromo etc.). A asfixia mecânica pode ocorrer: a) por oclusão dos orifícios respiratórios (nariz e boca) ou sufocação direta; b) por oclusão das vias aéreas (glote, laringe, traqueia, brônquios); c) por compressão da caixa torácica (sufocação indireta); d) por supressão funcional do campo respiratório. Os processos de provação da asfixia mecânica são o *enforcamento, o imprensamento, o estrangulamento, o afogamento, a submersão, a esganadura*”.⁵

A *tortura*⁶, também, encontra-se no rol dos meios considerados cruéis, que têm por finalidade qualificar o homicídio. Importa ressaltar que a tortura, qualificadora do homicídio, não se confunde com aquela prevista pela Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, uma vez que, no homicídio, a tortura é um meio para se alcançar o resultado morte, enquanto, na legislação específica, ela é um fim em si mesma.

Insidioso é o meio utilizado pelo agente sem que a vítima dele tome conhecimento; *cruel*, a seu turno, é aquele que causa um sofrimento excessivo, desnecessário à vítima enquanto viva, obviamente, pois a crueldade praticada após a sua morte não qualifica o delito. Esquartejar uma pessoa ainda viva configura-se meio cruel à execução do homicídio; esquartejá-la após a sua morte já não induz a ocorrência da qualificadora. *Perigo comum* é aquele que abrange um número indeterminado de pessoas.

O perigo comum de que trata a qualificadora prevista no inciso III exige do meio utilizado – que não deve ser insidioso ou cruel, porque, se assim o fosse, a lei não o teria tratado como uma outra forma alternativa (“ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa resultar perigo comum”) – que exponha um número indeterminado de pessoas a um perigo, com uma única origem e com consequências, também, indeterminadas (STJ, REsp 1.430.435/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., DJe 30/03/2015).

A orientação que tem preponderado na doutrina e na jurisprudência é de que a qualificadora do meio cruel somente se configura quando, de alguma forma, além do resultado morte, o agente busca infligir à vítima sofrimento desnecessário (Recurso Criminal 2010.021977-2, de Capinzal, Rel. Des. Torres Marques) (TJSC,

Multiplicidade de golpes

A reiteração de golpes na vítima, ao menos em princípio e para fins de pronúncia, é circunstância indiciária do ‘meio cruel’ previsto no inciso III do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal, não se tratando, pois, de qualificadora manifestamente improcedente que autorize o excepcional decote pelo juiz da pronúncia, pena de usurpação da competência constitucionalmente atribuída ao Tribunal do Júri (STJ, REsp. 1241987/PR, Relª Minª Maria Thereza de Assis de Moura, 6ª T., DJe 24/2/2014).

Decisão de pronúncia que excluiu a qualificadora do meio cruel. Pedido para a sua inclusão, devido ao modo como se deu o crime. No entanto, reiteração de golpes de arma branca não configura, de plano, a qualificadora em questão. Necessidade de verificar a intenção do acusado em impingir sofrimento exacerbado à vítima, o que não ocorreu no caso dos autos. Mantida a exclusão da qualificadora (TJSC, RESE 2013.024379-6, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 16/7/2013).

A só repetição de golpes de porrete contra a vítima não é circunstância capaz de autorizar a imposição da qualificadora do meio cruel, que só ocorre quando haja prova do meio bárbaro, martirizante, brutal, que aumenta, inutilmente, o sofrimento da vítima, revelando que a crueldade parte de um ânimo calmo, que permita a escolha dos meios capazes de infligir o maior padecimento desejado (TJMG, Processo 1.0103.07.003039-2/001, Rel. Judimar Biber, DJ 11/1/2008).

Havendo indícios de que os golpes de facão e pauladas possam ter imposto desnecessário sofrimento à vítima de homicídio, mantém-se a pronúncia do réu pelo crime qualificado pelo meio cruel (TJDFT, SER 20030510003757, Rel. Sérgio Rocha, 2ª T. Crim., DJ 22/3/2007, p. 115).

O meio cruel, previsto no art. 121, § 2º, III, do CP, é aquele em que o agente, ao praticar o delito, provoca um maior sofrimento à vítima. Vale dizer, quando se leva à efeito o crime com evidente instinto de maldade, objetivando impor à vítima um sofrimento desnecessário. Dessa maneira, a multiplicidade de atos executórios (*in casu*, reiteração de facadas), por si só, não configura a qualificadora do meio cruel (STJ, REsp. 743110/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 27/3/2006, p. 322).

Perícia

Negando o exame pericial o emprego de meio cruel para a execução do homicídio, tal qualificadora só poderá ser acolhida se houver nos autos provas suficientes para desconstituir tal exame (TJCE, APen. 1998.02737-3, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. José Evandro Nogueira Lima, DJCE 7/4/2000).

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

Segundo as lições de Guilherme de Souza Nucci, “trair significa enganar, ser infiel, de modo que, no contexto do homicídio, é a ação do agente que colhe a vítima por trás, desprevenida, sem ter esta qualquer visualização do ataque. O ataque súbito, pela frente, pode constituir *surpresa*, mas não *traição*”.⁷

Havendo provas nos autos, estreme de dúvidas, de que a vítima não foi colhida de surpresa, pois poderia facilmente prever uma reação violenta do ora recorrente, é de rigor que a qualificadora do emprego de recurso que impossibilitou sua defesa (§ 2º, IV, do art. 121, do CP) seja excluída da decisão de pronúncia (TJPR, Acórdão 22401, Recurso em Sentido Estrito, 1ª Câm. Crim., Rel. Mário Helton Jorge, j. 17/1/2008, DJ

7.558).

A *emboscada* pode ser entendida como uma espécie de traição. Nela, contudo, o agente se coloca escondido, de tocaia, aguardando a vítima passar, para que o ataque tenha sucesso.

Dissimular tem o significado de ocultar a intenção homicida, fazendo-se passar por amigo, conselheiro, enfim, dando falsas mostras de amizade, a fim de facilitar o cometimento do delito.

A fórmula genérica contida na parte final do inc. IV em estudo faz menção à utilização de recurso que *dificulte* ou *torne impossível* a defesa do ofendido. *Dificultar*, como se percebe, é um *minus* em relação ao *tornar impossível* a defesa do ofendido. Naquele, a vítima tem alguma possibilidade de defesa, mesmo que dificultada por causa da ação do agente. *Tornar impossível* é eliminar, completamente, qualquer possibilidade de defesa por parte da vítima, a exemplo da hipótese em que esta é morta enquanto dormia.

O recurso que *dificulta* ou *torna impossível* a defesa do ofendido é aquele que se assemelha à traição, emboscada ou dissimulação. Não basta que a vítima não espere o ato agressivo, é necessário que se configurem hipóteses de surpresa para a vítima. Trata-se de fórmula genérica em que se exige que o recurso utilizado tenha a mesma natureza das qualificadoras da traição, emboscada e dissimulação (fórmulas estas casuísticas). Essa qualificadora traduz um modo insidioso da atividade executiva do crime, que obsta a defesa da vítima, comprometendo total ou parcialmente seu potencial defensivo (TJRS, RSE 70035215474, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Odine Sanguiné, DJERS 30/7/2010).

Havendo provas de que o agente desceu da motocicleta e desfechou um certeiro tiro contra a vítima fatal, resta caracterizada qualificadora do recurso que impossibilitou a sua defesa (TJMG, Processo 1.0223.08.249168-7/001, Rel. Min. Antônio Armando dos Anjos, DJ 15/7/2009).

Agindo o réu de maneira inesperada, resta demonstrada, em tese, a qualificadora do motivo que tornou difícil a defesa da vítima (TJMG, Processo 1.0000.00.297427-7/000 [1], Rel. Min. Mercêdo Moreira, pub. 12/3/2003).

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

Toda vez que for aplicada a qualificadora em estudo, o homicídio deverá ter relação com outro crime, havendo, outrossim, a chamada *conexão*.

Júlio Fabbrini Mirabete, com precisão, assevera: “Essas circunstâncias, que configurariam a rigor motivo torpe, originam casos de conexão teleológica ou consequencial. A conexão *teleológica* ocorre quando o homicídio é perpetrado como meio para executar outro crime (homicídio para poder provocar um incêndio). A conexão consequencial ocorre quando é praticado ou para *ocultar* a prática de outro delito (homicídio contra o perito que vai apurar apropriação indébita do agente), ou para assegurar a *impunidade* dele (homicídio da testemunha que pode identificar o agente como autor de um roubo), ou para fugir à prisão em flagrante (RT 434/358), ou para garantir a *vantagem* do produto, preço ou proveito de crime (homicídio contra o coautor de roubo ou furto para apossar-se da *res furtiva*).”⁸

Diz-se *teleológica* a conexão quando se leva em consideração o fim em virtude do qual é praticado o homicídio. No caso da qualificadora do inc. V, será considerada teleológica a conexão quando o homicídio é cometido com o fim de assegurar a execução de outro crime. Por exemplo, matar o vigilante da agência bancária no dia anterior à prática do crime de roubo. Ressalte-se que, neste caso, o homicídio é cometido para que se assegure a execução de um crime futuro.

Consequencial é a conexão em que o homicídio é cometido com a finalidade de assegurar a ocultação ou a vantagem de outro crime. Ao contrário da situação anterior, aqui o delito de homicídio é praticado com vista a ocultar, assegurar a impunidade ou a vantagem de um crime já cometido.

Quando se busca assegurar a *ocultação*, o que se pretende, na verdade, é manter desconhecida a infração penal praticada, a exemplo do marido que mata a única testemunha que o viu enterrar o corpo de sua mulher, também morta por ele. Já quando o agente visa assegurar a *impunidade*, a infração penal é conhecida, mas a sua autoria ainda se encontra ignorada, a exemplo da hipótese do agente que mata também a única testemunha que presenciou o homicídio, cujo corpo fora deixado em um local público. Quanto à *vantagem de outro crime*, conforme esclarece Hungria, “o propósito do agente é garantir a fruição de qualquer vantagem, patrimonial ou não, direta ou indireta, resultante de outro crime”⁹, como no caso daquele que mata seu companheiro de roubo para que fique sozinho com o produto do crime.

Com relação às qualificadoras contidas no inc. V em exame, devem ser ressaltadas as seguintes indagações: 1) se o agente comete o homicídio com o fim de assegurar a execução de outro crime que, por um motivo qualquer, não vem a ser praticado, ainda deve subsistir a qualificadora? Sim, haja vista a maior censurabilidade do comportamento daquele que atua motivado por essa finalidade; 2) se o agente comete o homicídio a fim de assegurar a ocultação ou a impunidade de um delito já prescrito, também subsiste a qualificadora? Sim, pelas mesmas razões apontadas acima; 3) se o agente pratica o homicídio para assegurar, em tese, a impunidade de um crime impossível, na hipótese, por exemplo, em que mata a testemunha que o viu apunhalar a suposta vítima, que já estava morta? Segundo Damásio, “a qualificadora subsiste, uma vez que o Código pune a maior culpabilidade do sujeito, revelada em sua conduta subjetiva”;¹⁰

4) e se o homicídio é cometido com o fim de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de uma *contravenção penal*? Em virtude da proibição da analogia *in malam partem*, não se pode ampliar a qualificadora a fim de nela abranger, também, as contravenções penais, sob pena de ser violado o princípio da legalidade em sua vertente do *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, podendo o agente, entretanto, dependendo da hipótese, responder pelo homicídio qualificado pelo motivo torpe ou fútil.

Razões da condição de sexo feminino: feminicídio

Sob a ótica de uma necessária e diferenciada proteção à mulher, o Brasil editou o Decreto nº 1.973, em 1º de agosto de 1996, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994.

Segundo as determinações contidas na aludida Convenção, em 7 de agosto de 2006 foi publicada a Lei nº 11.340, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, que ficou popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha” que, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos dispostos no art. 1º da mencionada lei.

Em 9 de março de 2015, indo mais além, fruto do Projeto de Lei do Senado nº 8.305/2014, foi publicada a Lei nº 13.104, que criou, como modalidade de homicídio qualificado, o chamado *feminicídio*, que ocorre quando uma mulher vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino.

Devemos observar, entretanto, que não é pelo fato de uma mulher figurar como sujeito passivo do delito tipificado no art. 121 do Código Penal que já estará caracterizado o delito qualificado, ou seja, o feminicídio. Para que reste configurada a qualificadora, nos termos do § 2º-A do art. 121 do diploma repressivo, o crime deverá ser praticado por *razões de condição de sexo feminino*, o que efetivamente ocorrerá quando envolver: I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O inciso II do § 2º-A do art. 121 do Código Penal assegura ser também qualificado o homicídio quando a morte de uma mulher se der por menosprezo ou discriminação a essa sua condição. *Menosprezo*, aqui, pode ser entendido no sentido de desprezo, sentimento de aversão, repulsa, repugnância a uma pessoa do sexo feminino; *discriminação* tem o sentido de tratar de forma diferente, distinguir pelo fato da condição de mulher da vítima.

Merece ser frisado, por oportuno, que o feminicídio, em sendo uma das modalidades de homicídio qualificado, pode ser praticado por qualquer pessoa, seja ela do sexo masculino, ou mesmo do sexo feminino. Assim, não existe óbice à aplicação da qualificadora se, numa relação homoafetiva feminina, uma das parceiras, vivendo em um contexto de unidade doméstica, vier a causar a morte de sua companheira.

Para que possa ocorrer o feminicídio é preciso, como vimos anteriormente, que o sujeito passivo seja uma mulher, e que o crime tenha sido cometido por razões da sua condição de

sexo feminino. Assim, vale a pergunta: Quem pode ser considerada mulher, para efeitos de reconhecimento do homicídio qualificado?

A questão, longe de ser simples, envolve intensas discussões nos dias de hoje.

Inicialmente, podemos apontar um critério de *natureza psicológica*, ou seja, embora alguém seja do sexo masculino, psicologicamente acredita pertencer ao sexo feminino, ou vice-versa, vale dizer, mesmo tendo nascido mulher, acredita, psicologicamente, ser do sexo masculino, a exemplo do que ocorre com os chamados transexuais.

O transexualismo ou *síndrome de disforia sexual*, de acordo com as lições de Genival Veloso de França é uma: “Inversão psicossocial, uma aversão ou negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero.”

E continua, dizendo:

“As características clínicas do transexualismo se reforçam com a evidência de uma convicção de pertencer ao sexo oposto, o que lhe faz contestar e valer essa determinação até de forma violenta e desesperada. Em geral não tem relacionamento sexual, nem mesmo com pessoas do outro sexo, pois só admitem depois de reparada a situação que lhe incomoda. Somaticamente, não apresentam qualquer alteração do seu sexo de origem. Quase todos eles têm genitais normais.”¹¹

Essa é a posição defendida por Jeferson Botelho Pereira, quando assevera: “*Transexualismo*: Diante das recentes decisões da Lei nº 11.340/2006, em relação à Lei Maria da Penha, em especial o TJ-GO, acredito que o transexual pode figurar como autor ou vítima do delito de feminicídio.

Homossexualismo masculino: Também em função dos precedentes dos Tribunais Superiores, em havendo papel definido na relação, é possível o homossexual masculino figurar como vítima do feminicídio.

Homossexualismo feminino: Acredito não haver nenhum óbice também para figurar tanto como autor ou vítima do crime de feminicídio.”¹²

O segundo critério diz respeito àquele de natureza biológica. Segundo Francisco Dirceu Barros, através dele: “Identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Neste caso, como a neocolpovulvoplastia altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível a aplicação da qualificadora do feminicídio.

O critério *biológico* identifica homem ou mulher pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino: a) *sexomorfológico* ou somático resulta da soma das características genitais (órgão genitais externos, pênis e vagina, e órgãos genitais internos, testículos e ovários) e

exogenitais somáticas (caracteres secundários – desenvolvimento de mamas, dos pelos pubianos, timbre de voz etc.); b) *sexo genético* ou cromossômico é responsável pela determinação do sexo do indivíduo através dos genes ou pares de cromossomos sexuais (XY – masculino e XX – feminino) e; c) *sexo endócrino* é identificado nas glândulas sexuais, testículos e ovários, que produzem hormônios sexuais (testosterona e progesterona) responsáveis em conceder à pessoa atributos masculino ou feminino.”¹³

Com todo respeito às posições em contrário, entendemos que o único critério que nos traduz, com a segurança necessária exigida pelo Direito, e em especial o Direito Penal, é o critério que podemos denominar *jurídico*. Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio.

Aqui, pode ocorrer que a vítima tenha nascido com o sexo masculino, havendo tal fato constado expressamente de seu registro de nascimento. No entanto, posteriormente, ingressando com uma ação judicial, vê sua pretensão de mudança de sexo atendida, razão pela qual, por conta de uma determinação do Poder Judiciário, seu registro original vem a ser modificado, passando a constar, agora, como pessoa do sexo feminino. Somente a partir desse momento é que poderá, segundo nossa posição, ser considerada como sujeito passivo do feminicídio.

Assim, concluindo, das três posições possíveis, isto é, entre os critérios psicológico, biológico e jurídico, somente este último nos traz a segurança necessária para efeitos de reconhecimento do conceito de mulher.

Além disso, não podemos estender tal conceito a outros critérios que não o jurídico, uma vez que, *in casu*, estamos diante de uma norma penal incriminadora, que deve ser interpretada o mais restritamente possível, evitando-se uma indevida ampliação do seu conteúdo que ofenderia, frontalmente, o princípio da legalidade, em sua vertente *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*.

Penal. Recurso em sentido estrito. Réu pronunciado por homicídio com motivo torpe. Morte de mulher pelo marido em contexto de violência doméstica e familiar. Pretensão acusatória de inclusão da qualificadora do feminicídio. Procedência. Sentença reformada.

1. Réu pronunciado por infringir o art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse.

2. Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. A inclusão da qualificadora agora prevista no art. 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei nº 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade

perdida ao longo da história da dominação masculina foi a *ratio essendi* da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar.

3. Recurso provido (Acórdão nº 904.781, 20150310069727RSE, Rel. George Lopes Leite, 1^a T. Crim., Julgamento em: 29/10/2015, DJE: 11/11/2015, p. 105).

Contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição

A Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015, inseriu o inciso VII, ao § 2º do art. 121 do Código Penal, criando mais uma modalidade qualificada, na hipótese em que o agente praticar o crime de homicídio contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

De acordo com a redação constante do inciso VII do § 2º do art. 121 do Código Penal, são considerados sujeitos passivos os integrantes: I – das Forças Armadas – Exército, Marinha ou Aeronáutica (art. 142 da CF); II – da Polícia Federal (art. 144, I, da CF);

III – da Polícia Rodoviária Federal (art. 144, II, da CF); IV – da Polícia Ferroviária Federal (art. 144, III, da CF); V – das Polícias Civis (art. 144, IV, da CF);

VI – das Polícias Militares e corpos de Bombeiros Militares (art. 144, V, da CF); VII – das Guardas Municipais (art. 144, § 8º, da CF); VIII – do Sistema Prisional;

IX – da Força Nacional de Segurança Pública (Lei nº 11.473/2007).

Da mesma forma, serão considerados sujeitos passivos o cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até o terceiro grau, em razão dessa condição, ou seja, considerando seu vínculo familiar com qualquer uma das autoridades ou agentes previstos pelos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, conforme elenco acima indicado.

Só estão abrangidos pelo inciso VII, do § 2º do art. 121 do Código Penal aqueles que exerçam uma função policial *lato sensu*, e integrantes do sistema prisional, e não as demais autoridades, mesmo que ligadas de alguma forma à Justiça Penal.

Para que incida a qualificada *sub examen* é preciso que o homicídio tenha sido praticado enquanto algumas das autoridades ou agentes acima mencionados estiverem no exercício da função ou em decorrência dela.

Infelizmente, temos tido notícias frequentes de policiais mortos durante o exercício de suas funções. Em muitos casos, criminosos passam em frente a postos policiais, ou mesmo diante de viaturas, e efetuam disparos, querendo simplesmente causar-lhes a morte. Isso ocorre, inclusive, em locais supostamente pacificados, a exemplo das comunidades cariocas, onde já foram instaladas Unidades de Polícia Pacificadora. Da mesma forma, quando criminosos identificam, ou descobrem locais de residências de policiais, vão à sua captura, a fim de matá-los. Quando os homicídios são praticados nessas circunstâncias, ou seja, durante o exercício da função ou em decorrência dela, é que se poderá aplicar a qualificadora em questão.

O que estamos querendo afirmar, com isso, é que não é pelo fato de ser vítima de homicídio uma autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal que, automaticamente, entenderemos pelo homicídio qualificado. Isso porque a morte de uma dessas pessoas poderá ser ocasionada por diversos outros motivos, que afastarão a qualificadora em estudo. Assim, por exemplo, se durante uma discussão sobre futebol, o agente acaba causando a morte de um policial militar, que com ele se encontrava no interior de um bar, o fato poderá se amoldar a outro tipo qualificado, que não o previsto no inciso VII do § 2º do art. 121 do Código Penal.

Será possível, ainda, o reconhecimento da qualificadora, mesmo na hipótese em que a autoridade ou o agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal já esteja aposentado, desde que, como temos frisado, o homicídio se dê em razão da função que exercia anteriormente. Assim, não é incomum que, por exemplo, alguém venha a matar um policial que acabara de se aposentar, pelo simples fato de exercido suas funções na Polícia Militar, na Polícia Civil *etc.*

Se o homicídio for praticado contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, de alguma das autoridades ou agentes descritos nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, em razão dessa condição, o fato também será qualificado. No que diz respeito ao cônjuge ou companheiro, não há dúvida na interpretação. O problema surge quando a lei faz menção a parente consanguíneo até o terceiro grau. *Parentes consanguíneos* seriam pai, mãe e filhos (em primeiro grau), irmãos, avós e netos (em segundo grau), e tios, sobrinhos, bisavós e bisnetos (em terceiro grau). *Parentes por afinidade*, que não estão abrangidos pela qualificadora em estudo, são sogro, sogra, genro, nora, padrasto, madrasta e enteados, cunhados.

Como a lei utilizou a palavra *consanguíneo*, como ficaria a situação do filho adotivo, mesmo que a Constituição Federal, em seu art. 227, § 6º, tenha proibido quaisquer designações discriminatórias? O art. 1.593 do Código Civil diz que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Assim, temos que concluir, forçosamente, que não existe consanguinidade quando o filho for adotivo, mesmo que não possamos mais utilizar essa expressão discriminatória. Não há consanguinidade, ou seja,

relação de sangue, que permite um reconhecimento de um tronco comum com relação ao filho adotivo. Dessa forma, infelizmente, se o homicídio for praticado contra o filho adotivo de um policial, em razão dessa condição, não poderemos aplicar a qualificadora do inciso VII do § 2º do art. 121 do Código Penal, tendo em vista que, caso assim fizéssemos, estaríamos utilizando a chamada analogia *in malam partem*.

Como se trata de uma qualificadora de natureza subjetiva, será impossível a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 1º do art. 121 do diploma repressivo, não se admitindo, outrossim o chamado homicídio qualificado-privilegiado.

Dolo eventual e qualificadoras

Quando atua imbuído em dolo eventual, o agente não quer o resultado lesivo, apenas assume o risco de produzi-lo. Em tais hipóteses, revela-se manifestamente improcedente a incidência da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inc. IV, do Código Penal, destinada a agravar a reprimenda em razão do modo de execução sorrateiro eleito pelo agente, a qual exige o dolo direto de ceifar a vida da vítima (STJ, REsp 1.556.874/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 03/10/2016).

Quando atua imbuído em dolo eventual, o agente não quer o resultado lesivo, não age com a intenção de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal. O resultado, em razão da sua previsibilidade, apenas lhe é indiferente, residindo aí o desvalor da conduta que fez com o que o legislador equiparasse tal indiferença à própria vontade de obtê-lo. Entretanto, a mera assunção do risco de produzir a morte de alguém não tem o condão de atrair a incidência da qualificadora que agrava a pena em razão do modo de execução da conduta, já que este não é voltado para a obtenção do resultado morte, mas para alguma outra finalidade, seja ela lícita ou não. Não é admissível que se atribua ao agente tal qualificadora apenas em decorrência da assunção do risco própria da caracterização do dolo eventual, sob pena de se abonar a responsabilização objetiva repudiada no Estado Democrático de Direito (STJ, REsp 1.277.036/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 10/01/2014).

Esta Corte sufragou entendimento no sentido de que “são compatíveis, em princípio, o dolo eventual e as qualificadoras do homicídio” (HC 58.423/DF, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª T., DJ 25/06/2007). Incidência do óbice constante no enunciado nº 83 da Súmula desta Corte (STJ, AgRg no REsp 1.349.051/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 03/09/2013).

São incompatíveis o dolo eventual e a qualificadora prevista no inc. IV do § 2º do art. 121 do CP (“§ 2º Se o homicídio é cometido: [...] IV – à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”). Com base nesse entendimento, a 2^a Turma deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado à pena de reclusão em regime integralmente fechado pela prática de homicídio qualificado descrito no artigo referido. Na espécie, o paciente fora pronunciado por dirigir veículo, em alta velocidade, e, ao avançar sobre a calçada, atropelara casal de transeuntes, evadindo-se sem prestar socorro às vítimas. Concluiu-se pela ausência do dolo específico, imprescindível à configuração da citada qualificadora e, em consequência, determinou-se sua exclusão da sentença condenatória. Precedente citado: HC 86163/SP (DJU 3/2/2006) (STF, HC 95136/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2^a T., j. 1º/3/2011, Informativo nº 618).

O dolo eventual pode coexistir com a qualificadora do motivo torpe do crime de homicídio. Com base nesse entendimento, a Turma desproveu recurso ordinário em *habeas corpus* interposto em favor de médico pronunciado pela prática dos delitos de homicídio qualificado e de exercício ilegal da medicina (arts. 121, § 2º, I, e 288, parágrafo único, ambos c/c o art. 69 do CP, respectivamente), em decorrência do fato de, mesmo

inabilitado temporariamente para o exercício da atividade, havê-la exercido e, nesta condição, ter realizado várias cirurgias plásticas – as quais cominaram na morte de algumas pacientes –, sendo motivado por intuito econômico. A impetração sustentava a incompatibilidade da qualificadora do motivo torpe com o dolo eventual, bem como a inadequação da linguagem utilizada na sentença de pronúncia pela magistrada de primeiro grau. Concluiu-se pela mencionada impossibilidade, porquanto nada impediria que o paciente – médico –, embora prevendo o resultado e assumindo o risco de levar os seus pacientes à morte, praticasse a conduta motivado por outras razões, tais como torpeza ou futilidade. Afastou-se, também, a alegação de excesso de linguagem, ao fundamento de que a decisão de pronúncia estaria bem motivada, na medida em que a juíza pronunciante — reconhecendo a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade do fato delituoso — tivera a cautela, a cada passo, de enfatizar que não estaria antecipando qualquer juízo condenatório, asseverando que esta seria uma competência que assistiria unicamente ao Tribunal do Júri (STF, *RHC* 92571/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30/6/2009).

Competência para julgamento do homicídio doloso

O Tribunal do Júri é o competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, destacando-se entre eles o homicídio, em todas as suas modalidades – simples, privilegiada e qualificada, conforme se verifica na alínea *d* do inc. XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Trata-se de *habeas corpus* em que se discute a competência para o processamento e julgamento de crimes dolosos contra a vida em se tratando de violência doméstica. No caso, cuida-se de homicídio qualificado tentado. Alega a impetração sofrer o paciente constrangimento ilegal em decorrência da decisão do tribunal *a quo* que entendeu competente o juizado especial criminal para processar e julgar, até a fase de pronúncia, os crimes dolosos contra a vida praticados no âmbito familiar. A Turma concedeu a ordem ao entendimento de que, consoante o disposto na própria lei de organização judiciária local (art. 19 da Lei nº 11.697/2008), é do tribunal do júri a competência para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ainda que se trate de delito cometido no contexto de violência doméstica. Precedentes citados: *HC* 163.309/DF, *DJe* 1º/2/2011; e *HC* 121.214/DF, *DJe* 8/6/2009 (STJ, *HC* 145.184/DF, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., j. 3/3/2011, *Informativo* nº 465).

Homicídio culposo

O agente produz o resultado morte mediante seu comportamento imprudente, negligente ou imperito.

O homicídio culposo é aquele em que o agente produz o resultado morte por ter agido com imprudência, negligência ou imperícia, situando-se a causa de aumento de pena referente à inobservância de regra técnica de profissão no campo da culpabilidade, demonstrando que o comportamento do agente merece uma maior censurabilidade. De toda sorte, não se pode utilizar do mesmo fato para, a um só tempo, tipificar a conduta e, ainda, fazer incidir o aumento de pena, o que consistiria *bis in idem* (STJ, *RHC* 22557/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, 6ª T., *DJe* 28/6/2011).

Negligência médica

O Tribunal *a quo* valorou negativamente as circunstâncias do crime, em razão do intenso sofrimento pelo qual passou a vítima, de pouca idade, antes de vir a óbito, o qual decorreu de complicações pós-cirúrgicas. Cuida-se de elemento concreto não inerente ao tipo penal de homicídio culposo, mostrando-se idôneo o fundamento para justificar a majoração da pena-base. Se a caracterização da culpa está lastreada na negligência (omissão no dever de cuidado) e a aplicação da causa de aumento da inobservância de regra técnica se assenta em outros

fatos (prescrição de medicamento inadequado), inexiste o alegado *bis in idem* na incidência da aludida majorante (STJ, REsp 1.385.814/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 15/09/2016).

Art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal. Materialidade e autoria demonstradas com relação aos acusados médicos M. e M., que durante cirurgia de lipoaspiração, quando da introdução da cânula, perfuraram órgão interno da vítima, causando hemorragia que foi a causa de sua morte. Não restou demonstrada a culpa do anestesiologista A., porque, ao que se verifica, o mesmo exerceu com perícia seu ofício, tendo, inclusive alertado os cirurgiões e tomado todas as providências para remoção da paciente para outro hospital (TJSP, AC 150220108260589, Rel. Des. Machado de Andrade, DJe 11/6/2013).

Responde pelo delito previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, e não pelo delito de omissão de socorro (art. 135 do CP) o médico que, estando de plantão e, de sobreaviso em sua residência, é acionado, mas negligentemente deixa de comparecer ao hospital, ministrando, por telefone, medicação (TJMG, Processo 1.0384.00.008361-6/001[1], Rel. Des. Pedro Vergara, DJ 22/6/2007).

Age com negligência manifesta médico que deixa de examinar a paciente internada aos seus cuidados e diagnosticar sua enfermidade, descuidando por quatro dias do atendimento até o óbito, constatado quadro avançado de meningite (TJRS, Ap. Crim. 70018563890,

2ª Câm. Crim., Rel.^a Des.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 25/9/2007).

Causas de aumento de pena do § 4º do art. 121 do Código Penal

O § 4º do art. 121 do Código Penal prevê o aumento de 1/3 (um terço) da pena nas seguintes hipóteses: 1) homicídio culposo:

- a) se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício; b) se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar a prisão em flagrante; 2) homicídio doloso:
- a) se o crime é cometido contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Considerando o posicionamento pacífico do STJ de que a menoridade pode ser comprovada por documento hábil diverso da certidão de nascimento, o laudo de exame de corpo de delito de necropsia e o termo de identificação cadavérico, com expressa referência à certidão de nascimento, são aptos para configurar a causa de aumento do art. § 4º, do CP (STJ, AgRg no AREsp 746.465/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 31/08/2016).

A causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, parte final, do CP é de natureza estritamente objetiva, já que para a sua incidência basta o cotejo com o documento público indicador da idade da vítima, e atinge necessariamente a todos os sujeitos ativos, quando o homicídio for comprovadamente praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, encontrando-se, assim, dentro da competência do Juiz-presidente, pois adstrita à dosimetria da pena, pelo que se mostra prescindível a sua quesitação aos jurados (STJ, HC 222.216/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 27/04/2015).

Não configura *bis in idem* considerar, a partir do exame de uma mesma conduta (comissiva ou omissiva), realizado o tipo culposo descrito no art. 121, § 3º, do Código Penal, e, ao mesmo tempo, entender pela causa de aumento prevista no § 4º do citado tipo legal (precedentes) (STJ, HC 281.204/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 26/03/2015).

Inobservância de regra técnica

O aumento da pena se deve ao fato de que o agente, mesmo tendo os conhecimentos das técnicas exigidas ao exercício de sua profissão, arte ou ofício, não os utiliza por leviandade, sendo maior, portanto, o juízo de reprovação que deve recair sobre o seu comportamento.

Trata-se de recurso em *habeas corpus* em que se discute o afastamento da causa de aumento de pena constante do § 4º do art. 121 do CP, relativa à inobservância de regra técnica de profissão, sustentando o recorrente que essa mesma causa foi utilizada para a caracterização do próprio tipo penal. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso sob o fundamento de que, embora a causa de aumento de pena referente à inobservância de regra técnica de profissão se situe no campo da culpabilidade, demonstrando que o comportamento do agente merece uma maior censurabilidade, não se pode utilizar do mesmo fato para, a um só tempo, tipificar a conduta e, ainda, fazer incidir o aumento de pena. Consignou-se que, no caso, a peça exordial em momento algum esclarece em que consistiu a causa de aumento de pena, apenas se referindo à inobservância de regra técnica como a própria circunstância caracterizadora da negligência do agente, fazendo de sua ação uma ação típica. Assim, entendeu-se estar claro que a inobservância de regra técnica foi utilizada para configurar o próprio núcleo da culpa, não podendo servir também para possibilitar o aumento de pena, visto que não se pode recair em indesejável *bis in idem*. Precedentes citados: do STF: HC 95.078/RJ, DJe 15/5/2009; do STJ: REsp. 606.170/SC, DJ 14/11/2005 (STJ, RHC 22.557/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues [Des. convocado do TJ/CE], 6ª T., j. 17/5/2011, Informativo nº 473).

O homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que não se confundem com a inobservância de regra técnica da profissão, que é causa de aumento que denota maior reprovabilidade da conduta (STJ, REsp. 606170/SC, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., RT, v. 845, p. 543).

Não há confundir a imperícia, elemento subjetivo do homicídio culposo, com a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício descrita no § 4º do art. 121 do CP, pois, naquela, o agente não detém conhecimentos técnicos, ao passo que nesta o agente os possui, mas deixa de empregá-los (STJ, RHC 17530/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJ 26/9/2005, p. 407).

O agente deixa de prestar o imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar a prisão em flagrante

Na primeira hipótese, o agente demonstra sua insensibilidade para com o sofrimento alheio, cuja autoria se lhe atribui. Aquele que, culposamente, ofende, inicialmente, a integridade corporal ou a saúde de alguém deve fazer o possível para que se evite a produção do resultado mais gravoso, vale dizer, a morte da vítima. A negação do socorro demonstra a maior reprovabilidade do comportamento, que merecerá, consequentemente, maior juízo de reprovação. Da mesma forma, aumenta-

-se a pena aplicada quando o agente *não procura diminuir as consequências de seu ato*, quer dizer, segundo Hungria, que não tenta, “na medida do possível, atenuar o dano ocasionado por sua culpa, como quando, por exemplo, deixa de transportar a malferida vítima ao primeiro posto hospitalar ou a uma farmácia, ou omite qualquer providência indicada pela necessidade do seu urgente tratamento”.¹⁴ Como exemplo cita-se aquele que, sabendo que a vítima não possui condições financeiras para arcar com o custo do tratamento e medicamentos, não a auxilia materialmente nesse sentido, deixando-a à própria sorte, ou também naquele caso em

que o agente, ameaçado de ser linchado pela população revoltada com o seu comportamento, não busca socorro junto às autoridades.

A última das majorantes aplicáveis ao homicídio culposo diz respeito ao fato do agente que foge para evitar sua prisão em flagrante. *Ab initio* deve ser destacado o fato de que se a vida do agente correr perigo, como acontece quando o seu linchamento é iminente, tendo em vista a manifestação de populares que se encontravam no local do acidente, não se lhe pode exigir que permaneça no local dos fatos, afastando-se, outrossim, a majorante.

Perdão judicial

Será cabível na hipótese de homicídio culposo, podendo o juiz deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. Entendemos que o perdão judicial pode ser entendido sob os dois aspectos, ou seja, como um *direito subjetivo* do acusado ou como uma *faculdade do julgador*. Isso dependerá da hipótese concreta e das pessoas envolvidas. Assim, sendo o caso de crime cometido por ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão, o perdão judicial deverá ser encarado como um direito subjetivo do agente, uma vez que, nesses casos, presume-se que a infração penal atinja o agente de forma tão grave que a sanção penal se torna desnecessária.

Por outro lado, há situações em que o julgador deverá, caso a caso, verificar a viabilidade ou não da aplicação do perdão judicial. Imagine-se a hipótese daquele que, querendo mostrar sua arma ao seu melhor amigo, accidentalmente, faz com que ela dispare, causando-lhe a morte. Seria aplicável, aqui, o perdão judicial, uma vez que o agente que causou a morte de seu melhor amigo ficou tremendamente abalado psicologicamente, pensando, inclusive, em dar cabo da própria vida, em razão da sua imprudência? A resposta virá, como dissemos, no caso concreto, não se podendo generalizar, como nas situações em que houver uma relação de parentesco próximo entre o agente e a vítima, conforme destacamos anteriormente.

[Não é possível a extensão do efeito de extinção da punibilidade pelo perdão judicial, concedido em relação a homicídio culposo que resultou na morte da mãe do autor, para outro crime, tão somente por terem sido praticados em concurso formal \(Precedente do STF\) \(STJ, REsp. 1009822/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 3/11/2008\).](#)

Perdão judicial no Código de Trânsito Brasileiro

Embora não conste expressamente no CTB, em face do veto presidencial do artigo que previa o perdão judicial para os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa praticados na direção de veículo automotor, acreditamos, com a corrente majoritária, ser possível, por questões de política criminal, a aplicação do perdão judicial aos arts. 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro. Isso porque não seria razoável entender que, embora as razões que fizeram inserir o perdão judicial para os crimes de homicídio culposo e lesão

corporal culposa tenham sido, sem dúvida, o elevado número de acidentes de trânsito, agora que foram criadas infrações penais específicas para esse tipo de acidente, o perdão judicial não pudesse ser aplicado.

O texto do § 5º do art. 121 do Código Penal não definiu o caráter das consequências, mas não deixa dúvidas quanto à forma grave com que essas devem atingir o agente, ao ponto de tornar desnecessária a sanção penal. Não há empecilho a que se aplique o perdão judicial nos casos em que o agente do homicídio culposo – mais especificamente nas hipóteses de crime de trânsito – sofra sequelas físicas gravíssimas e permanentes, como, por exemplo, ficar tetraplégico, em estado vegetativo, ou incapacitado para o trabalho. A análise do grave sofrimento, apto a ensejar, também, a inutilidade da função retributiva da pena, deve ser aferido de acordo com o estado emocional de que é acometido o sujeito ativo do crime, em decorrência da sua ação culposa. A melhor doutrina, quando a avaliação está voltada para o sofrimento psicológico do agente, enxerga no § 5º a exigência de um vínculo, de um laço prévio de conhecimento entre os envolvidos, para que seja ‘tão grave’ a consequência do crime ao agente. A interpretação dada, na maior parte das vezes, é no sentido de que só sofre intensamente o réu que, de forma culposa, matou alguém conhecido e com quem mantinha laços afetivos. Entender pela desnecessidade do vínculo seria abrir uma fenda na lei, que se entende não haver desejado o legislador, pois, além de difícil aferição – o tão grave sofrimento –, serviria como argumento de defesa para todo e qualquer caso de delito de trânsito, com vítima fatal. O que se pretende é conferir à lei interpretação mais razoável e humana, sem jamais perder de vista o desgaste emocional (talvez perene) que sofrerá o acusado dessa espécie de delito, que não conhecia a vítima. Solidarizar-se com o choque psicológico do agente não pode, por outro lado, conduzir a uma eventual banalização do instituto, o que seria, no atual cenário de violência no trânsito – que tanto se tenta combater –, no mínimo, temerário (STJ, REsp. 1455178/DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 6/6/2014).

Pacífico o entendimento pela aplicabilidade do perdão judicial aos crimes de trânsito (TJSP, AC 00813541120108260224, Rel. Des. Salles Abreu, DJe 20/5/2013).

O crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor alberga a concessão do perdão judicial, desde que as consequências do crime sejam suficientes para penalizar o causador do acidente, ainda que não guarde relação direta de parentesco ou afetividade com a vítima, porque estas condições não são exclusivas da benesse legal. A exigência da norma, para se deixar de aplicar a pena, é que ‘as consequências da infração atinjam o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária’ (art. 121 § 5º, do Código Penal) (TJPR, 3ª Câm., AC 0231400-7, Sertanópolis, Rel. Des. Jorge Wagih Massad, DJ 16/10/2003).

Homicídio praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio

A Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012, acrescentou o § 6º ao art. 121 do Código Penal, asseverando que a pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. Ao se referir à *milícia privada* está dizendo respeito àquela de natureza paramilitar, isto é, a uma organização não estatal, que atua ilegalmente, mediante o emprego da força, com a utilização de armas, impondo seu regime de terror em determinada localidade.

Embora de difícil tradução, mas para efeitos de aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no § 6º do art. 121 do Código Penal, podemos, inicialmente, subdividir as milícias em públicas, isto é, pertencentes, oficialmente, ao Poder Público, e *privadas*, vale

dizer, criadas às margens do aludido Poder.

Dessa forma, as milícias podem ser consideradas, ainda, militares ou paramilitares. *Militares* são as forças policiais pertencentes à Administração Pública, que envolvem não somente as Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), como também às forças policiais (policia militar), que tenham uma função específica, determinada legalmente pelas autoridades competentes. *Paramilitares* são associações não oficiais cujos membros atuam ilegalmente, com o emprego de armas, com estrutura semelhante à militar. Essas forças paramilitares utilizam as técnicas e táticas policiais oficiais por elas conhecidas, a fim de executarem seus objetivos anteriormente planejados. Não é raro ocorrer e, na verdade, acontece com frequência, que pessoas pertencentes a grupos paramilitares também façam parte das forças militares oficiais do Estado, a exemplo de policiais militares, bombeiros, agentes penitenciários, policiais civis e federais.

As milícias consideradas criminosas, ou seja, que se encontram à margem da lei, eram, inicialmente, formadas por policiais, ex-policiais e também por civis (entendidos aqui aqueles que nunca fizeram parte de qualquer força policial).

Suas atividades, no começo, cingiam-se à proteção de comerciantes e moradores de determinada região da cidade. Para tanto, cobravam pequenos valores individuais, que serviam como renumeração aos serviços de segurança por elas prestados. Como as milícias eram armadas, havia, normalmente, o confronto com traficantes, que eram expulsos dos locais ocupados, como também os pequenos criminosos (normalmente pessoas que costumavam praticar crimes contra o patrimônio).

Com o passar do tempo, os membros integrantes das milícias despertaram para o fato de que, além do serviço de segurança, podiam também auferir lucros com outros serviços, por eles monopolizados, como aconteceu com os transportes realizados pelas “vans” e motocicletas, com o fornecimento de gás, TV a cabo (vulgarmente conhecido como “gatonet”), fornecimento ilegal de água, luz *etc.*

Podemos tomar como parâmetro, para efeitos de definição de milícia privada, as lições do sociólogo Ignácio Cano, citado no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (p. 36), quando aponta as seguintes características que lhe são peculiares: 1. controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular; 2. o caráter coativo desse controle;

3. o ânimo de lucro individual como motivação central; 4. um discurso de legitimação referido à proteção dos moradores e à instauração de uma ordem; 5. a participação ativa e reconhecida dos agentes do Estado.

Se o homicídio, portanto, for praticado por algum membro integrante de milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, a pena deverá ser especialmente

aumentada de 1/3 (um terço) até a metade. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que um integrante da milícia, agindo de acordo com a ordem emanada do grupo, mate alguém porque se atribuía à vítima a prática frequente de crimes contra o patrimônio naquela região, ou mesmo que a milícia determine a morte de um traficante que, anteriormente, ocupava o local no qual levava a efeito o tráfico ilícito de drogas. As mortes, portanto, são produzidas sob o falso argumento de estar se levando a efeito a segurança do local, com a eliminação de criminosos.

Nesses casos, todos aqueles que compõem a milícia deverão responder pelo delito de homicídio, com a pena especialmente agravada, uma vez que seus integrantes atuam em concurso de pessoas, e a execução do crime praticada por um deles é considerada uma simples divisão de tarefas, de acordo com a teoria do domínio funcional sobre o fato.

A Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012 criou, ainda, o delito de *constituição de milícia privada*, inserindo o art. 288-A no Código Penal.

Embora não faça parte de uma milícia, com as características acima apontadas, poderá ocorrer que o homicídio tenha sido praticado por alguém pertencente a um grupo de extermínio, ou seja, um grupo, geralmente, de “justiceiros”, que procura eliminar aqueles que, segundo seus conceitos, por algum motivo, merecem morrer. Podem ser contratados para a empreitada de morte, ou podem cometer, gratuitamente, os crimes de homicídio de acordo com a “filosofia” do grupo criminoso, que escolhe suas vítimas para que seja realizada uma “limpeza”.

Causas de aumento de pena no feminicídio

Diz o § 7º do art. 121 do Código Penal:

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta anos) ou com deficiência; III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Antes de analisarmos cada uma das hipóteses de aumento de pena, vale ressaltar que embora a segunda parte do § 4º do art. 121 do Código Penal tenha uma redação parecida com aquela trazida pelo § 7º do mesmo artigo, asseverando que se o crime de homicídio doloso for praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, a pena será aumentada de 1/3 (um terço), havendo, mesmo que parcialmente, um conflito aparente de normas, devemos concluir que as referidas majorantes cuidam de situações distintas, aplicando-se, pois, como dissemos anteriormente, o princípio da especialidade, ou seja, quando estivermos diante de um feminicídio, e se a vítima for menor de 14 (catorze) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, como preveem os dois parágrafos, deverá ser aplicado o § 7º do

art. 121 do estatuto repressivo. Dessa forma, o § 4º, nas hipóteses mencionadas, também como já ressaltado, será aplicado por exclusão, ou seja, quando não se tratar de feminicídio, aplique-se o § 4º do art. 121 do diploma penal.

Ao contrário do que ocorre no § 4º do art. 121 do Código Penal, onde foi determinado o aumento de 1/3 (um terço), no § 7º do mesmo artigo determinou a lei que a pena seria aumentada entre o percentual mínimo de 1/3 (um terço) até a metade. Assim, o julgador poderá percorrer entre os limites mínimo e máximo. No entanto, qual será o critério para que, no caso concreto, possa o julgador determinar o percentual a ser aplicado? Existe alguma regra a ser observada que permita a escolha de um percentual, partindo do mínimo, podendo chegar ao máximo de aumento?

Imaginemos a hipótese em que o agente foi condenado pelo delito de homicídio qualificado, caracterizando-se, outrossim, o feminicídio. Vamos considerar que o crime foi consumado e que o fato foi praticado contra uma senhora que contava com 65 anos de idade. O agente foi condenado e o julgador, ao fixar a pena-base, determinou o patamar mínimo (12 anos de reclusão), após avaliar as circunstâncias judiciais. Não havia circunstâncias atenuantes ou agravantes, tendo em vista a impossibilidade de aplicação do art. 61, II, h, pois que a idade da vítima já havia sido considerada para efeitos de qualificação do crime. Uma vez comprovado nos autos que o agente tinha conhecimento da idade da vítima, qual o percentual de aumento a ser aplicado? Se determinar 1/3 (um terço), por exemplo, a pena final será de 16 anos de reclusão; se entender pela aplicação do percentual máximo, a pena final será de 18 anos de reclusão. Enfim, a diferença será ainda maior à medida que a pena-base for superior aos 12 anos e terá repercussões importantes quando, após o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, for iniciada a fase da execução penal, interferindo, por exemplo, na contagem do tempo para a progressão de regime, livramento condicional *etc.*

O critério que norteará o julgador, segundo nosso posicionamento, será o princípio da culpabilidade. Quanto maior o juízo de reprovação no caso concreto, maior será a possibilidade de aumento. Como se percebe, não deixa de ser também um critério subjetivo mas, de qualquer forma, o juiz deverá motivar a sua decisão, esclarecendo as razões pelas quais não optou pela aplicação do percentual mínimo. Na verdade, como o processo é dialético, ou seja, é feito de partes, tanto a aplicação do percentual mínimo, ou qualquer outro em patamar superior devem ser fundamentados, porque o órgão acusador e a defesa precisam tomar conhecimento dessa fundamentação para que possam, querendo, ingressar com algum tipo de recurso, caso venham a dela discordar.

Dessa forma, em sendo condenado o agente que praticou o feminicídio, quando da aplicação da pena, o juiz deverá fazer incidir, no terceiro momento do critério trifásico, previsto no art. 68 do Código Penal, o aumento de 1/3 (um terço) até a metade, se o crime for praticado: *I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto*

Ab initio, para que as causas de aumento de pena previstas pelo inciso I do § 7º do art. 121 do Código Penal possam ser aplicadas é preciso que, anteriormente, tenham ingressado na esfera de conhecimento do agente, ou seja, para que o autor do feminicídio possa ter sua pena majorada, quando da sua conduta tinha que saber, obrigatoriamente, que a vítima encontrava-se grávida ou que, há três meses, tinha realizado seu parto. Caso contrário, ou seja, se tais fatos não forem do conhecimento do agente, será impossível a aplicação das referidas majorantes, sob pena de adotarmos a tão repudiada responsabilidade penal objetiva, também conhecida como responsabilidade penal sem culpa ou pelo resultado.

Na primeira parte do inciso I *sub examen*, podemos extrair as seguintes hipóteses, partindo do pressuposto que o agente conhecia a gravidez da vítima, e que agia com a finalidade de praticar um feminicídio: *A mulher e o feto sobrevivem* – nesse caso, o agente deverá responder pela tentativa de feminicídio e pela tentativa de aborto; *A mulher e o feto morrem* – aqui, deverá responder pelo feminicídio consumado e pelo aborto consumado; *A mulher morre e o feto sobrevive* – nessa hipótese, teremos um feminicídio consumado, em concurso com uma tentativa de aborto; *A mulher sobrevive e o feto morre* – *in casu*, será responsabilizado pelo feminicídio tentado, em concurso com o aborto consumado.

Entendemos que, em virtude da necessidade de aplicação do concurso de crimes, ou seja, feminicídio (consumado ou tentado) e o aborto (consumado ou tentado), a majorante em estudo jamais poderá ser aplicada, pois, caso contrário, adotaríamos o chamado *bis in idem*, ou seja, a gestação estaria sendo considerada tanto para a majoração da pena do feminicídio, quanto para a caracterização do delito de aborto. Assim, podemos afirmar que a inovação legislativa é natimorta, ou seja, já surgiu sem vida, impossibilitada de ser aplicada em qualquer hipótese.

Nesse sentido, afirma Francisco Dirceu Barros que: “Não é possível ao praticar o feminicídio o agente ativo incidir em homicídio qualificado majorado e também no crime de aborto, pois ao matar ou tentar matar uma mulher grávida pagaria duas vezes, pela majorante e pelo crime de aborto.”¹⁵

A segunda parte do inciso I do § 7º do art. 121 do Código Penal assevera que se o agente causa a morte da mulher por razões da condição de sexo feminino, nos 3 (três) meses posteriores ao parto, também terá sua pena majorada. Aqui, conta-se o primeiro dia do prazo de 3 (três) meses na data em que praticou a conduta, e não no momento do resultado morte. Assim, por exemplo, se o agente deu início ao atos de execução do crime de feminicídio, agredindo a vítima a facadas, e esta vem a falecer somente uma semana após as agressões, para efeito de contagem do prazo de 3 (três) meses será levado em consideração o dia em que desferiu os golpes, conforme determina o art. 4º do Código Penal, que diz que se considera praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência

Tal como ocorre com o inciso I analisado anteriormente, para que as majorantes constantes do inciso II sejam aplicadas ao agente é preciso que todas elas tenham ingressado na sua esfera de conhecimento, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se, consequentemente, o aumento de pena.

Deverá, ainda, ser demonstrado nos autos, através de documento hábil, que a vítima era menor de 14 (catorze) anos, ou seja, não tinha ainda completado 14 (catorze) anos de idade, ou era maior de 60 (sessenta) anos. Tal prova deve ser feita através de certidão de nascimento, expedida pelo registro civil ou documento que lhe substitua, a exemplo da carteira de identidade, conforme determina o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 1990, que diz que *somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.*

A deficiência da vítima que, nos termos do art. 4º do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, pode ser física, auditiva, visual ou mental, poderá ser comprovada através de um laudo pericial, ou por outros meios capazes de afastar a dúvida. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que o agente cause a morte de sua mulher, paraplégica, fato que era do conhecimento de todos. Aqui, v.g, a paraplegia da vítima poderá ser demonstrada, inclusive, através da prova testemunhal, não havendo necessidade de laudo médico. O que se quer, na verdade, é que o julgador tenha certeza absoluta dos fatos que conduzirão a um aumento de pena considerável, quando da aplicação do art. 68 do Código Penal.

Em ocorrendo a hipótese de feminicídio contra uma criança (menor de 12 anos de idade) ou uma mulher maior de 60 (sessenta), não será aplicada a circunstância agravante prevista na alínea “h” do art. 61 do Código Penal, pois, caso contrário, estaríamos levando a efeito o chamado *bis in idem*, onde um mesmo fato estaria incidindo duas vezes em prejuízo do agente. Nesses casos, terá aplicação o inciso II do § 7º do art. 121 do Código Penal, também devido à sua especialidade.

III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima

Para que possa ser aplicada a majorante do inciso III do § 7º do art. 121 do Código Penal é preciso que o feminicídio tenha sido praticado *na presença* de algum descendente ou de ascendente da vítima, ou seja, qualquer um dos parentes mencionados deve presenciar, quer dizer, testemunhar a prática do crime. Isso pode acontecer tanto com uma presença física, isto é, o descendente ou o ascendente da vítima podem estar no mesmo local onde o delito de morte é cometido, ou também podem presenciá-lo virtualmente, através de um computador que

captava as imagens da cena do crime. Assim, imagine-se a hipótese em que a vítima mantinha com sua mãe, que morava em outra cidade, uma conversa com áudio e vídeo, através de um programa de computador quando, de repente, seu marido, agindo com vontade de matá-la, mesmo sabendo que sua sogra a tudo assistia, efetua os disparos com uma arma de fogo ou mesmo golpes de faca. Nesse caso, podemos dizer que, mesmo à distância, o fato foi praticado na presença da ascendente da vítima.

O fato de matar a vítima na presença de seu descendente ou ascendente sofre um maior juízo de reprovação, uma vez que o agente produzirá, nessas pessoas, um trauma quase que irremediável. Assim, raciocinemos com outra hipótese, em que o marido mata a sua esposa na presença de seu filho, que contava na época dos fatos com apenas 7 anos de idade. O trauma dessa cena violenta o acompanhará a vida toda. Infelizmente, tal fato tem sido comum e faz com que aquele que presenciou, por exemplo, a morte brutal de sua mãe cresça, ou mesmo conviva até a sua morte, com problemas psicológicos seríssimos, repercutindo na sua vida em sociedade.

O que importa, portanto, é que tanto o descendente, como o ascendente presenciem o feminicídio, devendo o autor do crime sofrer um maior juízo de reprovação.

Além de o agente que pratica o feminicídio ter que saber que as pessoas que se encontravam presentes quando da sua ação criminosa eram descendentes ou ascendentes da vítima, para que a referida causa de aumento de pena possa ser aplicada é preciso, também, que haja prova do parentesco nos autos, produzida através dos documentos necessários (certidão de nascimento, documento de identidade etc.), conforme preconiza o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal referido anteriormente.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

Para o homicídio simples, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos; nas formas qualificadas, a pena é de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos; no homicídio culposo, a pena é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

A ação penal no delito de homicídio, seja doloso, seja culposo, é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível, pelo menos *ab initio*, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo para o delito de homicídio culposo.

A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal tem proclamado que, em caso de crime doloso contra a vida cometido por mais de uma pessoa, aquele que não ostenta foro por prerrogativa de função deve ser julgado perante o Júri Popular, em consonância com o preceito normativo do art. 5º, XXXVIII, d, da Constituição Federal (STJ, HC 52105/ES, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., DJe 13/6/2011).

Homicídio simples considerado como hediondo

É aquele praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90.

Possibilidade de homicídio qualificado-privilegiado

Majoritariamente, a doutrina, por questões de política criminal, posiciona-se favoravelmente à aplicação das minorantes ao homicídio qualificado, desde que as qualificadoras sejam de natureza objetiva, a fim de que ocorra compatibilidade entre elas.

Dessa forma, poderia haver, por exemplo, um homicídio praticado mediante emboscada (qualificadora de natureza objetiva), tendo o agente atuado impelido por um motivo de relevante valor moral (minorante de natureza subjetiva).

O que se torna inviável, no caso concreto, é a concomitância de uma qualificadoras de natureza subjetiva com o chamado, equivocadamente, privilégio, visto serem incompatíveis, a exemplo daquele que mata seu desafeto por um motivo fútil e ao mesmo tempo de relevante valor moral. São situações excludentes entre si.

Não há incompatibilidade na coexistência de qualificadoras de caráter objetivo, como a prevista no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (modo de execução do crime), com a forma privilegiada do homicídio, cuja natureza é sempre subjetiva (precedentes desta Corte e do Pretório Excelso) (STJ, REsp 1.274.563/MT, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 29/06/2016).

Inexiste incompatibilidade entre a qualificadoras do delito de homicídio e o privilégio, eis que a primeira é de natureza objetiva, pertinente ao modo empregado para a consecução do delito, e a causa de diminuição de pena possui caráter subjetivo (STJ, HC 199602/SP, Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 24/3/2014).

A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal tem reiterado entendimento no sentido de que há compatibilidade entre as qualificadoras de ordem objetiva e as causas de diminuição de pena do § 1º do art. 121 do Código Penal, que, por sua vez, têm natureza subjetiva (STJ, REsp. 1060902/SP, Rel.a Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 29/6/2012).

Homicídio qualificado-privilegiado como crime hediondo

Majoritariamente, a doutrina repele a natureza hedionda do homicídio qualificado-privilegiado, haja vista que – é o argumento – não se compatibiliza a essência do delito objetivamente qualificado, tido como hediondo, com o privilégio de natureza subjetiva.¹⁶

As espécies de homicídio não explicitadas na lei dos crimes hediondos, tal como sua figura privilegiada, não são consideradas como tais, por haver a explicitação na Lei nº 8.072/90 das características peculiares que imprimem às figuras típicas o caráter repugnante, sendo que a hipótese da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, diversamente daquela, tem por objeto o histórico do criminoso, e não as características do crime praticado (STJ, HC 206888/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJe 8/2/2012).

Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (HC 153728/SP, HC 2009/0223917-8, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 13/4/2010).

Presença de mais de uma qualificadora

Uma corrente entende que todas as qualificadoras devem ser analisadas no momento da fixação da pena-base. Se a pena cominada à modalidade qualificada do homicídio varia de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão, o julgador, uma vez reconhecidas duas ou três qualificadoras, poderia, sob esse fundamento, considerando-se as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, fixar uma pena-base, em tese, maior do que aplicaria em face da existência de uma única qualificadora.

Em sentido contrário, tendo em vista que muitas das qualificadoras do homicídio fazem parte do elenco constante do art. 61 do Código Penal, tem-se entendido, de forma majoritária, que o julgador deverá, quando da fixação da pena-base, levar em consideração tão somente uma qualificadora, servindo as demais para fins de agravação da pena, no segundo momento do critério trifásico. Assim, seria afastada a possibilidade de o julgador fixar a pena-base em patamar muito superior ao mínimo legal, pois não mais poderia fundamentar sua decisão na multiplicidade de qualificadoras. Por outro lado, somente poderia, de acordo com o melhor posicionamento doutrinário, agravar em até um sexto a pena-base dada a existência de circunstâncias agravantes, o que, político-criminalmente, atenderia melhor aos interesses do acusado, que não receberia uma pena excessivamente longa.

O STJ vem decidindo reiteradamente nos seguintes sentidos: Não há falar em ofensa ao sistema trifásico, ante a utilização das qualificadoras sobejantes, que não foram utilizadas para qualificar o delito, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, na primeira fase, portanto. Precedentes (STJ, HC 132.866/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 1º/07/2015).

Conforme orientação jurisprudencial desta Corte, havendo mais de uma circunstância qualificadora reconhecida no decreto condenatório, apenas uma deve formar o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, quando expressamente previstas como tais, ou como circunstâncias judiciais desfavoráveis, de forma residual (STJ, HC 143.149/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 09/06/2015).

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que em crime de homicídio, com pluralidade de qualificadoras, uma poderá qualificar o delito, enquanto as demais poderão caracterizar circunstância agravante, se forem previstas como tal ou, residualmente, circunstância judicial. Precedentes (STJ, AgRg. no REsp. 1113073/PE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 29/5/2014).

Homicídio praticado por policial militar – competência para julgamento

A partir das modificações trazidas pela Lei nº 9.299/1996, se um militar vier a causar a morte de um civil, a competência para o processo e julgamento será do Tribunal do Júri.

A Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004, dando nova redação ao § 4º do art. 125 da Constituição Federal, ratificando o posicionamento anterior, asseverou: *§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares, ressalvada a competência do*

Júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

De outro lado, a tese defensiva de competência da Justiça Castrense não prevalece diante do entendimento segundo o qual compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra civil, ainda que no exercício da profissão (inteligência dos artigos 9º, parágrafo único, do CP militar, 82, *caput* e §2º do CPP Militar e 5º, inciso XXXVIII da CR). (STJ, HC 257958/SP, Relª Minª Maria Thereza de Assis de Moura, 6ª T., DJe 24/6/2014).

Diferença entre eutanásia, distanásia e ortotanásia

A *eutanásia* diz respeito à prática do chamado *homicídio piedoso*, no qual o agente antecipa a morte da vítima, acometida de uma doença incurável, com a finalidade, quase sempre, de abreviar-lhe algum tipo de sofrimento. Em geral, a eutanásia é praticada a pedido ou com o consentimento da própria vítima. A *eutanásia* também tem sido traduzida como “morte serena, boa morte, morte sem sofrimento”.

A *distanásia* importa em uma morte lenta, prolongada, com muito sofrimento, a exemplo daqueles pacientes que são mantidos vivos por meio de aparelhos, sem qualquer chance de sobrevida caso esses aparelhos venham a ser desligados. Como bem observado por Léo Pessini, “trata-se da atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o a grande sofrimento. Nessa conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer”.¹⁷

Ortotanásia, de acordo com as lições de Genival Veloso de França, diz respeito à “suspenção de meios medicamentosos ou artificiais de vida de um paciente em coma irreversível e considerado em ‘morte encefálica’, quando há grave comprometimento da coordenação da vida vegetativa e da vida de relação”.¹⁸

Transmissão dolosa do vírus HIV

Entendemos que, nessa hipótese, como não existe, ainda, a cura definitiva para os portadores de Aids, mesmo que o “coquetel de medicamentos” permita, atualmente, considerável sobrevida, o fato deverá se amoldar ao tipo do art. 121 do Código Penal, consumado (se a vítima vier a falecer como consequência da síndrome adquirida) ou tentado (se, mesmo depois de contaminada, ainda não tiver morrido).

Nossos Tribunais Superiores, no entanto, têm decidido contrariamente à tipificação desse comportamento ao art. 121 do Código Penal, conforme se verifica pelos seguintes julgados: O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 98.712/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio (1ª T., DJe 17/12/2010), firmou a compreensão de que a conduta de praticar ato sexual com a finalidade de transmitir AIDS não configura crime doloso contra a vida. Assim não há constrangimento ilegal a ser reparado de ofício, em razão de não ter sido o caso julgado pelo Tribunal do Júri. O ato de propagar síndrome da imunodeficiência adquirida não é tratado no

Capítulo III, Título I, da Parte Especial do Código Penal (art. 130 e seguintes), onde não há menção a enfermidades sem cura. Inclusive, nos debates havidos no julgamento do HC 98.712/RJ, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, ao excluir a possibilidade de a Suprema Corte, naquele caso, conferir ao delito a classificação de “Perigo de contágio de moléstia grave” (art. 131 do Código Penal), esclareceu que, “no atual estágio da ciência, a enfermidade é incurável, quer dizer, ela não é só grave, nos termos do art. 131”. Na hipótese de transmissão dolosa de doença incurável, a conduta deverá ser apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave, conforme previsão clara do art. 129, § 2º, inciso II, do Código Penal. A alegação de que a vítima não manifestou sintomas não serve para afastar a configuração do delito previsto no art. 129, § 2º, inciso II, do Código Penal. É de notória sabença que o contaminado pelo vírus do HIV necessita de constante acompanhamento médico e de administração de remédios específicos, o que aumenta as probabilidades de que a enfermidade permaneça assintomática. Porém, o tratamento não enseja a cura da moléstia (STJ, HC 160.982/DF, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 28/05/2012, RT, v. 925, p. 663).

Moléstia grave. Transmissão. HIV. Crime doloso contra a vida *versus* o de transmitir doença grave. Descabe, ante previsão expressa quanto ao tipo penal, partir-se para o enquadramento de ato relativo à transmissão de doença grave como a configurar crime doloso contra a vida. Considerações (STF, HC 98.712/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., DJe 16/12/2010, RT, v. 100, nº 906, 2011, p. 453-468).

Transmissão do vírus HIV sem dolo ou culpa

O agente somente poderá ser responsabilizado pela transmissão dolosa ou culposa do vírus HIV, pois conforme preleciona Luiz Carlos Furquim Vieira Segundo, “caso o sujeito não saiba que tem a doença, sendo totalmente imprevisível que era portador da mesma (exemplo: sujeito que se contamina ao espetar o pé em seringa que estava jogada no meio da areia da praia, achando que pisou em concha), não há que se falar em homicídio culposo ou lesão corporal culposa caso este venha a manter relação sexual com outra pessoa e ocorra a contaminação desta, pois em Direito Penal não há responsabilidade objetiva, sendo assim, só pode ser responsabilizado o sujeito que atuou com dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva)”.¹⁹

Pronúncia e homicídio privilegiado

A fundamentação da pronúncia, conforme preconiza o § 1º do art. 413 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, *limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incursa o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.*

A decisão de pronúncia não é o momento oportuno para o reconhecimento da existência de alegado homicídio privilegiado, na modalidade de haver o crime sido cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provação da vítima, cabendo ao Tribunal do Júri decidir a respeito (TJPR, 1ª Câm.

Pronúncia e qualificadoras

Vide § 1º do art. 413 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.

Em respeito ao princípio do juiz natural, somente é cabível a exclusão das qualificadoras na sentença de pronúncia quando manifestamente improcedentes e descabidas, por quanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, conforme já decidido por esta Corte (STJ, HC 152548/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 25/4/2011).

Não se desconhece, é importante ressaltar, a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, havendo dúvida, por menor que seja, a respeito da incidência ou não de determinada qualificadora, deve-se reservar ao Tribunal do Júri a análise detalhada do mérito da acusação (STJ, REsp. 1122263/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., DJe 11/4/2011).

As circunstâncias qualificadoras do homicídio só podem ser afastadas da pronúncia quando claramente inexistentes; encontrando suporte mínimo no material probatório, devem ser levadas à apreciação do Conselho de Sentença (TJPR,

1ª Câm., RSE 0381993-4, Barbosa Ferraz, Rel. Des. Telmo Cherem, j. 31/5/2007).

Homicídio praticado contra mulher grávida

O crime de homicídio praticado contra mulher grávida, ciente o agente do estado de gravidez da vítima, enseja o concurso com o delito de aborto. Caso o agente deseje também o aborto, com desígnio autônomo, aplica-se a regra do concurso material (TJMG, Processo 1.0433.04.138531-4/001[1], Rel. Paulo Cézar Dias, pub. 19/4/2006).

Coautoria em homicídio culposo

Não é admissível, por tal fato, a coautoria em delito culposo de automóvel onde figura como autor menor inimputável. A negligência do pai, quando existente, poderá dar causa a direção perigosa atribuída ao menor, jamais a causa do evento (STJ, REsp. 25070/MT, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, 5ª T., RT 706, p. 375).

É perfeitamente admissível, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a possibilidade de concurso de pessoas em crime culposo, que ocorre quando há um vínculo psicológico na cooperação consciente de alguém na conduta culposa de outrem. O que não se admite nos tipos culposos, ressalve-se, é a participação. Precedentes desta Corte (STJ, HC 40474/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJ 13/2/2006, p. 832).

Julgamento pelo júri sem a presença do réu

Dadas as alterações levadas a efeito no Código de Processo Penal, não mais se exige a presença do réu em plenário do Júri para que possa ser realizado o seu julgamento. O art. 457 e parágrafos, com a redação determinada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, dizem, *verbis*:

Art. 457. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do

assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

§ 1º Os pedidos de adiamento e as justificações de não comparecimento deverão ser, salvo comprovado motivo de força maior, previamente submetidos à apreciação do juiz presidente do Tribunal do Júri.

§ 2º Se o acusado preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, salvo se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor.

Andrey Borges de Mendonça esclarece, com precisão, que, “embora seja facultado ao acusado, em princípio, ausentar-se da sessão de julgamento, tal disposição não deve ser considerada absoluta. Em determinadas situações, será necessária a presença do réu em plenário, mesmo contra a sua vontade. Caso o juiz entenda, por exemplo, que há necessidade de reconhecimento pessoal do acusado, especialmente nas situações em que há dúvida sobre a autoria delitiva, poderá determinar a condução coercitiva do acusado, se não comparecer à sessão. Do contrário, os jurados seriam impossibilitados de conhecer a verdade dos fatos, especialmente no tocante à autoria delitiva.”²⁰

No caso de réu preso, a regra é a do comparecimento, devendo a autoridade providenciar a sua apresentação. Se não tiver sido conduzido, por qualquer motivo, deve haver adiamento para o primeiro dia desimpedido. No entanto, é possível a dispensa da presença do acusado preso em plenário, se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito pelo acusado e por seu defensor (não basta, portanto, a assinatura de um deles).”²⁰

Há tratados internacionais de direitos humanos, no entanto, que preconizam disposição diversa, embora não se refiram especificamente ao procedimento do júri, conforme se verifica pelo seguinte julgado do STF: *O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do poder público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos da própria comarca, do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência (HC 86.634/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do *due process of law* e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Art. 14, nº 3, d) e Convenção*

Americana de Direitos Humanos/OEA (Art. 8º, § 2º, d e f). Precedente: HC 86.634/RJ, Rel. Min. Celso de Mello. Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. Precedentes (STF, HC 93503/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 2/6/2009, DJe 148, div. 6/8/2009, pub. 7/8-2009, Ement. 02368-03 PP-00456, RT 98, nº 889, p. 514-525, 2009).

Homicídio decorrente de intervenção policial

Não é incomum que, durante confrontos policiais, o suposto autor de determinada infração penal, ou mesmo alguém contra quem tenha sido expedido um mandado de prisão, possa vir a morrer. A polícia, nesses casos, ao narrar o aludido confronto, normalmente fazia menção à resistência oferecida pelo agente, que colocava em risco a vida ou mesmo a integridade física dos policiais que participavam daquela diligência. Assim, convencionou-se formalizar essa narrativa em um documento chamado *auto de resistência*, onde se informava que o agente havia sido morto dada a resistência ativa por ele empregada. Nesses casos, os policiais relatavam uma situação de agressão injusta, que lhes permitia agir em legítima defesa.

Como o número de autos de resistência aumentou sensivelmente ao longo dos anos, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, da Presidência da República, entendeu por bem em regulamentar essas hipóteses, fazendo editar a Resolução nº 8, de 20 de dezembro de 2012 que, após algumas considerações, asseverou: *Art. 1º As autoridades policiais devem deixar de usar em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crimes designações genéricas como ‘autos de resistência’, ‘resistência seguida de morte’, promovendo o registro, com o nome técnico de ‘lesão corporal decorrente de intervenção policial’ ou ‘homicídio decorrente de intervenção policial’, conforme o caso.*

Feminicídio e ofensa ao princípio da igualdade

Tal como ocorreu com o advento da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, quando inúmeras vozes se levantaram questionando a constitucionalidade do referido diploma legal que tinha como uma de suas finalidades a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a mesma discussão poderá ocorrer no que diz respeito à qualificadora relativa ao feminicídio, trazido pela Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, em que o delito de homicídio é cometido contra mulher, por razões da condição de sexo feminino.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em 09 de dezembro de 2012, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, decidiu, acertadamente e por unanimidade, em julgar procedente o pedido e reconhecer a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei nº

11.340, de 7 de agosto de 2006, conforme se verifica pela ementa abaixo transcrita: Violência doméstica. Lei nº 11.340/2006. Gêneros masculino e feminino. Tratamento diferenciado. O art. 1º da Lei nº 11.340/2006 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira.

Competência. Violência doméstica. Lei nº 11.340/2006. Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. O art. 33 da Lei nº 11.340/2006, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos Estados quanto à própria organização judiciária.

Violência doméstica e familiar contra a mulher. Regência. Lei nº 9.099/95. Afastamento. O art. 41 da Lei nº 11.340/2006, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do art. 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares.

Assim, tudo leva a crer que, se acionada, a nossa Corte Suprema manterá a linha de raciocínio que a conduziu a declarar a constitucionalidade da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, reconhecendo, também, a constitucionalidade da Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.

Homicídio no Código Penal Militar

Vide arts. 205 e 206 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Prioridade de tramitação do processo do homicídio quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incs. I, II, III, IV, V, VI e VII)

A Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016, acrescentou o art. 394-A ao Código de Processo Penal, determinando, *verbis*: **Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.**

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único. A pena é duplicada: **Aumento de pena**

I – se o crime é praticado por motivo egoístico; II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Introdução

A tentativa de suicídio, por si só, é considerada um indiferente penal. Entretanto, embora

seja atípica a conduta daquele que sobreviveu ao ato extremo, tem-se entendido pela ilicitude de tal comportamento, uma vez que o Código Penal afirma não se configurar o delito de constrangimento ilegal a coação exercida para impedir suicídio, ao contrário de outros atos considerados meramente imorais, a exemplo da prostituição.

Classificação doutrinária

Crime comum; simples; de forma livre; doloso (pois que o tipo penal não fez previsão expressa da modalidade culposa); comissivo (podendo, entretanto, ser praticado omissivamente nos casos de omissão imprópria); de dano; material; instantâneo de efeitos permanentes (em caso de morte da vítima); não transeunte; monossubjetivo; plurissubsistente; de conteúdo variado (crimes de ação múltipla, podendo o agente levar a efeito os vários comportamentos previstos no tipo – induzir, instigar ou auxiliar –, devendo responder, tão somente, por uma única infração penal).

Sujeito ativo e sujeito passivo

O delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio pode ser praticado por qualquer pessoa, uma vez que o tipo penal não especifica o sujeito ativo. O sujeito passivo, da mesma forma, poderá ser qualquer pessoa, desde que a vítima tenha *capacidade de discernimento*, de *autodeterminação*, pois, caso contrário, estaremos diante do delito de homicídio.

Participação moral e participação material

Ocorre a *participação moral* nas hipóteses de induzimento ou instigação ao suicídio. *Induzir* significa fazer nascer, criar a ideia suicida na vítima. *Instigar*, a seu turno, demonstra que a ideia de eliminar a própria vida já existia, sendo que o agente, dessa forma, reforça, estimula essa ideia já preconcebida.

Na *participação material* o agente auxilia materialmente a vítima a conseguir o seu intento, fornecendo, por exemplo, o instrumento que será utilizado na execução do autocídio (revólver, faca, corda para a força etc.), ou mesmo simplesmente esclarecendo como usá-lo.

A peça vestibular ao imputar ao acusado a prática do delito tipificado no art. 122 do Código Penal, é certo, aponta uma das formas do crime em questão: induzimento. Impõe-se, então, invocar a autoridade científica de quem a tem inconcussa: o mestre Nélson Hungria: ‘Três são as formas do crime em questão: o induzimento, a instigação e o auxílio. Quase nenhuma é a diferença entre induzir e instigar. Induzir significa persuadir ou levar alguém a praticar algum ato. Instigar, além desse mesmo significado, encerra também o de acoroçoar um designo. O induzimento pressupõe a iniciativa na formação da vontade de outrem, enquanto a instigação pode ter um caráter secundário ou acessório, ou de adesão e estímulo a um propósito já concebido, para afastar qualquer hesitação ou perplexidade.’ (*Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v.u., p. 232). Também induzimento a suicídio são os maus-tratos reiteradamente infligidos a alguém, vindo este a matar-se de desespero, uma vez que haja o dolo, direto ou eventual, específico do crime, isto é, a intenção ou aceitação do risco de que a vítima se suicide’ (*op. cit.* p. 234). (TJRS, RSE 70008851933, 2ª Câm. Crim., Rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. 30/11/2006).

Prática de atos de execução

Se o agente, de qualquer forma, pratica algum ato dirigido a causar a morte da vítima, deverá ser responsabilizado pelo homicídio, e não o delito do art. 122 do Código Penal.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A *vida* é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 122 do Código Penal, sendo que a *pessoa* contra a qual é dirigida a conduta do agente é o objeto material do crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

Elemento subjetivo

É o dolo, seja direto ou mesmo eventual, não havendo previsão legal para a modalidade culposa.

Para a caracterização do crime do art. 122 do Código Penal, é necessário o dolo específico, ou seja, a intenção deliberada e manifestada de forma ativa de criar na vítima a intenção de suicidar-se. A eventual prática de crime patrimonial por parte dos acusados, que indiretamente e por via oblíqua, em razão de vexame e constrangimento, levou o ofendido ao suicídio, não constitui a conduta delituosa descrita naquele tipo penal (TJRS, Recurso em Sentido Estrito 70020004875,

1^a Câm. Crim., Rel. Manuel José Martinez Lucas, j. 17/10/2007).

O tipo do art. 122 do Código Penal deve estar configurado em uma das três formas previstas na norma – o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio –, exsurgindo daí o dolo específico. Em toda ciência, e o Direito o é, os vocábulos, as expressões e os institutos têm sentido próprio, cumprindo àqueles que deles se utilizam o apego à maior tecnicidade possível. Ao contrário do que preceituado no art. 207, § 2º, do Código Penal Militar, o Diploma Penal Comum não contempla como tipo penal a provação indireta ao suicídio, de resto cogitada no § 2º do art. 123 do que seria o Código Penal de 1969, cuja vigência, fixada para 1º de agosto de 1970, jamais ocorreu (STF, HC 72049/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 2^a T., DJ 18/5/2001, p. 64).

Comete o crime de induzimento ao suicídio quem, ciente dos propósitos da vítima em virtude de lhe infligir maus-tratos, continua nesta ação, aceitando assim, o risco de que a vítima se suicide (resumo) (TJRS, HC 691050439, Câmara de Férias Criminal, Rel. Egon Wilde, j. 24/7/1991).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos constantes do art. 122 do Código Penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

Não há auxílio por omissão. Prestar auxílio é sempre conduta comissiva. A expressão usada no núcleo do tipo (a prestar-lhe auxílio para que o faça) do art. 122 do CP impede a admissão do auxílio omissivo (TJSP, Rec., Rel. Hoeppner Dutra, RT 491, p. 285).

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, pois, como adverte Aníbal Bruno, “o auxílio pode tomar a forma de ação ou omissão. Por omissão pode-se prestar auxílio a suicídio, se o sujeito, em virtude da relação de Direito que crie a obrigação de custódia e assistência em face do suicida, tinha o dever jurídico de impedi-lo. Assim, a mãe da jovem apaixonada e desiludida nos seus amores, cujo propósito de suicidar-se ela percebe,

tem o dever de impedi-lo. De igual modo, ao enfermeiro que tem a seu cargo um doente deprimido, ou extremamente possuído de dores, que, como ele conhece, pensa em matar-se, corre a obrigação de evitar que venham ao seu alcance meios de realizar esse intento. Se o jovem, com intenção suicida, entra no quarto e abre a torneira de gás, o pai que chega em seguida tem o dever jurídico de impedir a morte e responde, em caso de omissão, por participação em suicídio”.²¹

Paciente que deu entrada no estabelecimento com problemas gastrointestinais – Tentativa de fuga frustrada pela segurança – Suicídio efetivado pulando pela janela de andar alto – Hipótese em que apresentado quadro de depressão – Paciente subitamente privado da bebida por força da internação hospitalar – Não provada a culpa do hospital por omissão ou falta de diligência – Recurso provido. Não se pode pretender vigilância permanente e exclusiva, nem forma de isolamento total e imobilização de paciente, cuja fuga pode ocorrer de acordo com o quadro mental do doente (Ap. Cív. 213. 395-1/SP, Rel. Alexandre Germano, CCIVF 1, v.u., j. 25/8/1994).

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando ocorre, inicialmente, a morte da vítima ou, ainda, quando esta, mesmo sobrevivendo, sofre lesões corporais de natureza grave, ou seja, aquelas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal.

Se, entretanto, ainda que induzida, instigada ou auxiliada materialmente pelo agente, a vítima, tentando contra a própria vida, não conseguir produzir qualquer dano à sua saúde ou integridade física, ou sendo as lesões corporais de natureza leve, aquele não poderá ser responsabilizado pela infração penal em estudo.

Causas de aumento de pena

a) *Motivo egoístico*. Por motivo egoístico entende-se o motivo mesquinho, torpe, que cause certa repugnância, a exemplo da hipótese em que o agente induz seu irmão a cometer o suicídio a fim de herdar, sozinho, o patrimônio deixado pelos seus pais.

b) *Vítima menor*. Atualmente, costuma-se traçar um raciocínio no que diz respeito ao discernimento da vítima com sua condição de pessoa vulnerável, apontada pelo art. 217-A, inserido no Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, como aquela menor de 14 (catorze) anos. Quando a lei penal fala em *vítima menor*, está se referindo àquela menor de 18 anos, data em que se inicia a maturidade penal, e maior de 14 anos. Caso a vítima não tenha, ainda, completado 14 anos, haverá uma presunção no sentido da sua incapacidade de discernimento, o que conduzirá ao reconhecimento do homicídio, afastando-se, portanto, o delito do art. 122 do Código Penal. Não é demais lembrar que tal presunção é relativa, podendo, no caso concreto, ser a vítima menor de 14 (quatorze) anos de idade e não se configurar o homicídio, devendo, portanto, nessa hipótese, ser a pena duplicada.

c) *Vítima que tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência*. A lei fala

em *diminuição da capacidade de resistência* e não em *eliminação* dessa capacidade. Se a vítima tem eliminada a capacidade de resistir, o delito será de homicídio; se sua capacidade está diminuída, o crime será o do art. 122 do Código Penal, tendo o agente a pena duplicada. Podem ser citados como exemplos de diminuição de capacidade o fato de estar a vítima embriagada, sob o efeito de substâncias entorpecentes, deprimida, angustiada, com algum tipo de enfermidade grave *etc.*

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

Se o suicídio se consuma, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos; se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Em ambas as hipóteses, a ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Ocorrendo lesão corporal de natureza grave, permite-se, presentes os requisitos contidos no art. 89 da Lei nº 9.099/95, seja levada a efeito proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, ficando afastada tal possibilidade na hipótese em que o crime for cometido por motivo egoístico, bem como quando a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência, uma vez que, nesses casos, a pena será duplicada, nos termos do parágrafo único do art. 122.

Suicídio conjunto (pacto de morte)

Podemos citar o exemplo trazido à colação por Hungria, quando os namorados pactuados em morrer juntos optam por fazê-lo por asfixia de gás carbônico, “e, enquanto um abria o bico de gás, o outro calafetava as frinchas do compartimento. Se qualquer deles sobrevive, responderá por *homicídio*, pois concorreu materialmente no *ato executivo* da morte do outro. Se ambos sobrevivem, responderão por tentativa de homicídio. No caso em que somente um deles tivesse calafetado as frestas e aberto o bico de gás, responderá este, na hipótese de sobrevivência de ambos, por tentativa de homicídio, enquanto o outro responderá por instigação a suicídio”²² desde que, acrescentamos à conclusão do grande penalista brasileiro, neste último caso, ocorra lesão corporal de natureza grave.

Greve de fome

As autoridades constituídas, na qualidade de garantidoras, têm o dever de impedir a greve de fome, a exemplo do que ocorre no interior de penitenciárias, podendo agir no sentido de impedir a morte dos grevistas, pois, caso contrário, poderão ser responsabilizadas pelo resultado morte, conforme já exposto anteriormente.

Testemunhas de Jeová

Na hipótese de ser imprescindível a transfusão de sangue, mesmo sendo a vítima maior e

capaz, em caso de recusa, tal comportamento deverá ser encarado como uma tentativa de suicídio, podendo o médico intervir, inclusive sem o seu consentimento, uma vez que atuaria amparado pelo inc. I do § 3º do art. 146 do Código Penal, que diz não se configurar constrangimento ilegal a *intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.*

Transfusão de sangue. Testemunhas de Jeová. Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamentos médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O Judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se a transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art.146, § 3º, inc. I, do CP). Caso concreto em que não se verificava tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito que, aliás, norteiam a Carta das Nações Unidas, que precisam se sobrepor às especificidades culturais e religiosas, sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida, e não exterminá-la (TJRS, Ap. Cív. 595000373, 6ª Câm. Cív., Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. 28/3/1995.) **Disparo de arma de fogo pelo suicida**

Não é típica a conduta da pessoa que efetua disparo de arma de fogo como ato preparatório para o suicídio (TJRJ, Acórdão 398, Processo 0436051, 82ª Câm. Crim., Rel. Carlos Augusto A. de Mello, j. 10/1/2008, DJ 7.545).

Julgamento pelo júri sem a presença do réu

Vide art. 457, §§ 1º e 2º, do CPP.

Provocação direta ou auxílio a suicídio no Código Penal Militar

Vide art. 207 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Infanticídio Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Introdução

Analisando-se a figura típica do infanticídio, percebe-se que se trata, na verdade, de uma modalidade especial de homicídio, que é cometido considerando determinadas condições

particulares do sujeito ativo, que atua influenciado pelo estado puerperal, em meio a certo espaço de tempo, pois que o delito deve ser praticado durante o parto ou logo após. Seus traços marcantes e inafastáveis são, portanto, os seguintes: *a) que o delito seja cometido sob a influência do estado puerperal; b) que tenha como objeto o próprio filho da parturiente; c) que seja cometido durante o parto ou, pelo menos, logo após.*

O simples fato de matar a filha, logo após o parto, não autoriza dizer que foi sob a influência do estado puerperal. Necessário que haja provas de que a recorrente estivesse sob forte perturbação psíquica e hormonal, sendo incapaz de discernir e de se autodeterminar, sem forças para inibir o seu *animus necandi*. Contudo, havendo documentos médicos que atestem a higidez mental da acusada, deve-se deixar a cargo do Conselho de Sentença decidir se a vítima agiu ou não sob influência do estado puerperal, eventualmente desclassificando o crime de homicídio para o delito de infanticídio e, caso prevaleça a tese acusatória, também a questão relativa às qualificadoras deve ser submetida à apreciação do Tribunal do Júri (TJ-MG, RSE 0002195-12.2015.8.13.0028, Rel. Des. Correa Camargo, DJe 22/1º/2016).

O estado puerperal caracteriza-se pela alteração psíquica da mulher em decorrência do parto, diminuindo-lhe a capacidade de completo entendimento ou de determinação perante a realidade (TJ-DFT, Processo: 20131310028556RSE, Rel. Des. Silvano Barbosa dos Santos, DJe 06/10/2015).

Existindo fortes indícios de que a acusada agiu com ‘*animus necandi*’, não há como acolher, de plano, a tese de erro de tipo, razão pela qual deverá a acusada ser submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri. – Se a prova dos autos, inclusive a de natureza pericial, atesta que a recorrente matou o seu filho, após o parto, sob a influência de estado puerperal, imperiosa a desclassificação da imputação de homicídio qualificado para que a pronunciada seja levada a julgamento pelo cometimento do crime de infanticídio (art. 123 do Código Penal) (TJMG, AC 1.0702.04.170251-6/001, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJ 8/5/2009).

Inexistindo elemento probatório a demonstrar que psiquicamente perturbada sua consciência e vontade, por efeito do estado puerperal, salvo as condições de miséria em que vivia, não se pode, de plano, operar a desclassificação da conduta (TJRS, Recurso em Sentido Estrito 70014057491, 3ª Câm. Crim., Rel.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 9/3/2006).

Classificação doutrinária

Crime próprio (pois que somente pode ser cometido pela mãe, que atua influenciada pelo estado puerperal); simples; de forma livre; doloso, comissivo e omissivo impróprio (uma vez que o sujeito ativo goza do *status de garantidor*); de dano; material; plurissubsistente; monossubjetivo; não transeunte; instantâneo de efeitos permanentes.

A destruição do feto durante o parto caracteriza o crime de homicídio, desde que não praticada por quem se encontrar nas condições do privilégio previsto no art. 123 (infanticídio) do Código Penal (TJMG, Processo 2.0000.00.432144-2/000 [1], Rel. Alexandre Victor, pub. 29/5/2004).

Puerpério

Jorge de Rezende, traduzindo um conceito médico de puerpério, esclarece: “*Puerpério, sobreparto ou pós-parto*, é o período cronologicamente variável, de âmbito impreciso, durante o qual se desenrolam todas as manifestações involutivas e de recuperação da genitália materna havidas após o parto. Há, contemporaneamente, importantes modificações gerais, que

perduram até o retorno do organismo às condições vigentes antes da prenhez. A relevância e a extensão desses processos são proporcionais ao vulto das transformações gestativas experimentadas, isto é, diretamente subordinadas à duração da gravidez.”²³

Sob a influência do estado puerperal

É um critério *fisiopsíquico* ou *biopsíquico*, no qual se exige a conjugação do estado puerperal, com a influência por ele exercida na agente. Se não houver essa influência no comportamento da gestante, o fato deverá ser tratado como homicídio (*Vide* item 40 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal).

Parte da jurisprudência vem entendendo que a influência do estado puerperal na conduta da agente, que mata o próprio filho após o parto, é presumida. Há entendimento contrário. No caso, considerando que os fatos não ocorreram logo após o parto, não há como reconhecer a influência do estado puerperal (RSE, 224.577-3/ Barretos, 4ª Câm. Crim. de Férias ‘Julho/98’, Rel. Passos de Freitas, v.u., 23/7/1998).

Prova pericial

Conforme esclarece Francisco Dirceu Barros, “o entendimento da jurisprudência majoritária é no sentido da dispensa da perícia médica para a constatação do estado puerperal, visto que este é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto. O que na realidade existe é uma presunção *juris tantum*, ou seja, até que se prove ao contrário, a mulher após o parto tem perturbações psicológicas e físicas, geralmente normais, mas, quando intensas causa um distúrbio tão grande que a mulher pode eliminar o neonato”.²⁴

Estado puerperal. Prova. Perícia médica dispensável. Efeito normal de qualquer parto. Inteligência do art. 123 do CP (TJSP, RT 655, p. 272).

Mãe que, ao satisfazer suas necessidades fisiológicas em uma fossa, deu à luz uma criança, abandonando dentro da mesma. Autoria e materialidade comprovadas. Conduta praticada logo após o parto – Influência do estado puerperal. Desnecessidade de seu reconhecimento por prova pericial. Recurso provido para esse fim (RSE, 155.886-3/ Bauru, Rel. Gomes de Amorim, 1ª Câm. Crim., v.u., 24/4/1995).

Inimputabilidade

Se a parturiente, completamente perturbada psicologicamente, dada a intensidade do seu estado puerperal, considerado aqui como de nível máximo, provocar a morte de seu filho durante o parto ou logo após, deverá ser tratada como inimputável, afastando-se, outrossim, a sua culpabilidade e, consequentemente, a própria infração penal.

Ré. Inimputável em razão de doença mental. Estado puerperal. Correta absolvição sumária com aplicação de medida de segurança (TJRS, RD 70014810014, 1ª Câm. Crim., Rel. Ranolfo Vieira, DJ 21/6/2006).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente a mãe pode ser sujeito ativo da mencionada infração penal, tendo como sujeito passivo seu próprio filho.

Limite temporal

A expressão *durante o parto* indica o momento a partir do qual o fato deixa de ser considerado como aborto e passa a ser entendido como infanticídio. Dessa forma, o marco inicial para o raciocínio correspondente à figura típica do infanticídio é, efetivamente, o *início do parto*. A doutrina tem afirmado, portanto, que o início do parto pode ocorrer, considerando-se os dados acima, em três momentos, a saber: *a) com a dilatação do colo do útero*;²⁵ *b) com o rompimento da membrana amniótica*;²⁶ *c) com a incisão das camadas abdominais, no parto cesariana*. A expressão *logo após o parto*, a seu turno, deve ser entendida à luz do *princípio da razoabilidade*. A medicina aponta o período de seis a oito semanas como tempo de duração normal do puerpério.²⁷ Como seria possível, então, entender como infanticídio a morte do filho produzida pela própria mãe, ainda influenciada pelo estado puerperal, dois meses e meio após o parto?

Não nos parece razoável tal entendimento, uma vez que a lei penal usa, expressamente, a expressão *logo após o parto*, e não somente *após o parto*. Fosse intenção da lei reconhecer o delito de infanticídio a partir do início do parto, agindo a gestante influenciada pelo estado puerperal, teria afirmado expressamente isso. Não foi o que aconteceu.

Assim, a parturiente somente será beneficiada com o reconhecimento do infanticídio se, entre o início do parto e a morte do próprio filho, houver uma relação de proximidade, a ser analisada sob o enfoque do princípio da razoabilidade.

Elemento subjetivo

Não tendo sido prevista a modalidade culposa no art. 123 do Código Penal, o crime de infanticídio somente pode ser cometido dolosamente, seja o dolo direto ou, mesmo, eventual.

Consumação e tentativa

Crime material, o delito de infanticídio se consuma com a morte do nascente ou do neonato, daí a necessidade de ser produzida prova no sentido de se verificar se, durante os atos de execução, estava vivo o nascente ou neonato, pois, caso contrário, estaremos diante da hipótese de crime impossível, em razão da absoluta improriedade do objeto. É admissível a tentativa, tendo em vista a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*.

Modalidades comissiva e omissiva

O delito de infanticídio pode ser praticado comissiva ou omissivamente (conforme art. 13, § 2º, do CP).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a vida do nascente ou do neonato, sendo estes últimos

considerados como o objeto material do delito de infanticídio.

Prova da vida

A prova da vida do nascente ou do neonato é crucial. Existem exames, a exemplo das *docimias respiratórias*, que são produzidos para comprovar se houve vida no nascente, ou seja, aquele que ainda se encontrava no processo de expulsão do útero materno, bem como do neonato, isto é, aquele que acabara de nascer. Em caso de ausência da prova pericial, poderemos nos socorrer subsidiariamente da prova testemunhal, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de infanticídio é a de detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos. A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Infanticídio com vida intrauterina

Para nós, o divisor de águas entre o crime de aborto e o de infanticídio é, efetivamente, o início do parto, e não se a vida era intra ou extrauterina, embora exista controvérsia doutrinária e jurisprudencial nesse sentido.

Merece destaque a extraordinária lição de Hungria, quando assevera: “O Código atual ampliou o conceito do infanticídio: o sujeito passivo deste já não é apenas o *recém-nascido*, mas também o feto *nascente*. Ficou, assim, dirimida a dúvida que se apresentava no regime do Código anterior, quando o crime se realizava *in ipso partu*, isto é, na parte de transição da vida uterina para a vida extrauterina. Já não há mais identificar-se, em tal hipótese, o simples *aborto* – solução que, em face do Código de 90, era aconselhada pelo princípio do *in dubio pro reo*: o crime é infanticídio. Deixou de ser condição necessária do infanticídio a *vida autônoma* do fruto da concepção. O feto vindo à luz já representa, do ponto de vista biológico, antes mesmo de totalmente desligado do corpo materno, uma *vida humana*. Sob o prisma jurídico penal, é, assim, antecipado o início da *personalidade*. Remonta esta ao início do parto, isto é, à apresentação do feto no orifício do útero. Já então o feto passa a ser uma *unidade social*. Não se pode negar que o feto nascente seja um ser *vivo*, embora não possua todas as atividades vitais.”²⁸

Erro sobre a pessoa

Na hipótese, por exemplo, em que a parturiente almejava causar a morte de seu próprio filho e, por erro, acaba matando o filho de sua colega de quarto, aplica-se a regra correspondente ao erro sobre a pessoa, devendo ser responsabilizada pelo infanticídio.

Concurso de pessoas

Vejamos as hipóteses possíveis:

- a) a parturiente e o terceiro executam a conduta núcleo do tipo do art. 123, ou seja, ambos praticam comportamentos no sentido de causar a morte do recém-nascido; b) somente a parturiente executa a conduta de matar o próprio filho, com a participação do terceiro; c) somente o terceiro executa a conduta de matar o filho da parturiente, contando com o auxílio desta.

Para que as hipóteses sejam resolvidas corretamente, mister se faz alertar para as determinações contidas nos arts. 29 e 30 do Código Penal.

O primeiro raciocínio que deveríamos fazer seria no sentido de que a condição de parturiente e a influência do estado puerperal sobre o *animus* são condições de caráter pessoal. A regra geral determina, assim, que não se comunique ao coparticipante, salvo nos casos em que figurarem como elementos do tipo.

Por elementos ou elementares devemos considerar todos aqueles dados indispensáveis à definição típica, sem os quais o fato se torna atípico ou há, no mínimo, desclassificação. Se, por exemplo, a parturiente mata o próprio filho, logo após o parto, sem que tenha agido influenciada pelo estado puerperal, a ausência dessa elementar (sob a influência do estado puerperal) fará com que seja responsabilizada pelo resultado morte a título de homicídio. Haverá, portanto, uma desclassificação do delito de infanticídio para o crime de homicídio.

Percebe-se, pois, a importância de se concluir pela existência de uma elementar.

As circunstâncias, ao contrário, são dados periféricos à definição típica. Não interferem na figura típica em si, somente tendo a finalidade de fazer com que a pena seja aumentada ou diminuída. Nada mais.

No caso em exame, como já deixamos antever, a *influência do estado puerperal* não pode ser considerada mera circunstância, mas, sim, elementar do tipo do art. 123, que tem vida autônoma comparativamente ao delito do art. 121.

Em razão disso, nos termos do art. 30 do Código Penal, se for do conhecimento do terceiro que, de alguma forma, concorre para o crime, deverá a ele se comunicar.

Partindo desses pressupostos, vamos trabalhar com as hipóteses apresentadas.

Inicialmente, parturiente e terceiro praticam a conduta núcleo do art. 123, que é o verbo matar. Ambos, portanto, praticam atos de execução no sentido de causar a morte, por exemplo, do recém-nascido.

A gestante, não temos dúvida, que atua influenciada pelo estado puerperal, causando a morte do próprio filho logo após o parto, deverá ser responsabilizada pelo infanticídio. O terceiro, que também executa a ação de matar, da mesma forma, deverá responder pelo mesmo

delito, conforme determina o art. 30 do Código Penal.

Hungria discorda dessa conclusão argumentando que o delito de infanticídio é personalíssimo, sendo incomunicável a influência do estado puerperal.²⁹ Fragoso, ratificando as lições de Hungria, diz ser inadmissível o concurso de pessoas no crime de infanticídio, argumentando que “o privilégio se funda numa diminuição da imputabilidade, que não é possível estender aos partícipes. Na hipótese de coautoria (realização de atos de execução por parte do terceiro), parece-nos evidente que o crime deste será o de homicídio”.³⁰

Em defesa de nosso posicionamento, trazemos à colação os ensinamentos de Noronha que, com particular lucidez, afirma: “Não há dúvida alguma de que o *estado puerperal* é *circunstância* (isto é, estado, condição, particularidade etc.) *pessoal* e que, sendo *elementar* do delito, comunica-se, *ex vi* do art. 30, aos copartícipes. Só mediante texto expresso tal regra poderia ser derrogada.”³¹

E conclui o renomado autor: “A não-comunicação ao corréu só seria compreensível se o infanticídio fosse mero caso de *atenuação do homicídio* e não um *tipo* inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei.”³²

As observações feitas por Noronha são precisas. O infanticídio, ao contrário do que afirma a doutrina, *permissa venia*, não é modalidade de homicídio privilegiado. Seria se figurasse como um parágrafo do art. 121 do Código Penal. Cuidase, portanto, de verdadeiro delito autônomo, razão pela qual tudo aquilo que estiver contido em seu tipo será considerado elementar, e não circunstância, devendo, pois, nos termos da determinação contida no art. 30 do Código Penal, comunicar-se ao coparticipante, desde que todos os elementos sejam de seu conhecimento.

Fosse o delito de infanticídio previsto simplesmente como um parágrafo do art. 121 do Código Penal, deveria ser reconhecido como modalidade de homicídio privilegiado e, consequentemente, seus dados seriam considerados circunstâncias, deixando, a partir de então, de acordo com a mesma regra já apontada no art. 30 do diploma repressivo, de se comunicar aos coparticipantes.

Não tendo sido essa a opção da lei penal, todos aqueles que, juntamente com a parturiente, praticarem atos de execução tendentes a produzir a morte do recém-nascido ou do nascente, se conhecerem o fato de que aquela atua influenciada pelo estado puerperal, deverão ser, infelizmente, beneficiados com o reconhecimento do infanticídio.

Quando é a própria parturiente que, sozinha, causa a morte do recém-nascido, mas com a participação de terceiro que, por exemplo, a auxilia materialmente, fornecendo-lhe o instrumento do crime, ou orientando-a a como utilizá-lo, ambos, da mesma forma, responderão

pelo infanticídio, já que a parturiente atuava influenciada pelo estado puerperal e o terceiro que a auxiliou conhecia essa particular condição, concorrendo, portanto, para o sucesso do infanticídio.

A última hipótese seria aquela em que somente o terceiro praticasse os atos de execução, com o auxílio e a mando da parturiente, que atua influenciada pelo estado puerperal. Damásio, com precisão, alerta: “Se o terceiro mata a criança, a mando da mãe, qual o fato principal determinado pelo induzimento? Homicídio ou infanticídio? Não pode ser homicídio, uma vez que, se assim fosse, haveria outra incongruência: se a mãe matasse a criança, responderia por delito menos grave (infanticídio); se induzisse ou instigasse o terceiro a executar a morte do sujeito passivo, responderia por delito mais grave (coautoria no homicídio).

Segundo entendemos, o terceiro deveria responder por delito de homicídio. Entretanto, diante da formulação típica desse crime em nossa legislação, não há fugir à regra do art. 30: como a influência do estado puerperal e a relação de parentesco são elementos do tipo, comunicam-se entre os fatos dos participantes. Diante disso, o terceiro responde por delito de infanticídio. Não deveria ser assim. O crime de terceiro deveria ser homicídio. Para nós, a solução do problema está em transformar o delito de infanticídio em tipo privilegiado de homicídio.”³³

Em suma, se o terceiro acede à vontade da parturiente, que, influenciada pelo estado puerperal, dirige finalisticamente sua conduta no sentido de causar, durante o parto ou logo após, a morte do recém-nascido ou nascente, em qualquer das modalidades de concurso de pessoas, de acordo com a regra contida no art. 30 do Código Penal, deverá ser responsabilizado pelo delito de infanticídio.

Julgamento pelo júri sem a presença da ré

Vide art. 457, §§ 1º e 2º, do CPP.

Aplicação das circunstâncias agravantes do art. 61, II, e, segunda figura, e h, primeira figura, do Código Penal

No que diz respeito ao infanticídio, não terão aplicação as circunstâncias agravantes do art. 61, II, e, segunda figura (contra descendente), e h, primeira figura (contra criança), do Código Penal, pois, caso contrário, ocorreria o chamado *bis in idem*.

Modalidade Culposa

Inexistindo nos autos a prova de que a mãe quis ou assumiu o risco da morte do filho, não se configura o crime de infanticídio, em qualquer de suas formas, eis que inexiste para a espécie a forma culposa (TJES, Rec. Rel. José Eduardo Grandi Ribeiro, RTJE 55, p. 255).

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento Art. 124.

Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de 1/3 (um terço), se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: **Aborto necessário**

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro** II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Introdução

Nosso Código Penal não define claramente o aborto, usando tão somente a expressão *provocar aborto*, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência o esclarecimento dessa expressão.

Aníbal Bruno preleciona: “Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto.

Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo.”³⁴

O Código Penal, quebrando a regra trazida pela teoria monista, pune, de forma diversa, dois personagens que estão envolvidos diretamente no aborto, vale dizer, a gestante e o terceiro que nela realiza as manobras abortivas.

Caso a própria gestante execute as manobras tendentes à expulsão do feto, praticará o crime de autoaberto. Se for um terceiro que o realiza, devemos observar se o seu comportamento se deu com ou sem o consentimento da gestante, pois que as penas são diferentes para cada uma dessas situações.

Houve, também, previsão para as hipóteses em que a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, ou ocorre sua morte, havendo, outrossim, uma causa especial de aumento de pena para cada um desses resultados agravadores.

Também a lei penal fez previsão expressa da possibilidade de realização do aborto nos casos em que a vida da gestante correr risco com a manutenção da gravidez, ou quando esta for resultante de estupro, desde que o aborto seja precedido de seu consentimento ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Classificação doutrinária

Crime de mão própria, quando realizado pela própria gestante (autoaberto), sendo comum

nas demais hipóteses quanto ao sujeito ativo; considera-se próprio quanto ao sujeito passivo, pois que somente o feto e a mulher grávida podem figurar nessa condição; pode ser comissivo ou omissivo (desde que a omissão seja imprópria); doloso; de dano; material; instantâneo de efeitos permanentes (caso ocorra a morte do feto, consumando o aborto); não transeunte; monossubjetivo; plurissubsistente; de forma livre.

Início e término da proteção pelo tipo penal de aborto

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a *nidação*, que diz respeito à *implantação do óvulo já fecundado no útero materno*, o que ocorre 14 (quatorze) dias após a fecundação.

Assim, enquanto não houver a nidação não haverá possibilidade de proteção a ser realizada por meio da lei penal. Dessa forma, afastamos de nosso raciocínio inúmeras discussões relativas ao uso de dispositivos ou substâncias que seriam consideradas abortivas, mas que não têm o condão de repercutir juridicamente, pelo fato de não permitirem, justamente, a implantação do óvulo já fecundado no útero materno. Da mesma forma, não se configurará aborto na hipótese de *gravidez ectópica*, quando o óvulo fecundado não consegue chegar até o útero, mas se desenvolve fora dele. É o mesmo caso da gravidez tubária, na qual o ovo se desenvolve nas Trompas de Falópio. Se a vida, para fins de proteção pelo tipo penal que prevê o delito de aborto, tem início a partir da nidação, o termo *ad quem* para essa específica proteção se encerra com o *início do parto*.

Portanto, o início do parto faz com que seja encerrada a possibilidade de realização do aborto, passando a morte do nascente a ser considerada *homicídio* ou *infanticídio*, dependendo do caso concreto.

A destruição da vida intrauterina antes do início do parto caracteriza a hipótese de aborto, cuja punição a título de culpa não é prevista pelo Código Penal brasileiro. Contudo, se a morte ocorreu depois de iniciado o parto, a hipótese é de homicídio, caso não tenha sido praticado pela mãe sob influência do estado puerperal. O início do parto é marcado pelo período de dilatação do colo do útero, consoante a doutrina penal. Eventual erro na escolha do procedimento médico, desde que honesto, não caracteriza conduta negligente. Absolvição decretada (TJMG, Processo 1.0134.99.012239-9/001[1], Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 30/1/2007).

Espécies de aborto

Podem ocorrer duas espécies de aborto, a saber:

- a) natural ou espontâneo;
- b) provocado (dolosa ou culposamente).

Ocorre o chamado *aborto natural* ou *espontâneo* quando o próprio organismo materno se

encarrega de expulsar o produto da concepção.

Por outro lado, temos o *aborto provocado*, sendo esta provação subdividida em: dolosa e culposa (também reconhecida como accidental).

As espécies dolosas são aquelas previstas nos arts. 124 (autoaberto ou aborto provocado com o consentimento da gestante), 125 (aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) e 126 (aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante).

Não houve previsão legal para a modalidade de provação culposa do aborto, razão pela qual se uma gestante, com seu comportamento culposo, vier a dar causa à expulsão do feto, o fato será considerado como um *indiferente penal*.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Para que se possa identificar, com precisão, o sujeito ativo e o sujeito passivo do aborto, faz-

-se mister uma análise individualizada de cada figura típica constante dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.

O art.124 fez a previsão do *aborto provocado pela gestante (autoaberto) ou o aborto provocado com seu consentimento*. No autoaberto, por ser um crime de mão própria, temos somente a gestante como sujeito ativo do crime, sendo o óvulo fecundado, embrião ou feto, ou seja, o produto da concepção, protegido em suas várias etapas de desenvolvimento, o sujeito passivo.

Já no art. 125, que prevê o delito de aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, tem-se entendido que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo dessa modalidade de aborto, uma vez que o tipo penal não exige nenhuma qualidade especial, sendo o sujeito passivo, de forma precípua, o produto da concepção e, de maneira secundária, a própria gestante. Conforme preconiza Cesar Roberto Bitencourt, “nessa espécie de aborto, há *dupla subjetividade passiva*: o feto e a gestante”.³⁵

A última modalidade diz respeito ao aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante. Aqui também qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do crime. Quanto ao sujeito passivo, entendemos que somente o fruto da concepção (óvulo fecundado, embrião ou feto) é que poderá gozar desse *status*, pois que, se a gestante permitir que com ela sejam praticadas as manobras abortivas, as lesões de natureza leve porventura sofridas não a conduzirão a também assumir o *status* de sujeito passivo, dado o seu consentimento. Contudo, sendo graves as lesões ou ocorrendo a morte da gestante, esta também figurará como sujeito passivo, mesmo que secundariamente, haja vista a invalidade de seu consentimento, em decorrência da gravidade dos resultados.

Bem juridicamente protegido e objeto material

O bem juridicamente protegido, de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores (arts. 123, 124 e 125 do CP), é a *vida humana em desenvolvimento*. Luiz Regis Prado alerta que, de modo geral, “no aborto provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante) tutelam-se também – ao lado da vida humana dependente (do embrião ou do feto) – a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida. Todavia, apenas é possível vislumbrar a liberdade ou a integridade pessoal como bens jurídicos secundariamente protegidos em se tratando de aborto não consentido (art. 125 do CP) ou qualificado pelo resultado (art. 127 do CP)”.³⁶

O objeto material do delito de aborto pode ser o óvulo fecundado, o embrião ou o feto, razão pela qual o aborto poderá ser considerado *ovular* (se cometido até os dois primeiros meses da gravidez), *embrionário* (praticado no terceiro ou quarto mês de gravidez) e, por último, *fetal* (quando o produto da concepção já atingiu os cinco meses de vida intrauterina e daí em diante).

Elemento subjetivo

Os crimes de autoaberto, aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante e aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante somente podem ser praticados a título de dolo, seja ele direto ou eventual. Não houve previsão da modalidade culposa para o delito de aborto.

Diante da ausência do elemento subjetivo do dolo específico na conduta do agente, denunciado por crime de aborto provocado sem o consentimento da gestante, ainda que o médico faça opção por procedimento pouco recomendável para o caso, não há elementos para se afirmar que agiu dolosamente, com intenção de provocar o aborto da gestante e a morte do feto, impondo-se, nos termos do art. 409 do CPP, a sua improúnica (TJMG-0.05.023644-2/001 Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 9/4/2008).

Consumação e tentativa

O delito de aborto se consuma com a efetiva morte do produto da concepção. Não há necessidade que o óvulo fecundado, embrião ou o feto seja expulso, podendo, até mesmo, ocorrer sua petrificação no útero materno. Na qualidade de crime material, podendo-se fracionar o *iter criminis*, é perfeitamente admissível a tentativa de aborto.

Modalidades comissiva e omissiva

As normas existentes nos tipos penais dos arts. 124, 125 e 126 são de natureza proibitiva, isto é, proíbe-se o comportamento previsto naquelas figuras típicas, que é o de provocar aborto. As condutas previstas expressamente são, portanto, comissivas.

Entretanto, será possível a prática do crime de aborto por omissão, desde que o agente goze o *status* de garantidor.

Causas de aumento de pena

Os resultados apontados no art. 127 do Código Penal – *lesão corporal grave e morte* – somente podem ter sido produzidos culposamente, tratando-se, na espécie, de crime preterdoloso, ou seja, o dolo do agente era o de produzir tão somente o aborto, e, além da morte do feto, produz lesão corporal grave na gestante ou lhe causa a morte. Assim, as lesões corporais graves e a morte somente podem ser imputadas ao agente a título de culpa. Se ele queria, com seu comportamento inicial, dirigido à realização do aborto, produzir na gestante lesão corporal grave ou mesmo sua morte, responderá pelos dois delitos (aborto + lesão corporal grave ou aborto + homicídio) em concurso formal impróprio, pois que atua com desígnios autônomos, aplicando-se a regra do cômulo material de penas.

Prova da vida

O aborto é um crime que deixa vestígios, razão pela qual, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, será *indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo suprir-lo a confissão do acusado.*

Contudo, também de acordo com o art. 167 do diploma processual penal, *não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.*

Em se tratando da acusação de crime de aborto, os exames de gravidez e laudo pericial de exame de corpo de delito não são imprescindíveis para a comprovação da materialidade delitiva. Ainda que o abortamento seja crime que, em regra, deixa vestígios, é possível a dispensa de exame pericial quando estiver evidente que eles já desapareceram, conforme art. 167 do Código de Processo Penal (TJMS, HC 2009.011199-1/0000-00, Campo Grande, 2^a T., Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJEMS 15/7/2009, 52).

A jurisprudência é pacífica no sentido de que, não sendo possível a realização do exame de corpo de delito em crimes como o aqui noticiado aborto provocado, é de ser admitida a prova testemunhal como forma de suprir a falta (TJRS, Recurso em Sentido Estrito 70017373150, 2^a Câm. Crim., Rel. Laís Rogéria Alves Barbosa, j. 1º/3/2007).

No delito capitulado no art. 124 do CP, para instauração da persecução penal, é imprescindível a prova de sua materialidade. O ônus incumbe ao órgão acusador, não sendo suficiente, para este mister, a simples confissão da acusada. Aborto, diz a medicina, é interrupção da gravidez e, portanto, fundamental, essencial, imprescindível o diagnóstico desta como meio de configuração da infração (STJ, HC 11515/RJ; HC 1999/0116251-3, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6^a T., DJ 18/12/2000).

Para a configuração do crime de aborto é necessária a prova de que o feto tinha vida (TJMG, Ap. Crim. 113.007/9, 2^a Câm. Crim. Rel. Des. Paulo Tinôco, j. 17/9/1998).

Meios de realização do aborto

O aborto pode ser realizado com a utilização de diversos meios. Mirabete os sintetiza, dizendo: “Os processos utilizados podem ser químicos, orgânicos, físicos ou psíquicos. São

substâncias que provocam a intoxicação do organismo da gestante e o consequente aborto: o fósforo, o chumbo, o mercúrio, o arsênico (*químicos*), e a quinina, a estricnina, o ópio, a beladona *etc.* (*orgânicos*). Os meios *físicos* são os *mecânicos* (traumatismo do ovo com punção, dilatação do colo do útero, curetagem do útero, microcesária), *térmicos* (bolsas de água quente, escaldapés *etc.*) ou *elétricos* (choque elétrico por máquina estática). Os meios *psíquicos* ou *morais* são os que agem sobre o psiquismo da mulher (sugestão, susto, terror, choque moral *etc.*).³⁷

Julgamento pelo júri sem a presença do réu

Vide art. 457, §§ 1º e 2º, do CPP.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

Ao crime de autoaberto, ou mesmo na hipótese de a gestante consentir que nela seja realizado o aborto (art. 124 do CP), foi cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. Nos casos de aborto provocado por terceiro, para aqueles que o realizam *sem o consentimento da gestante*, a pena será de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos; se o delito é cometido *com o consentimento da gestante*, a pena será de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Tanto no delito de autoaberto (ou mesmo quando a gestante consente que nela seja realizado o aborto por terceiro) como no de aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante, em virtude da pena mínima cominada a essas duas infrações penais, tipificadas nos arts. 124 e 126 do diploma repressivo, será permitida a proposta de suspensão condicional do processo, presentes seus requisitos legais. Entretanto, no delito de aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante, tal proposta restará inviabilizada se houver a produção de lesões corporais de natureza grave ou a morte da gestante, pois que serão aplicadas as majorantes previstas no art. 127 do Código Penal, ultrapassando, assim, o limite de 1 (um) ano previsto para a pena mínima cominada à infração penal, determinado pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95.

A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado; sua concessão é de competência exclusiva do Ministério Pùblico, sempre de maneira fundamentada (Súmula nº 696). A inextensão do benefício ao codenunciado pelo crime de aborto não viola os princípios do devido processo legal e do contraditório, visto que se encontra devidamente motivada (STF, HC 84.935/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., DJ 20/5/2005).

O fato de ser, o autoaberto, crime doloso contra a vida não é, por si, óbice para a aplicação da suspensão prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95 (STJ, RHC 7.379/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., RSTJ 110, p. 358).

A ação penal, em todas as modalidades de aborto, é de iniciativa pública incondicionada.

Aborto legal

O art. 128 do Código Penal prevê duas modalidades de aborto legal, ou seja, o aborto que pode ser realizado em virtude de autorização da lei penal: *a) aborto terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo); e b) aborto sentimental, humanitário ou ético.*

O Código Penal declara impunível o aborto praticado pelo médico com o consentimento da gestante vítima de estupro. Assim, fazendo o legislador, no exercício de suas atribuições constitucionais, a opção pelo interesse da dignidade humana em detrimento da manutenção da gravidez, ao magistrado compete, acionada a jurisdição, assumir a responsabilidade que lhe cabe no processo, fazendo valer a lei. Se a realidade evidencia que médico algum faria a intervenção sem a garantia de que nada lhe ocorreria, não tem como o magistrado cruzar os braços, sob o argumento de que só após, se instaurada alguma movimentação penal, lhe caberia dizer que não houve crime. Omissão dessa natureza implicaria deixar ao desabrigado a vítima do crime, jogando-a à própria sorte. Não há valores absolutos. Nem a vida, que bem pode ser relativizada, como se observa no homicídio praticado em legítima defesa, por exemplo. E nessa relativização ingressa também o respeito à dignidade da mulher estuprada. Ainda mais se, adolescente, com graves problemas mentais, vê agravada sua situação de infelicidade pelo fato de ser o próprio tio e padrasto o autor do crime, o que a colocou também em situação de absoluta falta de assistência familiar e de representação legal, exigindo abrigamento e atuação de parte do Ministério Público. Manifestação do Ministério Público, autor da medida, indicada também pela área técnica do serviço do Município encarregado de dar atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência (TJRS, Agr. Inst. 70018163246, Câmara de Medidas Urgentes Criminal, Rel. Marcelo Bandeira Pereira, j. 3/1/2007).

Gestante que perde o filho em acidente de trânsito

Pode acontecer que a própria gestante, estando na direção de seu veículo automotor, venha, por exemplo, culposamente, a colidir com um poste, causando, em virtude do impacto sofrido, o aborto.

Nesse caso, não deverá ser responsabilizada criminalmente, haja vista a inexistência de previsão legal para a modalidade culposa de aborto.

De outro lado, pode ser que a gestante tenha sido vítima de acidente de trânsito, tendo sido seu veículo atingido por terceiro que, agindo de forma imprudente, dirigindo em velocidade excessiva, com ela colidiu, causando-lhe, também, em virtude do impacto, o aborto.

Aqui, ao contrário do raciocínio anterior, o agente causador do aborto, embora não possa ser responsabilizado penalmente por esse resultado, poderá responder pelas lesões corporais de natureza culposa produzidas na gestante em virtude da expulsão prematura do produto da concepção.

Morte de fetos gêmeos

Suponha-se que o agente coloque substância química abortiva na refeição da gestante, almejando a interrupção da gravidez, que, de antemão, era sabidamente gemelar.

O agente, portanto, além de conhecer o estado gravídico da gestante, sabia que a sua gestação era de fetos gêmeos.

Ocorrendo a morte dos produtos da concepção, quais seriam os crimes por ele praticados?

No caso em exame, aplica-se a regra do concurso formal impróprio de crimes, contida na segunda parte do art. 70, *caput*, do Código Penal, haja vista que com sua conduta única o agente produziu dois resultados que faziam parte do seu dolo, agindo, portanto, com desígnios autônomos com relação a eles.

Nesse primeiro exemplo não existe qualquer dificuldade de raciocínio. Imagine-se, agora, entretanto, que o agente tenha querido produzir o resultado aborto na gestante, acreditando que sua gravidez era simples, quando, na verdade, havia concebido fetos gêmeos, causando a morte de ambos.

Pergunta-se: deverá o agente responder pelo aborto em concurso formal, da mesma forma que no exemplo anterior?

Aqui, entendemos que não. Embora tenha atuado no sentido de praticar o aborto, ministrando à gestante substância química abortiva, somente poderá responder subjetivamente pelos resultados produzidos. Se não conhecia a gravidez gemelar, segundo entendemos, não poderá ser-lhe aplicada a regra do concurso formal impróprio, devendo responder por um único aborto.

Podemos raciocinar, ainda, com uma terceira hipótese. Suponha-se agora que a gestante, almejando praticar o aborto, vá até uma clínica que realize esse tipo de serviço. No início de sua curetagem, o “médico” percebe que sua gravidez era gemelar, o que não era de seu conhecimento. O médico, sem comunicar tal fato à gestante, interrompe a gravidez com a retirada de ambos os fetos, que morrem.

Pergunta-se: Quais os delitos praticados pelo médico que realizou o aborto com o consentimento da gestante e pela gestante que a ele se submeteu volitivamente?

Entendemos que o médico deverá ser responsabilizado pelos dois abortos, aplicando-se a regra do concurso formal impróprio, vale dizer, embora conduta única, produtora de dois resultados, pelo fato de ter agido com desígnios autônomos, ser-lhe-á aplicado o cômulo material, devendo ser somadas as penas dos dois abortos.

Já a gestante, como desconhecia a gravidez gemelar, somente poderá responder por um único delito de aborto, afastando o concurso de crimes.

Agressão a mulher sabidamente grávida

a) se o agente almejava o aborto, responderá pelo delito tipificado no art. 125 do CP; b) se não tinha essa finalidade, mas esse resultado lhe era previsível, deverá ser responsabilizado pelo art. 129, § 2º, V, Código Penal.

[Não existe a alegada consunção entre os delitos de homicídio e aborto decorrente do assassinato de mulher](#)

grávida. A consunção ocorre, quando o delito a ser absorvido pelo outro faz parte do tipo penal do absorvente ou é meio necessário para a consumação do último ou os fatos são antefato e pós-fato impuníveis. Nenhuma das hipóteses ocorre no caso em tela. O homicídio de mulher grávida e, em consequência, o aborto do feto são crimes autônomos (TJ-RS, AC 70068349513, Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, DJe 11/05/2016).

Gestante que tenta o suicídio

Deverá ser imputado à gestante o delito de tentativa de aborto, uma vez que, almejando eliminar a própria vida, consequentemente, produziria a morte do feto, razão pela qual, se sobrevive, não ocorrendo a morte do feto, deverá ser responsabilizada pelo *conatus*.

Caso haja a morte do feto, terá cometido o delito de aborto consumado.

Desistência voluntária e arrependimento eficaz

No crime de autoaberto, se a gestante dá início às manobras abortivas, mas as interrompe durante sua execução, teremos aqui a aplicação da desistência voluntária, sendo atípicos os atos por ela eventualmente realizados que, de alguma forma, vieram a produzir-lhe lesões corporais, uma vez que não se pune a autolesão. Também pode ocorrer que, após esgotado tudo aquilo que tinha ao seu alcance no sentido de realizar o aborto, por exemplo, fazendo uso de substâncias abortivas, a gestante, arrependida de seu ato, procure neutralizar, com algum antídoto, a substância ingerida anteriormente.

Se, nas hipóteses criadas, não sobrevém o aborto, ou seja, tanto na desistência quanto no arrependimento foi eficaz a intervenção da gestante no sentido de evitar a produção do resultado aborto, não será responsabilizada criminalmente por qualquer delito.

No caso do terceiro que inicia os atos de execução tendentes à produção do aborto, com o consentimento da gestante, se desiste voluntariamente de prosseguir com esses atos, ou impede que o resultado se produza – dado o seu arrependimento eficaz –, não deverá ser responsabilizado também por qualquer infração penal se os atos já praticados se configurarem em lesões corporais de natureza leve, passíveis de afastamento mediante o consentimento do ofendido.

Havendo lesões corporais graves, como o consentimento do ofendido não tem o condão de afastar a ilicitude do comportamento praticado pelo agente, este deverá responder por elas.

No caso de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, o agente sempre, nas hipóteses de desistência e arrependimento eficaz, responderá pelos atos já praticados. Se produziu lesões corporais leves, responderá pela infração penal prevista no *caput* do art. 129 do Código Penal; se graves ou gravíssimas, deverá ser responsabilizado levando-se em consideração, respectivamente, os parágrafos 1º e 2º do art. 129 do diploma repressivo.

Em qualquer situação, se o aborto vier a ocorrer, mesmo tendo os agentes se esforçado ao

máximo para que isso não acontecesse, deverão por ele responder, cada qual na sua situação (autoaborto, aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante e aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante).

Crime impossível

Poderá ser levado a efeito tanto no que diz respeito à *ineficácia absoluta do meio* (a exemplo da ministração de uma substância completamente inócuas a causar o aborto) ou da *absoluta impropriedade do objeto* (como ocorre na hipótese de inexistência de gravidez).

Tendo sido atestado por laudo pericial que o procedimento utilizado pelo recorrido era eficaz para causar abortamento, não merece prosperar a tese defensiva de se tratar de crime impossível por absoluta ineficácia do meio (TJ-MG, AC 0971211-43.2009.8.13.0382, Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, DJe 13/02/2015).

Crime impossível só ocorre quando o meio é absolutamente ineficaz. Citotec é medicamento que, por causar contrações musculares, acarreta o abortamento ou aceleração do parto, se avançada a gravidez (34 semanas) Mantido vivo o feto após a aceleração do parto provocada pelo medicamento, a conduta da gestante se insere na tentativa, não se excluindo a tipicidade (TJRS, Ap. Crim. 70010338937, 3^a Câm. Crim., Rel.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 7/4/2005).

Uma vez comprovado que os meios utilizados pela acusada para a prática do delito de aborto são impossíveis para atingir o resultado pretendido, correta a decisão pela absolvição sumária (TJMG, AC 1.0000.00. 297365-9/000, Des. José Antonino Baía Borges, DJ 12/11/2002).

Aborto econômico

Ocorre quando a gestante que se encontra grávida, como regra, por mais uma vez, dada sua falta de conhecimento na utilização de meios contraceptivos, ou mesmo diante de sua impossibilidade de adquiri-los, não podendo arcar com a manutenção de mais um filho em decorrência de sua condição de miserabilidade, resolve interromper a gravidez, eliminando o produto da concepção, causando a sua morte.

Não encontramos, nesses casos, qualquer ausa de justificação ou mesmo de exculpação que tenha por finalidade afastar a ilicitude ou a culpabilidade daquela que atuou impelida por essa motivação econômica.

Ordem judicial para a realização do aborto legal

A lei penal e a lei processual penal não preveem nenhum tipo de formalização judicial no sentido de obter uma ordem para que seja levada a efeito qualquer uma das modalidades do chamado aborto legal, seja aquele de natureza terapêutica ou profilática, previsto no inc. I do art. 128 do Código Penal, ou mesmo o de natureza sentimental ou humanitário, cuja previsão expressa encontra-se no inc. II do mencionado artigo.

Uma vez comprovado, mediante laudo médico conclusivo, que a gestante necessita, sob pena de vir a óbito, de tratamento quimioterápico e radioterápico que se revela incompatível com a continuidade da gravidez, a autorização para interromper a gestação é medida que se revela necessária (STJ, HC 266445/GO, Rel. Min.

Campos Marques, Des. convocado do TJPR, 5^a T., DJe 12/4/2013).

O aborto necessário, como qualquer outro procedimento médico de urgência, assim considerado como aquele do qual depende a vida do paciente, não precisa, via de regra, de autorização judicial (TJRS, Ap. Crim. 700196 13397, 2^a Câm. Crim., Rel. Laís Rogéria Alves Barbosa, j. 12/7/2007).

Concurso de pessoas no delito de aborto

No crime de aborto existe exceção à regra da teoria monista, adotada pelo art. 29 do Código Penal. Mediante o confronto dos arts. 124 e 126 do Código Penal, percebemos que, se a gestante procura alguém para que nela possa realizar o aborto, o médico que levou a efeito as manobras abortivas responderá por uma infração penal (art. 126 do CP), e a gestante por outra (art. 124 do CP), quando, de acordo com a teoria monista, deveríamos ter uma única infração penal distribuída entre a gestante e o médico, razão pela qual não podemos considerar *pura* a teoria monista adotada pelo Código Penal, mas, sim, moderada, temperada ou matizada, dadas as exceções existentes.

Merece destaque, também, em sede de concurso de pessoas, a discussão relativa à participação no crime de aborto. Não há qualquer dúvida quanto ao seu cabimento, em qualquer das três modalidades constantes dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.

Assim, para fins de raciocínio, se a gestante é induzida por seu namorado a praticar o aborto e se, efetivamente, vier a realizá-lo, este deverá ser responsabilizado penalmente pela sua participação no crime do art. 124 do Código Penal.

Se um médico, por exemplo, é convencido por um amigo de profissão a realizar um aborto em uma gestante que foi procurá-lo especificamente com essa finalidade, aquele que o induziu deverá ser considerado partícipe do delito tipificado no art. 126.

Da mesma forma, se alguém é induzido a praticar um aborto na gestante sem o consentimento dela, aquele que fez nascer a ideia criminosa na mente do agente deverá ser responsabilizado pelo delito previsto pelo art. 125 do diploma repressivo, se este vier a ser executado pelo autor.

A questão ganha relevo quando deparamos com as causas de aumento de pena previstas no art. 127 do Código Penal.

Se, no caso concreto, entendermos, por exemplo, que a participação se deu no comportamento previsto no art. 124 do Código Penal, e se, porventura, vier a gestante, no autoaberto, sofrer lesões corporais de natureza grave, ou mesmo falecer, o agente que a induziu não responderá pela participação com sua pena especialmente agravada, pois que a lei afirma, claramente, que a majorante somente incidirá nos dois artigos anteriores ao art. 127, vale dizer, naqueles artigos que preveem o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, e também o aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante.

Ao contrário, se a participação disser respeito a qualquer desses dois artigos (arts. 125 e 126 do CP) e se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofrer lesões corporais de natureza grave ou se vier a morrer, terão aplicação os aumentos previstos no art. 127 do Código Penal.

Optando o legislador por considerar na pena cominada para o crime a maior ou a menor reprovabilidade (culpabilidade) de cada agente do aborto consentido, a excludente da ilicitude reconhecida em favor da gestante não se comunica aos demais corréus, cuja culpabilidade para o crime foi de maior importância. Enquanto a gestante apenas consentiu, a estes coube provocar o aborto. Logo, não há que se falar em ausência de justa causa para os corréus pelo fato de a gestante ter sido absolvida com excludente da ilicitude; o estado de necessidade era condição de caráter pessoal, da corré, não abrangendo os demais (TJSP, EI, Rel. Cerqueira Leite, *RT* 724, p. 611).

Gestante que morre ao realizar o aborto, sendo que o feto sobrevive

No caso em questão, estaríamos diante de uma tentativa de aborto, uma vez que este se consuma somente com a morte do produto da concepção, cuja pena será especialmente agravada em decorrência da morte da gestante.

Aborto eugenésico

Mandado de segurança. Decisão atacada que indeferiu pedido de interrupção de gravidez por malformação fetal. Pleito formulado aos 05 (cinco) meses de gestação. Problema de saúde do feto que não se confunde com a anencefalia, analisada pelo C. STF na ADPF nº 54. Impossibilidade de analogia em se tratando de direito à vida, constitucionalmente assegurado ausência de alegação ou demonstração de que o feto apresente qualquer dano cerebral que lhe retire a notória capacidade de sentir e de sofrer, máxime em se tratando de gestação que ora já atingiu o sexto mês. Sofrimento psicológico da mãe que, embora mereça compreensão e respeito, não pode se sobrepor ao direito à vida do feto e à perspectiva de sofrimento físico quando da pretendida interrupção da gravidez. Não alegação ou demonstração de risco para a vida da mãe (art. 128, I, do Código Penal). Ausência de direito líquido e certo da impetrante a interromper a vida do nascituro. Inteligência do art. 5º da Constituição Federal e do art. 2º do Código Civil. Segurança denegada (TJSP, Processo 2091871-92.2014.8.26.0000, Rel. De Paula Santos, *DJe* 29/7/2014).

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, incs. I e II, todos do Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente (STF, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 11 e 12/4/2012, *Informativo* nº 661).

Diagnóstico de Anencefalia para antecipação terapêutica do parto

Vide Resolução CFM nº 1.989, de 10 de maio de 2012, que definiu os critérios para o diagnóstico de anencefalia, que deverá servir de parâmetro para efeitos de reconhecimento da possibilidade de interrupção da gravidez.

Abortamento por redução embrionária

Francisco Dirceu Barros, dissertando precisamente sobre o tema, aduz que o “aborto em estudo ocorreria quando a gestante estivesse grávida de trigêmeos, quadrigêmeos etc., ou seja, de uma quantidade de embriões que tornasse a gravidez ‘inviável’. Com a inviabilidade da gravidez motivada pelo número excessivo de embriões, evidentemente, detectada através de perícia, seria juridicamente possível o aborto de alguns dos embriões, daí o nome *redução embrionária*, para salvar a gestação dos demais”.³⁸

Majorante nos crimes contra a dignidade sexual

O inc. III do art. 234-A, que fora incluído ao Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, determina que a pena para os crimes contra a dignidade sexual, previstos no Título VI, seja aumentada de metade, se do crime resultar gravidez.

A aludida causa especial de aumento de pena procura evitar, por exemplo, a prática de abortos legais, na hipótese em que a vítima tenha sido estuprada, resultando o fato em gravidez.

Atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual

Em 1º de agosto de 2013, foi editada a Lei nº 12.845, que dispôs sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, considerando como tal aquelas, para efeitos da mencionada lei, que tenham sido vítimas de atividade sexual não consentida, como é o caso do delito de estupro, que tenha resultado em gravidez.

Atendimento humanizado às vitimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS)

Vide Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013.

Capítulo II – Das Lesões Corporais

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta: I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias; II – perigo de vida;

III – debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV – aceleração de parto: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 2º Se resulta: I – incapacidade permanente para o trabalho; II – enfermidade

incurável;

III – perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV – deformidade permanente;

V – aborto:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Diminuição de pena

§ 4º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Substituição da pena

§ 5º O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa: I – se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior; II – se as lesões são recíprocas.

Lesão corporal culposa

§ 6º Se a lesão é culposa: Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Aumento de pena

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

Redação dada pela Lei nº 12.720, de 27/9/2012.

§ 8º Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121.

Redação dada pela Lei nº 8.069, de 13/7/1990.

Violência Doméstica

Incluído pela Lei nº 10.886, de 17/6/2004.

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: *Redação dada pela Lei nº 11.340, de 7/8/2006.*

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Redação dada pela Lei nº 11.340, de 7/8/2006.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).

Incluído pela Lei nº 10.886, de 17/6/2004.

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de 1/3 (um terço) se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Incluído pela Lei nº 11.340, de 7/8/2006.

§ 12. Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços.

Introdução

O crime de lesão corporal pode ocorrer por meio de seis modalidades diferentes, a saber:
a) lesão corporal leve – art. 129, *caput*, do CP; b) lesão corporal grave – art. 129, § 1º, do CP;
c) lesão corporal gravíssima – art. 129, § 2º, do CP; d) lesão corporal seguida de morte – art. 129, § 3º, do CP; e) lesão corporal culposa – art. 129, § 6º, do CP.

Além dessas, por intermédio da Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004, foi introduzida outra modalidade de lesão corporal, denominada *violência doméstica*, qualificando o delito caso venha a ser praticado 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, conforme se verifica no § 9º inserido no art. 129 do Código Penal.

O *caput* do art. 129 do Código Penal, definindo o tipo penal de lesões corporais, usa o verbo offendere, procedente da palavra latina *offendere*, utilizada no sentido de fazer mal a alguém, lesar, ferir, atacar *etc.*

Prosegue a redação legal apontando que essa ofensa é dirigida contra a *integridade corporal* ou a *saúde* de outrem.

Conforme apontado precisamente por Hungria, “o crime de lesão corporal consiste em qualquer dano ocasionado por alguém, sem *animus necandi*, à integridade física ou a saúde (fisiológica ou mental) de outrem. Não se trata, como o *nomen juris* poderia sugerir *prima facie*, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. *Lesão corporal* comprehende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo. Não se concebe uma perturbação mental sem um dano à saúde, e é inconcebível um dano à saúde sem um mal corpóreo ou uma alteração do corpo. Quer como alteração da integridade física, quer como perturbação do equilíbrio funcional do organismo (saúde), a lesão corporal resulta sempre de uma *violência* exercida sobre a pessoa”.³⁹

Da mesma forma, entende-se como delito de lesão corporal não somente aquelas situações de ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima criadas originalmente pelo agente, como também a agravação de uma situação já existente.

Como a lei penal define o delito de lesão corporal dizendo ser a ofensa a integridade corporal ou a saúde de *outrem*, quem devemos entender por esse *outrem*?

Por *outrem* devemos entender, como raciocínio inicial, tão somente o ser humano vivo. Assim, não há possibilidade de se cogitar de lesões corporais em pessoas jurídicas, animais ou, ainda, coisas inanimadas. *Outrem*, portanto, é o *ser vivo*. Dessa forma, com essa definição, também são excluídos os cadáveres. Assim, aquele que agride um cadáver, destruindo parcialmente seu corpo morto, pode, dependendo do elemento subjetivo e da situação específica em estudo, cometer o crime de destruição de cadáver (art. 211 do CP), vilipêndio a cadáver (art. 212 do CP) ou, mesmo, o delito de dano (art. 163 do CP). Tudo isso vai depender, como deixamos antever, do elemento subjetivo do agente, bem como da situação efetiva em que se encontra o cadáver (dentro do túmulo, utilizado em pesquisas anatômicas universitárias etc.).

Entretanto, devemos esclarecer a partir de quando esse *ser vivo* já se encontrará sob a proteção do art. 129 do diploma repressivo. Será que o ser ainda em formação já pode ter a sua integridade física e a sua saúde protegidas pelo tipo penal em estudo? Ou seja, é possível a proteção por intermédio do art. 129 do Código Penal do *ser humano* com vida intrauterina, em seus três estágios de evolução, sendo, ainda, um óvulo, um embrião ou mesmo um feto?

Existe controvérsia doutrinária nesse sentido.

Luiz Regis Prado, quando identifica o *objeto material* do crime de lesão corporal, afirma ser “o ser humano vivo, a partir do momento do início do parto até sua morte”,⁴⁰ descartando, ao que parece, a possibilidade de o crime de lesões corporais ser cometido, por exemplo, contra o feto ainda em formação no útero materno.

Em sentido contrário posiciona-se Ney Moura Teles, argumentando: “Evidente, pois, que também o ser em formação possui uma integridade corporal que sustenta sua vida. Se esta é protegida, aquela também o é. E assim deve ser porque importa, para a sociedade, a proteção dos seres humanos em formação não somente contra ações que o destruam, mas também aquelas que o lesionam em sua integridade corporal ou que danificam sua saúde.

Seria contrassenso imaginar que a lesão ao feto ou ao embrião, a amputação de um de seus membros ou a ofensa a sua saúde, a um de seus órgãos componentes, fosse um indiferente penal. Também absurdo é considerar o ser humano em formação apenas uma parte do corpo da gestante e incriminar a conduta apenas por ter ela atingido também a gestante. Ainda porque é perfeitamente possível uma lesão atingir tão somente o feto, deixando íntegro o corpo ou a saúde da gestante”.⁴¹

Entendemos assistir razão a essa última posição. O elemento subjetivo do agente é que direciona seu comportamento, apontando para a infração penal por ele pretendida. Se o agente queria, como sugeriu o professor Ney Moura Teles, ofender a integridade corporal ou a saúde do feto, deverá responder pelo delito de lesões corporais, devendo-se, unicamente, comprovar que, ao tempo da sua ação, o feto encontrava-se vivo, condição indispensável à configuração do delito.

Dessa forma, a proteção mediante o art. 129 do Código Penal tem início a partir do momento em que surge uma nova vida carregada dentro do útero materno, o que ocorre com a nidificação, já estudada quando analisamos o delito de aborto.

Merece ser destacado, ainda, o fato de que a *ausência de dor* ou *efusão de sangue* não descharacteriza as lesões corporais, devendo ser procedida, como veremos em continuidade ao nosso estudo, a diferença entre o delito de lesões corporais e a contravenção penal de vias de fato, sob a luz do princípio da insignificância.

Em consonância com o princípio da lesividade, principalmente na vertente por ele

proposta, que proíbe a incriminação de uma conduta que não exceda ao âmbito do próprio autor, conforme destaca Nilo Batista, é que se “veda a punibilidade da autolesão,”⁴² não podendo o legislador brasileiro criar figuras típicas, por exemplo, proibindo automutilações.

Consoante entendimento desta Corte Superior, nos crimes praticados em ambiente doméstico ou familiar, onde normalmente inexiste testemunha, a palavra da vítima ganha especial relevo e, por isso, não pode sofrer menoscabo, ainda mais se guardar sintonia com outros elementos de convicção disponíveis nos autos. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 962.903/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 23/09/2016).

Em termos de prova convincente, a palavra da vítima, evidentemente, prepondera sobre a do réu. Esta preponderância resulta do fato de que uma pessoa, sem desvios de personalidade, nunca irá acusar desconhecido da prática de um delito, quando isto não ocorreu. E quem é acusado, em geral, procura fugir da responsabilidade de seu ato. Portanto, tratando-se de pessoa idônea, sem qualquer animosidade específica contra o agente, não se poderá imaginar que ela vá mentir em Juízo e acusar um inocente. Na hipótese, a vítima foi firme em afirmar que o recorrente agrediu-a, causando-lhe lesões corporais. Estas lesões e o estado de ânimo da ofendida na ocasião foram comprovados pelos policiais militares que atenderam a ocorrência do fato. Apelo defensivo desprovido (TJRS, ACr 70050187459, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 5/9/2012).

Classificação doutrinária

Crime comum quanto ao sujeito ativo, bem como, em regra, quanto ao sujeito passivo, à exceção, neste último caso, das hipóteses previstas no inc. IV do § 1º, no inc. V do § 2º, bem como no § 9º, todos do art. 129 Código Penal; crime material; de forma livre; comissivo; omissivo impróprio; instantâneo (em algumas situações, a exemplo da perda de membro, quando pode ser considerado como instantâneo de efeitos permanentes); de dano; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

A lei penal não individualiza determinado sujeito ativo para o crime de lesões corporais, razão pela qual qualquer pessoa pode gozar desse *status*, não se exigindo nenhuma qualidade especial.

No que diz respeito ao sujeito passivo, à exceção do inc. IV do § 1º e do inc. V do § 2º do art. 129 do Código Penal, que preveem, respectivamente, como resultados qualificadores das lesões corporais a *aceleração de parto* e o *aborto*, bem como do § 9º, que prevê também a modalidade qualificada relativa à violência doméstica, qualquer pessoa pode assumir essa posição.

Nas exceções apontadas – *aceleração de parto* e *aborto* –, somente a gestante pode ser considerada sujeito passivo, bem como aquele que seja ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, quando se prevalece o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, sendo os crimes, nesses casos, entendidos como próprios com relação ao sujeito passivo, pois que os

tipos penais os identificam.

Ney Moura Teles ainda alerta para o fato de que, “quando a ofensa recair sobre o ser humano em formação, sujeito passivo é a coletividade, a sociedade, o Estado, o interesse estatal na preservação da integridade corporal ou da saúde do ser humano em formação”.⁴³

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bens juridicamente protegidos, segundo o art. 129 do Código Penal, são a integridade corporal e a saúde do ser humano.

Objeto material é a pessoa humana, mesmo que com vida intrauterina, sobre a qual recai a conduta do agente no sentido de ofender-lhe a integridade corporal ou a saúde.

Exame de corpo de delito

Sendo um crime que deixa vestígios, há necessidade de ser produzida prova pericial, comprovando-se a natureza das lesões, isto é, se leve, grave ou gravíssima (*vide* arts. 167, 168 e 564, III, alínea *b*, do Código Processo Penal).

É indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, para os crimes que deixam vestígios, podendo, em caso de desaparecimento destes, ser o exame suprido por prova testemunhal, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal (Precedentes) (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 02/09/2016).

Impõe-se a desclassificação da lesão corporal de natureza grave para a de natureza leve quando, de forma injustificada, deixa-se de realizar o exame complementar, e as conclusões do primeiro laudo e as declarações da vítima mostram-se absolutamente lacônicas (TJMG, AC 0087025-76.2007.8.13.0775, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJe 1º/10/2012).

Havendo prova da materialidade do delito pelo exame induvidoso das lesões, corroborado com fotografias que demonstram a ocorrência destas, resta constituída a materialidade conforme artigo 168 e § 3º do CPP [...] (TJRS, RCrim. 71001587716, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 31/3/2008).

Elemento subjetivo

Como o crime de lesão corporal pode ser praticado mediante seis modalidades diferentes, conforme apontamos em nossa introdução, deixaremos a análise do elemento subjetivo de cada uma delas quando do estudo pormenorizado dos parágrafos do art. 129 do Código Penal, somente ressaltando, nesta oportunidade, que a modalidade simples da figura típica, prevista no *caput* do mencionado artigo, que prevê o delito de lesão corporal de natureza leve, somente pode ser praticada a título de dolo, seja ele direto ou eventual.

O dolo de causar lesão é reconhecido por intermédio das expressões latinas *animus laedendi* ou *animus vulnerandi*.

Modalidades qualificadas

São as previstas nos §§ 1º (lesão corporal grave), 2º (lesão corporal gravíssima), 3º (lesão corporal seguida de morte) e 9º (violência doméstica) do Código Penal.

Lesão corporal grave

Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias – Esse resultado pode ter sido produzido dolosa ou culposamente. Álvaro Mayrink da Costa preleciona: “A lei brasileira fala em *ocupações habituais*, o que significa que não se limita ao *trabalho* da vítima, mas a toda atividade laborativa, não entendida só a atividade de natureza lucrativa, pois o conceito é funcional e não econômico. Entenda-se como *atividade corporal*, física ou intelectual, razão pela qual pode ser sujeito passivo tanto o *ancião*, como a criança ou o adolescente incapacitado de continuar sua preparação profissional. Outrossim, é necessário que a atividade não seja juridicamente *ilícita*, podendo ser eticamente desvalorada (a *prostituta* que teve seu braço fraturado pode ser sujeito passivo do tipo agravado).”⁴⁴

A incapacidade da vítima para ocupações habituais ficou incontroversa, apesar da falta de exame pericial complementar, pois o ofendido, mesmo após seis meses do fato, ainda estava submetido a tratamento e impedido de realizar suas atividades habituais e com sequela manifesta. As circunstâncias descritas são suficientes para caracterizar a gravidade da lesão e a incidência do art. 129, § 1º, inc. I, do Código Penal. Emanando das provas coletadas que as lesões sofridas pelo ofendido ensejaram sua incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, fica suprida a exigência do exame pericial complementar (STJ, AgRg. no AREsp. 145181/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 28/6/2013).

O reconhecimento de incapacidade por mais de 30 dias deve estar fundamentado em prova, seja em laudo pericial complementar ou mesmo prova testemunhal segura de que a incapacidade da vítima perdurara por mais de trinta dias (TJMG, AC 0057871-47.2006.8.13.0775, Rel. Des. Silas Vieira, DJe 4/5/2012).

Para a configuração do crime de lesão corporal grave, com incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, não é necessária a demonstração de prática de atividade laboral exercida pela vítima, visto que o tipo penal refere-
-se à atividades exercidas com frequência, não necessariamente remuneradas ou profissionais (TJRS, AC 70022182083, 1ª Câm. Crim., Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, DJ 29/1/2008).

Haverá necessidade de exame complementar para efeitos de configuração da qualificadora, nos termos do art. 168, § 2º, do Código Processo Penal.

A ausência do laudo complementar gera a desclassificação do crime de lesão corporal de natureza grave para o de natureza leve (art. 129, *caput*, do CP), mister quando ausente qualquer prova que justifique a qualificação do delito (TJPR, 1ª Câm. Crim. AC 0341963-4/Campina da Lagoa, Rel. Juiz Conv. Mário Helton Jorge, un. j. 14/6/2007).

O prazo de trinta dias previsto no inc. I do § 1º do art. 129 do Estatuto Repressivo deve ser contado da data do fato, e não da lavratura do primeiro exame de corpo de delito, como dispõe o § 2º do art. 168 do Código de Processo Penal. Assim, como o fato ocorreu em 9/10/2003 e o laudo complementar é datado de 10/11/2003, não há falar em qualquer irregularidade (TJRS, AC 70022182083, 1ª Câm. Crim., Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, DJ 29/1/2008).

Perigo de vida – Trata-se de qualificadora de natureza culposa, sendo as lesões corporais

qualificadas pelo perigo de vida um crime eminentemente *preterdoloso*, ou seja, havendo dolo no que diz respeito ao cometimento das lesões corporais e culpa quanto ao resultado agravador.

Se o agente, quando agredia a vítima, atuava com dolo no sentido de causar-lhe perigo de vida, na verdade agia com o dolo do delito de homicídio, razão pela qual, sobrevivendo a vítima, deverá responder por tentativa de homicídio, e não por lesão corporal qualificada pelo perigo de vida.

O traumatismo craniano, com necessidade de intervenção cirúrgica, confere perigo de vida (TJRS, Ap. Crim. 70015276868, 1^a Câm. Crim, Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 11/10/2006).

Debilidade permanente de membro, sentido ou função: debilidade, no sentido empregado pela lei penal, significa *enfraquecimento* ou *redução* da capacidade funcional.

Quando se exige *debilidade permanente*, para fins de configuração da qualificadora em estudo, não se deve entender a *permanência* no sentido de eterno, melhor ainda, sem possibilidade de retorno à capacidade original. A melhor ilação do inciso em estudo é aquela que entende a permanência no sentido de *duradouro*, mesmo que reversível após longo tempo.

Muito embora a perda de dois dentes possa não resultar na perda ou inutilização da função mastigatória – o que tipificaria a lesão corporal gravíssima –, certo é que acarretará a redução ou o enfraquecimento da capacidade funcional, que antes era desenvolvida com mais peças dentárias. Bem tipificado, portanto, o delito em comento como lesões corporais de natureza grave, deve ser mantida a qualificadora da debilidade permanente da função (TJRS, Processo nº 70042267336, Rel.^a Des.^a Rosane Ramos de Oliveira Michels, j. 19/1/2012).

Os *membros* são subdivididos em superiores e inferiores. Por *membros superiores* devem ser entendidos o braço, o antebraço e a mão. *Inferiores*, a seu turno, são a coxa, a perna e o pé. Os dedos, como salienta Guilherme de Souza Nucci, “são apenas partes dos membros, de modo que a perda de um dos dedos constitui-se em debilidade permanente da mão ou do pé”.⁴⁵

O ser humano possui cinco *sentidos*: visão, olfato, audição, tato e paladar. Se em razão das lesões sofridas houver debilidade em qualquer um deles, qualifica-se o crime. Assim, por exemplo, a vítima que, agredida violentamente, perdeu um dos olhos, ou mesmo ficou surda de um de seus ouvidos. O caso é tratado como debilidade, isto é, diminuição, redução da capacidade de enxergar ou ouvir. Se tivesse ficado completamente cega ou surda, como veremos adiante, o caso não seria tratado como debilidade, mas, sim, como perda ou inutilização do sentido, transformando a lesão corporal de grave em gravíssima, nos termos do inc. III do § 2º do art. 129 do Código Penal.

Função, segundo a definição de Hungria, “é a atuação específica exercida por qualquer órgão. As principais funções são em número de sete: *digestiva, respiratória, circulatória, secretora, reprodutora, sensitiva e locomotora*”.⁴⁶ Tratando-se de órgãos duplos, a exemplo dos rins, a perda de um deles se configura em *debilidade permanente* da função renal, e não

perda dessa referida função. Obviamente que, no caso sugerido, se a vítima somente contava com um dos rins, uma vez que já havia se submetido a uma cirurgia para extração do outro órgão, a perda do segundo rim, obrigando-a a realizar, em regime de urgência, um transplante, importará na aplicação da qualificadora correspondente à lesão gravíssima, prevista no inc. III do § 2º do art. 129 do Código Penal.

A questão do prazo do laudo complementar (se extemporâneo ou não), previsto no § 2º do art. 168 do Código de Processo Penal, para validar a tipificação da conduta como qualificada, perdeu relevância, porquanto, ainda que afastada a hipótese da incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias (prevista no inc. I), permanece a qualificadora da debilidade permanente de função, o que, por si só, conduz à subsunção da conduta no § 1º do art. 129 do Código Penal (STJ, REsp. 600706/SE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 10/4/2006, p. 267).

Aceleração de parto – Embora a lei penal se valha da expressão *aceleração de parto* para qualificar a lesão corporal, teria sido melhor a utilização da expressão *antecipação de parto*, uma vez que somente se pode acelerar aquilo que já teve início.

A qualificadora da aceleração de parto somente pode ser atribuída ao agente a título de culpa, sendo a infração penal, ou seja, a lesão corporal qualificada pela aceleração de parto, de natureza preterdolosa.

Se o agente atuava no sentido de interromper a gravidez com a consequente expulsão do feto, o seu dolo era o de aborto, e não o de lesão corporal qualificada pela aceleração de parto.

Lesão corporal gravíssima

Incapacidade permanente para o trabalho: esse resultado qualificador pode ter sido produzido dolosa ou culposamente. Admite-se tanto o dolo direto quanto o eventual; na modalidade culposa, como já temos alertado nos estudos anteriores, faz-se mister seja o resultado previsível para o agente.

A *incapacidade* diz respeito à impossibilidade, de caráter duradouro, para o trabalho. Álvaro Mayrink da Costa, analisando a natureza do trabalho para o qual está incapacitada a vítima, assevera: “A doutrina advoga que significa *qualquer modalidade de trabalho* e não especificamente o trabalho a que a vítima se dedicava. Contudo, há necessidade de serem estabelecidas certas restrições, visto que não se pode exigir de um intelectual ou de um artista que se inicie na atividade de pedreiro. Fixa-se o campo do factualmente possível e não no teoricamente imaginável.”⁴⁷

A incapacidade deve ser permanente, isto é, duradoura, mas não necessariamente perpétua. É possível que a vítima, algum tempo depois de sofrida a lesão, volte a se capacitar normalmente para o trabalho. O que importa, aqui, é que essa incapacidade tenha caráter duradouro, sem tempo certo para se restabelecer.

Enfermidade incurável: Cezar Roberto Bitencourt esclarece que enfermidade “é um processo patológico em curso. *Enfermidade incurável* é a doença cuja curabilidade não é conseguida no atual estágio da Medicina, pressupondo um processo patológico que afeta a saúde em geral. A *incurabilidade* deve ser conformada com dados da ciência atual, com um *juízo de probabilidade*”.⁴⁸

A medicina aponta algumas doenças que são entendidas como incuráveis, a exemplo da lepra, da tuberculose, da sífilis, da epilepsia *etc.*

Problema que hoje envolve muita discussão diz respeito à transmissão do vírus HIV. Imagine-se a hipótese em que o agente, querendo, efetivamente, transmitir o vírus HIV à vítima, nela aplique uma injeção contendo sangue contaminado. Pergunta-se: Qual seria o delito imputado ao agente uma vez que, embora contaminada, a vítima ainda se encontra viva? Poderíamos raciocinar em termos de lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável?

Entendemos que não. Mais do que uma enfermidade incurável, a Aids é considerada uma doença mortal, cuja cura ainda não foi anunciada expressamente. Os chamados “coquetéis de medicamentos” permitem que o portador leve uma vida “quase” normal, com algumas restrições. Contudo, as doenças oportunistas aparecem, levando a vítima ao óbito. Dessa forma, mais do que uma enfermidade incurável, a transmissão dolosa do vírus HIV pode se amoldar, segundo nosso ponto de vista, à modalidade típica prevista pelo art. 121 do Código Penal, consumado ou tentado.

No entanto, já decidiu o STJ, citando decisão do STF, que na hipótese de transmissão dolosa de doença incurável, a conduta deverá ser apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave, conforme previsão clara do art. 129, § 2º inc. II, do Código Penal. A alegação de que a Vítima não manifestou sintomas não serve para afastar a configuração do delito previsto no art. 129, § 2º, inc. II, do Código Penal. É de notória sabença que o contaminado pelo vírus do HIV necessita de constante acompanhamento médico e de administração de remédios específicos, o que aumenta as probabilidades de que a enfermidade permaneça assintomática. Porém, o tratamento não enseja a cura da moléstia. Não pode ser conhecido o pedido de *sursis* humanitário se não há, nos autos, notícias de que tal pretensão foi avaliada pelas instâncias antecedentes, nem qualquer informação acerca do estado de saúde do Paciente (STJ, HC 160982/DF, Rel. ^a Min. ^a Laurita Vaz, ^{5ª} T., DJe 28/5/2012).

A conduta de transmissão dolosa do HIV se subsume ao tipo penal previsto no art. 129, § 2º, inc. II, do Código Penal (ofender a saúde de outrem, resultando em enfermidade incurável), não havendo se falar em atipicidade da conduta (TJ-DFT, AC 20100111516183APR, Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, DJe 09/05/2016).

Admite-se que a qualificadora da *enfermidade incurável* possa resultar do comportamento doloso ou mesmo culposo do agente.

Perda ou inutilização de membro, sentido ou função: esse resultado pode ter sido produzido dolosa ou culposamente pelo agente. Comparativamente à lesão grave que importe em debilidade, mais do que o simples enfraquecimento, a qualificadora em exame exige a perda, isto é, a ablação de qualquer membro, superior ou inferior, ou mesmo sua completa inutilização. Isso significa que, mesmo existindo o membro, não possui ele qualquer capacidade física de ser utilizado. Quando a vítima, por exemplo, sofre lesões no braço, tornando-o débil, fraco, mas ainda podendo ser utilizado, embora não mais com a força e a capacidade anteriores, a hipótese será resolvida como sendo *debilidade*; ao contrário, se as lesões sofridas pela vítima fazem com que seu braço, embora fisicamente ainda preso ao seu corpo, não possa mais ser utilizado para qualquer movimento rotineiro, o caso será o de *inutilização*.

A perda de uma mão configura inutilização de membro, decorrendo a incapacidade para exercer o trabalho profissional anterior, mas não a inabilitação total (TJRS, Ap. Crim. 70018349167, 3^a Câm. Crim., Rel.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 15/3/2007).

No mesmo sentido é o raciocínio quanto à perda ou inutilização de sentido ou função.

Deformidade permanente: Deformar significa, aqui, modificar esteticamente a forma anteriormente existente. Grande parte de nossos doutrinadores entende que, para que se possa aplicar a qualificadora em estudo, há necessidade de que a deformidade seja aparente, causando constrangimento à vítima perante a sociedade.

Dissertando sobre a deformidade permanente, diz Noronha: “Acerca do conceito desta, variam as opiniões: uns exigem que o dano estético seja de vulto, impressionando logo o observador; outros contentam-se com o prejuízo mínimo; e ainda outros colocam-se entre esses dois grupos; a lesão à estética deve ser de certa monta, preocupando, causando mesmo vexame ao portador e desgosto ou desagrado a quem o vê, sem ser necessário atingir os limites de coisa horripilante ou aleijão. É a opinião que nos parece mais certa.”⁴⁹

Além do mais, a lei penal não exige que o dano seja visível, isto é, que esteja ao alcance de todos. Pode, em muitas situações, ser visto tão somente por um número limitado de pessoas, a exemplo dos danos ocorridos em partes do corpo da vítima que somente serão percebidos pelo seu marido.

O que se exige para que se configure a qualificadora é que a deformidade tenha certo significado, quer dizer, não seja um dano insignificante, quase que desprezível, como a marca deixada no corpo da vítima que lhe proporciona um aspecto de “arranhão”.

A deformidade, de acordo com o raciocínio antes expandido, deverá modificar de forma visível e grave o corpo da vítima, mesmo que essa visibilidade somente seja limitada a algumas pessoas.

Não se deve entender a *permanência* no sentido de perpetuidade, ou seja, sem

possibilidade de retorno à capacidade original. A melhor ilação do inciso em estudo é aquela que entende a permanência num sentido *duradouro*, mesmo que reversível, por exemplo, com o recurso à cirurgia plástica, pois que, conforme corretamente afirmam Calderón Cerezo e Choclán Montalvo, a “enfermidade é apreciável penalmente ainda que sua correção posterior seja possível mediante tratamento cirúrgico”.⁵⁰

Poderá a qualificadora ser atribuída a título de dolo, direto ou eventual, ou culpa.

A deformidade permanente prevista no art. 129, § 2º, IV, do Código Penal é, segundo a doutrina, aquela irreparável, indelével. Assim, a perda de dois dentes, muito embora possa reduzir a capacidade funcional da mastigação, não enseja a deformidade permanente prevista no referido tipo penal, mas sim, a debilidade permanente de membro, sentido ou função, prevista no art. 129, § 1º, III, do Código Penal (STJ, REsp 1.620.158/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 20/09/2016).

A perda de um dos olhos, como na espécie, não caracteriza ‘a perda ou inutilização de membro, sentido ou função’, hipótese de lesão corporal de natureza gravíssima prevista no inc. III do § 2º do art. 129 do Código Penal, em decorrência de a vítima continuar enxergando com o olho esquerdo, ainda que com diminuição do sentido da visão, mas que não equivale à perda ou inutilização do sentido da visão.^{II} Embora a perda de um dos olhos constitua ‘debilidade permanente do sentido’ (III, § 1º, art. 129, do Código Penal) da visão, conforme alegado pelo apelante, além da debilidade do sentido, a lesão que a vítima sofreu resultou em ‘deformidade permanente’ (III, § 2º do art. 129 do CP) que é facilmente constatada pela observação das fotografias da vítima, que está com um orifício resultante da extirpação cirúrgica do que restou do globo ocular (TJPR, 2ª Câm. Crim. AC 0185563-8/Ponta Grossa, Rel. Juiz Conv. Antônio Loyola Vieira, un., j. 30/5/2007).

Aborto: Tal como a hipótese de aceleração de parto, para que o aborto qualifique as lesões corporais sofridas pela vítima, o resultado não poderá ter sido querido, direta ou eventualmente, pelo agente, sendo, portanto, um resultado qualificador que somente poderá ser atribuído a título de culpa.

Trata-se, outrossim, de crime preterdoloso.

Lesão corporal seguida de morte

Cuida-se, no caso, de crime eminentemente preterdoloso. A conduta do agente deve ter sido finalisticamente dirigida à produção das lesões corporais, tendo o resultado morte sido produzido a título de culpa.

Em crimes preterdolosos ou preterintencionais, imprescindível é que a denúncia impute a previsibilidade e culpa no crime consequente, sob pena de indevida responsabilização objetiva em Direito Penal, com atribuição de responsabilidade apenas pelo nexo causal. Tendo a denúncia apenas narrado as agressões e o nexo causal com o resultado morte, expressamente não desejado pelos recorrentes, mas deixando de descrever o elemento subjetivo culposo no resultado morte, tem-se como inepta a peça acusatória para persecução por este crime (STJ, RHC 59.551/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 23/08/2016).

Restando comprovado o *animus laedendi* na conduta do réu e a culpa no resultado mais grave, qual seja a morte da vítima, embora previsível, resulta configurado o delito preterdoloso de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP), mostrando-se incabível a desclassificação para homicídio culposo (TJMG, AC 1.0525.06.009977-3/001, Rel. Des. Armando Freire, DJ 13/1/2009).

O crime de lesão corporal seguida de morte, capitulo no art. 129, § 3º, do CP, tipifica-se pela fusão de duas infrações: a lesão corporal na qual concorre o dolo, o desejo do agente em ferir a integridade física de outrem e a morte, que, embora não querida por ele, decorre da ação praticada, e pela qual responde a título de culpa. Em assim sendo, impossível o reconhecimento de homicídio culposo, onde a vontade do agente não participa (TJMG, AC 1.0702.03.091640-8/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, DJ 15/8/2008).

Crime hediondo

A Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015 inseriu o inciso I-A, ao art. 1º da Lei nº 8.072/90, passando a considerar como hedionda a lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º, do CP), e também a lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

Lesão corporal culposa

Exige-se, para a caracterização do § 6º do art. 129 do Código Penal, que estejam presentes todos os requisitos necessários à configuração do delito culposo, devendo o julgador realizar um trabalho de adequação à figura típica, haja vista tratar-se de tipo penal aberto.

Lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor

Se a lesão corporal culposa for praticada na direção de veículo automotor, em virtude do princípio da especialidade, será aplicado o art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997).

Violência doméstica

A Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004, acrescentou os §§ 9º e 10º ao art. 129 do Código Penal, criando, por intermédio do primeiro, o delito de *violência doméstica*. Vale ressaltar que quase todas as situações previstas no mencionado parágrafo já figuravam em nosso Código Penal como circunstâncias agravantes, previstas nas alíneas *e* e *f* do inc. II do seu art. 61. Agora, especificamente no crime de lesão corporal, terão o condão de qualificá-lo, uma vez que a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, embora mantendo a redação original do § 9º do art. 129 do Código Penal, modificou a pena anteriormente combinada, passando a prever uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Merce ser esclarecido, nesta oportunidade, que o § 9º do art. 129 do Código Penal deverá ser aplicado não somente aos casos em que a *mujer* for vítima de violência doméstica ou familiar, mas a todas as pessoas, sejam do sexo masculino ou feminino, que se amoldarem às situações narradas pelo tipo.

No entanto, quando a mulher for vítima de violência doméstica ou familiar, figurando como sujeito passivo do delito de lesões corporais, tal fato importará em tratamento mais severo ao autor da infração penal, haja vista que o art. 41 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, proíbe a aplicação da Lei nº 9.099/95, impedindo, assim, a proposta de suspensão condicional do processo, mesmo que a pena mínima cominada ao delito seja de 1 (um) ano.

A Lei nº 11.340/2006 é clara quanto à não aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (STJ, HC 84831/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 5/5/2008).

Além disso, deve ser lembrado que a hipótese de violência doméstica, prevista no § 9º do art. 129 do Código Penal, ainda se configura como lesão corporal leve, embora qualificada. Por isso, de acordo com a posição majoritária da doutrina, seria possível a aplicação das penas substitutivas previstas no art. 44 do Código Penal.

No entanto, se o sujeito passivo for *mulher*, tal substituição não poderá importar na aplicação de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como no pagamento isolado de multa, nos termos preconizados pelo art. 17 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.424/DF, manifesta a natureza pública incondicionada da ação penal na lesão corporal praticada em violência doméstica contra a mulher, entendimento aplicável inclusive aos fatos ocorridos antes da referida decisão (STJ, RHC 55.594/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 26/09/2016).

Considerando que restou consignado na origem que o recorrente e a vítima mantiveram relacionamento afetivo, tendo, inclusive, uma filha em comum, com menos de um ano de idade, a agressão à ex-namorada configura crime de violência doméstica abrangido pela Lei Maria da Penha. Estabelece o art. 5º da Lei nº 11.340/2006 traz três hipóteses de incidência: em razão do local (domicílio), em razão do vínculo familiar, mesmo voluntário, e em razão do vínculo afetivo, situação esta em que se enquadra o ex-namorado. Embora terminado o relacionamento amoroso e já não mais residindo o agressor no mesmo domicílio, a violência deu-se em razão da relação afetiva com a mulher, que é pela lei especial protegida. A mulher possui na Lei Maria da Penha a proteção acolhida pelo país em direito convencional de proteção ao gênero, que independe da demonstração de concreta fragilidade, física, emocional ou financeira (STJ, AgRg no RHC 74.107/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 26/09/2016).

Consta da denúncia que o acusado agrediu a vítima, sua irmã, porque esta tentara ajudar Erineia, esposa do denunciado, que estaria sendo agredida por este. No caso concreto, a situação de violência praticada sofrida, em tese, pela vítima, não está contextualizada em relação de poder e submissão exercida pelo acusado contra a sua irmã. Inexiste referência nos autos no sentido de que a violência teria sido motivada em razão do gênero. Não incide, portanto, na Lei nº 11.340/2006 (TJ-RJ, CC 0081939-17.2012.8.19.0021, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 17/07/2015).

Agente que, segundo a exordial acusatória, praticou o delito de lesão corporal, contra sua genitora, idosa, abusando e prevalecendo-se das relações domésticas. Caracterizado, portanto, o requisito legal da violência de gênero, que recebeu especial proteção através da Lei nº 11.340/2006, nos termos do art. 5º, incs. I, II e III. Exigência de uma qualidade especial quanto ao sujeito passivo: ser mulher. Qualquer parente do sexo feminino com quem o agressor tenha um vínculo de natureza familiar dá ensejo à aplicação da lei especial. Assim, pelo exposto, conheço do conflito e dou-lhe provimento para declarar competente o Juízo do Juizado da Violência

Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Duque de Caxias (TJ-RJ, CC 0025512-29.2014.8.19.0021, Des. Rel. Paulo Rangel, DJe 1º/07/2015).

No âmbito do Direito Penal, o simples fato de a infração penal ser perpetrada no âmbito de relações extraconjogais não pode ensejar o afastamento da Lei Maria da Penha. Na verdade, o diploma legal deve ser interpretado ante os fins sociais a que se destina, considerando-se, principalmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, conforme se depreende do art. 4º da Lei nº 11.340/2006. Para a incidência da Lei Maria da Penha, basta a comprovação de que a violência contra a mulher tenha sido exercida no âmbito da unidade doméstica, da família ou de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, hipóteses que devem ser analisadas caso a caso. Não há provas inequívocas nos autos acerca do momento em que autor e vítima mantiveram relação doméstica, familiar ou mesmo afetiva, de modo que não há como afastar a contemporaneidade entre tal relação e a prática ilícita relatada (STJ, RHC 43.927/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 07/05/2015).

Não se pode diminuir a abrangência da norma trazida no art. 44, inciso I, do Código Penal, com a finalidade de se contornar a impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/1995 aos crimes cometidos no âmbito familiar. Com efeito, não obstante a Lei nº 11.340/2006 não vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, restringindo somente a aplicação de pena de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o inciso I do art. 44 do Código Penal é claro ao proibir a substituição quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, se a violência chegou a caracterizar crime de lesão corporal, ainda que leve, tem-se entendido pela impossibilidade de substituição da pena. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, (STJ, HC 290650/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 22/5/2014).

Não obstante a Lei nº 11.340/2006 tenha sido editada com o escopo de tutelar com mais rigor a violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico, não se verifica qualquer vício no acréscimo de pena operado pelo referido diploma legal no preceito secundário do § 9º do art. 129 do Código Penal, mormente porque não é a única em situação de vulnerabilidade em tais relações, a exemplo dos portadores de deficiência. Embora as suas disposições específicas sejam voltadas à proteção da mulher, não é correto afirmar que o apenamento mais gravoso dado ao delito previsto no § 9º do art. 129 do Código Penal seja aplicado apenas para vítimas de tal gênero pelo simples fato desta alteração ter se dado pela Lei Maria da Penha, mormente porque observada a pertinência temática e a adequação da espécie normativa modificadora (STJ, RHC 27622/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 23/8/2012).

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que teve a constitucionalidade reconhecida, pelo Órgão Especial desta Corte, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso em Sentido Estrito nº 2007.0234224/0002.00, veda a aplicação da Lei nº 9.099/1995, inclusive o oferecimento da suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica (TJMS, ACr-DetMul 2010.018560-8/0000-00, 2ª T. Crim., Rel. Desig. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJEMS 13/8/2010, p. 25).

Diminuição de pena

A redução de pena, obrigatória em nossa opinião se presentes os requisitos que a autorizam, é aplicável a todas as modalidades de lesão: leve, grave, gravíssima e seguida de morte. Apesar da situação topográfica do § 9º do art. 129 do Código Penal, que prevê o delito de violência doméstica, entendemos, por questões de política criminal, deva também ser estendida a essa infração penal a diminuição de pena constante do § 4º do mesmo artigo. Isso porque ocorrem, com muita frequência, agressões consideradas domésticas que foram

praticadas pelo agente em decorrência de provocações da própria vítima, possibilitando, nesse caso, a redução da pena.

Para o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 129, § 4º, do CP é necessário que o agente atue sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, circunstância que demanda prova inequívoca do comportamento intimidatório do ofendido, não caracterizado nos autos (TJMG, Processo 1.0223.02.099371-1/001[1], Rel. Walter Pinto da Rocha, pub. 24/4/2007).

O fato de ter a vítima feito comentários ofensivos à honra da mãe do agente não o autoriza a reagir com tamanha violência física contra a mesma, descaracterizando a legítima defesa. Doutro vértice, impossível deixar de reconhecer que o réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, reconhecendo-

-se a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 129 do Código Penal (TJSC, Rel. Álvaro Wandelli, Ap. 97.006101-3, j. 23/9/1997).

Substituição da pena

Assevera o § 5º do art. 129 do Código Penal:

§ 5º. O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa:

I – se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;

II – se as lesões são recíprocas.

O inc. I do parágrafo em exame aduz que o juiz poderá substituir a pena de detenção pela de multa quando o agente, praticando uma lesão corporal de natureza leve, cometer o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima.

Por lesões corporais de natureza leve devemos entender aquelas previstas no *caput* do art. 129, bem como em seu § 9º, que criou o delito de *violência doméstica*.

Na verdade, ocorrendo lesões corporais leves e tendo o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima o julgador deverá aplicar um dos parágrafos que se destinam a beneficiar o agente. Se entender que, no caso concreto, a redução da pena é a que melhor atende às determinações contidas na parte final do *caput* do art. 59 do Código Penal, que diz que a pena a ser aplicada deve ser aquela necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, deverá levar a efeito a redução prevista no § 4º do art. 129. Se, ao contrário, entender que a pena de multa atende aos interesses de política criminal, deverá desprezar o aludido § 4º e aplicar o § 5º do art. 129.

Na hipótese de violência doméstica ou familiar contra a mulher, ficará impossibilitada a substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa, aplicada isoladamente, tendo em vista a determinação expressa do art. 17 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

O importante é ressaltar que, embora o julgador tenha essa discricionariedade no caso concreto, uma das soluções deve ser aplicada, ou seja, ou reduz a pena privativa de liberdade prevista no *caput* do art. 129 ou a substitui pela pena pecuniária. Ele não poderá deixar de lado uma das soluções legais apresentadas, uma vez que se cuida, na espécie, de direito subjetivo do sentenciado, e não de mera faculdade do julgador.

Quando ocorrer reciprocidade nas lesões corporais, também de natureza leve, poderá ser substituída a pena.

O privilégio previsto no § 5º, inc. I, do art. 129, do Código Penal não se aplica às hipóteses em que a vítima causa lesões ao ofensor em legítima defesa. Assim, somente se pode falar em lesões recíprocas se as duas partes entraram em luta injustamente (TJMG, AC 0036071-37.2010.8.13.0414, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caires, DJe 25/6/2012).

Aumento de pena

Vide discussões sobre o art. 121, §§ 4º e 6º do Código Penal.

Aumento de pena em caso de violência doméstica: se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, teremos que verificar a sua natureza para fins de aplicação dos §§ 9º e 10. Sendo leves as lesões, desde que praticadas contra as pessoas indicadas acima, ou nas circunstâncias apontadas, terá aplicação o § 9º do art. 129 do Código Penal, que prevê mais uma modalidade qualificada.

No caso de terem sido consideradas graves ou gravíssimas, ou ainda na hipótese de lesão corporal seguida de morte, se forem praticadas nas circunstâncias do § 9º do art. 129 do Código Penal, ainda deverá ser aplicada ao agente o aumento de um terço previsto pelo § 10 do mesmo artigo.

É manutenível a incidência de causa de aumento de pena pela omissão de socorro, nos termos dos arts. 129, § 7º, e 121, § 4º, do CP, para o agente que se queda inerte diante de situação lastimável da vítima, deixando-a agonizar por várias horas, agravando o seu estado clínico e tornando inócuo o encaminhamento tardio a hospital (TJMG, Processo 1.0432.03.003886-8/001[1], Rel. Tibagy Sales, pub. 7/5/2004).

A Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015, por sua vez, acrescentou o § 12 ao art. 129 do Código Penal, com a seguinte redação: § 12. Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços.

Ao contrário do que ocorreu com o delito de homicídio, onde o mencionado diploma legal criou uma qualificadora, aqui, em sede de lesões corporais, determinou um aumento de pena,

variando entre um a dois terços, aplicando-se a todas as modalidades de lesões corporais dolosas, vale dizer, leve, grave e gravíssima, não sendo compatível a majorante na hipótese de lesão corporal de natureza culposa.

Aplica-se, *in casu*, tudo o que foi dito em relação ao delito de homicídio, razão pela qual remetemos o leitor às discussões realizadas quanto do estudo daquela infração penal, a fim de não sermos repetitivos.

Pessoa portadora de deficiência

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, fez inserir o § 11 ao art. 129 do Código Penal, acrescentando mais uma causa especial de aumento de pena, dizendo: *§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo,*

a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Por pessoa portadora de deficiência deve ser entendida aquela especificada no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. O art. 3º do mencionado decreto considera deficiência *toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.* O art. 4º do mesmo diploma legal considera a pessoa portadora de deficiência quando se enquadra nas seguintes categorias: *I – deficiência física; II – deficiência auditiva; III – deficiência visual; e IV – deficiência mental.*

Como o § 11 do art. 129 do Código Penal não fez qualquer distinção, entendemos que poderá ser aplicado a todas essas hipóteses de deficiência.

Tortura

Vide Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997.

Uma vez presente a submissão do infante, a quem o apelante tinha o dever moral e legal de guardar e proteger; o intenso sofrimento físico, testificado pelas múltiplas lesões, não há que se falar em lesões corporais graves, e, sim, em crime de tortura (TJDFT, APR 20010710152450, Rel. Nilsoni de Freitas, 2ª T. Crim., DJ 13/2/2008, p. 2.409).

Perdão judicial

De maneira idêntica ao delito de homicídio, o perdão judicial veio previsto no § 8º do art. 129 do Código Penal, que diz: *Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121.*

Sendo assim, solicitamos a leitura dos comentários levados a efeito quando da análise do perdão judicial no delito de homicídio culposo.

O juiz pode conceder o perdão judicial se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. As consequências a que o parágrafo se refere tanto podem ser físicas (ex: ferimento no agente) como morais (morte ou lesão em parentes ou pessoas ligadas ao agente por afinidade) (*Código penal*. Edição Profissional. São Paulo: Saraiva, 1980, fl. 104) (STJ, REsp. 33580/RS, Rel. Min. Pedro Acioli, 6ª T., Rev. Jur. 194, p. 4.198).

Modalidades comissiva e omissiva

O crime de lesões corporais pode ser praticado comissiva ou omissivamente, sendo que, neste último caso, o agente deverá gozar do *status* de garantidor, amoldando-se a qualquer uma das alíneas previstas no § 2º do art. 13 do Código Penal.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a efetiva produção da ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima, incluindo-se, também, os resultados qualificadores previstos pelos §§ 1º, 2º, e 3º, que preveem, respectivamente, as lesões graves, gravíssimas e seguidas de morte.

No que diz respeito à tentativa, ela será perfeitamente admissível na hipótese de lesão corporal de natureza leve.

Sendo graves ou gravíssimas as lesões, somente se admitirá a tentativa nos casos em que o delito não for classificado como *preterdoloso*. Assim, portanto, não há falar em tentativa nas hipóteses de lesão corporal qualificada pelo:

- 1) perigo de vida; 2) aceleração de parto; 3) aborto.

Da mesma forma, não se admitirá a tentativa no delito de lesão corporal seguida de morte, em face da sua natureza *preterdolosa*.

Pena, ação penal, transação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

Ao delito de lesão corporal leve ou simples foi cominada uma pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano; à lesão corporal de natureza culposa foi reservada uma pena de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, sendo que para a modalidade qualificada, prevista pelo § 9º do art. 129 do Código Penal, foi prevista uma pena de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos, nos termos da modificação procedida pela Lei nº 11.340/2006.

Tanto a ação penal como as investigações policiais somente poderão ter início, nesses casos, com a necessária representação do ofendido, conforme determina o art. 88 da Lei nº 9.099/95.

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou, equivocadamente, procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424) para, segundo aquela Corte Superior, dar interpretação conforme aos arts. 12, inc. I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, a fim de assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal,

pouco importando a extensão desta.

O art. 16 da chamada Lei “Maria da Penha” dispõe que as ações penais públicas “são condicionadas à representação da ofendida”, mas, para a maioria dos ministros do STF essa circunstância acaba por esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres.

Entendemos, com a devida *venia*, que essa posição equivocada do STF trará prejuízo enorme às famílias, uma vez que, em muitos casos, a mulher que foi agredida pelo seu marido, companheiro *etc.* o perdoa e retoma sua vida conjugal. Com essa decisão, o STF, entregando a iniciativa da ação penal exclusivamente ao Ministério Público, faz com que, na prática, a reconciliação do casal se inviabilize, uma vez que o fato de ter uma ação penal em curso, ou mesmo uma condenação pelo delito de lesão corporal de natureza leve, será um “fantasma” na vida daquelas pessoas, sendo motivo de novas desavenças.

Ao que parece, com todo respeito, a Suprema Corte deixou de lado as estatísticas em infrações penais dessa natureza e quis assumir um papel superprotetor da mulher vítima de violência doméstica. Obviamente que não somos a favor da impunidade. No entanto, nos casos de lesão corporal de natureza leve, a prática forense nos ensina que o melhor é deixar a decisão da investigação policial e o início da ação penal, com o oferecimento da representação, a cargo da mulher.

O fato de existirem algumas situações, não desconhecidas, em que a mulher, intimidada pelo seu marido ou companheiro, não leva ao conhecimento da autoridade policial a violência por ela sofrida, não permite que o STF chame para si essa responsabilidade e transforme a natureza da ação penal em pública condicionada à representação. No entanto, agora, infelizmente, caberá, exclusivamente, ao Ministério Público essa decisão.

Também foi esclarecido que não compete aos Juizados Especiais julgar os crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha.

Súmula nº 536 do STJ – A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha (DJ 15/06/2015).

É da competência da Vara da Violência Doméstica o julgamento do crime contra a mulher atingida por violência de homem em seu domicílio, ou com quem mantenha vínculo familiar, ou mesmo com quem tenha tido relação íntima de afeto (STJ, AgRg no RHC 74.107/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 26/09/2016).

A Terceira Seção desta Corte, alinhando-se à posição esposada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que não se aplicam os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 às hipóteses de infrações perpetradas com violência contra a mulher (STJ, RHC 40582/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 03/02/2015).

O Superior Tribunal de Justiça comunga do entendimento firmado pela Suprema Corte, em 9/2/2012, na ADI 4.424/DF. O posicionamento sedimentado é no sentido de que o crime de lesão corporal, ainda que leve ou culposa, praticado contra a mulher, no âmbito das relações domésticas, deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada, diante da constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006. Nesse contexto,

tratando-se o presente caso de ação penal pública incondicionada, tendo em vista a prática do crime de lesão corporal, não há falar em incidência do art. 16 da Lei nº 11.340/2006 (STJ, HC 232734/DF, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 8/3/2013).

O Plenário, por maioria, julgou procedente ação direta, proposta pelo Procurador-Geral da República, para atribuir interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, I, 16 e 41, todos da Lei nº 11.340/2006, e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher (STF, ADI 4424/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9/2/2012, *Informativo 654*).

O Superior Tribunal de Justiça, consolidando também sua posição, editou a Súmula nº 542, publicada no DJe de 31 de agosto de 2015, que diz: *Súmula nº 542. A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.*

Tendo em vista a pena máxima cominada em abstrato, regra geral é que os delitos de lesão corporal de natureza leve (à exceção da violência doméstica e familiar contra a mulher) e culposa sejam de competência dos Juizados Especiais Criminais,⁵¹ havendo possibilidade, até mesmo, de composição dos danos ou transação penal, nos termos dos arts. 72 e 76 da Lei nº 9.099/1995.

Não sendo realizada a composição dos danos, o que impediria, se homologada pelo juiz, o início da ação penal dada a renúncia ao direito de queixa ou representação, bem como se não aceita a transação penal, para os delitos de lesões corporais leves ou culposas ainda existe a possibilidade de ser procedida a proposta de *suspensão condicional do processo*, conforme o art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Para o delito de lesão corporal grave, previsto no § 1º do art. 129 do Código Penal, foi cominada pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada, já que não há qualquer ressalva no artigo, conforme orientação contida no *caput* do art. 100 e seu § 1º do Código Penal.

Tendo em vista a pena mínima cominada, há possibilidade de ser confeccionada proposta de suspensão condicional do processo, desde que a mulher não figure como sujeito passivo, nas hipóteses previstas pela Lei nº 11.340/2006. Não será possível a transação penal.

A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos na hipótese de lesão corporal gravíssima, prevista no § 2º do art. 129 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Para a lesão corporal seguida de morte, prevista no § 3º do art. 129 do Código Penal, foi cominada uma pena de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, sendo, também, incondicionado o início da ação penal.

No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de apresentação da proposta de transação penal

(Lei nº 9.099, art. 76), será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. Com efeito, se desse somatório resultar um período de apenamento superior a 2 (dois) anos, fica afastada a possibilidade de aplicação do benefício da transação penal. ‘O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, ou seja, pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de (01) anos’ (Súmula nº 243/STJ) (STJ, HC 29001/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJ 24/11/2003, p. 339).

No que diz respeito à lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor, a Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, alterando o art. 291 do Código de Trânsito brasileiro, passou a determinar o seguinte: § 1º *Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:*

I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;

II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;

III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

Lesão corporal na Lei de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento

Vide art. 14 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Lesão corporal no Código Penal Militar

Vide arts. 205 e 206 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Prioridade de tramitação do processo de lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição

A Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016, acrescentou o art. 394-A ao Código de Processo Penal, determinando, *verbis*: **Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.**

Capítulo III – Da Periclitação da Vida e da Saúde

Perigo de contágio venéreo Art. 130. Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se é intenção do agente transmitir a moléstia: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Somente se procede mediante representação.

Introdução

O tipo penal do art. 130 do Código Penal traz em seu corpo um elemento normativo que precisa ser esclarecido pela medicina, vale dizer, a chamada moléstia venérea. Conforme ressalta Cezar Roberto Bitencourt, “o texto legal fala, genericamente, em *moléstia venérea*, sem qualquer outra definição ou limitação. Ante a omissão do texto legal, a definição de *moléstia venérea* compete à medicina. Assim, a exemplo do que ocorre com as *substâncias entorpecentes* (que causam dependência física ou psíquica), são admitidas como *moléstias venéreas*, para efeitos penais, somente aquelas que o Ministério da Saúde catalogar como tais, e esse rol deve variar ao longo do tempo, acompanhando não só a evolução dos costumes, mas, particularmente, os avanços da própria ciência médica.

A Aids, que não é moléstia venérea e que não se transmite somente por atos sexuais, poderá tipificar o crime do art. 131, lesão corporal seguida de morte ou até mesmo homicídio, dependendo da intenção do agente, mas nunca o crime de perigo de contágio venéreo”.⁵²

O núcleo *expor*, contido no art. 130 do Código Penal, demonstra a natureza da infração penal em estudo, tratando-se, portanto, de crime de perigo, pois que não exige o dano ao bem juridicamente tutelado, que ocorreria com a efetiva transmissão da moléstia venérea. Assim, basta que a vítima tenha sido exposta ao perigo de contágio, mediante a prática de relações性uais ou qualquer ato de libidinagem, de moléstia venérea de que o agente sabia, ou pelo menos devia saber estar contaminado, para que se caracterize a infração penal em exame.

Estupro. Vítima que apresenta infecção. Doença que não constitui propriamente mal de origem venérea. Falta de prova segura de seu relacionamento com o ato sexual. Hipótese, ademais, em que o acusado não foi submetido a exame destinado a constatar ser ele portador do mesmo mal. Periclitación da vida e da saúde, na modalidade de perigo de contágio venéreo, descaracterizada. Absolvição pelo delito do art. 130 do CP decretada (TJSP) (RT 618, p. 304).

Classificação doutrinária

Crime próprio quanto ao sujeito ativo (uma vez que somente a pessoa contaminada é que poderá praticá-lo), sendo comum quanto ao sujeito passivo (pois que qualquer pessoa pode figurar como vítima deste crime); de forma vinculada (pois que a lei penal exige, para fins de reconhecimento de sua configuração, a prática de relações sexuais ou atos libidinosos); de perigo concreto (podendo ocorrer a hipótese de crime de dano, prevista no § 1º do art. 130 do CP); doloso (sendo o dolo direto ou mesmo eventual); comissivo; instantâneo; transeunte (quando a vítima não se contaminar); não transeunte (quando houver o efetivo contágio da vítima); unissubjetivo; plurissubsistente; condicionado à representação.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O delito pode ser praticado por qualquer pessoa, sendo condição exigida pelo tipo, contudo, que essa pessoa esteja efetivamente contaminada por uma doença venérea, razão pela qual, dada essa limitação, é que o entendemos como um delito próprio.

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Objeto material do crime de perigo de contágio venéreo é a pessoa com quem o sujeito ativo mantém relação sexual ou pratica qualquer ato libidinoso, podendo ser, como já o dissemos, o homem ou a mulher.

Bem juridicamente protegido pelo tipo é a vida e a saúde, conforme nos informa o Capítulo III do Título I do Código Penal, onde está inserido o art. 130.

Elemento subjetivo

Para a configuração do delito de perigo de contágio venéreo, exige-se que o agente, no momento do contato sexual, saiba – ou pelo menos deva saber – que esteja contaminado.

As expressões contidas no mencionado artigo – *sabe ou deve saber que está contaminado* – são motivo de intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Discute-se se tais expressões são indicativas tão somente de dolo ou podem permitir também o raciocínio com a modalidade culposa.

Para nós, somente pode ser praticado dolosamente, não se permitindo a responsabilidade penal a título de culpa, frisando-se, ainda, a sua natureza jurídica de crime de perigo concreto.

Perigo de contágio venéreo. Descaracterização. Apelante inculto e simplório. Desconhecimento de que estava contaminado por doença venérea. Necessidade. Não configuração. Absolvição determinada. Recurso parcialmente provido para esse fim (TJSP, Ap. Crim. 218.517-3/Lorena, 4ª Câm. Crim., Rel. Hélio Freitas, j. 19/8/1997, v.u.).

Consumação e tentativa

Crime de perigo concreto, consuma-se no momento em que, por meio de relação sexual ou

qualquer ato libidinoso, a vítima tenha se encontrado numa situação de possível contaminação da doença venérea da qual o agente era portador.

Entendemos perfeitamente admissível a tentativa, independentemente que se cuide, na espécie, de crime de perigo.

Modalidade qualificada

O § 1º do art. 130 do Código Penal diz que, se for intenção do agente transmitir a moléstia, a pena será de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Como se percebe pela redação do mencionado parágrafo, o agente atua com dolo de dano, ou seja, o dolo de, efetivamente, transmitir a moléstia de que é portador, produzindo, dessa forma, lesão à integridade corporal ou à saúde da vítima.

Se a vítima se contamina, poderemos raciocinar com esse resultado de duas formas distintas: ou entendendo-o como mero exaurimento da figura típica qualificada do art. 130 do Código Penal, ou desclassificando-o para o delito de lesões corporais, conforme veremos quando das discussões das questões que se seguirão.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena combinada para a modalidade simples é a de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, e para a modalidade qualificada é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Na modalidade simples, a multa pode ser aplicada como pena alternativa à privação da liberdade; na modalidade qualificada, a multa é aplicada com a pena de privação da liberdade.

Como regra, a modalidade fundamental de perigo de contágio venéreo se amolda ao conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, sendo-lhe aplicados todos os institutos previstos pela Lei nº 9.099/1995, a exemplo da suspensão condicional do processo.

Na modalidade qualificada, há possibilidade de concessão de suspensão condicional do processo em decorrência da pena mínima combinada ao § 1º, vale dizer, 1 (um) ano de reclusão.

A ação penal, em ambas as modalidades – simples e qualificada –, é de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, ou seja, daquele que foi efetivamente exposto à situação de perigo, conforme se dessume do § 2º do art. 130 do diploma repressivo.

O art. 130 do CP, em seu § 2º, estabelece a necessidade de representação para o início do processo. E quando o Código Penal exige tal conduta, esta é absoluta, nos termos do art. 100 do referido Código (TJMG, APCR 3028171-22.2008.8.13.0672, Rel. Des. Júlio Cesar Gutierrez, DJEMG 16/6/2010).

Prova pericial

Para que se possa reconhecer o delito tipificado no *caput* do art. 130 do Código Penal, é

fundamental que se comprove, mediante prova pericial, que o agente se encontrava, no momento da ação, contaminado por uma moléstia venérea.

Consentimento do ofendido

Embora exista controvérsia doutrinária a respeito, entendemos que, se a moléstia venérea de que o agente é portador se encontra no rol daquelas que causam perturbação orgânica de natureza leve, poderá a vítima, sabendo dessa situação, consentir no ato sexual, afastando, consequentemente, a ocorrência do delito. Em sentido contrário, se a doença venérea produz lesão corporal de natureza grave, ou mesmo pode conduzir à morte, o consentimento não será válido.

Necessidade de contato pessoal

Tem-se entendido majoritariamente pela necessidade do contato pessoal, não se configurando o delito, por exemplo, na hipótese daquele que envia esperma pelos correios, trazendo perigo de contaminação para a vítima que com ele mantém contato.

Da mesma forma, para que se caracterize o delito os atos devem ser eminentemente sexuais, ou seja, aqueles atos que têm por finalidade deixar aflorar a libido, o desejo sexual do agente. Assim, comportamentos como apertar a mão não se configuram no delito em estudo.

Efetiva contaminação da vítima

Se, em decorrência do ato sexual praticado pelo agente, a vítima vier a se contaminar com uma moléstia venérea por ele transmitida, qual será a classificação jurídica da infração penal?

Respondendo a essa indagação, afirma Damásio: “Contágio venéreo constitui lesão corporal. Pareceu ao legislador melhor definir o fato no capítulo dos crimes da periclitação da vida e da saúde, e não no art. 129, que define o delito de lesão corporal. Assim, se há transmissão da moléstia, permanece a responsabilidade em termos de crime de perigo de contágio venéreo.”⁵³

Ney Moura Teles, a seu turno, complementa o raciocínio dizendo: “Se do contágio resultarem apenas lesões corporais leves, prevalece o crime do art. 130. Se resultarem lesões corporais graves ou gravíssimas, responderá o agente pelo crime do art. 129, § 1º ou § 2º. Se resultar morte, responderá por lesão corporal seguida de morte.”⁵⁴

Crime impossível – Vítima já contaminada pela mesma doença, ou, ainda, a hipótese do agente já curado

Podemos raciocinar em ambas as hipóteses com o chamado crime impossível, seja pela ineficácia absoluta do meio, seja pela absoluta impropriedade do objeto.

D.S.T. (Doenças Sexualmente Transmissíveis) e transmissão do vírus HIV

De acordo com o Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais do Governo brasileiro, são consideradas como doenças sexualmente transmissíveis: *a) Aids; b) cancro mole; c) clamídia e gonorreia; d) condiloma acuminado (HPV); e) doença inflamatória pélvica (DIP); f) donovanose; g) hepatites virais; h) herpes; i) infecção pelo vírus T-linfotrópico humano (HTLV); j) Linfogranuloma venéreo; k) sífilis; l) tricomoníase.*

Como se percebe pela relação acima transcrita, a Aids pode ser considerada como uma doença sexualmente transmissível. No entanto, embora a Aids possa ser transmitida por meio de relação sexual, ela não pode ser considerada simplesmente uma moléstia venérea, razão pela qual, caso ocorra sua transmissão por esse meio, o fato não poderá se amoldar ao tipo penal do art. 130 do diploma repressivo.

A doutrina, como já deixamos antever, tenta resolver o problema da transmissão do vírus HIV sob o enfoque do dolo do agente. Assim, se era a sua finalidade a contaminação da vítima, almejando a sua morte, deverá responder pela tentativa de homicídio (enquanto esta se mantiver viva), ou pelo delito de homicídio consumado (em ocorrendo a morte).

Nesse sentido, são perfeitas as lições de Cleber Masson quando assevera: “A AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), doença fatal e incurável, não é moléstia venérea, uma vez que pode ser transmitida por formas diversas da relação sexual e dos atos libidinosos. Se um portador do vírus HIV, consciente da letalidade da moléstia, efetua intencionalmente com terceira pessoa ato libidinoso que transmite a doença, matando-a, responde por homicídio doloso consumado. E, se a vítima não falecer, a ele deve ser imputado o crime de homicídio tentado. Não há falar no crime de perigo de contágio venéreo (CP, art. 130), uma vez que o dolo do agente dirige-se à morte da vítima.”⁵⁵

Crimes de lesão corporal gravíssima e perigo de contágio venéreo (arts. 129, § 2º, II, c/c o 130, ambos do CP). A denúncia imputa ao recorrente, na qualidade de parceiro amoroso (namorado), no período de 27 de março de 2012 até aproximadamente junho do mesmo ano, na condição de portador do vírus HIV e ciente de tal condição de saúde, haver mantido relações sexuais com a vítima, sem a devida proteção – preservativo –, o que acarretou a transmissão da doença incurável. A imputação é direta, não se podendo negar a existência de lastro probatório mínimo e firme que evidencie o nexo causal, a conduta típica imputada e a existência de elementos indicativos de que o ora recorrente é seu autor (STJ, RHC 58.563/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 08/09/2016).

Morte da vítima quando era intenção do agente transmitir-lhe a doença

Se houver a morte da vítima quando era intenção do agente apenas transmitir-lhe a doença, deverá este ser responsabilizado pelo crime de lesão corporal seguida de morte, uma vez que o seu dolo era de dano (transmissão da moléstia venérea de que era portador), sendo-lhe imputado o resultado morte a título de culpa (já que esse resultado não fazia parte do seu dolo, mas lhe era previsível), aplicando-se a regra do art. 19 do Código Penal.

Crimes contra a dignidade sexual e transmissão de D.S.T.

O inc. IV do art. 234-A, acrescentado ao Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera: *Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:*

[...]

IV – de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade), se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Perigo de contágio de moléstia grave Art. 131. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Introdução

Apesar de sua localização no capítulo correspondente aos crimes de perigo (da periclitacão da vida e da saúde), o art. 131 do Código Penal, da mesma forma que o § 1º do art. 130 do mesmo diploma repressivo, narra um *delito de dano*.

Na verdade, a conduta do agente é dirigida finalisticamente à produção de um dano, qual seja, a transmissão de moléstia grave de que está contaminado. Contudo, como veremos em tópico próprio, a lei penal se satisfaz simplesmente com a exteriorização do comportamento dirigido a esse fim, independentemente da efetiva produção desse resultado.

Levando-se a efeito uma análise do tipo, podemos concluir que o legislador se satisfaz com a prática do comportamento destinado à transmissão de moléstia grave, mesmo que esta não ocorra efetivamente, tratando-se, pois, de crime de natureza formal.

Ao contrário do que determina o art. 130 do Código Penal, que somente se configura se houver a prática de atos de natureza sexual, o delito do art. 131 pode ser considerado como de *forma livre*, podendo o agente praticar *atos de qualquer natureza* que possuam eficácia para a transmissão da moléstia de que está contaminado.

Dessa forma, pode o agente valer-se de meios *diretos* ou *indiretos* à consecução da transmissão da moléstia grave. Meios *diretos* dizem respeito àqueles em que houver um contato pessoal do agente, a exemplo do aperto de mão, do beijo, do abraço etc. *Indiretos* são aqueles que decorrem da utilização de quaisquer instrumentos capazes de transmitir a moléstia grave, a exemplo de seringas, bebidas etc.

Pode, até mesmo, valer-se de atos sexuais para o fim de transmitir doença que não seja de natureza venérea.

O conceito de *moléstia grave* deve ser fornecido pela medicina. Segundo Hungria, “a

gravidade da moléstia, bem como a sua *contagiosidade* e a relação de causalidade entre a conduta do agente e o perigo concreto de contágio, tem de ser pericialmente averiguada. São moléstias transmissíveis, entre outras, as que o Regulamento de Saúde Pública declara de notificação compulsória, como sejam a febre amarela, a peste, o cólera e doenças coleriformes, o tifo exantemático, a varíola, o alastrim, a difteria, a infecção puerperal, a infecção do grupo tífico-paratílico, a lepra, a tuberculose aberta, o impaludismo, o sarampo e outros exantemas febris, as disinterias, a meningite cérebro-espinhal, a paralisia infantil ou moléstia de HEINE-MEDIN, o tracoma, a leishmaniose. As moléstias venéreas, sem dúvida alguma, estão incluídas entre as moléstias graves transmissíveis, configurando-se o crime de que ora se trata, e não o do art. 130, § 1º, se o *meio* ocasionante do perigo de contágio é extragenital ou extrassetual".⁵⁶

Trata-se, portanto, de norma penal em branco, havendo necessidade de buscar o elenco das moléstias consideradas graves no órgão competente (Ministério da Saúde).

Classificação doutrinária

Crime próprio quanto ao sujeito ativo (pois que somente aquele que está contaminado por uma moléstia grave pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo; doloso; formal (uma vez que o tipo penal não exige a efetiva contaminação, mas, sim, a conduta dirigida finalisticamente a transmitir a moléstia grave); comissivo, podendo também ser comissivo por omissão (nos casos em que o agente goze do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubstancial; de dano (embora previsto no capítulo correspondente aos crimes de perigo).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Objeto material no art. 131 do Código Penal seria a pessoa contra a qual é dirigida a conduta que tem por finalidade contagiá-la com a moléstia grave.

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal é a integridade corporal ou a saúde da vítima.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente a pessoa contaminada por uma moléstia grave poderá ser sujeito ativo do delito tipificado no art. 131 do Código Penal, razão pela qual, dada essa especificação típica, consideramos como *próprio* o delito de *perigo de contágio de moléstia grave*. Qualquer pessoa poderá figurar como sujeito passivo.

Elemento subjetivo

Trata-se de infração eminentemente dolosa, cujo tipo penal exige *um especial fim de agir*, vale dizer, a prática de ato *com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado*.

Não há possibilidade, ainda, de punição a título de culpa, podendo o agente ser responsabilizado, se houver o efetivo contágio da vítima, pelas lesões corporais de natureza culposa nela produzidas por meio da doença por ele transmitida, ou homicídio culposo se ela, em razão da doença pela qual fora contaminada, vier a morrer.

No crime de perigo de contágio de moléstia grave, a intenção de transmitir a moléstia é dolo específico do delito. Não havendo prova da intenção do réu de transmitir a moléstia, a absolvição se justifica [...] (TJRJ, Ap. Crim. 2003.050.01325, 5^a Câm. Crim., Rel. Des. Marly Macedônio França, j. 11/11/2003).

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a prática dos atos destinados à transmissão da moléstia grave, independentemente do fato de ter sido a vítima contaminada ou não. Admite-se a tentativa, uma vez que podemos fracionar o *iter criminis*, tratando-se, portanto, de um delito plurissubsistente.

Prova pericial

Vide art. 130 do Código Penal.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada no preceito secundário do art. 131 do Código Penal é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Em virtude da pena mínima cominada, torna-se perfeitamente admissível a suspensão condicional do processo, presentes os requisitos exigidos pelo art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Utilização de objeto contaminado que não diga respeito ao agente

O agente que, embora não sendo portador de qualquer doença, se valer de um instrumento contaminado por moléstia grave, a fim de transmiti-la à vítima, pratica o delito tipificado no art. 131 do Código Penal?

A resposta só pode ser negativa, uma vez que o tipo exige, como um dos elementos necessários à sua configuração, que o agente esteja contaminado por moléstia grave, e que atue no sentido de transmiti-la a alguém.

Se o agente utilizar um instrumento contaminado por moléstia grave de terceiro, por exemplo, poderá ser responsabilizado a título de lesões corporais, consumadas ou tentadas, se o seu dolo era o de ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem, podendo variar, até mesmo, a natureza das lesões (leve, grave ou gravíssima), nos termos do art. 129 do Código Penal.

Crime impossível

Podemos raciocinar com a hipótese de crime impossível, tanto pela ineficácia absoluta do meio (agente que não é portador de qualquer doença), como pela absoluta improriedade do objeto (vítima já contaminada com a doença grave que o agente pretende transmitir-lhe).

Vítima que morre em virtude da doença grave

Se o dolo era de lesão, ou seja, o de ofender a integridade corporal ou a saúde da vítima, e se esta vem a morrer em decorrência de seu organismo não resistir à moléstia grave que lhe fora transmitida, o caso deverá ser resolvido como hipótese de lesão corporal seguida de morte, devendo, aqui, ser observada a regra contida no art. 19 do Código Penal.

Transmissão do vírus HIV

No caso de querer o agente transmitir o vírus HIV, entendemos que o seu dolo será o de homicídio, e não o do delito tipificado no art. 131 do Código Penal.

Havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio (STJ, HC 9378/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., JSTJ 21, p. 383).

Réu que sabia ou devia saber ser portador de AIDS uma vez falecida sua esposa em virtude da doença. Falta de prova nos autos da intenção de transmitir a moléstia à nova companheira, dolo específico do referido crime (art. 131 do CP). Absolvição decretada. (TJSP) (RT 656, p. 286).

O agente que, sabendo ser portador do vírus da Aids, pratica, dolosamente, atos capazes de transmitir moléstia grave e eminentemente mortal, consistentes na aplicação de seringa hipodérmica contendo sangue contaminado pelo vírus e beijo agressivo, perfeitamente capaz de produzir a transmissão de saliva ou substância hematoide infectada comete homicídio tentado, e não o delito descrito no art. 131 do CP (TJSP, RvCr. 232.233-3/1-00, 3º Grupo de Câmaras, Rel. Luzia Galvão Lopes, j. 14/9/2000).

Em sentido contrário o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 98.712/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio (1ª Turma, DJe de 17/12/2010), firmou a compreensão de que a conduta de praticar ato sexual com a finalidade de transmitir AIDS não configura crime doloso contra a vida (STJ, HC 160982/DF, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 28/5/2012).

Perigo para a vida ou saúde de outrem Art. 132. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

(Incluído pela Lei nº 9.777, de 29/12/1998.) Introdução

Conforme explicações constantes do item 46 da Exposição de Motivos da Parte Especial

do Código Penal, trata-se de um crime de caráter eminentemente subsidiário. Não o informa o animus necandi ou o animus laedendi, mas apenas a consciência e vontade de expor a vítima a grave perigo. O perigo concreto, que constitui o seu elemento objetivo, é limitado a determinada pessoa, não se confundindo, portanto, o crime em questão com os de perigo comum ou contra a incolumidade pública.

Cuida-se, portanto, de um *crime de perigo concreto*, no qual deve ser comprovado que o comportamento do agente trouxe, efetivamente, perigo para o bem jurídico por ele protegido.

O crime tipificado no art. 132 do Código Penal assume, verdadeiramente, as características próprias das infrações penais de perigo. *Ab initio*, jamais poderá haver dolo de dano, pois, caso contrário, ocorreria a desclassificação da infração penal. Não poderá, dessa forma, pretender a produção de qualquer resultado lesivo, mas tão somente criar a situação de perigo. Veja-se o exemplo clássico do atirador de facas. Quando ele faz o arremesso das facas em direção a um painel onde se encontra a vítima, ao atirar, sabe que o seu comportamento traz perigo para a vida ou para a saúde da vítima. Contudo, não atua querendo acertá-la, pois, nesse caso, agiria com dolo de dano.

Também merece ser frisada a natureza subsidiária dos crimes de perigo. Na hipótese do art. 132 do Código Penal, foi consignado no tipo penal aquilo que a doutrina denomina de *subsidiariedade expressa*, haja vista que a própria lei se preocupou em alertar para o fato de que a infração penal de perigo somente será punida se não houver a produção de um resultado mais grave, ou seja, o dano.

Para que se caracterize o delito previsto no art. 132 do diploma penal, será preciso que ele seja cometido contra pessoa ou, pelo menos, pessoas individualizáveis, pois não se cuida na espécie de crime de perigo comum, ou seja, aquele que atinge um número indeterminado de pessoas, sendo, portanto, um crime de perigo individual ou, pelo menos, individualizável.

Se o delito for cometido contra um número indeterminado de pessoas, a hipótese será cuidada no Capítulo I (Dos Crimes de Perigo Comum), do Título VIII (Dos Crimes contra a Incolumidade Pública) do Código Penal.

Determina o tipo do art. 132 do Código Penal, ainda, que o perigo seja direto e iminente. Guilherme de Souza Nucci esclarece ser este “o risco palpável de dano voltado a pessoa determinada. A conduta do sujeito exige, para configurar este delito, a inserção de uma vítima certa numa situação de risco real – e não presumido –, experimentando uma circunstância muito próxima ao dano. Entendemos, respeitadas as doutas opiniões em contrário, que o legislador teria sido mais feliz ao usar o termo ‘atual’, em lugar de ‘iminente’. Ora, o que se busca coibir, exigindo o *perigo concreto*, é a exposição da vida ou da saúde de alguém a um risco de dano determinado, palpável e iminente, ou seja, que está para acontecer.

O dano é iminente, mas o perigo é atual, de modo que melhor teria sido dizer ‘perigo direto e

atual’.

O perigo iminente é uma situação quase impalpável e imperceptível (poderíamos dizer, penalmente irrelevante), pois falar em perigo já é cuidar de uma situação de risco, que é imaterial, fluida, sem estar claramente definida”.⁵⁷

Perigo para a vida ou saúde de outrem. Art. 132 do Código Penal. Prova judicializada que indica que o réu, ao sair de sua garagem em velocidade excessiva, trafegou rente a caminhão ali estacionado, em uma rua de considerável largura, e expôs a vítima e terceira pessoa a perigo de vida, que só não foram atropeladas porque lograram fugir, um por entre a cabine e o tanque de gasolina, outra para a frente do veículo. O delito em análise exige dolo de perigo, e não de dano (TJ-RS, Recurso Crime nº 71005381140, Rel. Des. Edson Jorge Cechet, j. 26/10/2015).

Descabe falar em ocorrência do delito inscrito no art. 132 do Código Penal, quando o perigo situa-se no plano abstrato, não ocorrendo qualquer ação que, concretamente, coloque em risco a integridade física ou a saúde de outrem (STJ, Apn. 290/PR, Rel. Min. Felix Fischer, CE, DJ 26/9/2005, p. 159).

O tipo previsto no art. 132 do Código Penal é subsidiário, estando expressamente determinada a sua aplicação se o caso não constituir crime mais grave. A conduta do apelante se enquadra nas descrições típicas dos arts. 10, § 1º, III, da Lei nº 9.437/1997 e 132 do *Codex*, restando configurado, para a hipótese concreta, o conflito aparente de normas. Tal conflito resolve-se pela subsidiariedade expressamente prevista na lei penal. O ato de disparar, expondo a vida da vítima a perigo, constituiu crime mais grave do que aquele previsto no art. 132 do CP, pelo que subsiste apenas o crime de disparo de arma de fogo. Fica excluído o crime menos grave, de periclitAÇÃO da vida de outrem porquanto a conduta do agente encontra acolhida em outro tipo penal, com apenação mais grave (TJMG, Processo 2.0000.00. 350100-6/000 [1], Rel. Alexandre Victor de Carvalho, pub. 23/3/2002).

Pratica o crime do art. 132 do CP o motorista que, imprimindo velocidade excessiva ao seu caminhão, aproxima-se perigosamente do veículo da vítima que seguia a sua frente, obrigando-a a imprimir em seu automóvel velocidade incompatível com as condições de tráfego, para evitar que o agente lhe abalroasse a traseira, gerando, assim, situação de risco aos envolvidos (TJSP, Ap. 1185631-2, Rel. José Urban, j. 29/6/2000).

Classificação doutrinária

Crime comum quanto ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; de perigo concreto (pois há necessidade inafastável de ser demonstrado que o comportamento do agente criou, efetivamente, a situação de perigo para a vida ou saúde de outrem); doloso; comissivo ou omissivo impróprio; de forma livre; subsidiário (conforme determinado expressamente no art. 132 do Código Penal); instantâneo; transeunte (ou, em algumas situações em que seja possível a prova pericial, não transeunte); monossubjetivo; plurissubsistente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Objeto material do delito de perigo tipificado no art. 132 do Código Penal é a pessoa, ou as pessoas, contra a(as) qual(ais) recai a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Bens juridicamente protegidos pelo tipo são a vida e a integridade corporal ou saúde de outrem.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou mesmo sujeito passivo do delito em estudo.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *expor*, constante do art. 132 do Código Penal, pressupõe um comportamento *comissivo*. No entanto, pode a infração penal ser praticada omissivamente, desde que o agente se encontre na posição de garantidor.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a prática do comportamento que, efetivamente, trouxe perigo para a vida ou para a saúde da vítima.

A tentativa é admissível, desde que, no caso concreto, se possa visualizar o fracionamento do *iter criminis*.

Elemento subjetivo

O delito de perigo para a vida ou saúde de outrem somente pode ser praticado dolosamente, seja o dolo direto ou eventual, não havendo previsão para a modalidade culposa.

O crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132 do Código Penal) exige para a adequação típica comprovação do dolo específico do agente de expor a perigo o bem jurídico tutelado. II. Não havendo prova inconclusa e estreme de dúvidas de que o réu tinha o propósito específico de expor a saúde da vítima a risco, ao impedi-la de ingressar em casa no horário em que precisava administrar medicação, imperiosa a decretação da sua absolvição, em razão do princípio do *in dubio pro reo* (TJ-RS, AC 70064473424, Rel. Des. José Luiz John dos Santos, j. 22/06/2016).

O crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, tipificado no art. 132 do Código Penal contém o dolo de perigo, e não o de dano, cuja intenção é a de gerar o perigo ou assumir o risco de produzi-lo (dolo eventual), não exigindo, assim, para sua configuração, o *animus necandi* que, no caso, é possível que tenha havido. Nesse contexto, não se está diante de crime de perigo, mas de possível tentativa de homicídio (TJPR, Ac. 21523, Recurso em Sentido Estrito, Rel. Des. Jesus Sarrão, j. 16/8/2007, DJ 7.450).

Perigo para a vida ou a saúde de outrem. Descaracterização. Inexistência de vontade de expor a perigo um bem ou interesse humano, com resultado concreto e imediato. Inteligência do art. 132 do CP (RT 757, p. 651) Perigo para a vida ou a saúde de outrem. Caracterização que depende da existência de dolo em expor a vítima a grave perigo. Perigo abstrato causado por culpa, passível de afetar pessoa indeterminada que configura apenas contravenção penal. Interpretação do art. 132 do CP (RT 768, p. 610).

Causa especial de aumento de pena

A majorante constante do parágrafo único do art. 132 foi inserida no Código Penal por intermédio da Lei nº 9.777, de 29 de dezembro de 1998.

Tal criação típica foi dirigida a coibir comportamentos muito comuns, principalmente nas zonas rurais, de transporte clandestino e perigoso de trabalhadores, a exemplo do que ocorre, inclusive, em propriedades privadas, com os chamados “boias-friás”.

O aumento de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) deverá ser levado a efeito considerando-se a probabilidade de dano decorrente do transporte ilegal, ou seja, quanto mais perigoso for o transporte, quanto mais se aproximar da probabilidade de dano às pessoas transportadas, maior será o percentual de aumento.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao crime previsto no art. 132 do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, sendo que o preceito secundário do mencionado artigo ressalta a sua natureza subsidiária, determinando a sua aplicação somente se o fato praticado pelo agente não constitui crime mais grave.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Produção de perigo a um número determinado de pessoas

Quando for evidenciada a colocação em perigo de grupos de pessoas ou, pelo menos, mais de uma pessoa, a regra a ser considerada será a do concurso formal ou ideal de crimes, aplicando-se, portanto, o art. 70 do Código Penal.

Acusado que agride motorista de ônibus em movimento. Perigo para os passageiros do coletivo. Dolo eventual manifesto. Condenação mantida. Inteligência do art. 132 do CP (RT 540, p. 311).

Consentimento do ofendido

Se o bem jurídico que sofre perigo de lesão for a integridade corporal ou a saúde da vítima, entendemos que o seu consentimento terá o condão de afastar a ilicitude da conduta levada a efeito pelo agente. Contudo, como também já afirmamos, se o comportamento perigoso trouxer em si a probabilidade de ocorrência de lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, ou mesmo perigo para a vida da vítima, nesse caso entendemos que o consentimento não terá a força suficiente para afastar o delito.

Resultado morte ou lesões corporais

Se o comportamento do agente resultar em morte da vítima, em razão do princípio da subsidiariedade expressa, contido no preceito secundário do art. 132 do Código Penal, o agente deverá responder pelo delito de homicídio culposo.

Ocorrendo lesões corporais, em virtude também da determinação contida no mencionado preceito secundário, que diz que a pena cominada é a de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um)

ano, se o fato não constitui crime mais grave, como a pena da lesão corporal de natureza culposa, que seria a aplicável às lesões sofridas pela vítima é menor do que do crime de perigo em estudo, de acordo com a própria determinação contida no tipo, o crime de perigo deve ser imputado ao agente, mesmo tendo havido lesão, pois que, caso contrário, havendo dano, ou seja, lesões corporais, estaríamos atribuindo uma pena menor do que se tivesse ocorrido tão somente o perigo.

Como é a pena que dita a gravidade da infração penal, ou seja, quanto maior a pena mais grave a infração penal, temos de concluir que, nesse caso, a colocação dolosa em perigo deve ser tratada mais severamente do que a produção culposa de um resultado lesivo.

Disparo de arma de fogo em via pública

Somente se configurará o delito do art. 132 do Código Penal mediante disparo de arma de fogo, quando: *a) o disparo for efetuado em lugar não habitado; b) não for em via pública ou em direção a ela; c) quando o dolo não seja de dano*, vale dizer, quando o agente não tinha a intenção de ferir ou causar a morte da vítima.

A conduta tipificada no art. 15 da Lei nº 10.826/2003 é mais grave do que aquela prevista no art. 132 do Código Penal, uma vez que, embora de perigo abstrato, a ação de disparar arma de fogo em local habitado e em via pública representa um risco à integridade física de uma coletividade, isto é, de todos que habitam a localidade e cercanias; não apenas de uma pessoa específica, situação prevista no art. 132 do Código Penal. Logo, não há desproporção na sanção cominada (STJ, REsp 1.494.303/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 16/12/2014).

O crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, previsto no artigo 132 do Código Penal, é subsidiário, devendo ser atribuído apenas quando a conduta praticada não configurar crime mais grave. Na espécie, o apelante efetuou disparos de arma de fogo em via pública, adjacente a lugares habitados, o que configura conduta mais grave do que apenas colocar em perigo a vida ou saúde de outrem. Em razão disso, deve responder pelo crime previsto no artigo 15, *caput*, da Lei nº 10.826/2003 (estatuto do desarmamento) (TJDF, Rec. 2007.06.1.012687-3,

Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, DJDFTE 21/10/2009, Pág. 171).

Abandono de incapaz Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

§ 1º Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 2º Se resulta a morte: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Aumento de pena

§ 3º As penas cominadas neste artigo aumentam-se de 1/3 (um terço): I – se o abandono ocorre em lugar ermo; II – se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

III – se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos (*Incluído pela Lei nº 10.741, de 10/10/2003.*) **Introdução**

Podemos destacar os seguintes elementos constantes da redação típica do art. 133 do Código Penal: *a)* o ato de abandonar; *b)* pessoa que está sob o cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do agente; *c)* incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono.

O núcleo *abandonar* pressupõe o comportamento de deixar à própria sorte, desamparar, deixar só, ou seja, o agente afasta-se da pessoa que estava sob sua guarda, proteção, vigilância ou autoridade, permitindo que ela venha a correr os riscos do abandono, face à sua incapacidade de defesa.

A lei penal especificou, ainda, aqueles que poderiam ser responsabilizados criminalmente pelo abandono, em razão de sua particular relação com a vítima do delito. Segundo Hungria, o texto legal “fala, minudentemente, em relação de *cuidado, guarda, vigilância e autoridade*. *Cuidado* significa a assistência a pessoas que, de regra, são capazes de valer a si mesmas, mas que, accidentalmente, venham a perder essa capacidade (ex.: o marido é obrigado a cuidar da esposa enferma, e *vice-versa*). *Guarda* é a assistência a pessoas que não prescindem dela, e compreende necessariamente a *vigilância*. Esta importa em zelo pela segurança pessoal, mas sem o rigor que caracteriza a *guarda*, a que pode ser alheia (ex.: o guia alpino *vigia* pela segurança de seus companheiros de ascensão, mas não os tem sob sua *guarda*). Finalmente, a assistência decorrente da relação de *autoridade* é a inerente ao vínculo de *poder* de uma pessoa sobre outra, quer a *potestas* seja de direito público, quer de direito privado. Se a violação do dever de assistência é praticada por *ascendente, descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador*, dá-se uma agravante especial (§ 3º, n. II, do art. 133)”.⁵⁸

Caso dos autos em que o réu abandonou seus filhos de 15 e 12 anos, deixando-os sozinhos na casa em que residiam, sem alimentos, roupas e outros bens de uso doméstico, vindo, os menores, a passar por privações e dificuldades, devendo o acusado ser condenado pela prática do crime de abandono de incapaz, cabível a majoração da pena, nos termos do previsto no art. 133, § 3º, II, do Código Penal (TJRS, ACr 70035082890, Rel. Des. José Antônio Hirt Preiss, DJERS 28/7/2010).

A vítima, ainda, deve ser incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, incapacidade esta que pode ser *absoluta, relativa* (ou *accidental*), *durável* ou, ainda, *temporária*. Incapacidade *absoluta*, conforme esclarece Mirabete, é “inerente à condição da vítima (crianças de tenra idade,

p. ex.) [...] *relativa* ou *accidental* (pelo modo, lugar ou tempo de abandono)[...] *durável* (menores e paralíticos) ou *temporária* (enfermidade aguda, ebriedade etc)”.⁵⁹ Além da

incapacidade da vítima de se defender dos riscos resultantes do abandono, há necessidade de se comprovar a efetiva e concreta situação de perigo em que se viu envolvida.

Vale ressalvar que estamos diante de um crime de perigo, de natureza concreta, e não de um crime de dano. Assim, não poderá o agente querer, com o seu abandono, causar a morte ou mesmo ofender a saúde da vítima, pois, caso contrário, responderá por esses resultados.

Comprovado que a ré deixou seus dois filhos, um de quatro anos e outro de apenas dois anos de idade, sozinhos e desamparados em casa e que tal situação não foi excepcional, mas deliberada, nem justificada por qualquer causa excludente de culpabilidade, a condenação deve ser mantida (TJ-DFT, AC 20120310022775APR, Rel. Des. Jesuino Rissato, DJe 14/09/2016).

A acusada deixou a filha, com menos de quatro anos de idade, na casa de pessoas desconhecidas e foi embora, expondo a criança a perigo concreto como exige o tipo penal. O fato de serem pessoas idosas não significou qualquer garantia à vítima de que não seria maltratada, molestada ou, também, abandonada. Assustada, a criança fugiu, indo em busca da mãe, e atravessou a cidade, sozinha, até chegar à casa da avó materna. Dolo do abandono configurado. Condenação imperativa (TJRS, AC 70016308835, 2^a Câm. Crim., Rel.^a Des.^a Lúcia de Fátima Cerveira, DJ 18/3/2009).

Para a configuração do delito previsto no art. 133 do CP, exige a lei o fato material do abandono, a violação de especial dever de zelar pela segurança do incapaz, a superveniência de um perigo à vida ou à saúde deste, em virtude do abandono, a incapacidade dele se defender de tal perigo e o dolo específico (TJPR, 4^a Câm. Crim. [TA], AC 0233029-0, Goioerê, Rel. Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo, un., j. 18/12/2003).

Caracteriza o delito de abandono de incapaz a conduta do acusado que sai para beber, deixando os filhos sozinhos no quintal, sem alimentação e retorna embriagado, não prestando a eles a devida assistência, expondo-os a situação de perigo para a vida ou para a saúde, sendo certo que presente está o dolo, pois agia com a vontade livre de fazê-

-lo (TJSP, Ap. 1323503/5, Rel. Oliveira Passos, j. 24/10/2002).

Classificação doutrinária

Crime próprio (pois o tipo penal aponta quem pode ser considerado como sujeito ativo, bem como aqueles que poderão figurar como sujeito passivo); de perigo concreto (não basta demonstrar o ato de abandono, mas, sim, que esse comportamento trouxe perigo para a vida ou saúde da vítima); doloso; de forma livre; comissivo ou omissivo impróprio; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra); instantâneo.

Configura o *crime de abandono* a violação do dever de zelar pela segurança, pela vida e pela saúde do *incapaz*, sendo o mesmo *crime* instantâneo (TJMG, 2.0000.00. 481565-2/000, Rel.^a Des.^a Maria Celeste Porto, DJ 26/2/2005).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Esclarece Noronha que “objetividade jurídica, portanto, é o interesse relativo à segurança do indivíduo que, por si, não se pode defender ou proteger, preservando sua incolumidade física”.⁶⁰

Objeto material do delito é a pessoa que sofre com o abandono, isto é, aquela que se encontra sob os cuidados, guarda, vigilância ou autoridade do agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeito ativo do crime de abandono de incapaz somente pode ser aquele que, de acordo com uma obrigação legal ou contratual, está obrigado a cuidar da vítima, a guardá-la, vigiá-la ou tê-la sob sua autoridade.

Sujeito passivo é aquela pessoa que se encontra sob os cuidados, guarda, vigilância ou autoridade do sujeito ativo.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito de abandono de incapaz no instante em que o abandono produz *efetiva situação de perigo concreto* para a vítima. Será possível a tentativa.

Pelo menos no abandono comissivo, é perfeitamente possível a tentativa no delito de abandono de incapaz. Se o agente é surpreendido no ato do depósito, ou quando já está se distanciando da vítima, mas antes que esta corra perigo, é inegável o *conatus* (RT 581, p. 318).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo de abandono de incapaz. Não se admite a responsabilização criminal do agente a título de culpa.

Configurado o dolo de abandonar, na modalidade eventual, se demonstrado que a ré deixou seu filho de apenas cinco anos de idade, em casa, sozinho, com o portão aberto, no período noturno, permitindo que ele saísse e se perdesse por horas até que viatura policial o encontrasse vagando ao lado de uma rodovia, colocando em perigo sua incolumidade física (TJ-DFT, AC 20140810019356APR, Rel. Des. Nilsoni de Freitas, DJe 26/04/2016).

Filhos deixados sozinhos na casa em que residiam com a mãe. Prova uníssona de ser a ré uma mãe cuidadosa, constituindo a falta de vigilância apurada em fato isolado. Agir que, embora negligente, não comprova a intenção de abandono dos filhos. Não caracterizado o crime previsto no art. 133, *caput*, do Código Penal (TJRS, AC 70041105297, Rel.^a Des.^a Rosane Ramos de Oliveira Michels, j. 30/8/2012).

Caracteriza o delito de abandono de incapaz a conduta de abandonar pessoa que está sob o seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono. Ao abandonar menores dentro de uma residência, sem a companhia de um adulto capaz, o agente aceita o risco (dolo eventual) do perigo concreto para a incolumidade dos abandonados, sendo indiferente o tempo em que se ausentar do local. Para a configuração do delito do art. 133 do CP, não há exigência de qualquer especial fim de agir. Basta a mera intenção de abandonar, ainda que temporariamente, pessoa que está sob seu cuidado ou proteção (TJMG, APCR 0182923-10.2007.8.13.0390, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, DJEMG 7/5/2010).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo abandonar, previsto pelo art. 133 do Código Penal, permite que o agente pratique o delito tanto comissiva quanto omissivamente.

É possível, por exemplo, que o agente transporte a vítima de um lugar para outro, com o intuito de abandoná-la, ou pode, ele mesmo, deixar a vítima no lugar em que esta já se encontrava, abandonando-a à própria sorte.

Modalidades qualificadas

Os §§ 1º e 2º do art. 133 do Código Penal preveem as modalidades qualificadas do abandono de incapaz, *verbis*: § 1º *Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:*

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Os parágrafos acima transcritos traduzem hipóteses de crimes eminentemente preterdolosos.

Abandono de incapaz. Art. 133, § 2º, do Código Penal. Falecimento em decorrência da falta de assistência. Vontade livre e consciente de deixar as crianças caracterizada. Irrelevância ter a ré reassumido os cuidados. Assistência então já violada (TJSP, AC 243572-3, Rel. Cerqueira Leite, j. 28/6/1999).

Causas de aumento de pena

Os incs. I, II e III do § 3º do art. 133 do Código Penal elencam as seguintes majorantes, que têm por finalidade aumentar em um terço as penas nele combinadas, a saber: *I – se o abandono ocorre em lugar ermo;*

II – se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima;

III – se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

Em sua modalidade fundamental, o art. 133 do Código Penal prevê uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos; se do abandono resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos; e se resultar a morte, será de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

A ação penal, em todas as modalidades do delito de abandono de incapaz, vale dizer, simples ou qualificadas, é de iniciativa pública incondicionada.

Na sua modalidade fundamental, bem como na forma qualificada pela lesão corporal de natureza grave, será possível a proposta de suspensão condicional do processo, exceto, nessa última hipótese, se houver a aplicação da majorante prevista no § 3º do art. 133 do Código Penal.

Quando do abandono sobrevém lesão corporal de natureza culposa

Haverá concurso de crimes entre o abandono de incapaz e as lesões corporais de natureza culposa, advindas da situação do abandono.

Aplicação da majorante do § 3º em razão da união estável

Para que seja preservado o princípio da legalidade, cuja vertente contida no brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* proíbe o emprego da analogia *in malam partem*, temos de rechaçar a possibilidade de ser aplicada ao companheiro a mencionada causa especial de aumento de pena, devendo o legislador rever tal posicionamento a fim de incluí-lo, expressamente, no inciso agravador, sob pena de cuidar de forma diferente, de situações similares, em gritante ofensa ao princípio da isonomia.

Exposição ou abandono de recém-nascido Art. 134. Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º Se resulta a morte: Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Introdução

O art. 134 do Código Penal, ao definir o crime de exposição ou abandono de recém-nascido, cria, na verdade, uma modalidade especial de abandono de incapaz, uma vez que, não se pode negar, o recém-nascido goza do *status* de incapaz exigido pelo art. 133 do mesmo estatuto repressivo.

No entanto, preferiu a lei penal dar tratamento diferenciado a esse tipo de abandono, levando em consideração alguns dados que o tornam especial comparativamente ao abandono de incapaz.

Assim, o art. 134 do Código Penal pune aquele que expõe ou abandona recém-nascido para ocultar *desonra própria*.

Podemos destacar, por meio da redação típica, os seguintes elementos: *a)* a situação de exposição ou abandono; *b)* a condição de recém-nascido; *c)* o especial fim de agir com que atua a agente, que procura, com o seu comportamento, *ocultar desonra própria*.

Nélson Hungria critica a redação típica quanto aos núcleos *expor* e *abandonar*, pois que, segundo o renomado autor, não há diferença entre eles. Assim, esclarece: “No art. 134, o Código destaca, como *delictum exceptum*, a hipótese de ser o sujeito passivo um *recém-*

nascido e proceder o agente para ocultar desonra própria. É de indagar-se, porém, qual a razão por que, no art. 133, só se fala em *abandonar*, enquanto, no art. 134, já se fala em *expor* ou *abandonar*. Será que a *exposição* difere do *abandono*? Se assim fosse, teria o Código incidido no absurdo de deixar impune a *exposição* de *recém-nascido* quando não praticada *honoris causa*, isto é, uma hipótese mais grave do que a prevista no art. 134. Tal, porém, não acontece.

Os verbos ‘*expor*’ e ‘*abandonar*’ são empregados, sob ponto de vista jurídico-penal, com idêntico sentido. Atualmente, está desacreditada a ambígua distinção que se fazia entre *exposição* e *abandono*.⁶¹

Diferentemente do que ocorre com o incapaz, como mencionado no art. 133 do Código Penal, no art. 134 a lei exige a qualidade de recém-nascido, ou seja, aquele que acabou de nascer, vale dizer, o neonato, bem como aquele que possui poucas horas ou mesmo alguns dias de vida. Não se pode conceber como recém-nascido aquele que, com alguns meses de vida, é abandonado pela mãe, que tinha por finalidade ocultar desonra própria. Nesse caso, acreditamos, o delito será aquele previsto pelo art. 133 do Código Penal, isto é, abandono de incapaz, mesmo que a mãe atue com essa finalidade especial, uma vez que todos os elementos da figura típica devem estar presentes no momento da aferição da tipicidade do comportamento praticado pelo agente.

O último elemento exigido pelo tipo penal do art. 134 do Código Penal, traduzido pela expressão *para ocultar desonra própria*, revela o especial fim de agir com que atua a mãe. É o crime praticado *honoris causa*, ou seja, por uma questão de honra. A mãe deseja ocultar a gravidez para que a sua honra não se veja maculada.

Abandono de recém-nascido. Delito configurado. Prova satisfatória a respeito. Intuito de ocultar a desonra. Circunstância que não o descaracteriza. Condenação confirmada. Inteligência do art. 134 do CP (RT 542, p. 369).

Recém-nascido entregue aos tios sob a alegação que os pais biológicos não tinham condições de criar o filho prematuro e com problemas de saúde. Após a entrega da criança nunca procuraram visitá-la ou, pelo menos, reclamar a privação de seus direitos. Pai biológico envolvido em crimes contra o patrimônio. Abandono caracterizado. Destituição deferida (TJSP, Ap. Cív. 41.850-0/Araraquara, Câmara Especial, Rel. Alves Braga, v.u., j. 25/6/98).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e ao sujeito passivo; de perigo concreto; doloso; de forma livre; comissivo ou omissivo impróprio; instantâneo; monossubjetivo; plurisubsistente; transeunte (como regra, a não ser nas hipóteses qualificadas, em que se verifica a lesão corporal de natureza grave ou a morte do recém-nascido).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Os bens juridicamente protegidos pelo art. 134 do Código Penal são a vida e a saúde do recém-nascido. Objeto material é o recém-nascido, sobre o qual recai o abandono.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente a mãe pode ser considerada sujeito ativo do delito de abandono de recém-nascido, uma vez que, conforme adverte Hungria, “não gozará do *privilegium* nem mesmo o marido da mulher infiel que abandonar o neonato adulterino, pois a desonra, em tal caso, não é dele, mas da esposa”.⁶²

Sujeito passivo é o recém-nascido.

Art. 134 do CP. Imputação do delito ao porteiro do edifício em cujo elevador a criança foi abandonada, uma vez que, tendo notícia dos fatos, teria deixado de tomar as medidas necessárias para o socorro do recém-nascido. Inexistência, nos autos, de qualquer demonstração de que o acusado fosse o pai, ou de algum vínculo subjetivo entre a sua conduta e a da mãe não identificada, a verdadeira responsável pelo abandono do recém-nascido (TJSP, HC 996.524.3/1-0000-000/SP,

12^a Câm. Crim. Rel. Eduardo Pereira, v.u., j. 29/11/2006, voto nº 13.442).

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito no momento em que a exposição ou o abandono resultar em perigo concreto para a vida ou para a saúde do recém-nascido.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo característico do delito de exposição ou abandono de recém-nascido, devendo-se, ainda, segundo a doutrina majoritária, apontar outro elemento subjetivo, caracterizado pelo chamado *especial fim de agir*, que, no caso da infração penal em exame, seria a finalidade de ocultar desonra própria.

Não se admite a modalidade culposa por ausência de previsão legal.

O *animus necandi* não pode, de plano, ser afastado da conduta da mãe que, após dar à luz sozinha, abandona recém-nascido, ainda com a placenta em um banhado, morte que não se consumou porque, encontrado por vizinhos, recebeu eficiente socorro médico. Inexistindo elemento probatório a demonstrar que psiquicamente perturbada sua consciência e vontade, por efeito do estado puerperal, salvo as condições de miséria em que vivia, não se pode, de plano, operar a desclassificação da conduta (TJRS, RSE 70014057491, 3^a Câm. Crim., Rel.ª Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 9/3/2006).

Modalidades comissiva e omissiva

O delito de exposição ou abandono de recém-nascido pode ser praticado comissiva ou omissivamente.

Modalidades qualificadas

Tal como ocorre com os parágrafos do art. 133 do Código Penal, as modalidades qualificadas do delito de exposição ou abandono de recém-nascido, previstas nos §§ 1º e 2º do art. 134 somente podem ser imputadas ao agente a título de culpa, tratando-se, portanto, de crimes de natureza preterdolosa.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena prevista no *caput* do art. 134 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se do fato resultar lesão corporal de natureza grave, nos termos do § 1º do art. 134 do diploma repressivo, a pena será de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos; se advier a morte do recém-nascido, conforme determina o § 2º do mesmo artigo, a pena será de detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Na modalidade fundamental, a competência para julgamento do delito em exame será do Juizado Especial Criminal, sendo possível a proposta de suspensão condicional do processo não somente nesse caso, mas também na forma qualificada prevista pelo § 1º do art. 134 do Código Penal.

Em todas as modalidades – simples ou qualificadas –, a ação penal será de *iniciativa pública incondicionada*.

Omissão de socorro Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

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

Introdução

O núcleo *deixar* está colocado no texto do art. 135 do Código Penal no sentido de *não fazer algo*, ou seja, não prestar assistência, não assistir, não ajudar, quando possível fazê-lo, *sem risco pessoal*, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

Por *criança abandonada ou extraviada* devemos entender aquela que, de acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) não tenha, ainda, completado

12 anos de idade e que tenha, por algum motivo, sido abandonada à própria sorte por aqueles que eram seus responsáveis ou, no caso da criança extraviada, que tenha com eles perdido o contato ou a vigilância, não sabendo retornar ao seu encontro.

Pessoa inválida, segundo a concepção de Hungria, “é toda aquela que, entregue a si mesma, não pode prover a própria segurança, seja isto por suas próprias condições normais ou por acidente (velhos, enfermos, aleijados, paralíticos, cegos etc.)”.⁶³

Pessoa ferida é aquela que teve ofendida sua integridade corporal ou saúde, seja por ação de terceiros, caso fortuito ou até mesmo por vontade própria, como no caso daquele que tentou contra a própria vida e conseguiu sobreviver, sendo incapaz de, por si mesmo, buscar auxílio a fim de evitar a produção de um dano maior à sua pessoa.

Em ambas as hipóteses, ou seja, pessoa inválida ou ferida, a vítima deve encontrar-se ao desamparo, isto é, abandonada, sem os cuidados exigidos à manutenção da sua integridade corporal ou saúde, bem como da sua vida.

Hungria assevera ser “grave e iminente o perigo que ameaça atualmente a vida da pessoa ou, de modo notável, a sua incolumidade física ou fisiológica”.⁶⁴

A segunda parte do *caput* do art. 135 do Código Penal traduz um comportamento alternativo, assim redigido: *ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública*.

Isso significa que, não sendo possível ao agente prestar, ele próprio, o socorro, deverá pedir auxílio às autoridades competentes. Nesse sentido, são as lições de Luiz Regis Prado, quando aduz: “Ao encontrar o sujeito passivo, fica o agente adstrito a uma assistência *direta* (deve prestar assistência pessoalmente) ou *indireta* (deve solicitar o socorro da autoridade pública). Não cabe, porém, ao sujeito ativo optar, ao seu talante, por uma ou outra alternativa. Em determinadas hipóteses, a situação de perigo em que se acha a vítima impede a demora na prestação do socorro, de forma que a simples comunicação daquela à autoridade pública resulta inoperante. Diante de casos de urgência, a intervenção posterior da autoridade será fatalmente inútil, o que compele o agente a prestar assistência diretamente, desde que possa fazê-lo sem risco pessoal. O socorro, aqui, deve ser imediato, equivalendo a demora do agente ao descumprimento do comando de agir.

Logo, o recurso à autoridade pública (assistência mediata) é antes supletivo ou subsidiário, ou seja, é cabível apenas quando se revelar capaz de arrostar tempestivamente o perigo ou quando a assistência direta oferecer riscos à incolumidade do agente.”⁶⁵

Somente responderá pelo delito de omissão de socorro o agente que podia prestar a assistência sem *risco pessoal*. Havendo risco para o agente, o fato será atípico no que diz respeito à sua assistência direta, mas não o exime de responsabilidade, se também, podendo, não procura socorro com a autoridade pública.

Não havendo possibilidade de assunção de qualquer dos comportamentos, vale dizer, prestar diretamente a assistência, ou buscar o socorro da autoridade pública competente, o fato será atípico.

Questão que deve ser esclarecida diz respeito a quem se amolda ao conceito de autoridade pública. Juízes, promotores de justiça, por exemplo, gozam do *status* de autoridade pública. Mas será essa autoridade a que se refere a lei penal? Obviamente que não, mas, sim, àquelas que, por definição legal, tenham o dever de afastar o perigo, como acontece com os bombeiros e policiais.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci preleciona que autoridade pública “não é qualquer ‘autoridade pública’, ou seja, funcionário do Estado que tem a obrigação de atender aos pedidos de socorro. Por outro lado é dever de quem aciona a autoridade buscar quem realmente pode prestar assistência. Muito fácil seria, para alguém se desvincular do dever de buscar ajuda concreta, ligar, por exemplo, para a casa de um Promotor de Justiça – que não tem essa função pública – dizendo que há um ferido no meio da rua, aguardando socorro. É curial que o indivíduo aione os órgãos competentes, como a polícia ou os bombeiros”.⁶⁶

Responde pelo delito previsto no art. 121, §§ 3º e 4º e não pelo delito de omissão de socorro (art. 135 do CP) o médico que, estando de plantão e, de sobreaviso em sua residência é aionado, mas negligentemente deixa de comparecer ao hospital, ministrando, por telefone, medicação (TJMG, AC 1.0384.00.008361-6/001, Rel. Des. Pedro Vergara, DJ 22/6/2007).

Não configura omissão de socorro a hipótese em que a agente, concretamente ameaçada, correndo também risco pessoal, deixa de prestar assistência à vítima e de pedir socorro às autoridades. Caso em que a mãe dos menores era também agredida e ameaçada de morte, caso denunciasse o companheiro (TJSC, Rel. Amaral e Silva, Ap. 2004.014030-4, j. 22/2/2005).

Agentes que, mesmo tendo à disposição meios próprios para promover o transporte de pacientes em estado grave para outros hospitais, se negam a fazê-lo, redundando, na morte de algumas pessoas. Situação que se amolda ao tipo do art. 135 do Código Penal (TJSC, Inq. 03.009730-9, Rel. Maurílio Moreira Leite, j. 27/10/2004).

Caracteriza o crime previsto no art. 135, parágrafo único, do CP a conduta da agente que, exercendo a função de enfermeira-chefe de hospital, sob a alegação de inexistência de maca para a retirada do doente da ambulância, recusa-se a prestar assistência à vítima, portadora de grave deficiência cardíaca, que vem a falecer (TJSP, Ap. 1234401/1, Rel. Amador Pedroso, j. 5/2/2001).

O crime do art. 135 do Código Penal não se caracteriza se a vítima é eficientemente auxiliada por terceiros, que com isso, evitam a morte da mesma (TJSC, REC 9368, Rel. Sólon d'Eça Neves, j. 4/6/1993).

A presença do agente no local da ocorrência e a forma de ajuda a ser prestada são aspectos que devem ser analisados levando em consideração as circunstâncias do quadro fático, pois não refletem valores absolutos na sua concepção (STJ, RHC 62/RJ, Rel. Min. William Patterson, 6ª T., RSTJ 3, p. 820).

Não configura o delito previsto no art. 135 do Código Penal, a omissão de socorro por parte de quem provocou dolosa ou culposamente a exposição ao perigo (STF, RHC 42472/SP, Rel. Min. Pedro Chaves, Tribunal Pleno, RTJ 34-01, p. 32).

Classificação doutrinária

Crime comum quanto ao sujeito ativo e próprio com relação ao sujeito passivo, nas hipóteses em que a lei exige dele uma qualidade especial; de perigo concreto (devendo ser demonstrado que a omissão do agente trouxe, efetivamente, uma situação de perigo para a vítima); doloso; de forma livre; omissivo próprio; instantâneo; monossubjetivo; podendo ser considerado, dependendo da situação, unissubstancial ou plurissubstancial; transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O crime de omissão de socorro, como nos induz o Capítulo III do Título I da Parte Especial do Código Penal, tem como bens juridicamente protegidos a *vida* e a *saúde*.

Objeto material é a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, que se encontra na situação de grave e iminente perigo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito. Sujeito passivo é a criança abandonada ou extraviada, a pessoa inválida ou ferida, ou que se encontre ao desamparo ou em grave e iminente perigo.

Consumação e tentativa

Não é a simples omissão em socorrer, ou seja, a negativa em prestar o socorro, que consuma o delito em exame, mas, sim, a negação do socorro que importa, concretamente, em risco para a vida ou para a saúde da vítima, tratando-se, pois, embora exista controvérsia doutrinária, de uma infração penal de perigo concreto.

Adverte Fernando Galvão, com precisão, que:

“Tratando-se de crime omissivo próprio para o qual a conduta pode prolongar-se no tempo, deve-se entender que a consumação ocorre quando o omitente deixar passar a última oportunidade de realizar a ação de salvamento esperada antes que ocorra o aumento do perigo, a diminuição das chances de salvamento ou a ocorrência do dano.”⁶⁷

No que diz respeito à tentativa, estamos com Juarez Tavares quando aduz que “nos crimes omissivos próprios não se admite tentativa, porque, uma vez que a omissão esteja tipificada na lei como tal, se o sujeito se omite, o crime já se consuma; se o sujeito não se omite, realiza ele o que lhe foi mandado.”⁶⁸

A omissão de socorro se consuma quando, sem justa causa, o agente causador do acidente evade-se do local, deixando de tomar as medidas necessárias para o pronto atendimento à vítima (TJPR, AC 0376411-4, Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, 5ª Câm. Crim., Rel. Des. Jorge Wagih Massad, un., j. 14/6/2007).

O crime de omissão de socorro qualifica-se como crime omissivo próprio, bastando para que se repute

consumado que o agente tenha se omitido quando deveria ter agido [...] (TJDFT, 200504100 89718APJ, 1ª T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Rel. Esdras Neves, j. 15/8/2006, DJ 4/9/2006, p. 92).

Elemento subjetivo

O delito de omissão de socorro somente admite a modalidade dolosa, seja o dolo direto ou eventual, não se punindo, portanto, a omissão de socorro a título de culpa.

O elemento subjetivo do crime de omissão de socorro é a vontade consciente e livre de não prestar assistência a quem o agente sabe estar necessitando. O delito em apreço somente é punido a título de dolo, direto ou eventual (TJSP, AC, Rel. Castro Duarte, RT 568, p. 262).

Causas de aumento de pena

A doutrina, majoritariamente, aduz que as causas de aumento de pena previstas no parágrafo único do art. 135 do Código Penal somente poderão ser atribuídas ao agente a título de culpa, tratando-se, portanto, de um crime preterdoloso, ou seja, dolo com relação à omissão, e culpa no que diz respeito ao resultado: lesão corporal de natureza grave ou morte.

Nesse sentido, Ney Moura Teles preconiza: “No parágrafo único estão previstos dois crimes preterdolosos, o primeiro qualificado por lesões corporais de natureza grave, com pena aumentada de metade, e o outro pela morte da vítima, quando a pena será triplicada.”⁶⁹

No entanto, não vemos qualquer obstáculo no fato de querer o agente o resultado morte da vítima se a situação de perigo em que esta se encontra não foi provocada por ele, caso em que o transformaria em agente garantidor e, consequentemente, responsável pela produção do resultado.

Médico que não atende a chamado para avaliação direta de paciente em estado grave. Morte da vítima. Atuação do sujeito ativo que poderia ter evitado o resultado. Aplicação do art. 135, parágrafo único, do CP – Voto vencido (RT 636, p. 301).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 135 do Código Penal prevê uma pena de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Para a hipótese do *caput* do art. 135 do Código Penal, em decorrência da quantidade máxima de pena prevista em abstrato, a competência para o julgamento do delito de omissão de socorro, pelo menos *ab initio*, será do Juizado Especial Criminal, sendo possível a aplicação de todos os institutos que lhe são inerentes.

Ocorrendo lesão corporal de natureza grave, aumentando-se a pena de metade, ou morte, caso em que a pena será triplicada, ainda assim persiste a competência do Juizado Especial Criminal, haja vista que, mesmo triplicando a pena máxima cominada em abstrato, seu limite

não ultrapassa os dois anos, o que permite que seja, ainda, considerada como infração penal de menor potencial ofensivo.

Existe a possibilidade alternativa de aplicação da pena privativa de liberdade ou da pena de multa, devendo o juiz, no caso concreto, determinar aquela que seja, nos termos da parte final do art. 59 do Código Penal, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Agente que não socorre vítima atropelada temendo agravar a situação

Nesse caso, o agente não se nega simplesmente a socorrer. Há uma motivação justa que permite afastar a censurabilidade de seu comportamento, sob o argumento da inexigibilidade de conduta diversa.

Contudo, embora, segundo a sua concepção, não possa prestar diretamente o socorro à vítima, obrigatoriamente, deverá buscar o auxílio da autoridade competente, sob pena de ser responsabilizado pelo delito de omissão de socorro.

Não deve ser decotada a majorante disposta no art.302, parágrafo único, inciso III, do CTB, quando as provas constantes nos autos demonstrarem que o réu deixou de prestar socorro à vítima, quando possível fazê-lo sem risco pessoal. (TJMG, AC 1.0295.10.001072-3/001, Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, DJe 31/7/2014)

Concurso de pessoas nos delitos omissivos

Entendemos pela admissibilidade de concurso de pessoas em sede de crimes omissivos, sejam eles próprios, como é o caso do delito de omissão de socorro, ou mesmo impróprios. Em sentido contrário, Luiz Regis Prado afirma que “o crime de omissão de socorro não dá lugar ao concurso de pessoas (nem coautoria, nem participação)”.⁷⁰

Agente que imagina que corre risco, quando, na verdade, este não existe

Aplicam-se, *in casu*, as regras relativas ao erro de tipo, uma vez que, para o agente, segundo a sua concepção, havia risco pessoal. Como incorreu em erro sobre uma elementar existente no tipo do art. 135 do Código Penal – *sem risco pessoal* –, o fato não lhe poderá ser imputado a título de omissão de socorro.

Obrigaçāo solidária e necessidade de ser evitado o resultado

O delito de omissão de socorro traduz um dever solidário, dirigido a todos nós. Assim, se várias pessoas podem, em determinada situação, prestar o socorro, tal obrigação é atribuída a todas elas, indistintamente.

Na qualidade de obrigação solidária, se algum dos sujeitos se habilita a prestar o socorro, não se exige que os demais pratiquem o mesmo comportamento.

O que a lei penal exige, na verdade, é que façamos alguma coisa. Se alguém, dentre as

pessoas que podiam prestar o socorro, se habilita, podendo fazê-lo por si mesmo, sem o auxílio dos demais, não há falar em omissão de socorro com relação àquelas pessoas que nada fizeram.

Contudo, se o agente que tentou levar a efeito o socorro não podia fazê-lo a contento sem a ajuda dos demais, os que permaneceram inertes serão responsabilizados pela omissão de socorro. Caso mais alguém se habilite, conforme raciocínio anterior, isentos estarão de responsabilidade aqueles outros que somente assistiram ao resgate.

Não se mostrando despicienda a conduta exigida e nem havendo risco pessoal para o agente, é de se reconhecer a majorante específica da omissão porquanto inobservado o dever de agir calcado em basilar obrigação de solidariedade (STJ, REsp. 207148/MG, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., DJ 4/9/2000, p. 178).

Demora na prestação do auxílio

Acusado que, embora a vítima, seu cunhado e que consigo morava, estivesse mal de saúde, em face de agressão recebida de outrem, demora a lhe prestar auxílio. Morte por derrame cerebral. Condenação decretada. Inteligência do art. 135, parágrafo único, do CP (TJSC) (RT 541, p. 426).

Apesar da decisão do TJSC, não podemos atribuir o delito de omissão de socorro a alguém se não for evidenciado o seu dolo. Assim, a demora em prestar socorro pode configurar-se numa negligência, não prevista no tipo penal em estudo, devendo-se concluir, pois, pela atipicidade da conduta.

Omissão de socorro no estatuto do idoso

Vide art. 97 da Lei nº 10.741/2003.

Omissão de socorro no Código de Trânsito brasileiro

Vide art. 304 da Lei nº 9.503/1997.

Consoante o acórdão recorrido, as provas dos autos mostram que o recorrente, depois de colidir sua caminhonete contra a motocicleta da vítima, mais do que simplesmente descumprir o dever de prestar imediato socorro e buscar preservar a vida, evadiu-se da cena do crime, com nítido propósito de esquivar-se das responsabilidades penal, civil e administrativa decorrentes do fato ilícito (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 713.473/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 12/08/2016).

Mantida a majorante de omissão de socorro, não havendo comprovação de perigo à segurança do acusado nem se confundindo a posterior apresentação voluntária à autoridade policial com a obrigação, não observada, de assistir à vítima (TJ-RS, AC 70069622843, Rel. Des. Ingo Wolfgang Sarlet, j. 31/08/2016).

Deve incidir a causa de aumento de pena referente à omissão de socorro se a ré, após a colisão, deixou de prestar socorro às vítimas, podendo fazê-lo sem risco pessoal. Não há se falar em constitucionalidade do dispositivo por infringência ao princípio da não autoincriminação, pois referida norma não impede o indivíduo de permanecer em silêncio, mas lhe exige que preste socorro à vítima no local do acidente, sem estar obrigado a confessar a prática do crime, auxiliar na investigação ou fornecer qualquer material biológico que possa lhe causar prejuízo (TJ-DFT, AC 20110710353834APR, Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, DJe 16/12/2015).

Na espécie, o que impôs ao denunciado o dever de prestar socorro foi a sua participação no acidente e não a

apuração da sua culpa como eventual causador do ocorrido. A alegada irregularidade dos documentos do veículo, por sua vez, não constitui justa causa para dispensar o réu da prestação de socorro às vítimas, já que não soaria razoável preponderar a proteção de um carro em detrimento dos bens jurídicos integridade física e vida. Ademais, o fato das vítimas terem sido socorridas por terceiras pessoas não exime a responsabilidade do ora apelante, conforme expressa redação do parágrafo único do art. 304 da Lei nº 9.503/97. Assim, não há falar em ausência de dolo por parte do acusado, tampouco em insuficiência de provas, na medida em que restou devidamente comprovado que o réu, na ocasião do acidente, deixou de prestar imediato socorro às vítimas, fugindo do local e escondendo seu veículo (TJRS, AC 70045883121, Rel.ª Des.ª Rosane Ramos de Oliveira Michels, j. 9/2/2012).

Tendo a vítima falecido no instante do acidente, não há como incidir a causa de aumento pela omissão de socorro (TJDFT, APR 20030710127258, Rel. Vaz de Mello, 2^a T. Crim., j. 26/10/2006, DJ 22/3/2007, p. 119).

Omissão de Socorro no Código Penal Militar

Vide art. 201 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Recusa da vítima em deixar-se socorrer

Se o agente verificar, no caso concreto, que se trata de criança abandonada ou extraviada, ou pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, deverá, mesmo contra a vontade expressa da vítima, prestar-lhe o necessário socorro, sob pena de ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 135 do Código Penal.

Isso porque os bens juridicamente protegidos pelo tipo penal, que define a omissão de socorro, são indisponíveis. Não estamos nos referindo, por exemplo, a qualquer lesão que a vítima pudesse sofrer se não fosse socorrida a tempo, mas, sim, como esclarece a própria lei penal, ao perigo grave e iminente para a sua saúde, para sua integridade física, único bem, *in casu*, que se poderia cogitar de disposição, já que a vida, em qualquer situação, é um bem de natureza indisponível.

Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial.

(Incluído pela Lei nº 12.653, de 28/5/2012.) **Art. 135-A.** Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial.

(Incluído pela Lei nº 12.653, de 28/5/2012): Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa (Incluído pela Lei nº 12.653, de 28/5/2012.) **Parágrafo único.** A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

Já faz muito tempo que se transformou em um comportamento-padrão, praticado por hospitais, clínicas médicas e outros estabelecimentos de saúde, a exigência de cheque-caução, nota promissória ou outra garantia para que alguém, em situação de emergência, pudesse receber o necessário socorro.

No afã de se resguardar de uma eventual inadimplência do paciente, ou mesmo de seus familiares, em caso de morte daquele, as instituições de saúde adotaram esse procedimento, burocratizando, sobremaneira, o atendimento daquele que necessitava de imediato socorro, ocasionando, muitas vezes, uma piora do quadro de saúde ou mesmo a morte do paciente⁷¹.

Merece ser ressaltado que tal proibição de exigência⁷² já se encontrava prevista na Resolução Normativa nº 44, de 24 de julho de 2003, da Agência Nacional de Saúde, que dispõe sobre a proibição da exigência de caução por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde O Código Civil e também o Código de Defesa do Consumidor, à sua maneira, ou seja, mesmo que não enfrentando casuisticamente a situação prevista pelo artigo em estudo, já vedavam essa prática.

Concluindo que as determinações contidas nos diplomas citados (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Resolução Normativa) não eram fortes o suficiente a fim de inibir o comportamento por elas proibido, entendeu por bem o legislador fazer editar a Lei nº 12.653, de 28 de maio de 2012, criando uma nova figura típica e encerrando, com isso, também uma discussão anteriormente existente, quando parte de nossos doutrinadores se posicionava pela possibilidade de configuração do delito de extorsão indireta, tipificado no art. 160 do Código Penal, ou ainda pelo delito de omissão de socorro, previsto no art. 135 do mesmo diploma repressivo.

A numeração recebida pelo tipo penal em estudo, vale dizer, 135-A, é significativa no sentido de apontar que o condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial pode ser considerado uma espécie de *omissão de socorro*, já que o art. 135 do Código Penal cuida desta última figura típica, ambas inseridas no Capítulo III, do Título I do Código Penal, que diz respeito à periclitacão da vida e da saúde.

Nesse sentido, assevera Paulo César Busato que o art. 135-A do Código Penal: “Nada mais é do que uma especialização do crime de omissão de socorro, que só veio à tona como nova criação jurídica em virtude de ser uma situação concreta de comum ocorrência. Não obstante, todos os casos aqui abrangidos já se encontravam sob tutela jurídica do art. 135, anteriormente.

Daí que esta seja claramente uma forma de uso simbólico do Direito penal, que visa não

mais do que à produção de um “efeito placebo” na sociedade, anestesiando-a contra a falta de prestação de atendimento médico de qualidade.”⁷³

Para efeitos de reconhecimento da infração penal tipificada no art. 135-A do Código Penal, que recebeu o *nomen juris* de *condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial*, são necessários os seguintes elementos, a saber:

a) o núcleo *exigir*; b) a entrega de *cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia*, bem como o *preenchimento prévio de formulários administrativos*; c) como *condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial*.

Exigir, no delito *sub examen*, tem o significado de tornar necessário, impor, ordenar, ou seja, a conduta do agente é dirigida finalisticamente no sentido de fazer com que alguém cumpra, como requisito para o seu socorro, uma das exigências impostas pelo estabelecimento de saúde, que supostamente garantirá o pagamento pelos serviços prestados ao paciente.

A referida exigência diz respeito à confecção e entrega, pelo próprio paciente, quando possível, ou por alguém por ele responsável (normalmente uma pessoa que tenha com ele relação de amizade ou parentesco), de cheque-caução (cheque dado como garantia de um pagamento futuro), nota promissória ou qualquer garantia, vale dizer, qualquer documento que se traduza em um reconhecimento de dívida, que poderá importar, posteriormente, em uma ação de cobrança ou mesmo em uma ação de execução, a exemplo do que ocorre com os contratos.

Da mesma forma, configura-se na infração penal em estudo a exigência de preenchimento *prévio* de formulários administrativos. Aqui, devemos ressalvar que a instituição de saúde não está proibida de levar a efeito o preenchimento de tais formulários, que, na verdade, deverão ser produzidos para que os dados fundamentais do paciente sejam por ela conhecido. O que se proíbe, na verdade, é que se priorize esse ato burocrático em detrimento do socorro que deve ser imediatamente prestado. Uma vez atendido o paciente, ele próprio, ou as pessoas que lhe são próximas (amigos e familiares), devem cumprir essa obrigação administrativa. Percebe-se, com clareza, que o que se procura evitar é o agravamento da situação do paciente, que não pode esperar o cumprimento de exigências burocráticas para que venha, efetivamente, a ser atendido.

Tais exigências devem servir como *condição* para que seja realizado o atendimento médico-hospitalar emergencial. Assim, devem ocorrer anteriormente ao atendimento de que necessitava a vítima/paciente, que não pode ser socorrida em virtude daquelas exigências.

O tipo penal faz menção a atendimento médico-hospitalar *emergencial*. Existe diferença terminológica entre *urgência* e *emergência* médica. A Resolução nº 1.451, de 10 de março de 1995, do Conselho Federal de Medicina, estabelece, nos parágrafos primeiro e segundo do seu

art. 1º, as definições para os conceitos de *urgência* e *emergência*.

Em ambas as hipóteses, existe a necessidade de tratamento médico imediato, razão pela qual, embora o tipo penal do art. 135-A faça menção tão somente ao atendimento médico-hospitalar *emergencial*, devemos nele também compreender o atendimento médico de *urgência*.

Em sentido contrário, Rogério Sanches Cunha, erigindo a tese da legalidade estrita, aduz que: “Somente a *emergência* é elementar do novel tipo incriminador, ajustando-se a indevida exigência, no caso de *urgência*, ao delito de omissão de socorro previsto no art. 135 do CP.”⁷⁴

Merece ser ressaltado, por oportuno, que o estabelecimento de saúde, após o efetivo socorro prestado àquele que necessitava de atendimento médico-hospitalar emergencial pode confeccionar, por exemplo, um contrato de prestação de serviços a fim de garantir a cobrança futura de seus serviços prestados, caso não ocorra o pagamento pelo paciente ou por aqueles que por ele são responsáveis.

O tipo penal não tem a função de instituir o “calote” nas instituições médicas, mas, sim, preservar a vida e a saúde daqueles que necessitam de imediato atendimento, sem que sejam priorizadas as preocupações financeiras com o futuro pagamento do tratamento utilizado. Nada impede que, no futuro, em caso de inadimplemento, seja procedida a cobrança dos gastos efetuados. O que não se pode é sobrepor os interesses financeiros à vida ou à saúde daquele que necessitava de imediato atendimento.

Embora o tipo penal não faça menção expressa, é dirigido especificamente à rede privada, uma vez que não é possível qualquer tipo de cobrança na rede pública, sob pena de incorrerem os responsáveis pela cobrança indevida, por exemplo, nos delito de corrupção passiva, concussão etc.

Classificação doutrinária

Crime próprio (tanto com relação ao sujeito ativo, como ao sujeito passivo); de perigo concreto (devendo ser demonstrado que a conduta do agente trouxe, efetivamente, uma situação de perigo para a vítima); doloso; de forma vinculada (uma vez que o comportamento deve ser dirigido no sentido de exigir cheque-

-caução, nota promissória, ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial) comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente; transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Objeto material é a pessoa de quem é exigida a confecção do cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial, como também o próprio paciente/vítima, que necessita do imediato atendimento.

Bens juridicamente protegidos, de acordo com o Capítulo III, do Título I do Código Penal são a *vida* e a *saúde*.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeito ativo é aquele que *determina* que o atendimento médico-hospitalar emergencial somente poderá ser realizado ser houver a entrega do cheque-caução, da nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial. Normalmente, quem estipula essas condições para efeitos de atendimento é o diretor do estabelecimento de saúde ou qualquer outro gestor que esteja à frente da administração.

O problema surge quando o empregado, que trabalha no setor de admissão de pacientes, cumpre as ordens emanadas da direção e não permite o atendimento daquele que se encontrava em situação de emergência. Nesse caso, entendemos que haverá o concurso de pessoas, devendo, ambos (diretor e empregado) responder pela infração penal em estudo.

Sujeito passivo será tanto a vítima/paciente, que necessita do imediato atendimento médico-

-hospitalar quanto aquele de quem, em virtude de alguma impossibilidade da vítima/paciente, foi exigida a entrega do cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial.

Consumação e tentativa

O delito se consuma no instante em que a *exigência* de cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, é levada a efeito como *condição* para o atendimento médico-
-hospitalar emergencial, antes, portanto, do efetivo e necessário atendimento.

Tratando-se de um crime formal, a consumação ocorrerá mesmo que no momento em que é feita a exigência, a vítima não tenha sua situação agravada. Não há necessidade, assim, de qualquer produção naturalística de resultado (agravamento da situação da vítima/paciente ou mesmo a sua morte) para que o crime reste consumado. Basta, portanto, que o comportamento praticado tenha, efetivamente, criado uma situação de perigo para a vida ou a saúde daquele que necessitava do atendimento médico-hospitalar emergencial.

Entendemos, *in casu*, não ser admissível a tentativa, haja vista que não conseguimos

visualizar, ao contrário do que ocorre com o delito de concussão, que contém o mesmo núcleo, ou seja, o verbo *exigir*, a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *exigir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

Causa especial de aumento de pena

Determina o parágrafo único do art. 135-A do Código Penal, *verbis: Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.*

As causas de aumento de pena previstas no parágrafo único acima transcrita somente poderão ser atribuídas ao agente a título de culpa, tratando-se, portanto, de um crime preterdoloso, ou seja, dolo com relação à exigência de cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial e culpa no que diz respeito ao resultado: lesão corporal de natureza grave ou morte.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada no preceito secundário do art. 135-A do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

Tendo em vista a pena máxima cominada em abstrato, se não houver o resultado morte, a competência será, *ab initio*, do Juizado Especial Criminal.

Em qualquer situação, mesmo se houver o resultado morte, como a pena mínima não ultrapassará o limite previsto pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95, será possível a realização de proposta de suspensão condicional do processo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Obrigaçāo da afixaçāo de cartaz ou equivalente em estabelecimentos de saúde que realizem atendimento mēdico-hospitalar emergencial

O art. 2º da Lei nº 12.653, de 28 de maio de 2012, determina a afixaçāo de cartaz ou equivalente em estabelecimentos de saúde que realizem atendimento mēdico-hospitalar emergencial, com a informaçāo do tipo penal em estudo.

Estatuto do Idoso e recusa de outorga de procuraçāo à entidade de atendimento

Vide art. 103 da Lei nº 10.741/2003.

Maus-tratos Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço), se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

(Incluído pela Lei nº 8.069, de 13/7/1990.) Introduçāo

Crime próprio, o delito de maus-tratos só pode ser cometido por quem tenha *autoridade*, *guarda*, ou exerça *vigilância* sobre a vítima. Hungria esclarece: “*Guarda* é a assistência a pessoas que não prescindem dela, e compreende necessariamente a *vigilância*. Esta importa zelo pela segurança pessoal, mas sem o rigor que caracterizaria a *guarda*, a que pode ser alheia (ex.: o guia alpino *vigia* pela segurança de seus companheiros de ascensão, mas não os tem sob sua *guarda*). Finalmente, a assistência decorrente da relação de *autoridade* é a inerente ao vínculo de *poder* de uma pessoa sobre outra, quer a *potestas* seja de direito público, quer de direito privado.”⁷⁵

Contudo, além dessa particular condição que especializa o delito de maus-tratos, aquele que se encontra numa dessas situações deve agir para fim de *educação*, *ensino*, *tratamento* ou *custódia*. Ou seja, o delito de maus-tratos é caracterizado por esse especial fim de agir com que atua o agente. Caso contrário, ou seja, se não houver essa motivação especial, o fato poderá ser desclassificado para outra modalidade típica.

Assim, a finalidade especial com que atua o agente – *educação, ensino, tratamento ou custódia* – se traduz, na verdade, na sua motivação.

Frederico Marques afirma: “Educação é conceito empregado, no tipo, com o sentido de atividade para infundir hábitos a fim de aperfeiçoar, sob o aspecto moral ou cultural, a personalidade humana. Ensino significa o estrito trabalho docente de ministrar conhecimentos. Tratamento compreende não só o cuidado clínico e assistência ao doente, como ainda ação de prover à subsistência de uma pessoa. Custódia é a detenção de alguém em virtude de motivos que a lei autoriza.”⁷⁶

Além de indicar essa finalidade especial que deve conter o comportamento do agente, o tipo penal que define o delito de maus-tratos ainda aponta os meios utilizados pelo agente à consecução desses fins. Crime de ação múltipla, os maus-tratos podem se dar por meio da: *a) privação de alimentação;*

- b) privação dos cuidados indispensáveis;*
- c) sujeição a trabalhos excessivos;*
- d) sujeição a trabalhos inadequados;*
- e) abuso nos meios de correção ou disciplina.*

Privar de alimentação significa suprimir os alimentos necessários e indispensáveis à manutenção da vida ou à preservação da saúde da vítima.

A segunda modalidade de comissão do delito diz respeito à privação dos cuidados indispensáveis. Cuidados, aqui, têm um sentido amplo, conforme adverte Ney Moura Teles: “Cuidados indispensáveis são aqueles mínimos relativos ao vestuário, acomodação, higiene, assistência médica e odontológica. Não se trata de obrigar o agente a fazer aquilo que fugir de suas possibilidades, mas, dentro dessas, não privar a vítima sem qualquer razão justificada.”⁷⁷

Sujeitar a vítima a trabalhos excessivos é fazer com que atue além das suas forças, além do padrão de normalidade atribuído às pessoas, a exemplo do pai que obriga seu filho a varrer ininterruptamente a casa por mais de dez horas consecutivas. Inadequado é o trabalho que não se conforma com as particulares condições da vítima, como no exemplo também daquele que, sob o argumento de educar seu filho de apenas 10 anos de idade, determina que este o ajude na construção de sua casa, carregando sacos de cimento de 50 kg. Apesar do exagero do exemplo, a diferença que podemos fazer entre trabalho excessivo e inadequado reside no fato de que o trabalho excessivo está para o tempo, assim como o trabalho inadequado está para a sua qualidade.

A última das modalidades de cometimento do delito de maus-tratos talvez seja a mais utilizada, vale dizer, o abuso de meios de correção ou disciplina. O agente atua com o chamado *animus corrigendi ou disciplinandi*. Contudo, abusa do seu direito de corrigir ou disciplinar.

Abusar tem o significado de ir além do permitido. Muito se discute, hoje em dia, se os pais devem ou não corrigir seus filhos, aplicando-lhes, em algumas ocasiões, castigos corporais. Mesmo correndo o risco de ser criticado, acredito que algumas correções moderadas não traumatizam a criança. Quantas vezes deparamos com crianças em *shopping centers* que são verdadeiras dominadoras. Obrigam seus pais a fazer exatamente aquilo que desejam. Caso contrário, aprontam escândalos insuportáveis.

Creio, firmemente, que a Bíblia é a Palavra de Deus, e ela nos mostra, em várias passagens, o que devemos fazer para educar nossos filhos e as consequências dessa educação. Vejamos no Livro de Provérbios:

- Capítulo 3, versículo 12: “Porque o Senhor repreende a quem ama, assim como o pai, ao filho a quem quer bem.”

- Capítulo 13, versículo 24: “O que retém a vara aborrece a seu filho, mas o que o ama, cedo o disciplina.”
- Capítulo 19, versículo 19, primeira parte: “Castiga o teu filho, enquanto há esperança [...].”
- Capítulo 22, versículo 6: “Ensina a criança no caminho em que deve andar e, ainda quando for velho, não se desviará dele.”
- Capítulo 29, versículo 15: “A vara e a disciplina dão sabedoria, mas a criança entregue a si mesma vem a envergonhar a sua mãe.”
- Capítulo 29, versículo 17: “Corrige o teu filho, e te dará descanso, dará delícias à tua alma.”

Não pretendo ser mal compreendido. O que estou afirmindo é que a palavra utilizada pelo tipo penal do art. 136, vale dizer, *abuso*, diz respeito ao excesso nos meios de correção ou disciplina.

Em 26 de junho de 2014, no entanto, foi publicada a Lei nº 13.010, que ficou conhecida inicialmente como “lei da palmada”, que alterou a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para, segundo ela, “estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante”.

O art. 18-A, inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente pela mencionada Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, diz, *verbis*: *Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.*

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I – castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força

física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

- a) sofrimento físico; ou*
- b) lesão;*

II – tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

- a) humilhe; ou*
- b) ameace gravemente; ou*
- c) ridicularize.*

A pergunta que nos fazemos, após a modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente é a seguinte: Se um pai, agindo *animus corrigendi*, ou seja, com a finalidade de corrigir seu filho, lhe der uma palmada, não abusando, assim, desse meio de correção ou disciplina, por causa da inovação legislativa, já terá incorrido no crime de maus-tratos? Obviamente que a resposta só pode ser negativa.

Na verdade, a inovação trazida pela Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, não modificou o raciocínio levado a efeito quando da interpretação da última parte, constante do *caput* do art. 136 do Código Penal. Com isso queremos afirmar que somente incorrerá no delito de maus-tratos o agente que expuser a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia.

Por outro lado, a consequência de uma das práticas dos comportamentos previstos no art. 18-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, de acordo com a inovação trazida pela Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, será uma daquelas previstas no art. 18-B do citado diploma legal, que diz textualmente: *Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:*

I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

II – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

III – encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

IV – obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;

V – advertência.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.

Assim, concluindo, a correção ou a disciplina, mesmo que cause sofrimento físico a uma criança ou adolescente, ainda não importará no cometimento do delito de maus-tratos. Para que reste configurada a figura típica em estudo, haverá necessidade de que seja identificado, além do abuso dos meios de correção, a efetiva exposição de perigo da vida ou da saúde da criança ou do adolescente que estava sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

Não se aplicam ao crime de maus-tratos as circunstâncias agravantes previstas pelas alíneas *e*, *f* e *h* do inc. II do art. 61 do Código Penal, haja vista serem elementares do delito tipificado no art. 136 do Código Penal.

Classificação doutrinária

Crime próprio (o delito de maus-tratos somente pode ser cometido por quem tenha autoridade, guarda ou vigilância sobre a vítima, que é o seu sujeito passivo); de perigo concreto; doloso; de forma vinculada (pois o tipo penal aponta os meios em virtude dos quais pode ser cometido, por exemplo, privando a vítima de alimentação ou cuidados indispensáveis); comissivo ou omissivo; instantâneo, podendo ocorrer, também, a hipótese de permanência (quando a vítima permanece privada de alimentação, por exemplo); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (pois que, em geral, deixa vestígios passíveis de se aferir mediante perícia); de ação múltipla ou conteúdo variado (podendo o agente praticar os vários comportamentos previstos pelo tipo, a exemplo de sujeitar a vítima a trabalho excessivo, bem como abusar dos meios de correção, somente sendo responsabilizado por uma única infração penal).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Os bens juridicamente protegidos pelo tipo penal que prevê o delito de maus-tratos são a vida e a saúde.

Objeto material é a pessoa contra quem é dirigida a conduta perigosa praticada pelo agente, ou seja, aquele que estiver sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente pode ser sujeito ativo quem detém autoridade, guarda ou vigilância sobre a vítima.

Sujeito passivo, a seu turno, é aquele que está sob a autoridade, a guarda ou a vigilância do agente.

O crime de tortura, assim como o de maus-tratos, são crimes próprios, eis que só podem ser cometidos por pessoa responsável por outra, sendo indispensável a condição de ‘garante’ do sujeito ativo em relação ao

sujeito passivo, de fato ou de direito, distinguindo-se os crimes pelo elemento volitivo, ou seja, enquanto, no primeiro, o *animus* é causar um intenso sofrimento físico ou mental da vítima, no segundo, o autor excede-se na imposição de medidas coercitivas ou disciplinares (TJMG, Processo 1.0054.05.015921-6/001[1], Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 20/9/2006).

Penal e processual. Maus-tratos. Legitimidade passiva *ad causam*. Denúncia. Nexo de causalidade. Inépcia. Justa causa. Ausência. Ação penal. Trancamento. Ao sócio que exerce a gerência de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, dedicada à exploração, com fins lucrativos, de clínica médica, é cabível a imputação de autoria do delito tipificado no art. 136 do Código Penal (STJ, HC 23362/RJ, HC 2002/0081677-6, Min. Paulo Medina, 5^a T., DJ 1º/8/2005, p. 559).

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a efetiva criação de perigo para a vida ou para a saúde do sujeito passivo. A criação efetiva do perigo deve ficar demonstrada no caso concreto.

A tentativa é admissível desde que se possa visualizar o fracionamento do *iter criminis*.

O crime de maus-tratos, em qualquer de suas modalidades, é crime de perigo: necessário e suficiente para a sua existência é o perigo de dano à incolumidade da vítima (TJMG, Processo 1.0000.00.267609-6/000 [1], Rel. Márcia Milanez, pub. 26/4/2002).

Elemento subjetivo

É o dolo, seja ele direto ou mesmo eventual, não se admitindo a modalidade culposa.

Se as agressões sofridas pelas vítimas, três crianças indefesas, foram demasiadamente violentas e desproporcionais aos motivos alegados pelos acusados (cunho corretivo ou educativo), restando explícito o dolo destes de submeter os ofendidos sob sua guarda, com emprego de violência, a intenso sofrimento físico e psicológico como forma de aplicar castigo pessoal, não há como se acolher o pedido de desclassificação para o crime de maus-tratos previsto no art. 136 do Código Penal (TJ-MG, AC 0101145-63.2014.8.13.0134, Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo, DJe 17/06/2016).

Não obstante tratar-se de crime de perigo, visualiza-se também o dolo de dano, quando o agente causa lesões corporais ao abusar dos meios de correção ou disciplina. Não é possível ingressar na mente do acusado para saber qual sua intenção no momento da ação, mas a análise cuidadosa dos fatos – considerando as circunstâncias em que ocorreram, e até mesmo as consequências não deixa dúvida sobre o *animus corrigendi vel disciplinandi* (TJRJ, Processo 2006. 054.00232, Rel. Marcus Basílio j. 27/3/2007).

O crime de maus-tratos consiste em expor a perigo a vida ou saúde da vítima pelo abuso do agente, exigindo o dolo, direto ou eventual. E a sua configuração é verificada pelo elemento subjetivo – *animus corrigendi ou disciplinandi* –, sem o qual pode caracterizar outro ilícito (TJPR, AC 0379508-4/Ibiporã, 1^a Câm. Crim., Rel. Juiz Conv. Mário Helton Jorge, un. j. 8/3/2007).

Modalidades comissiva e omissiva

Por se tratar de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, o delito de maus-tratos admite tanto a modalidade comissiva quanto a omissiva.

Modalidades qualificadas

Todas as modalidades qualificadas previstas pelos §§ 1º e 2º do art. 136 somente podem ser atribuídas ao agente a título de culpa, tratando-se, portanto, de crimes eminentemente preterdolosos.

A figura típica do art. 136 do Código Penal visa punir quem coloca em risco a vida ou a saúde de outrem. Assim, respondem pelo delito, na forma qualificada, os pais que dolosamente se descuidam da alimentação e das condições mínimas de higiene de filha de nove meses, ocasionando-lhe a morte (TJMG, Processo 1.0000.00.252163-1/000 [1], Rel.^a Márcia Milanez, pub. 26/2/2002).

Causa de aumento de pena

O § 3º foi acrescentado ao art. 136 do Código Penal por intermédio da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com a finalidade de punir mais severamente, de acordo com a sua regra geral, aqueles que viessem a praticar o delito em estudo contra vítimas menores de 14 anos.

Pratica o crime de maus-tratos previsto no art. 136, § 3º, do Código Penal, o pai que, em razão da constante ingestão de bebida alcoólica, priva suas filhas menores de 14 anos de alimentação e acesso à residência durante o dia e à noite, obrigando-as a buscar auxílio na residência de parentes e vizinhos, bem como dormirem no galpão sobre as palhas, sob precárias condições de higiene. As palavras de assistente social, conselheira tutelar, vizinhos e parentes são suficientes para demonstrar os maus-tratos praticados (TJRS, ACR 70035208842, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, DJERS 17/6/2010).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O crime de maus-tratos, em sua modalidade fundamental, é punido com uma pena de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa, sendo, pelo menos inicialmente, de competência do Juizado Especial Criminal, uma vez que, de acordo com a pena cominada ao *caput* do mencionado artigo, essa modalidade de infração penal se encontra no rol daquelas consideradas como de menor potencial ofensivo, aplicando-se, consequentemente, os institutos que lhe são inerentes (transação penal e suspensão condicional do processo), mesmo que cometido contra vítima menor de 14 anos, uma vez que a pena máxima em abstrato não superará os dois anos, bem como a pena mínima não será superior a 1 (um) ano, fazendo com que, ainda assim, permaneça a competência do aludido Juizado e continue a permitir a proposta de suspensão condicional do processo.

Poderá o juiz, no entanto, optar entre a aplicação da pena privativa de liberdade e a multa, atendendo ao disposto na parte final do art. 59 do Código Penal, que diz que a pena deve ser necessária e suficiente para reprevação e prevenção do crime. No caso concreto, o juiz, fundamentadamente, deverá optar por uma delas, demonstrando que sua escolha é a que melhor se adapta ao agente.

O julgamento do crime de maus-tratos contra pessoa menor de quatorze anos deve ser realizado pelo Juizado Especial Criminal (STJ, REsp. 610142/RJ, REsp. 2003/020 2420-3, Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 2/8/2004, p. 544).

Se do fato resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Se o crime não for cometido contra vítima menor de 14 anos, permite-se a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, tendo em vista a pena mínima cominada.

Se resulta a morte, a pena será de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

A ação penal, em qualquer das modalidades do crime de maus-tratos – simples ou qualificado –, é de iniciativa pública incondicionada.

Maus-tratos contra idoso

Vide art. 99 da Lei nº 10.741/2003.

Acusação de maus-tratos a pessoa idosa. Inconsistência da tese acusatória, aliada aos elementos indicadores da inexistência do delito, que impõe a absolvição do réu. Condição de pobreza da vítima que não pode ser creditada ao descaso do acusado, o qual, na palavra da própria idosa, alimentava-a adequadamente. Situação de escassez que se afigura como problema social, e não privação dolosa de melhor condição. Ausência de dolo do réu que sustenta a manutenção da absolvição, porquanto este provia a sua mãe o melhor tratamento possível com os parcos ganhos percebidos pelo núcleo familiar (TJRS, AC 70047920723, Rel. Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório, j. 14/6/2012).

Maus-tratos e crime de tortura

Não existe coincidência de motivação entre o delito de tortura, previsto no inc. II do art. 1º da Lei nº 9.455/1997 e o crime de maus-tratos. Neste, o agente atua para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia; naquele, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Como cediço, no tipo do crime de maus-tratos, mister se faz que o dolo seja de repreensão como forma de correção e que, no excesso, não haja a intenção de causar intenso sofrimento na vítima. No caso, há narrativas de empurrões; amarrando-a; tapas nas pernas; o pegar de forma violenta, o empurrar de maneira violenta na direção da cadeira higiênica etc., fatos que lhe causaram ferimentos graves no corpo e, principalmente, em seu estado psíquico, sendo, portanto, visível a intenção da acusada em imprimir um sofrimento que extrapola qualquer intenção de correção. Tese defensiva de desclassificação para o delito de maus-tratos que não se acolhe (TJ-RJ, AC 0198664-18.2013.8.19.0001, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 1º/07/2015).

Se pelas provas dos autos infere-se que o agente castigou fisicamente seu enteado com o propósito de repreendê-lo, em razão de haver danificado aparelho doméstico sem a intenção deliberada de causar-lhe sofrimento físico ou moral, uma vez que tenha agido com excesso, incensurável a decisão que desclassificou a inicial imputação de tortura para maus-tratos (TJDFT, APR 2002091 0096147, Rel. Getúlio Pinheiro, 2ª T. Crim., j. 12/11/2007, DJ 25/1/2008, p. 708).

Maus-tratos à criança e/ao adolescente

A Lei nº 8.069/90 prevê medidas de proteção às crianças e adolescentes vítimas de maus-tratos, nos seguintes dispositivos: *Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente*

serão, obrigatoriamente, comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais (Nova redação dada pela Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014.)

Art. 56. *Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:*

I – maus-tratos envolvendo seus alunos;

Art. 87. *São linhas de ação da política de atendimento:*

III – serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

Art. 101. *Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:*

§ 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

Art. 130. *Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.*

Maus-tratos no Código Penal Militar

Vide art. art. 213 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Competência

O art. 5º da Lei Maria da Penha configura como violência doméstica e familiar contra a mulher toda espécie de agressão (ação ou omissão), baseada no gênero, isto é, na condição hipossuficiente da mulher, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, importando em violação dos direitos humanos, independente da habitualidade da agressão. No caso de maus-tratos praticados pelo pai contra a filha, a hipossuficiência da vítima decorre da sua condição de criança – pela idade – e não em face da vulnerabilidade de gênero numa relação intrafamiliar. Havendo estatuto próprio de proteção da criança vítima de violência, não se pode aplicar indistintamente uma lei criada com a finalidade de proteger a mulher da violência masculina, em razão, principalmente, da sua inferioridade física. A competência para exame da matéria, com amparo no edital nº 58/2008-COMAG, é do Juizado da Infância e Juventude – e não do Juizado

Especial Criminal –, visto que é noticiado o delito previsto no art. 136 do CP, cujas vítimas são crianças (TJRS, ReSE 70047943709, Rel. Des. Francesco Conti, j. 24/5/2012).

No rol da competência da Vara da Infância e da Juventude estabelecido no art. 148 do ECA não está inserido o julgamento dos crimes contra o menor previstos no Código Penal, como ocorre na hipótese em discussão, em que o crime a ser apurado é o de maus tratos (art. 136, § 3º, do CPB). Ainda que o Tribunal possa criar Vara da Infância e da Juventude, como prevê o art. 145 do ECA, não pode lhe atribuir competência fora das hipóteses definidas na referida legislação. Cuidando-se de crime de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima cominada é de 1 ano de detenção, a competência é do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei nº 9.099/1995) (STJ, CC 94767/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, S3, DJe 8/8/2008).

A competência para julgamento do delito do art. 136, § 3º, do CP é do Juizado Especial, pois a pena máxima privativa da liberdade prevista não supera dois anos e a Lei nº 10.259, de 12/7/2001, com vigência a partir de 13 de janeiro de 2002, estabelece em seu art. 2º, parágrafo único, nova definição para as infrações penais de menor potencial ofensivo. É de ser aplicada a supramencionada lei aos processos em andamento, determinando uma modificação na regra de competência, porque, mesmo em caso de recurso, as infrações de menor potencial ofensivo devem ser julgadas pela Turma Recursal, já que se trata de competência em razão da matéria (TJMG, Processo 2.0000.00. 414800-7/000 [1], Rel. Eduardo Brum, pub. 4/11/2003).

Conflito negativo de jurisdição. Juizado da infância e juventude e justiça comum. Crime de maus-tratos praticado por pai contra filho menor. Competência da justiça comum (TJSC, CJ 205, Rel. Jorge Mussi, j. 24/4/1995).

Capítulo IV – Da Rixa

Rixa Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

Parágrafo único. Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Introdução

Para Hungria, rixa é “uma briga entre mais de duas pessoas, acompanhada de vias de fato ou violências recíprocas, pouco importando que se forme *ex improviso* ou *ex propósito*”.⁷⁸ Queiroz de Moraes define a rixa como “o conflito que, surgindo de improviso entre três ou mais pessoas, cria para estas uma situação de perigo imediato à integridade corporal ou a saúde. Existe a situação de perigo mencionada, quando os rixantes lutam confusamente entre si, empregando vias de fato, ou outros meios quaisquer, como pedradas, tiros etc., que ponham em risco a integridade corporal ou a saúde tanto dos contendores como de outras pessoas que se encontrem no local ou longe, mas ao alcance dos instrumentos usados. Caracteriza-se a confusão pelo tumulto que se verifica e é demonstrada pela impossibilidade ou dificuldade de

conhecer-se bem a ação de todos os partícipes. O emprego dos referidos meios põe em risco a pessoa visada e a confusão estende o perigo aos demais".⁷⁹

Percebe-se, portanto, que para a configuração do delito de rixa exige-se a presença de, pelo menos, três pessoas, que brigam indiscriminadamente entre si. O que caracteriza a rixa, na verdade, é a confusão existente no entrevero. Não é, assim, pelo fato de três pessoas estarem envolvidas numa briga que já devemos raciocinar em termos do delito de rixa. Isso porque pode acontecer, por exemplo, que duas pessoas, unidas entre si, lutem contra uma outra, e aí não teremos o delito de rixa, mas o de lesões corporais.

A finalidade da criação do delito de rixa foi evitar a impunidade que reinaria em muitas situações, nas quais não se pudesse apontar, com precisão, o autor inicial das agressões, bem como aqueles que agiram em legítima defesa. Por isso, pune-se a simples *participação na rixa*, de modo que todos aqueles que dela tomaram parte serão responsabilizados por esse delito.

Para a configuração do crime de Rixa, art. 137 do Código Penal, é indispensável que não ocorra a individualização nítida das condutas, o que não é o caso dos presentes autos (TJ-DFT, AC 20120610145476APR, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, DJe 30/05/2014).

Não há cogitar de crime de rixa, pois não evidenciada a reciprocidade das agressões, tampouco contenda generalizada (TJPR, AC 5.844194-1, Rel. Des. Naor R. de Macedo Neto, DJe 6/6/2012).

O conflito generalizado entre várias pessoas, por si só, não é suficiente para caracterizar o delito de rixa, mormente se apurada a conduta isolada do acusado (TJMG, Processo 1.0024.04.465925-8/002, Rel. Des. Paulo Cesar Dias, DJ 2/6/2007).

Para que possa ser tipificada a conduta narrada na denúncia como crime de rixa, deve estar indubidousamente demonstrada a reciprocidade das condutas, de modo a impossibilitar a responsabilidade individualizada por lesões corporais, não podendo assentar-se em versão fantasiosa apresentada pelo réu, máxime quando desacompanhada de qualquer elemento apto a lhe conferir credibilidade (TJMG, Processo 1.0529.03. 000778-3/001 [1], Rel. Antônio Carlos Cruvinel, pub. 24/1/2006).

A doutrina e a jurisprudência dominantes entendem não haver rixa quando a posição dos contendores é definida (STJ, Apn 35/GO, Rel. Min. Américo Luz, CE, RCJ, v. 45, p. 188).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; de perigo concreto (pois que a participação na rixa importa numa efetiva criação de risco para a vida e para a saúde das pessoas); doloso; de forma livre; comissivo e, caso o agente goze do *status* de garantidor, também omissivo impróprio; instantâneo; plurissubjetivo, havendo necessidade, para fins de sua configuração, da presença de, pelo menos, três pessoas, sendo que as condutas são consideradas *contrapostas*, vale dizer, umas contra as outras; plurissubsistente (uma vez que se pode fracionar o *iter criminis*); não transeunte, como regra, pois que as lesões corporais sofridas pelos contendores podem ser comprovadas mediante exame pericial.

Há rixa quando houver concurso de pessoas em condutas contrapostas (TJRS, Rec. Crim. 71001061886, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 20/11/2006).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Os bens juridicamente protegidos pelo tipo penal que prevê o delito de rixa são a integridade corporal e a saúde, bem como a vida.

Objeto material são os próprios contendores, ou seja, são os rixosos que participam da agressão tumultuária, praticando condutas contrapostas uns contra os outros.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Os rixosos são, ao mesmo tempo, sujeitos ativos e passivos. Aquele que, com o seu comportamento, procura agredir o outro participante é considerado sujeito ativo do delito em questão; da mesma forma, aquele que não só agrediu, como também fora agredido durante a sua participação na rixa, também é considerado sujeito passivo do crime.

Consumação e tentativa

Para que se caracterize o delito de rixa há necessidade que os agentes iniciem os atos de agressão, que podem se constituir em vias de fato, lesões corporais, podendo, até mesmo, chegar ao resultado morte.

Isso quer dizer que não há delito de rixa quando várias pessoas se offendem reciprocamente, com impropérios, palavras injuriosas *etc.* O delito de rixa exige, portanto, *atos de violência*. Contudo, não há necessidade de *contato físico*. Pode ocorrer o delito de rixa com arremesso de objetos. É muito comum ocorrer a rixa com arremesso de cadeiras, garrafas de cerveja *etc.*

Entendemos, portanto, que, quando os contendores dão início às agressões recíprocas, seja por meio do contato pessoal ou de arremesso de objetos, nesse momento, está consumado o delito de rixa.

Partindo do pressuposto de que o delito de rixa se consuma quando os contendores iniciam os atos de violência, será possível o raciocínio relativo à tentativa?

Para que a resposta flua com mais facilidade, é preciso que façamos a distinção entre as rixas *ex improviso* e *ex proposito*.

Chama-se *ex improviso* a rixa quando a agressão tumultuária tem início repentinamente, ou seja, sem que tenha havido qualquer combinação prévia. De repente, todos os contendores se veem envolvidos numa situação de agressões recíprocas. *Ex proposito* é a rixa concebida antecipadamente pelos contendores. Todos resolvem que, naquele dia e local, ocorrerão as agressões tumultuárias.

Alguns autores, a exemplo de Carrara, exigem que a agressão, para o fim de caracterização do delito de rixa, seja súbita.⁸⁰ Para o renomado autor, portanto, não há falar em rixa *ex proposito*, mas tão somente em rixa *ex improviso*.

Na mesma linha de raciocínio de Carrara, Queiroz de Moraes entende que “a natureza da rixa exige que não tenha sido preparada a luta. Não deve ser esta resultado de cogitação anterior de seus partícipes. Sem dúvida, pode prender-se a fato há muito acontecido, a velha malquerença entre os rixantes. Não importa. O ódio antigo ou a ira momentânea devem eclodir naquele instante, repercutindo em sua consciência, impulsionando-lhes a vontade e determinando-lhes a ação”.⁸¹

Hungria, a seu turno, contrariamente às posições acima transcritas, esclarece: “Não se pode dizer que a rixa seja sempre uma *improvisa certatio*. As mais das vezes, deriva de uma subitânea exaltação de ânimos; mas pode também ser ‘preordenada’ ou resultar *ex proposito*.⁸²

Entendemos perfeitamente admissível a rixa *ex proposito*. Imagine-se a hipótese em que *gangs* rivais marquem um encontro a fim de “passar a limpo” qual delas, efetivamente, é superior às demais. Sendo pelo menos em três grupos rivais distintos, nada impede que se caracterize o delito de rixa.

E quanto à tentativa?

Fragoso assevera que “a tentativa deste crime, conquanto difícil de configurar-se, é possível”.⁸³

Já tivemos oportunidade de ressaltar que toda vez que pudermos fracionar o *iter criminis* será possível o raciocínio da tentativa, como acontece com os chamados crimes plurissubsistentes. A rixa amolda-se ao conceito de crime plurissubstancial, razão pela qual, dependendo da hipótese concreta a ser analisada, poderá ser possível o raciocínio da tentativa.

Imagine-se o caso da rixa *ex proposito*, em que os contendores, ao chegarem ao local por eles determinado, são interrompidos por policiais que tomaram conhecimento da convenção criminosa, quando já estavam dando início aos atos de execução. É hipótese difícil de acontecer, porque, para que se possa falar em tentativa de rixa, temos de concluir que os atos praticados pelos contendores já podiam ser considerados atos de execução, pois, caso contrário, se entendermos os atos como de mera preparação ao cometimento do delito, não se poderá cogitar de tentativa punível.

Elemento subjetivo

O delito de rixa somente pode ser praticado dolosamente. Além do mais, não se consegue visualizar outro dolo que não seja o dolo direto.

Por não haver previsão expressa no tipo penal, não se admite a rixa de natureza culposa.

O dolo específico desse crime se caracteriza pela intenção de agredir os demais contendores, exteriorizada de forma consciente pelo agente [...] (TJDFT, APJ 20060 110768154, Rel. José Guilherme, 1ª T. Rec. dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, j. 29/5/2007, DJ 3/7/2007, p. 178).

Modalidades comissiva e omissiva

A regra é de que o delito de rixa seja praticado por meio de uma conduta positiva por parte dos rixosos. Quando a lei penal usa a expressão *participar de rixa*, está pressupondo um comportamento ativo, ou seja, um fazer alguma coisa no sentido de, no mínimo, praticar vias de fato.

Contudo, questão que demonstra interesse diz respeito ao fato de ser possível ou não participação omissiva no delito de rixa.

Entendemos que somente será possível a modalidade omissiva no delito de rixa quando o omitente gozar do *status* de garantidor. Assim, por exemplo, suponhamos que, no interior da cela de uma delegacia de polícia, os cinco detentos que ali se encontravam começem a se agredir reciprocamente, gerando uma pancadaria indiscriminada. O carcereiro, que tinha obrigação legal de evitar ou, pelo menos, interromper as agressões, apartando os contendores, a tudo assiste passivamente, divertindo-se, inclusive, com o ocorrido.

Nesse caso, poderá o carcereiro, na qualidade de garantidor, ser responsabilizado pelo delito de rixa, por omissão.

Modalidade qualificada

A rixa será considerada qualificada quando ocorrer a morte ou a lesão corporal de natureza grave, não importando, pois, se esses resultados foram finalisticamente queridos pelos rixosos ou se ocorreram culposamente.

Rixa qualificada. Autor da lesão corporal de natureza grave recebida pela vítima, entretanto, identificado. Hipótese em que só ele responderá por ela, em concurso material com o outro delito – Decisão mantida – Inteligência do art. 137, parágrafo único, do CP (TJRJ) (RT 550, p. 354).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de rixa simples é de detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa, sendo que para a rixa qualificada a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Tanto a rixa simples como a qualificada são de competência, pelo menos inicialmente, do Juizado Especial Criminal, uma vez que, em ambos os casos, a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, determinado pelo art. 61 da Lei nº 9.099/1995, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, sendo possível, ainda, a aplicação dos institutos da transação penal, bem como da suspensão condicional do processo.

No que diz respeito à rixa simples, poderá o julgador, observando a parte final do art. 59 do Código Penal, determinar a aplicação de uma pena privativa de liberdade ou uma pena de multa, apontando, fundamentadamente, qual delas melhor atenderá as funções que lhe são reservadas, vale dizer, reprovação e prevenção do crime.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada, seja a rixa simples ou qualificada.

Inimputáveis e desconhecidos integrantes da rixa

O delito de rixa pressupõe um número mínimo de três pessoas que se agridem reciprocamente.

Podemos computar nesse número mínimo os contendores inimputáveis, bem como aqueles que, embora participantes do delito, não foram identificados na fase de inquérito policial, ou de confecção do termo circunstaciado, em caso de competência do Juizado Especial Criminal.

Conforme determina a parte final do art. 137 do Código Penal, somente aquele que ingressa na rixa para separar os contendores não poderá fazer parte do número mínimo exigido para o seu cômputo.

Meios de cometimento do delito de rixa

Para que se caracterize o delito de rixa é preciso que ocorram ofensas corporais.

Não é imprescindível, contudo, como já dissemos, que os agentes tenham contato pessoal entre si, podendo a rixa ocorrer através de arremessos de objetos.

Dos meios utilizados, poderemos visualizar na rixa a ocorrência de vias de fato, lesão corporal ou morte dos contendores, cada qual repercutindo de forma diferente no que diz respeito à aplicação da pena.

Vias de fato e lesão corporal de natureza leve

Se os únicos resultados produzidos forem aqueles que dizem respeito às vias de fato, ou seja, que importam em empurrões, tapas etc., que não se traduzem em lesões corporais, os contendores somente deverão responder pelo delito de rixa, ficando as contravenções penais de vias de fato por ele absorvidas.

Se as lesões corporais forem de natureza leve, o contendor que a praticou deverá, além do delito de rixa simples, responder também por elas.

Não fosse assim, chegaríamos ao absurdo de entender que, se dois agentes, querendo resolver “no braço” uma contenda anterior, após marcarem data para uma luta entre eles, praticarem, reciprocamente, lesões corporais de natureza leve, cada um seria responsável pelas suas lesões, punidas, de acordo com o art. 129, *caput*, do Código Penal, com uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Agora, se várias pessoas, que se agridem reciprocamente numa pancadaria indiscriminada, que resulta também em lesões corporais leves em todos os rixosos, respondessem tão somente pelo delito de rixa simples, seriam responsabilizadas, nos termos do *caput* do art. 137, com uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses.

Dessa forma, uma situação que, pelo menos em tese, é mais grave, pois envolve um número maior de pessoas, seria punida menos severamente.

Portanto, entendemos que o delito de rixa somente absorve as vias de fato, devendo o agente ser responsabilizado, no entanto, pelas lesões corporais, em concurso de crimes.

Lesão corporal de natureza grave e morte resultantes da rixa

O parágrafo único do art. 137 do Código Penal, prevendo a modalidade qualificada do delito de rixa, utiliza a seguinte expressão: se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, *pelo fato da participação na rixa*, a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Isso significa que, pelo simples fato de ter participado na rixa, ocorrendo morte ou lesão corporal de natureza grave, a pena a ser aplicada será a da modalidade qualificada.

Contudo, devemos analisar as várias hipóteses que podem ocorrer, a saber: *a)* contendor que ingressa na rixa após ter ocorrido a morte ou a lesão corporal de natureza grave; *b)* contendor que sai da rixa antes da ocorrência da morte ou da lesão corporal de natureza grave.

No primeiro caso, ou seja, quando o agente ingressa na rixa após ter ocorrido a morte ou a lesão corporal de natureza grave, não poderá ser responsabilizado pelo delito qualificado, pois que sua participação em nada contribuiu para a ocorrência daqueles resultados.

Por outro lado, tem-se entendido que, mesmo o agente tendo se retirado da contenda antes da ocorrência do resultado morte ou lesão corporal de natureza grave, deverá responder pela rixa qualificada.

Concurso de crimes entre a rixa (simples ou qualificada) e as lesões corporais leves ou graves, e o homicídio

São vários os aspectos que devem ser analisados quando estivermos diante do delito de rixa em que sobrevenham lesões corporais (leves ou graves) ou a morte de um dos rixosos, desde que identificado o autor desses resultados.

Assim, podemos visualizar as seguintes hipóteses:

- a)* rixa e lesões corporais simples;
- b)* rixa e lesões corporais graves;
- c)* rixa e homicídio.

A primeira discussão pertinente diz respeito à modalidade de concurso de crimes a ser aplicado, vale dizer, o *concurso material* ou *concurso formal* de crimes. A doutrina majoritária se inclina pela tese do concurso material de crimes.

No item 48, § 2º, da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, verificamos a posição do Ministro Francisco Campos: **48. [...]**

§ 2º A participação na rixa é punida independentemente das consequências desta. Se ocorre a morte ou lesão corporal grave de algum dos contendores, dá-se uma condição de maior punibilidade, isto é, a pena cominada ao simples fato de participação na rixa é especialmente agravada. A pena cominada à rixa em si mesma é aplicável separadamente da pena correspondente ao resultado lesivo (homicídio ou lesão corporal), mas serão ambas aplicadas cumulativamente (como no caso de concurso material) em relação aos contendores que concorrerem para a produção desse resultado.

No mesmo sentido, Álvaro Mayrink da Costa, quando diz: “Na hipótese da identificação do autor da morte ou da lesão corporal de natureza grave, aplica-se o *concurso real de tipos penais*, respondendo pelo homicídio ou lesão corporal de natureza grave e participação em rixa simples.”⁸⁴

Apesar de a posição majoritária adotar a tese do concurso material de crimes, *permissa venia*, entendemos, no caso de concurso entre a rixa e outra infração (lesões leves, graves ou mesmo homicídio), que a regra do concurso formal é que deverá ser aplicada, uma vez que, se analisarmos detidamente os fatos, veremos que, na verdade, o que existe é tão somente uma *situação de rixa*, quer dizer, o agente está envolvido numa situação de agressão tumultuária, na qual sua vontade é dirigida finalisticamente a causar lesões ou mesmo a morte do outro contendor. O dolo, aqui, é o de produzir um dano à vítima, também contendora.

Assim, entendemos que seria melhor o raciocínio correspondente ao concurso formal de crimes, em que podemos visualizar uma única conduta, produtora de dois ou mais resultados, ou seja, com seu comportamento o agente não só se integra ao grupo dos rixosos, como também produz um resultado lesivo a outro contendor.

A segunda discussão que merece destaque diz respeito ao fato de que, uma vez identificado o contendor que causou as lesões graves ou a morte da vítima, por quais infrações penais deverá ser responsabilizado. Aqui, também, a doutrina se divide em: *a) rixa qualificada, mais as lesões graves ou morte; b) rixa simples, mais as lesões graves ou morte.*

Hungria é taxativo ao afirmar: “Se averiguado quais os contendores que praticaram o homicídio ou lesão grave, ou concorreram diretamente para tais crimes, responderão eles individualmente por estes, em concurso material com o de *rixa qualificada*.”⁸⁵

Em sentido contrário, preconiza Luiz Regis Prado: “Determinados o autor (ou autores) ou

partícipes do homicídio ou da lesão corporal grave, aqueles responderão por tais delitos em concurso material com a rixa simples.”⁸⁶

Entendemos ser melhor a segunda posição, uma vez que, sendo permitida a responsabilização do agente que praticou o homicídio ou as lesões corporais de natureza grave em concurso (seja ele formal ou material) com o delito de rixa qualificada, estaríamos permitindo a adoção do repudiado *bis in idem*, ou seja, um mesmo fato – lesão corporal grave ou morte – repercutindo duas vezes sobre o comportamento do agente.

O terceiro raciocínio gira em torno daquele que sofreu lesão corporal de natureza grave. Deveria ele, pelo fato de ter participado da rixa, responder pelo delito de rixa qualificada, mesmo tendo sido ele próprio a vítima das lesões corporais de natureza grave que tiveram o condão de qualificar o delito?

Entendemos que não, embora exista posição em contrário.

Magalhães Noronha, concluindo pela responsabilidade do contendor que se feriu gravemente por rixa qualificada, explica: “Responde também por delito qualificado o rixoso ferido gravemente. Não há dizer ter sido ele já punido mais que os outros pois a lei não considera essa espécie de punição, como também não distingue. Como quer que seja, é justamente a ofensa que lhe foi produzida que torna *real* a rixa qualificada. Nada impede, entretanto, que o juiz tenha a circunstância em consideração, ao aplicar a pena.”⁸⁷

Rogério Sanches Cunha sintetiza as discussões, dizendo, com a clareza que lhe é peculiar, que existem três sistemas de punição, a saber: “a) *da solidariedade absoluta*: se da rixa resultar lesão corporal grave ou morte, todos os participantes respondem pelo evento (lesão corporal grave ou homicídio), independentemente de se apurar quem foi o seu real autor. Essa posição conduz a injustiça, punindo-se inocentes com severidade desnecessária; b) *da cumplicidade correspectiva*: havendo morte ou lesão grave, e não sendo apurado o seu autor, todos os participantes respondem por esse resultado, sofrendo, entretanto, sanção correspondente à média da sanção do autor e do participante (estabelece-se uma pena determinada para todos, porém mais leve que a das lesões ou homicídio); c) *autonomia*: a rixa é punida por si mesma, independentemente do resultado agravador (morte ou lesão grave), o qual, se ocorrer, somente qualificará o crime. Apenas o causador dos graves ferimentos ou morte (se identificado) é que responderá também pelos crimes de lesão corporal dolosa, de natureza grave, ou homicídio. Este é o critério adotado pelo nosso CP.”⁸⁸

Grupos opostos

Não haverá rixa, mas lesões corporais recíprocas (ou mesmo vias de fato ou homicídio).

Não ocorre o crime de rixa, e sim vias de fato e homicídio, quando se trata de luta de dois grupos distintos, com participação possível de ser individualizada (TJMT, Rec., Rel. Milton Figueiredo Ferreira Mendes, RT

508, p. 397).

O crime de rixa pressupõe confusão e tumulto decorrente de ações indeterminadas, impedindo distinguir a atividade dos contendores, o que não ocorre quando a luta é de dois grupos distintos, com fácil constatação da participação de cada um (TJSC, Ap. 33.518, Rel. Nilton Macedo Machado, j. 9/3/1996).

Rixa simulada

Não se configura no tipo penal do art. 137, pois aqueles que a simulam não atuam, na verdade, com a finalidade de agredir os demais participantes, agindo, pois, com o chamado *animus jocandi*.

Participação na rixa e participação no crime de rixa

Participar da rixa é fazer parte dela como um dos contendores. Essa participação pode ocorrer desde o início da contenda, ou mesmo depois de já iniciada, mas enquanto durar a rixa.

A participação no crime de rixa diz respeito a uma das modalidades de concurso de pessoas e pode acontecer mediante: *a) participação moral;*

b) participação material.

Ocorre a participação moral quando o agente induz ou instiga o autor à prática da infração penal. Assim, aquele que convence alguém a entrar na rixa ou, mesmo de fora, incita, estimula os contendores, será considerado partícipe no crime de rixa.

Já na chamada participação material, existe uma prestação de auxílios materiais, ou seja, o agente, como no caso de fornecimento de instrumentos que serão utilizados no delito, facilita, de alguma forma, a prática da infração penal. No caso da rixa, imagine-se a hipótese em que o agente, sabendo da intenção de um dos contendores, forneça-lhe um taco de beisebol, para que seja usado durante o entrevero. Teríamos, aqui, uma participação no delito de rixa, na modalidade prestação de auxílios materiais.

Possibilidade de legítima defesa no crime de rixa

Para que todos os participantes da rixa sejam condenados por esse delito, parte-se do pressuposto de que as agressões por eles praticadas sejam injustas.

Assim, na verdade, todos os que participam da contenda atuam, ilicitamente, uns contra os outros.

Nesse caso, poderia haver alguma situação em que fosse possível o raciocínio da legítima defesa?

A doutrina seleciona algumas hipóteses, sobre as quais dissertaremos.

A) A primeira delas diz respeito à modificação dos meios com base nos quais a rixa era travada. Assim, por exemplo, se todos estavam se agredindo reciprocamente com socos e

pontapés e um dos rixosos, de repente, saca um revólver e, com ele, pretende atirar em outro contendor, este poderá se defender legitimamente, podendo, inclusive, dependendo da situação, chegar até mesmo a produzir o resultado morte do rixoso que, certamente, o mataria.

Nesse caso, embora um dos contendores tenha agido em legítima defesa, causando a morte do outro rixoso, não poderá ser responsabilizado, como se percebe, pelo delito de homicídio, somente devendo responder pelo delito de rixa qualificada pelo resultado morte, pois que o parágrafo único do art. 137 do Código Penal exige tão somente que a morte ocorra pelo fato da participação na rixa.

Assim, não somente o rixoso que agiu em legítima defesa responderá por rixa qualificada, como também todos os demais participantes.

B) Pode ocorrer, também, que um terceiro, que ingresse na rixa a fim de separar os contendores, seja injustamente agredido e, agindo em legítima defesa, venha produzir a morte de um dos rixosos.

Aqui, nenhum problema existe para que seja feito o raciocínio da legítima defesa, uma vez que, aquele que intervém na rixa com o fim de acabar com ela, separando os contendores, não pratica qualquer agressão injusta. Se vem a ser repelido, agredido injustamente por um dos rixosos, poderá, naturalmente, atuar em legítima defesa.

Contudo, se ocorrer a morte de seu agressor, um dos rixosos, todos os demais deverão responder pelo delito de rixa qualificada, pois a morte também adveio em virtude da participação na rixa.

C) Também poderá ocorrer a hipótese em que ocorra a intervenção de um terceiro, estranho à rixa, que venha em defesa de um corrixante.

Nesse caso, a própria Exposição de Motivos à Parte Especial do Código Penal esclarece, no último parágrafo do item 48: *48. Segundo se vê do art. 137, in fine, a participação na rixa deixará de ser crime se o participante visa apenas separar os contendores. É claro que também não haverá crime se a intervenção constituir legítima defesa, própria ou de terceiro.*

Portanto, se alguém intervém não com a finalidade de também participar da rixa, mas, sim, com o propósito de defender um terceiro, como no caso daquele que percebe que seu irmão está sendo duramente espancado por um dos contendores e atua querendo salvá-lo, poderá ser beneficiado com o raciocínio da legítima defesa de terceiros.

Durante o conflito tumultuário, somente em circunstâncias excepcionais poder-se-ia admitir a benefício de rixento a excludente de legítima defesa, em face dos outros participantes – vale dizer – na eventualidade de que um fato se destaque das vias comuns que venha seguindo a rixa, que se apresente naquele meio com esse caráter extraordinário que o torne mesmo ali injusto, para que se justifique a reação, e o privilégio da defesa cubra com a sua imunidade a morte ou a lesão (TACrim./SP, Ap. 432995, Rel. Gonçalves Nogueira, j. 4/8/86).

Rixa no Código Penal Militar

Vide art. 211 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Estatuto do Torcedor

Infelizmente, temos assistido, com muita frequência, tumultos e violências provocados por torcidas organizadas. Muitas vezes, esses confrontos entre torcidas são orquestrados através das redes sociais. Nesse caso, se duas torcidas rivais, após marcarem antecipadamente um local, ou mesmo improvisadamente, se digladiarem, agredindo-se reciprocamente, teríamos, *in casu*, a ocorrência do delito de rixa? Já expusemos anteriormente que não, ou seja, quando houver dois grupos distintos estaremos diante da hipótese de lesões corporais recíprocas.

No entanto, existe previsão expressa para a punição desse comportamento na Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003, que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor, cujo art. 41-B, nele incluído pela Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010, diz, textualmente: *Art. 41-B. Promover tumulto, praticar ou incitar a violência, ou invadir local restrito aos competidores em eventos esportivos:*

Pena – reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas o torcedor que:

I – promover tumulto, praticar ou incitar a violência num raio de 5.000 (cinco mil) metros ao redor do local de realização do evento esportivo, ou durante o trajeto de ida e volta do local da realização do evento;

II – portar, deter ou transportar, no interior do estádio, em suas imediações ou no seu trajeto, em dia de realização de evento esportivo, quaisquer instrumentos que possam servir para a prática de violência.

Capítulo V – Dos Crimes contra a Honra

Calúnia Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º Admite-se a prova da verdade, salvo: I – se, constituindo o fato imputado

crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorribel; II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorribel.

Introdução

A calúnia é o mais grave de todos os crimes contra a honra previstos pelo Código Penal.

Na narração da conduta típica, a lei penal aduz expressamente à imputação *falsa* de um *fato* definido como *crime*.

Para que o fato imputado possa caracterizar crime de calúnia, faz-se necessária a presença de três requisitos: a imputação de fato definido como crime, a falsidade da imputação e o elemento subjetivo (TJRJ, PC 0030711-03.2011.8.19.0000, Rel.^a Des.^a Leila Mariano, j. 30/7/2012).

A configuração do crime previsto no art. 138, *caput*, do Código Penal exige, além da presença dos elementos objetivos (imputação de fato definido como crime) e do normativo, contido na expressão “falsamente”, que haja também o elemento subjetivo, consistente na intenção de caluniar, por ser parte integrante do tipo penal. Ao órgão acusador incumbe provar a realização do fato criminoso, ao acusado, por sua vez, eventual causa excludente da tipicidade, da antijuridicidade, da culpabilidade ou extintiva da punibilidade. (art. 156 do CPP) (TRF 4^a R., ACr 2007.72.05.004226-0, SC, Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, DEJF 7/6/2010, p. 880).

Inexistência do crime de calúnia. Ausência de consciência da falsidade da imputação de fato criminoso (TJSP, Ap. Crim. 993 8383200, 7^a Câm. de Direito Criminal, Rel. Christiano Kuntz, reg. 2/4/2008).

Para a caracterização do delito de calúnia, é necessário que a imputação realizada seja falsa e que o réu saiba desta circunstância, bem como que o fato atribuído à vítima seja definido como crime (STJ, HC 66867/RR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 18/6/2007, p. 282).

Assim, podemos indicar os três pontos principais que especializam a calúnia com relação às demais infrações penais contra a honra, a saber: *a)* a imputação de um *fato*;

b) esse fato imputado à vítima deve, obrigatoriamente, ser *falso*; *c)* além de falso, o fato deve ser definido como *crime*.

Também ocorrerá o delito de calúnia quando *o fato em si for verdadeiro*, ou seja, quando houver, realmente, a prática de um fato definido como crime, sendo que *o agente imputa falsamente a sua autoria à vítima*.

Dessa forma, tanto ocorrerá a calúnia quando houver a imputação falsa de fato definido como crime, como na hipótese de o fato ser verdadeiro, mas falsa a sua atribuição à vítima.

Toda vez que o fato imputado falsamente à vítima for classificado como contravenção penal, em respeito ao princípio da legalidade, não poderemos subsumi-lo ao crime de calúnia, devendo ser entendido como delito de difamação.

Portanto, para que se configure a calúnia, deve existir sempre uma imputação falsa de um fato, definido como crime. Caso não seja um fato, mas, sim, um atributo negativo quanto à

pessoa da vítima, o crime será de injúria; sendo um fato que não se configure em crime, podendo até mesmo ser uma contravenção penal, o delito será o de difamação; acreditando o agente que o fato definido como crime é verdadeiro, incorrerá em erro de tipo, afastando-se o dolo do art. 138, podendo, contudo, ainda ser responsabilizado pelo delito de difamação, embora possa ser discutível essa classificação, conforme veremos mais detidamente adiante.

Merece ser ressaltado, ainda, que o fato imputado pelo agente à vítima deve ser *determinado*. Conforme salienta Aníbal Bruno, “não basta, por exemplo, dizer que a vítima furtou. É necessário particularizar as circunstâncias bastantes para identificar o acontecido, embora sem as precisões e minúcias que, muitas vezes, só poderiam resultar de investigações que não estariam ao alcance do acusador realizar”.⁸⁹

Atipicidade do fato quanto ao crime de calúnia, por não ter o querelado atribuído [...] ao Querelante fato específico e determinado que tipificasse infração penal, o que afasta, de pronto, o crime de calúnia’ (STF, Inq. 2390/DF, Tribunal pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 15/10/2007).

São requisitos para a configuração do tipo previsto no art. 138 do CP a indicação de fato certo e determinado, definido como crime, somada ao dolo de ofender; não basta mera hipótese legal de crime ou manifestação limitada a mero *animus narrandi* (TJSP, RESE 1429351/1, Rel. Salvador D’Andréa, j. 7/10/2004).

Também não poderá configurar-se como calúnia a imputação de fatos inverossímeis, como no exemplo daquele que atribui a alguém a subtração da estátua do Cristo Redentor, afixada no morro do Corcovado, na cidade do Rio de Janeiro.

Classificação doutrinária

Crime comum (uma vez que o tipo penal não exige qualquer qualidade ou condição especial tanto para o sujeito ativo como para o sujeito passivo); formal (uma vez que a sua consumação ocorre mesmo que a vítima não tenha sido, efetivamente, maculada em sua honra objetiva, bastando que o agente divulgue, falsamente, a terceiro, fato definido como crime); doloso; de forma livre; instantâneo; comissivo (podendo ser, também, omissivo impróprio, desde que o agente goze do *status* de garantidor); monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (pois que o ato de caluniar pode ser concentrado ou, ainda, fracionado, oportunidade em que se poderá visualizar a tentativa); transeunte (sendo que, em algumas situações, poderá ser considerado não transeunte, a exemplo do agente que divulga a terceiro, por meio de carta, um fato definido como crime falsamente atribuído à vítima); de conteúdo variado (podendo o agente não somente caluniar a vítima, como também se esforçar no sentido de divulgá-la a mais pessoas, devendo responder, portanto, por uma só infração penal).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de calúnia é a honra, aqui concebida objetivamente. Ou seja, protege-se o conceito que o agente entende que goza em seu

meio social.

Objeto material é a pessoa contra a qual são dirigidas as imputações ofensivas à sua honra objetiva.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo ou como sujeito passivo do crime de calúnia.

Poderá também a pessoa jurídica figurar como sujeito passivo do crime de calúnia desde que o crime a ela atribuído falsamente seja tipificado na Lei nº 9.605/1998. Nas demais hipóteses, ou seja, fora da lei ambiental, o fato deverá ser considerado crime de difamação, em face da impossibilidade das demais infrações penais serem praticadas pelas pessoas morais.

Paulo Queiroz, no entanto, não limita a possibilidade de poder figurar a pessoa jurídica como vítima do delito de calúnia somente nos crimes ambientais, dizendo: “Que a empresa é passível, sim, de sofrer imputação de fato ou qualidade desonrosa, atribuição de delito, inclusive, e não necessariamente delito ambiental.

Primeiro, porque o Código fala de atribuição de “fato definido como crime” e não de “prática de crime”. Segundo, porque o sucesso empresarial depende grandemente da sua reputação social (fama) no mercado em que atua. O bom nome da empresa é, portanto, tão ou mais importante do que o nome da pessoa física. Terceiro, porque, se a pessoa jurídica é passível de sofrer “dano moral” (Súmula nº 227 do STJ), é perfeitamente passível que esse dano moral assuma também caráter criminoso.”⁹⁰

Consumação e tentativa

A calúnia se consuma quando um terceiro, que não o sujeito passivo, toma conhecimento da imputação falsa de fato definido como crime.

Dependendo do meio pelo qual é executado o delito, há possibilidade de se reconhecer a tentativa.

A consumação do delito de calúnia eventualmente praticado, que ocorre na data em que a imputação falsa de crime chega ao conhecimento de terceira pessoa, serve apenas como termo inicial do prazo de prescrição da pretensão punitiva (art. 111, I, do CP). Tal data não necessariamente coincidirá com o termo inicial do prazo de decadência para oferecimento da queixa-crime, que apenas se inicia no dia em que a vítima vem a saber quem é o autor do crime (art. 38 do CPP). A dúvida a respeito da data de conhecimento da autoria não pode conduzir à extinção da punibilidade do querelado, por exigir prova inequívoca. Precedentes (STJ, REsp 1.416.920/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T, DJe 14/05/2015).

Na espécie, a acusação de calúnia por suposta imputação falsa de crime de prevaricação é atípica. Com efeito, para que este caracterizado o delito de prevaricação faz-se imprescindível a indicação, de alguma forma, de qual seria o interesse ou sentimento pessoal a ser satisfeita com a conduta do agente. Assim, “se não

resta caracterizada a satisfação de interesse ou sentimento pessoal na conduta dos acusados, afasta-se a tipicidade da conduta” (Apn 471/MG, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 10/3/2008 – Precedentes: STJ, HC 71407/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 3/11/2008).

Elemento subjetivo

O delito de calúnia somente admite a modalidade dolosa, ou seja, o chamado *animus caluniandi*, a vontade de ofender a honra do sujeito passivo, sendo admitidas, entretanto, quaisquer modalidades de dolo, seja ele direto ou mesmo eventual.

Não há previsão de modalidade culposa.

Nos casos em que a inexistência da intenção específica de ofender a honra alheia é flagrante, admite-se, excepcionalmente, em sede de *habeas corpus*, a análise da presença do dolo específico exigido para a caracterização dos crimes contra a honra (STJ, AgRg no REsp 1.543.226/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 1º/08/2016).

O tipo descrito no art. 138 do Código Penal exige a comprovação do elemento subjetivo para que seja possível elevar à categoria de crime o comportamento que se constitui em elemento objetivo. Por igual, resta afastada qualquer justa causa para o recebimento da queixa por injúria, porquanto, os possíveis insultos ou afrontas contra outrem, capazes de levar à configuração do delito capitulado no art. 140 do Código Penal, exigem dolo direto. No caso em questão, não se consegue observar a existência do *animus caluniandi*, em razão da ausência do dolo específico ou elementos constitutivos do tipo penal, o mesmo raciocínio se tem no que se refere à acusação pelo crime de injúria, isto porque, inexiste nos autos conteúdo probatório concreto e inequívoco que consolide tal acusação, porquanto, ausentes o *animus injuriandi*, cuja caracterização estaria demonstrada pela opinião depreciativa em relação à querelante (TJPR, AC 33743646-4, Rel. Des. Lídio José Rotoli de Macedo, DJe 22/3/2012).

O dolo específico (*animus calumniandi*), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo, é indispensável para a configuração do delito de calúnia. Precedentes (STJ, Apn 473/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJe 8/9/2008).

Agente que propala ou divulga a calúnia

Ao contrário do que ocorre com a previsão contida no *caput* do art. 138 do Código Penal, em que o autor da calúnia pode também atuar com dolo eventual, no § 1º do mesmo artigo somente se admite o dolo direto, uma vez que o agente que propala ou divulga a calúnia da qual teve ciência deve conhecer da falsidade da imputação.

A dúvida com relação à veracidade dos fatos definidos como crime que se imputam à vítima poderá desclassificar a infração penal para aquela prevista pelo art. 139 do Código Penal, vale dizer, a difamação.

Calúnia contra os mortos

O § 2º do art. 138 do Código Penal diz ser *punível a calúnia contra os mortos*.

Inicialmente, vale a observação de que o Capítulo V, onde estão consignados os crimes contra a honra, está contido no Título I do Código Penal, que prevê os chamados “crimes

contra a pessoa”.

Certo é que o morto não goza mais do *status de pessoa*, como também é certo que não mais se subsume ao conceito de *alguém*, previsto no *caput* do art. 138 do diploma repressivo.

Contudo, sua memória merece ser preservada, impedindo-se, com a ressalva feita no § 2º acima mencionado, que também seus parentes sejam, mesmo que indiretamente, atingidos pela força da falsidade do fato definido como crime, que lhe é imputado.

O Código Penal somente ressalvou a possibilidade de calúnia contra os mortos, não admitindo as demais modalidades de crimes contra a honra, vale dizer, a difamação e a injúria.

Exceção da verdade

Chama-se exceção da verdade a faculdade atribuída ao suposto autor do crime de calúnia de demonstrar que, efetivamente, os fatos por ele narrados são verdadeiros, afastando-se, portanto, com essa comprovação, a infração penal a ele atribuída.

O momento oportuno para se erigir a *exceptio veritatis* é o da resposta do réu, previsto pelo art. 396 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, ou o constante do art. 81 da Lei nº 9.099/1995.

O art. 523 do Código de Processo Penal estabelece, ainda, que, *quando for oferecida a exceção da verdade, o querelante poderá contestá-la no prazo de 2 (dois) dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição às primeiras, ou para completar o máximo legal.*

O § 3º do art. 138 do Código Penal, contudo, ressalva as situações em virtude das quais se torna impossível a arguição da exceção da verdade, dizendo: *§ 3º Admite-se a prova da verdade, salvo:*

I – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Na primeira hipótese capitulada, não há possibilidade de arguição da *exceptio veritatis* quando se tratar de crime cuja ação penal seja de iniciativa privada – propriamente dita ou personalíssima – se o ofendido não foi definitivamente condenado, quer dizer, se a sentença penal condenatória não houver transitado em julgado. Enquanto estiver pendente de julgamento a ação penal, seja em primeiro grau ou em grau de recurso, não poderá ser erigida a exceção da verdade. Segundo a opinião dominante, tampouco poderá ser arguida a *exceptio veritatis* caso o ofendido não tenha sequer sido processado criminalmente pelo fato definido como

crime que lhe imputa o agente.

Hungria, esclarecendo a posição assumida pela lei penal, diz: “A primeira exceção explica-se pelo raciocínio de que é um simples corolário do próprio critério de política criminal que informa o instituto da ação privada. Se, no tocante a certos crimes, a lei, para evitar ao ofendido maior escândalo ou desassossego com o *strepitus judicii*, ou para ensejar sua reconciliação com o ofensor, deixa ao seu exclusivo arbítrio a iniciativa ou prosseguimento da ação penal, não se compreenderia que fosse outorgada a terceiros a faculdade de proclamar o fato *coram populo* e comprová-lo *coram judice*. Incidiria a lei em flagrante contradição, se tal permitisse. A *ratio essendi* da proibição da *exceptio veritatis*, aqui, somente cessa quando já sobreveio condenação irrecorrível do sujeito passivo. Não há falar-se, no caso, em cerceamento de defesa. Se, contrabalançando os interesses em jogo, a lei entendeu em vedar a *demonstratio veri*, não era dado ao réu ignorar a ressalva legal e, se não se abstém de formular a acusação, incorrendo na sanção penal, *imputet sibi*.⁹¹

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado afirma: “A impossibilidade de arguição da exceção da verdade, *in casu*, é justificada pelo princípio da disponibilidade da ação penal privada. Caberá ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo intentá-la mediante queixa (arts. 100, § 2º, CP; 30, CPP).”⁹²

Apesar da autoridade dos mencionados autores, bem como da força dos raciocínios por eles expendidos, ousamos discordar da posição a que chegaram, uma vez que, analisando o fato sob um enfoque garantista, não seria razoável permitir a condenação de alguém que está sendo processado por ter, supostamente, praticado o crime de calúnia, imputando a outrem um fato *verdadeiro* definido como crime, não importando se a ação é ou não de iniciativa privada propriamente dita ou mesmo personalíssima.

É que a Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, no Capítulo correspondente aos Direitos e Garantias Fundamentais, determinou, no inc. LV do seu art. 5º: *LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*.

Como se percebe sem muito esforço, o inc. I do § 3º do art. 138 do Código Penal, ao proibir a exceção da verdade quando o ofendido não tenha sido condenado por sentença irrecorrível, deve ser reinterpretado de acordo com o enfoque constitucional do princípio da ampla defesa.

Segundo nosso raciocínio, caso exista uma ação penal em curso, visando à apuração de um delito que se atribui à suposta vítima da calúnia, deverá o julgador suspender o curso da ação penal que apura o delito de calúnia, aguardando a confirmação da existência ou não do fato, que se entende como falso, definido como crime.

O que não se pode, contudo, é simplesmente impedir a defesa do querelado, ou seja, daquele que está sendo submetido a um processo penal, simplesmente pelo fato de não ter havido, ainda, trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Seria um enorme contrassenso impedir a sua defesa, condenando-o pela prática do delito de calúnia para, ao final, quando já tivesse transitado a sentença penal condenatória que teve o condão de apontar a prática do delito que se atribuía à suposta vítima, obrigá-lo a ingressar novamente em juízo com uma ação de revisão criminal, uma vez que, sendo comprovado o cometimento do delito que imputou à suposta vítima, afastada estará a elementar *falsamente*, exigida pelo tipo penal do art. 138 do Código Penal.

Dessa forma, a primeira conclusão a que chegamos é que, quando existe uma ação penal de iniciativa privada em andamento, que busca apurar a infração penal que é atribuída à suposta vítima do delito de calúnia, deveria o julgador, que se encontra à frente do processo que apura o delito contra a honra, suspender o andamento da ação penal, admitindo a *exceptio veritatis*, a fim de que sua decisão sobre a existência ou não do delito de calúnia fique dependendo da conclusão a que se chegar nos autos em que se apura o crime atribuído pelo agente à suposta vítima.

E quando sequer existir ação penal?

A lei penal prevê a impossibilidade de arguição da exceção da verdade quando, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível.

E claro que, quando a suposta vítima do crime de calúnia não tiver sido processada criminalmente, não haverá decisão condenatória transitada em julgado. Contudo, isso impediria a arguição da exceção da verdade, com a finalidade de demonstrar que os fatos a ele imputados são verdadeiros, o que conduziria à atipicidade com relação ao delito de calúnia?

Por mais uma vez temos de erigir a bandeira do princípio da ampla defesa, ao contrário do que aduz a doutrina amplamente majoritária, conforme podemos constatar acima através das posições de Hungria e Luiz Regis Prado.

Contudo, não seria lógico, razoável, condenar uma pessoa pela prática de um delito que não cometeu simplesmente por presumi-lo como ocorrido, em face da impossibilidade que tem de levar a efeito a prova de sua alegação.

É claro que aquele que é vítima de um crime, cuja persecução penal depende de sua iniciativa, não pode ser obrigado a ingressar em juízo a fim de apurar a prática de uma infração penal de que foi vítima e da qual, na verdade, pretende esquecer-se, não se submetendo ao constrangimento de uma ação penal.

Entretanto, outra coisa é condenar alguém pelo simples fato de ter divulgado a prática de

um delito que, efetivamente, ocorreu, mas que, por razões particulares, não foi objeto de investigação.

Estaríamos, aqui, violando não somente o princípio da ampla defesa, mas também o da presunção de inocência. Na verdade, ao impedirmos o agente de demonstrar que o fato por ele atribuído à suposta vítima, definido como crime, é verdadeiro, estamos presumindo que ele seja culpado.

O inc. II do § 3º do art. 138 do Código Penal também não admite a exceção da verdade se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141, vale dizer, o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro.

Na verdade, também temos de reinterpretar tal dispositivo de acordo com os novos enfoques constitucionais.

Quando se argui a *exceptio veritatis*, os sujeitos da ação penal mudam de posição. O querelante passa a ser chamado de *excepto* e o querelado, ou seja, o réu da ação penal que visa apurar seu suposto crime contra a honra, passa a ser o *excipiente*.

No caso de crime atribuído ao Presidente da República, bem como ao chefe de governo estrangeiro, não seria razoável, dadas as posições que ocupam, colocá-los como réus em acusações propostas por quem não possui legitimidade constitucional para tanto.

Conforme esclarecimentos de Cezar Roberto Bitencourt, “aqui, com essa ressalva, pretende-se somente proteger o cargo e a função do mais alto mandatário da Nação e dos chefes de governos estrangeiros. A importância e a dignidade da função de chefe da Nação asseguram-lhe uma espécie *sui generis* de ‘imunidade’, garantindo que somente poderá ser acusado de ações criminosas pelas autoridades que tenham atribuições para tanto e perante a autoridade competente.

Estende-se o mesmo tratamento ao chefe do governo estrangeiro, abrangendo não apenas o chefe de Estado, mas também o chefe de governo (primeiro-ministro, presidente de conselho, presidente de governo etc.). A imputação da prática de fato criminoso, mesmo verdadeiro, vilipendiaria a autoridade que desempenha e exporia ao ridículo o presidente da República, além de levá-lo a um vexame incompatível com a grandeza de seu cargo. Na verdade, o chefe de Estado ou o chefe de governo de um país, de certa forma, personifica o Estado que representa, e as boas relações internacionais não admitem que qualquer cidadão de um país possa impunemente atacar a honra de um chefe de governo estrangeiro, mesmo que os fatos sejam verdadeiros, coisa que deve ser resolvida nos altos escalões diplomáticos; em caso contrário, pode sobrevir até mesmo o rompimento de relações diplomáticas”.⁹³

Embora o raciocínio do ilustre penalista gaúcho seja brilhante, ousamos dele discordar, ao menos parcialmente.

Certo é que aquele que não tem legitimidade para tanto não poderá levar o Presidente da República, por exemplo, ao banco dos réus, invertendo os polos da relação processual anteriormente formada com o início da ação penal relativa ao delito de calúnia no qual o Presidente figurava como vítima.

Outra coisa, contudo, é condenar um inocente que divulgou um fato verdadeiro, sendo, portanto, atípico o seu comportamento, simplesmente porque o autor do crime é o Presidente da República.

Nesse caso, embora não possamos admitir a *exceptio veritatis*, com inversão dos papéis anteriores, não podemos aceitar passivamente a condenação de um inocente, presumindo-se verdadeiros os fatos contra ele imputados na ação penal que busca apurar o delito de calúnia.

Tal posição também colidiria com os princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência.

Nesse caso, a solução seria permitir, mesmo que tão somente em sede de defesa, a comprovação do crime que se atribui ao Presidente da República ou ao chefe de governo estrangeiro. Uma vez comprovada a prática do delito, o agente deverá ser absolvido na ação penal relativa ao crime de calúnia; não tendo sucesso nessa comprovação, a condenação será imposta, se ficar comprovado que sabia da falsidade dos fatos por ele imputados à vítima, tidos como criminosos.

O que não se pode, portanto, é impedir sua defesa, mesmo que no seu exercício venha a se comprovar a prática de um crime levado a efeito pelo Chefe Supremo do Poder Executivo. Sendo comprovado o delito praticado pelo Presidente da República, deverá o julgador, ou mesmo o representante do Ministério Público, enviar cópia dos autos àquele que tem atribuições para, perante o Tribunal competente, dar início a uma outra ação penal.

Nesse sentido, Paulo Queiroz, em reforço ao nosso raciocínio, aduz, corretamente a nosso ver, que: “Os incisos I e II não foram recepcionados pela Constituição de 1988, por afrontarem, em especial, o direito ao contraditório e à ampla defesa e, pois, possibilitarem a condenação de pessoa inocente e por fato que, a rigor, não configura crime algum.”⁹⁴

No inc. III do § 3º do art. 138 do Código Penal, proíbe-se a prova da verdade quando o ofendido tiver sido absolvido em sentença irrecorrível do crime que lhe atribuiu o agente.

Aqui, embora o inc. III faça menção à ação de iniciativa pública, havendo absolvição, por sentença irrecorrível, não importando a natureza da ação penal – se pública ou privada a sua iniciativa –, não poderá ser arguida a exceção da verdade, uma vez que o fato já fora decidido judicialmente.

Como bem ressalvado por Fragoso, “trata-se de respeitar o pronunciamento judicial (*res judicata pro veritate habetur*), cuja veracidade

está protegida por presunção absoluta, que não admite prova em contrário".⁹⁵

Exceção da verdade. Calúnia. Ameaça atribuída a promotor quando da realização da audiência. Alegações do excipiente não comprovadas. Rejeição da exceção. Não tendo o excipiente (querelado) comprovado a veracidade de suas alegações, incabível o acolhimento da exceção da verdade oposta (TJ-RJ, Acórdão 0053513-87.2015.8.19.0021, Rel. Des. Antônio Eduardo Ferreira Duarte, DJe 14/07/2016).

A exceção da verdade é um incidente processual que permite ao Réu no processo de crime de calúnia, e excepcionalmente no delito de difamação (art. 139, parágrafo único, do Código Penal), provar a veracidade do fato criminoso atribuído ao ofendido. Trata-se, portanto, de modalidade de defesa indireta que deve ser julgada antes da ação penal, pois comprovada a veracidade da imputação, o fato é atípico e o Acusado deve ser absolvido. Em regra, a competência para o julgamento da exceção da verdade é do Juízo em que está tramitando a ação penal. Apenas excepcionalmente, a competência será do Tribunal, na forma do art. 85 do CPP. A razão da norma decorre do próprio fundamento da exceção. Como o Réu pretende demonstrar que o Querelante, que tem foro privilegiado por prerrogativa de função, realizou a conduta delituosa, a competência para o seu julgamento é do Tribunal respectivo. Com efeito, compete ao Órgão Especial julgar a exceção da verdade, nos crimes de calúnia e difamação em que for querelante: o Vice-Governador e os Deputados Estaduais, nos crimes comuns; os Secretários de Estado, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, estes quando não conexos com os do Governador; os Juízes Estaduais e os membros do Ministério Público, os Procuradores Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, conforme o art. 3º, II, g, do Regimento Interno deste Tribunal (TJRJ, Exceção de Verdade 2007.222.00001, Rel. Des. Paulo César Salomão, j. 11/10/2007).

É cediço na Corte Especial que em regra inadmite-se o denominado crime de exegese, por isso que ‘o magistrado não pode ser censurado penalmente pela prática de atos jurisdicionais, principalmente quando o próprio representante do Ministério Público, que atuava nos feitos, afirmava serem a conexão e a prevenção inquestionáveis e a decisão exarada foi lida como ilícita, confirmada pelo colegiado do próprio Tribunal (e os recursos especiais interpostos sequer foram conhecidos pela 6ª Turma deste STJ)’. Denúncia rejeitada (Apn.411/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 15/3/2006, DJ 24/4/2006, p. 340). Consectariamente, inacolhível a exceção que se propõe a revelar a veracidade de conduta processual impossível de ser qualificada como ilícito penal. Conexos os delitos contra a honra em face de autoridade com prerrogativa de foro, incumbe ao STJ o julgamento da *exceptio veritatis* já instruída. Exceção da Verdade ajuizada para afastar os crimes de calúnia e difamação, visando demonstrar que a Excepta, Desembargadora, praticou o crime de prevaricação ao proferir sentenças com vício de suposta parcialidade. A Exceção da Verdade não é admitida na hipótese de o Excipiente não demonstrar serem verossímeis as condutas atribuídas ao Excepto (STJ, ExVerd. 50/SP, Rel. Min. Luiz Fux, CE, DJ 21/5/2007, p. 528).

A proibição de apresentação da *exceptio veritatis* nas hipóteses elencadas no § 3º do art. 138 e nos termos do art. 523 do Código de Processo Penal não tem o condão de criar um tipo derivado da calúnia definido no *caput* do citado dispositivo, onde a falsidade da imputação não seria mais seu elemento constitutivo. Nenhum dispositivo infraconstitucional pode cercear o direito que o réu tem de se defender de uma acusação. Se esta paira sobre a prática do delito de calúnia, não se pode proibir o acusado de pugnar pela atipicidade de sua conduta por ausência do elemento normativo do tipo ‘falsidade’. A limitação da exceção da verdade alcança apenas a interposição formal do incidente, tal como previsto no art. 523 do Código de Processo Penal, mas não obriga que o magistrado presuma, *iuris et de iure*, a falsidade da imputação, o que seria a negação da presunção de inocência (TJMG, Processo 2.0000.00. 347975-8/000 [1], Rel. Alexandre Victor de Carvalho, pub. 9/3/2002).

O arquivamento do inquérito não tem o condão de afastar o cabimento da exceção da verdade, pois não se enquadra nas hipóteses previstas no § 3º do art. 138 do Código Penal. Ademais, a exceção da verdade não constitui ação, mas meio de defesa. Inadmiti-la, no caso, implicaria cercear o direito de defesa do excipiente, com ofensa à garantia constitucional da ampla defesa (Constituição, art. 5º, LV) (STJ, ExVerd 9/DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, CE, *RSTJ* 39, p. 71).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de calúnia é a de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, aplicando-a também àquele que, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga, conforme determina o § 1º do art. 138 do Código Penal.

A pena será aumentada de um terço, nos termos do *caput* do art. 141 do Código Penal, se a calúnia for cometida: *I – contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;*

II – contra funcionário público, em razão de suas funções;

III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a sua divulgação;

IV – contra pessoa maior de 60 anos ou portadora de deficiência.

Poderá, ainda, vir a ser dobrada, se a calúnia for cometida mediante paga ou promessa de recompensa, conforme determina o parágrafo único do art. 141 do diploma repressivo.

A ação penal será de iniciativa privada, conforme determina o *caput* do art. 145 do Código Penal, sendo, contudo, de iniciativa pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça, quando o delito for praticado contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, ou de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, quando o crime for cometido contra funcionário público, em razão de suas funções, de acordo com o parágrafo único do art. 145 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009.

O STF, por meio da Súmula nº 714, assim se posicionou: **Súmula nº 714. É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.**

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 138 do Código Penal, desde que não seja aplicado o art. 141 do mesmo diploma legal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Ainda que não se trate de questão pacificada nos Tribunais Superiores, também havendo divergência

doutrinária acerca do tema, certo que não se controverte de que se trata de infração de menor potencial ofensivo toda aquela em que a pena máxima não supera dois anos, devendo ser observado naquele limite eventual presença de causa de aumento de pena previsto na parte especial ou em lei especial, penso que não altera a natureza da infração o aumento decorrente do concurso material ou formal de crimes ou mesmo da continuidade delitiva. Doutrina neste sentido. No caso concreto, ainda que se reconheça tipificados os crimes de calúnia e difamação, a pena máxima de cada uma das infrações não supera dois anos, o que aponta o JECRIM como competente para decidir a imputação respectiva (TJRJ, ReSE 0016133-98.2012.8.19.0000, Rel. Des. Marcus Basílio, j. 22/5/2012).

A Lei nº 9.099/1995, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada, sendo que a legitimidade para o oferecimento da proposta é do querelante (STJ, APN 390/DF, Rel. Min. Felix Fischer, CE, DJ 10/4/2006).

Procedimento criminal

Vide arts. 519 a 523 do CPP.

Competência para o julgamento

Em recente decisão desta Terceira Seção ficou consolidado que é competente para julgamento de crimes cometidos pela internet o juízo do local onde as informações são alimentadas, sendo irrelevante o local do provedor. “Esse local deve ser aquele de onde efetivamente partiu a publicação do conteúdo, o que ocorre no próprio local do domínio em que se encontra a home page, porquanto é ali que o titular do domínio alimenta o seu conteúdo, independentemente do local onde se hospeda o sítio eletrônico (provedor)” (CC 136.700/SP Rel. Min. Rogerio Schietti, S. 3, DJe 1º/10/2015).

A jurisprudência da Corte admite a declaração de competência de terceiro juízo, estranho ao conflito. A veiculação da reportagem supostamente caluniosa partiu de sítio eletrônico cujo domínio é de empresa sediada em Fortaleza/CE, o que afasta a competência dos juízos que figuram como suscitante e suscitado neste incidente (STJ, CC 145.424/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 26/04/2016).

Art. 138 do Código Penal. Vara Criminal *versus* Juizado Especial Criminal. Vítima e autor do fato não localizados, embora expedidos mandados de intimação. Arguição, pelo Juízo suscitante, de prevalência da norma do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001. Ocorrência. Com a nova redação dada ao art. 66 da Lei nº 9.099/1995, não resta mais dúvida quanto à competência dos Juizados, para o processamento e julgamento dos crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, cumulada ou não com a pena de multa. Provimento do conflito suscitado, julgando-se competente o Juizado Especial Criminal da Comarca de Duque de Caxias (TJRJ, HC 2006.055.00093, 5ª Câm. Crim., Rel. Des. Maria Helena Salcedo, j. 12/12/2006).

A pena máxima prevista para o crime capitulado na queixa-crime (art. 138, c.c. art. 141, III, do Código Penal) é superior a dois anos, não se enquadrando, portanto, no conceito de crime de menor potencial ofensivo, mesmo com a ampliação dada pela Lei nº10.259/2001. Competência da Justiça Comum Estadual. Precedentes (STJ, REsp. 822265/SC, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., DJ 16/10/2006, p. 427).

Pessoas desonradas e crime impossível

Por mais desonrada que seja a pessoa, ainda sim poderá ser sujeito passivo do crime de calúnia, não se podendo cogitar a tese do crime impossível.

Calúnia implícita ou equívoca e reflexa

É possível que o agente, ao atribuir a alguém falsamente a prática de um fato definido como crime, não o faça de forma expressa, podendo ser a calúnia, assim, considerada *implícita ou equívoca e reflexa*.

Implícita ou equívoca seria a calúnia quando o agente, embora não expressamente, permitisse que o interlocutor entendesse a mensagem dada, que contém a imputação falsa de um fato definido como crime, como no exemplo daquele que diz: “Eu, pelo menos, nunca tive relações sexuais à força com nenhuma mulher”, dando a entender que o agente havia praticado um crime de estupro.

Reflexa, no exemplo de Hungria, pode ocorrer quando o agente diz, por exemplo, que um juiz decidiu o fato dessa forma porque foi subornado.⁹⁶ Com relação ao juiz, a calúnia é entendida como *expressa*, uma vez que o agente está lhe atribuindo falsamente um fato definido como delito de corrupção passiva, e *reflexa* no que diz respeito àquele beneficiado com a decisão, uma vez que teria praticado, a seu turno, o delito de corrupção ativa.

Exceção de notoriedade

A finalidade da exceção da notoriedade do fato é demonstrar que, para o agente, o fato que atribuía à vítima era verdadeiro, segundo foi induzido a crer. Atua, portanto, em erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, eliminando a infração penal. *Vide* arts. 396, 396-A (com a redação que lhes foi conferida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008) e 523 do Código de Processo Penal.

Calúnia proferida no calor de uma discussão

A exaltação do agente no momento em que profere falsamente o fato definido como crime terá o condão de eliminar o seu dolo, afastando, consequentemente, a infração penal?

Embora tenha discussão a respeito, entendemos que não. Não importa se os fatos foram mencionados quando o agente se encontrava calmo ou se os proferiu no calor de alguma discussão. O que importa, de acordo com a exigência típica, é que tenha atuado com o elemento subjetivo exigido pelo delito de calúnia, ou seja, agiu com o fim de macular a honra objetiva da vítima, imputando-lhe falsamente um fato definido como crime.

Presença do ofendido

A calúnia atinge a chamada honra objetiva da vítima, isto é, o conceito que ela goza junto ao seu meio social, razão pela qual não se exige a presença do ofendido, pois que o delito se consuma quando terceiro, que não a vítima, toma conhecimento dos fatos falsos a ela atribuídos, definidos como crime.

Diferença entre calúnia e denunciaçāo caluniosa

Para que ocorra a calúnia, basta que ocorra a imputação falsa de um fato definido como crime; para fins de configuração da denunciaçāo caluniosa (art. 339 do CP), deve ocorrer uma imputação de crime a alguém que o agente sabe inocente, sendo fundamental que o seu comportamento dê causa à instauração de investigaçāo policial, de processo judicial, instauração de investigaçāo administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa.

A calúnia, concorrendo com a denunciaçāo caluniosa, é por esta absorvida. E sendo a mesma crime de ação pública incondicionada, seu *dominus litis* é o Ministério Públīco, não prevendo a lei processual penal qualquer recurso para a hipótese de deferimento por pedido de arquivamento dos autos por ele formulado (TJSP, Rec., Rel. Corrēa Dias, *RT* 608, p. 313).

Consentimento do ofendido

Tem-se entendido que a honra é um bem disponível, razão pela qual, se presentes os demais requisitos necessários à validade do consentimento – capacidade para consentir e antecedência ou concomitância do consentimento –, poderá ser afastado o delito de calúnia.

Erro de tipo

O delito de calúnia somente se caracteriza quando imputada falsamente a alguém a prática de um fato definido como crime, sendo indispensável a ciência de que essa imputação é falsa. Ocorre erro de tipo se o réu possui a certeza ou fundada suspeita de que a imputação direcionada à vítima corresponde à verdade (TJ-MG, AC 0005183-85.2010.8.13.0414, Rel. Des. Correa Camargo, DJe 14/05/2014).

Calúnia contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do STF

Vide art. 26 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983).

Diferença entre a calúnia e a difamação

a) na calúnia, a imputação do fato deve ser falsa, ao contrário da difamação que não exige a sua falsidade; b) na calúnia, além de falso o fato, deve ser definido como crime; na difamação, há somente a imputação de um fato ofensivo à reputação da vítima, não podendo ser um fato definido como crime, podendo, contudo, consubstanciar-se em contravenção penal.

O crime de calúnia, para a sua configuração, reclama a imputação de fato específico, que seja criminoso, e a intenção de ofender à honra; enquanto para o delito de difamação pressupõe-se, para a concretização, a existência de ofensa à honra, objetivo do querelante (STF, Inq. 2915/PA, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 31/5/2013).

Diferença entre calúnia e injúria

A primeira diferença entre a calúnia e a injúria reside em que naquela existe uma imputação de *fato* e nesta o que se atribui à vítima é uma qualidade pejorativa à sua dignidade ou decoro.

Com a calúnia, atinge-se a honra objetiva, isto é, o conceito que o agente presume gozar em seu meio social; já a injúria atinge a chamada honra subjetiva, quer dizer, o conceito ou atributos que o agente tem ou acredita ter de si mesmo.

Assim, por exemplo, imputar falsamente a alguém a prática do tráfico de entorpecentes configura-se calúnia; chamar alguém de traficante de drogas caracteriza o crime de injúria.

Os crimes de calúnia e difamação ofendem a chamada honra objetiva. A consumação ocorre quando terceiro (excluídos autor e vítima) tomam conhecimento do feito. A injúria, ao contrário, porque relativa à honra subjetiva quando a irrogação for conhecida do sujeito passivo. A decadência, relativa à injúria, tem o termo *a quo* no dia de seu conhecimento (STJ, *RHC 5134/MG*, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6^a T., *RJTAMG* 67, p. 503).

Foro por prerrogativa de função da exceção da verdade

Vide art. 85 do Código de Processo Penal e art. 96, III, da Constituição Federal.

Conexo os delitos contra a honra em face de autoridade com prerrogativa de foro, incumbe ao STJ o julgamento da *exceptio veritatis* já instruída (STJ, ExVerd. 50/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, *DJ* 21/5/2007, p. 528) **Advogado e defesa em juízo**

Da leitura do disposto no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, percebe-se que a imunidade dos advogados restringe-se aos crimes de injúria e difamação, e pressupõe que as manifestações sejam proferidas no exercício de sua atividade, ainda que fora do juízo. Desse modo, eventual comportamento ilícito adotado pelo advogado fora do exercício de suas atividades profissionais não está acobertado pela imunidade que lhe é conferida por lei, sendo passível de punição. Na hipótese em tela, além de se tratar de crime de calúnia, verifica-se que o paciente teria, em tese, inserido declaração falsa em documento particular com a intenção de macular a honra de magistrado e tornar ilegítima a sua prestação jurisdicional em determinado processo, não se podendo concluir, de pronto, que as afirmações por ele proferidas guardariam relação com o exercício da atividade advocatícia, ou mesmo estariam de acordo com a defesa dos seus interesses em juízo, circunstâncias que impedem, por ora, a incidência da imunidade em questão. Precedentes (STJ, HC 352.390/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 1º/08/2016).

A imunidade profissional, como cediço, não pode ser suscitada para respaldar o cometimento de eventuais atos ilícitos, pois, do contrário, apresentar-se-ia de modo inconciliável com a dignidade da profissão. Entretanto, no caso dos autos, o ora recorrente encontrava-se no exercício do seu *munus*, entrevendo-se, no seu agir, apenas um exagero em sua atuação na defesa dos interesses de seu cliente, mas não qualquer ato pertinente à esfera criminal (STJ, *RHC 48.554/MG*, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 09/03/2015).

O advogado que, agindo em estrito cumprimento de seu dever legal e, na defesa de seu cliente, se limita a mencionar fatos indispensáveis à fundamentação da tese proposta em Juízo, não pratica crime contra a honra, pois segundo o art. 23, III, do CP e art. 133 da Constituição Federal, a intenção de defender exclui a de caluniar (*RJDTACrim./SP* 14 p. 221).

O crime de calúnia não se insere na proteção material garantida ao advogado pelo art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB). Precedentes do STJ (STJ, *HC 95930/BA*, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a T., DJe 16/3/2009).

A norma constitucional (art. 133 da *Lex Fundamentalis*) que prevê que o advogado é “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”, possibilitou fosse contida a eficácia desta imunidade

judiciária nos termos da lei (*HC 84.446/SP*, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 25/2/2005). Em outras palavras, a inviolabilidade das prerrogativas dos advogados, quando no exercício da profissão, é constitucionalmente assegurada (*HC 86.044/PE*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., *DJU* de 2/7/2007), porém relativa, no exercício do munus público (*HC 84.795/GO*, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., *DJU* de 17/12/2004). Dessa forma, só pode ser afastada a incidência da norma penal quando o agente atua no amparo da imunidade material, observados os seus limites (*HC 89.973/CE*, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., *DJU* de 24/8/2004), o que, todavia e aparentemente, não ocorreu na hipótese dos autos (STJ, *HC 90733/AL*, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., *DJe* 2/2/2009).

Início do prazo prescricional

No crime de calúnia, o critério utilizado para a descoberta do marco inicial para o cômputo da prescrição é a data em que terceiro toma ciência da ofensa (TJSP, EmD. 1233 869/2-1, Rel. Eduardo Pereira, j. 3/5/2001).

Calúnia no Código Eleitoral

Vide art. 324 da Lei nº 4.737/65.

O crime de calúnia prescrito no art. 324 do Código Eleitoral exige finalidade eleitoral para que reste configurado. Sendo o eventual crime de calúnia praticado em conversa privada por candidato ao pleito eleitoral contra pessoa não diretamente interessada nas eleições, e aparentemente sem fins de obter vantagem eleitoral, resta afastada a figura típica especial do art. 324 do Código Eleitoral e subsiste o tipo penal previsto no art. 138 do Código Penal, se for o caso (STJ, CC 72445/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 25/10/2007, p. 122).

Calúnia no Código Penal Militar

Vide art. 214 e parágrafos do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Difamação Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Introdução

Para que se configure a difamação deve existir uma imputação de fatos determinados, sejam eles falsos ou verdadeiros, à pessoa determinada ou mesmo a pessoas também determinadas, que tenha por finalidade macular a sua reputação, vale dizer, sua honra objetiva.

O delito de difamação considera-se perpetrado por quem, afirmando fato certo e definido, ofende a honra de outrem, ainda que se repisem fatos sobre aquilo que os outros reputam a respeito do cidadão, no tocante a seus atributos físicos, intelectuais e morais. Precedente: Inq. 2.503, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, *DJe* 21/5/2010 (STF, Inq. 2915/PA, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, *DJe* 31/5/2013).

A difamação consiste em imputar e divulgar fato determinado ofensivo à honra de alguém, sendo indispensável, para a configuração do delito, a existência do dolo particular, ou seja, do *animus diffamandi* (TJSP, Processo 1176983/0, Rel. Marco Nahum, j. 15/2/2000).

O crime de difamação consiste na imputação de fato que incide na reprovação ético-social, ferindo, portanto, a reputação do indivíduo, pouco importando que o fato imputado seja ou não verdadeiro (STJ, Apn. 390/DF, Rel. Min. Felix Fischer/CE, *RSTJ* 194, p. 21).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; formal; doloso; de forma livre; comissivo (podendo, sendo garantidor o agente, ser praticado via omissão imprópria); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo do meio de execução de que se vale o agente na sua prática, podendo haver uma concentração dos atos, ou mesmo um fracionamento do *iter criminis*, cabendo a tentativa nessa última hipótese); transeunte (como regra, pois que pode ser praticado por meios que permitam a prova pericial, a exemplo da difamação escrita).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A honra objetiva é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de difamação, sendo nesse caso visualizada por meio da reputação da vítima no seu meio social.

Objeto material é a pessoa contra a qual são dirigidos os fatos ofensivos à sua honra objetiva.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Crime comum quanto ao sujeito ativo, a difamação pode ser praticada por qualquer pessoa.

Da mesma forma, qualquer pessoa pode ser considerada sujeito passivo do delito em estudo, não importando se pessoa física ou jurídica.

Consumação e tentativa

Tem-se por consumada a infração penal quando terceiro, que não a vítima, toma conhecimento dos fatos ofensivos à reputação desta última.

Consuma-se o crime de difamação quando a imputação chega ao conhecimento de outrem que não a vítima (STF, RHC, Rel. Min. Alfredo Buzaid, RT 591, p. 412).

Às vezes nos soa um pouco ilógico entender que a consumação se dá quando terceiro toma conhecimento dos fatos ofensivos à reputação da vítima, mas exigimos, em geral, que esses mesmos fatos cheguem ao conhecimento dela para que, se for da sua vontade, possa ser proposta ação penal contra o agente difamador, no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de ocorrer a decadência do seu direito de ação.

Deve ser frisado, por oportuno, que, embora o prazo decadencial de 6 (seis) meses seja contado do dia em que a vítima vem a saber quem é o autor do crime, conforme determina o art. 38 do Código de Processo Penal, a afirmação do momento de consumação do delito possui outros efeitos, a exemplo da contagem do prazo prescricional.

Assim, o art. 111 do Código Penal assevera:

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I – do dia em que o crime se consumou;

[...].

Dessa forma, no caso dos crimes de calúnia e difamação, em que se protege a honra objetiva da vítima, teremos contagens de prazos diferentes. A primeira destinada ao reconhecimento da prescrição, ou pelo menos a fim de indicar o primeiro marco para sua contagem, vale dizer, a data em que o crime se consumou, isto é, quando terceiro, que não a vítima, tomou conhecimento dos fatos, com as características que lhe são peculiares na calúnia e na difamação; a segunda, quando a vítima deles toma conhecimento, tem por finalidade o início da contagem do prazo decadencial, quando já se conhece sua autoria, destinado, por exemplo, ao oferecimento da queixa-crime.

Discute-se, ainda, sobre a possibilidade de tentativa no crime de difamação. O mesmo raciocínio que levamos a efeito quando estudamos o delito de calúnia aplica-se à difamação. O fundamental será apontar os meios utilizados na prática do delito, o que fará com que visualizemos se estamos diante de um crime monossubstancial ou plurissubstancial.

Se monossubstancial, não se admite tentativa, pois que os atos que integram o *iter criminis* não podem ser fracionados. Se *plurissubstantes*, torna-se perfeitamente admissível a tentativa. Assim, se a difamação for verbal, proferida por meio de palavras, não se admite o *conatus*, pois, ou os fatos ofensivos à reputação da vítima são verbalizados com terceiros, consumando a infração penal, ou o agente se cala nem sequer ultrapassa a fase da cogitação; ao contrário, pode ser que na difamação escrita os fatos somente não cheguem ao conhecimento de terceiro por circunstâncias alheias à vontade do agente, como no exemplo em que o agente vai até a agência dos correios e envia a carta ao seu destinatário, contendo a exposição de fatos ofensivos à reputação da vítima, que acaba se extraviando ou mesmo se perdendo, dada a ocorrência de um incêndio na agência dos correios ou coisa parecida.

Não podemos deixar de reconhecer, nessa hipótese, que o agente, ao postar a carta na agência dos Correios, deu início à execução de um crime de difamação que só não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade.

É claro que a hipótese é acadêmica, pois que, se a carta se perdeu no incêndio da agência dos Correios, a vítima jamais tomará conhecimento do seu conteúdo e, consequentemente, não saberá da ofensa à sua honra objetiva. Assim, se não souber da difamação, não dará início, obviamente, à ação penal.

Elemento subjetivo

O delito de difamação somente admite a modalidade dolosa, seja o dolo direto, seja mesmo eventual, não sendo punível a difamação culposa, por ausência de previsão legal.

Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, para a configuração dos crimes previstos nos arts. 139 e 140, ambos do Código Penal – difamação e injúria –, é necessária a presença do elemento subjetivo do tipo, consistente no dolo específico, que é a intenção de ofender a honra alheia (STJ, AgInt no REsp 1.548.520/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T, DJe 22/06/2016).

A configuração dos crimes previstos nos arts. 139 e 140 do Código Penal reclama a presença do elemento subjetivo do tipo, consistente no dolo específico, que é a intenção de macular a honra alheia (STJ, AgRg no AREsp 482.234/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, DJe 02/06/2015).

Os crimes de calúnia e difamação exigem para a sua configuração a intenção dolosa de ofender a honra alheia, consubstanciada no *animus caluniandi* e *diffamandi*, respectivamente. Assim, o simples registro de ocorrência policial, noticiando o descumprimento de acordo homologado junto à Vara de Família, sobre guarda e direito de visitas às filhas comuns, sem a intenção de imputar falsamente ao querelante a prática de fato definido como crime ou a divulgação de fatos que tenham atingido a honra objetiva deste, configura, tão somente, o *animus narrandi* ou o *animus defendendi*, sendo, portanto, atípica a conduta (TJDF, Rec. 2009.01.1.046817-6, Rel. Des. Arnoldo Camanho, DJDFTE 16/3/2010, p. 165).

Exceção da verdade

Como regra, não é admitida a exceção da verdade no delito de difamação, pois que, mesmo sendo verdadeiros os fatos ofensivos à reputação da vítima, ainda assim se concluirá

pela tipicidade da conduta levada a efeito pelo agente.

Dessa forma, de nada adiantaria comprovar que os fatos divulgados pelo agente são verdadeiros, uma vez que, ainda assim, se consubstanciariam na infração penal tipificada no art. 139 do Código Penal.

Contudo, o parágrafo único do mencionado art. 139 ressalvou admitir a *exceptio veritatis* se o ofendido é funcionário público e se a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

A exceção da verdade é meio processual de defesa, é instituto de defesa indireta do réu, podendo ser apresentada nos processos em que se apuram crimes de calúnia e de difamação, quando praticados em detrimento de funcionário público no exercício de suas funções. Tem-se entendido que referido instituto defensivo deve ser apresentado na primeira oportunidade em que a defesa se manifestar nos autos. No entanto, o rito dos processos que tramitam em tribunais superiores prevê a apresentação de defesa preliminar antes mesmo do recebimento da denúncia, no prazo de 15 (quinze) dias, conforme dispõe o art. 4º da Lei nº 8.038/90. Prevê, ademais, após o recebimento da denúncia, o prazo de 5 (cinco) dias para a defesa prévia, contado do interrogatório ou da intimação do defensor dativo, nos termos do art. 8º da referida Lei (STJ, HC 202.548/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 1º/12/2015).

No crime de difamação cabe exceção da verdade quando o ofendido é funcionário público e agiu no exercício de suas funções (art. 139, parágrafo único, do CP).

Foro Privilegiado

É da competência do Superior Tribunal de Justiça o julgamento da exceção da verdade quando o excepto é autoridade com foro privilegiado sujeito à sua jurisdição (STJ, ExVerd 42/ES, Corte especial, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 3/9/2007, p. 109).

Quando o ofendido é Governador de Estado, deve a exceção da verdade ser julgada pelo STJ (art. 105, I, a, da CF) (STJ, AgRg na ExVerd. 21/CE, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon/CE, JSTJ 22, p. 89).

Excepto que deixou de exercer a função pública

Revela-se inadmissível, no presente caso, o processamento da exceção da verdade, porquanto o excepto não mais exerce qualquer função pública, o que, na lição de abalizada doutrina (v.g., Heleno Cláudio Fragoso; Magalhães Noronha; Nelson Hungria; Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha e Luis Régis Prado), retira a justificativa para a medida, excepcional, no caso do delito de difamação. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg. nos EDcl. na ExVerd. 52/DF, Corte especial, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 27/3/2008, p. 1).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de difamação é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

A pena será aumentada de um terço, nos termos do *caput* do art. 141 do Código Penal, se a difamação for cometida: *I – contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;*

II – contra funcionário público, em razão de suas funções;

III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria;

IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria;

[...].

Poderá a pena, ainda, vir a ser dobrada se a difamação for cometida mediante paga ou promessa de recompensa, conforme preconiza o parágrafo único do art. 141 do diploma repressivo.

A ação penal será de iniciativa privada, de acordo com o *caput* do art. 145 do Código Penal, sendo, contudo, de iniciativa pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça quando o delito for praticado contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, ou de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido quando o crime for cometido contra funcionário público, em razão de suas funções, de acordo com o parágrafo único do art. 145 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009.

O STF, por intermédio da Súmula nº 714, assim se posicionou: **Súmula nº 714. É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.**

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 139 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, de acordo com o art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Consentimento do ofendido

Sendo a honra um bem de natureza disponível, nada impede que a suposta vítima, desde que capaz, consinta em ser difamada pelo agente.

Presença do ofendido

Não há necessidade da presença do ofendido para que o delito se consume.

Pessoa jurídica como sujeito passivo da difamação

Entendemos que a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo do crime de difamação, uma vez que, possuindo honra objetiva, esta poderá ser afetada em virtude da conduta praticada

pelo agente, levada a efeito para denegrir sua imagem perante a sociedade, podendo, com esse comportamento, macular, por exemplo, sua credibilidade *etc.* No entanto, a jurisprudência não é pacífica quanto a essa possibilidade.

A pessoa jurídica pode ser vítima de difamação, mas não de injúria e calúnia. A imputação da prática de crime a pessoa jurídica gera a legitimidade do sócio-gerente para a queixa-crime por calúnia (STF, *RHC 83091/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio, 1^a T., j. 5/8/2003).

Em sentido contrário: Pela lei em vigor, pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra previstos no Código Penal. A própria difamação, *ex vi legis* (art. 139 do Código Penal), só permite como sujeito passivo a criatura humana. Inexistindo qualquer norma que permita a extensão da incriminação, nos crimes contra a pessoa (Título I do C. Penal), não se inclui a pessoa jurídica no polo passivo e, assim, especificamente (Cap. IV do Título I), só se protege a honra das pessoas físicas. (Precedentes) Agravo desprovido (STJ, AgRg no Ag 672522/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., *DJ* 17/10/2005, p. 335).

Difamador sem credibilidade

Da mesma forma como ocorre com o delito de calúnia, não importa à configuração da difamação a falta de credibilidade do agente. Aquele que, costumeiramente, tem o hábito de falar mal das pessoas, imputando fatos ofensivos à reputação delas, deverá ser responsabilizado pelo delito de difamação, a partir do instante em que terceira pessoa, que não a vítima, toma conhecimento dos fatos.

Divulgação ou propalação da difamação

Embora não exista regra expressa nesse sentido, obviamente que quem propala ou divulga uma difamação deve responder por esse delito, uma vez que tanto o propalador quanto o divulgador são, da mesma forma, difamadores. Aquele que toma conhecimento, por meio de terceiros, de fatos ofensivos à reputação da vítima e, por sua vez, leva adiante a notícia difamatória também deve ser considerado um agente difamador.

Difamação dirigida à vítima

Luiz Regis Prado, analisando o tema, preleciona: “Caso a imputação seja dirigida diretamente à pessoa visada, sem que seja ouvida, lida ou percebida por terceiro, não configura a difamação, mesmo que aquela a revele a outrem”.⁹⁷

Contudo, isso não quer dizer, segundo entendemos, que o agente não deva ser responsabilizado por qualquer infração penal. Se das imputações difamatórias a vítima puder extrair fatos que, mesmo que indiretamente, venham atingir a sua honra subjetiva, poderá o agente responder pelo delito de injúria.

Vítima que conta os fatos a terceira pessoa

Se a própria vítima é quem se encarrega de contar a terceiros a imputação ofensiva que lhe foi feita pelo agente, não restará caracterizada a difamação, mas tão somente o delito de

injúria, de menor gravidade comparativamente ao crime de difamação.

Agente que escreve fatos ofensivos à honra da vítima em seu diário

Não se configura o delito.

Exceção de notoriedade

Ao contrário do que ocorre com o delito de calúnia, a exceção de notoriedade não tem qualquer efeito no que diz respeito ao reconhecimento da difamação, uma vez que, nesta última, não há necessidade de que o fato atribuído seja falso, podendo ser verdadeiro, e mais, de conhecimento público.

Advogado e excesso verbal

Nos crimes contra a honra, é imprescindível a demonstração da intenção de ofender ou, no caso da calúnia, de se imputar a prática de crime. É entendimento pacífico que o advogado, na sua atuação, não comete os crimes de injúria e difamação, por força da imunidade que lhe é conferida pelo art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) (STJ, HC 213583/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 6/8/2012).

A 1ª Turma, por maioria, denegou *habeas corpus* em que se pleiteava o trancamento da ação penal. Na espécie, a paciente – condenada pelo crime de difamação – teria ofendido a reputação de magistrada, desmerecendo a sua capacitação funcional, diante dos serventuários e demais pessoas presentes no cartório da vara judicial. De início, aduziu-se que as alegações de atipicidade da conduta e de inexistência de dolo não poderiam ser apreciadas nesta via, uma vez que, para chegar a conclusão contrária à adotada pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, não admissível nesta sede. Em seguida, ponderou-se estar diante de fato, em tese, típico, ilícito e culpável, revestido de considerável grau de reprovabilidade. Ressaltou-

-se que o comportamento da paciente amoldar-se-

-ia, em princípio, perfeitamente à descrição legal da conduta que a norma visaria coibir (CP, art. 139). Desse modo, afirmou-se que não haveria falar em atipicidade da conduta. Ante as circunstâncias dos autos, reputou-se, também, que não se poderia reconhecer, de plano, a ausência do *animus difamandi*, identificado na sentença condenatória e no acórdão que a confirmara. No tocante à alegação de que teria agido acobertada pela imunidade conferida aos advogados, asseverou-se que seria inaplicável à espécie a excludente de crime (CP, art. 142), haja vista que a ofensa não teria sido irrogada em juízo, na discussão da causa. Acrescentou-se que a mencionada excludente não abrangeia o magistrado, que não poderia ser considerado parte na relação processual, para os fins da norma. Frisou-se, também, que a jurisprudência e a doutrina seriam pacíficas nesse sentido, na hipótese de ofensa a magistrado. O Min. Luiz Fux enfatizou que a frase proferida pela advogada encerraria uma lesão penal bifronte. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, e Dias Toffoli, que concediam a ordem. Aquele, para assentar a atipicidade da conduta da paciente sob o ângulo penal; este, porquanto afirmava que a difamação estaria expressamente imunizada pelo § 2º do art. 7º do Estatuto da Advocacia (STF, HC 104385/SP, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T.,

j. 28/6/2011, Informativo nº 633).

Não constituem o crime de difamação as palavras deselegantes e rudes escritas numa petição, sem o desejo de atribuir defeitos ao pretenso ofendido, mas tão só utilizadas para ressaltar questões de interesse do cliente do advogado. O advogado, no exercício da defesa de seu cliente, possui imunidade em relação a eventuais

palavras injuriosas ou difamatórias, desde que não se comprove injustificado excesso ou falta de relação com a defesa. 4 – Ordem concedida para trancar a ação penal (STJ, HC 76356/RJ, Rel.^a Min.^a Jane Silva [Des. convocada do TJ/MG], 6^a T., DJ 10/3/2008, p. 1).

Recurso especial. Advogado. Excesso verbal. Referência a condenações e punições desconstituídas. Dano moral. Inexistência. Age em exercício regular de direito o advogado que opõe exceção de suspeição e tenta demonstrar que o *excepto* rotineiramente foge ao dever da imparcialidade. Não age com excesso o advogado que noticia punições verídicas sofridas pelo *excepto*, referentes às suas atribuições profissionais, ainda que desconstituídas posteriormente (STJ, REsp. 886920/PR, REsp. 2005/0117525-5, Min. Humberto Gomes de Barros, 3^a T., DJ 27/11/2006, p. 287).

Difamação no Código Eleitoral

Vide art. 325 da Lei nº 4.737/65.

Os crimes de difamação e injúria prescritos, respectivamente, nos arts. 325 e 326 do Código Eleitoral, exigem finalidade eleitoral para que restem configurados. Ou seja, esse tipo de delito “somente se concretiza quando eventual ofensa ao decoro ou à dignidade ocorrer em propaganda eleitoral ou com fins de propaganda” (CC 134.005/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, S. 3, DJe 16/06/2014) (STJ, CC 123.057/BA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, S. 3, DJe 19/05/2016).

Injúria e difamação proferidas em sede de campanha eleitoral. Preliminar de incompetência *ratione materiae*. Acolhimento. Crimes cometidos, em tese, durante comício [...]. Eventuais crimes contra a honra devem ser apurados, em respeito ao princípio da especialidade, na legislação própria, a saber. Lei nº 4.737/1965, nos arts. 325 e/ou 326. Preliminar acolhida e determinada à remessa dos autos ao Eg. Tribunal Regional Eleitoral (TJSP, Queixa-Crime 4939333000, 4^a Câm. Direito Criminal, Rel. Des. Luiz Antonio de Salles Abreu, reg. 30/8/2007).

Difamação no Código Penal Militar

Vide art. 215 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Difamação contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do STF

Vide art. 26 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83).

Injúria Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena: I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (*Redação dada pela Lei nº 10.741, de 1/10/2003.*) Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

(Incluído pela Lei nº 9.459, de 13/5/1997.) **Introdução**

De todas as infrações penais tipificadas no Código Penal que visam proteger a honra, a injúria, na sua modalidade fundamental, é a considerada menos grave. Entretanto, por mais paradoxal que possa parecer, a injúria se transforma na mais grave infração penal contra a honra quando consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, sendo denominada, aqui, de *injúria preconceituosa*, cuja pena a ela cominada se compara àquela prevista para o delito de homicídio culposo, sendo, até mesmo, mais severa, pois que ao homicídio culposo se comina uma pena de *detenção*, de 1 (um) a 3 (três) anos, e na injúria preconceituosa uma pena de *reclusão*, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa, sendo discutida sua proporcionalidade comparativamente às demais infrações penais.

Numa posição intermediária, situa-se a injúria real, prevista pelo § 2º do art. 140 do Código Penal, cuja pena se compara à do delito de difamação.

Portanto, resumindo, o Código Penal trabalha com três espécies de injúria: *a) injúria simples*, prevista no *caput* do art. 140; *b) injúria real*, consignada no § 2º do art. 140; *c) injúria preconceituosa*, tipificada no § 3º do art. 140.

Ao contrário da calúnia e da difamação, com a tipificação do delito de injúria busca-se proteger a chamada *honra subjetiva*, ou seja, o conceito, em sentido amplo, que o agente tem de si mesmo.

Esclarece Aníbal Bruno: “Injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima. O Código distingue, um pouco ociosamente, dignidade e decoro. A diferença entre esses dois elementos do tipo é tênue e imprecisa, o termo dignidade podendo compreender o decoro. Entre nós costumava-se definir a dignidade como o sentimento que tem o indivíduo do seu próprio valor social e moral; o decoro como a sua respeitabilidade. Naquela estariam contidos os valores morais que integram a personalidade do indivíduo; neste as qualidades de ordem física e social que conduzem o indivíduo à estima de si mesmo e o impõem ao respeito dos que com ele convivem. Dizer de um sujeito que ele é trapaceiro seria ofender sua dignidade. Chamá-lo de burro, ou de coxo seria atingir seu decoro.”⁹⁸

Assim, portanto, de acordo com uma eleição não muito clara das situações, como bem destacado por Aníbal Bruno, o Código Penal faz uma distinção entre o ataque à

honra/dignidade e à *honra/decoro* do ofendido.

Como regra, na injúria não existe imputação de fatos, mas, sim, de atributos pejorativos à pessoa do agente. Dessa forma, chamá-lo de bicheiro configura-se como injúria; dizer à terceira pessoa que a vítima está “bancando o jogo do bicho” caracteriza difamação.

Na injúria não se impõe fato determinado, mas se formula juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém (STJ, APn 813/DF, Rel. Min. Felix Fischer, CE, DJe 12/04/2016).

Importante destacar a impossibilidade de se punir o agente por fatos que traduzem, no fundo, a mesma ofensa. No exemplo citado, mesmo tendo o agente falado com terceira pessoa, na presença da vítima, que esta se enriqueceu à custa de ter explorado o jogo do bicho, afirmado, logo em seguida, ser o ofendido bicheiro, não podemos considerar uma mesma situação fática para imputar duas infrações penais diferentes ao agente, que nesse caso são a difamação e a injúria. Aqui, a infração mais grave, a difamação, absorverá a infração penal menos grave, a injúria.

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; doloso; formal; de forma livre; comissivo (podendo ser praticado omissivamente, se o agente gozar do *status* de garantidor); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo do meio utilizado na prática do delito); transeunte (como regra, ressalvada a possibilidade de se proceder a perícia nos meios utilizados pelo agente ao cometimento da infração penal).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A honra subjetiva é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de injúria, o qual, segundo Muñoz Conde, se traduz “na consciência e no sentimento que tem a pessoa de sua própria valia e prestígio, quer dizer, a *autoestima*”.⁹⁹

Objeto material do delito de injúria é a pessoa contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito de injúria. É regra geral que qualquer pessoa física possa ser considerada como sujeito passivo da mencionada infração penal, sendo de todo impossível que a pessoa jurídica ocupe também essa posição, haja vista que a pessoa moral não possui honra subjetiva a ser protegida, mas tão somente honra objetiva.

Conforme observa Fernando Galvão:

“Como a injúria ofende a honra subjetiva da vítima, não podem ser sujeitos passivos do

crime em exame a pessoa morta e a pessoa jurídica, pois estas não possuem a capacidade para o sentimento da própria honorabilidade ou respeitabilidade.”¹⁰⁰

Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, autoestima etc. causadores de dor, humilhação, vexame; a honra subjetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria (TJ-DFT, 20120410068715APC, Rel. Des. João Egmont, DJe 02/04/2014).

Trabalhando com o critério da razoabilidade, não há qualquer problema em se afirmar que os inimputáveis podem ser considerados sujeitos passivos da injúria.

Consumação e tentativa

Considerando que o delito atinge a honra subjetiva, consumase a injúria no momento em que a vítima toma conhecimento das palavras ofensivas à sua dignidade ou decoro.

Entretanto, não se faz necessária a presença da vítima no momento em que o agente profere, por exemplo, as palavras que são ofensivas à sua honra subjetiva. Assim, se alguém, em conversa com terceiro, chama a vítima de mau-caráter e esta vem a saber disso pouco tempo depois, o delito de injúria se consuma quando ela toma conhecimento, mas não exige a sua presença no momento em que a agressão à sua honra é proferida.

Dependendo do meio utilizado na execução do crime de injúria, será perfeitamente possível o reconhecimento da tentativa.

O crime de injúria consumase no momento em que o sujeito passivo toma conhecimento do insulto, quando ouve, vê ou lê a ofensa à sua honra subjetiva, não sendo necessário que terceiro a perceba, pois trata-se de crime formal, em que se prescinde do resultado danoso para sua configuração (TJSP, Processo 1247491/5, Rel. Osni de Souza, j. 19/4/2001).

Elemento subjetivo

É o dolo, seja ele direto ou mesmo eventual. Há necessidade do chamado *animus injuriandi*, pois, caso contrário, o fato será atípico. Assim, as palavras, por exemplo, ditas com *animus jocandi*, ou seja, com a intenção de brincar com a vítima, mesmo que essa última seja extremamente sensível, não poderão configurar o delito de injúria.

Os crimes contra a honra exigem, para sua configuração, a presença do dolo específico de ofender os atributos da personalidade, sem o qual deve ser rejeitada a queixa-crime, em razão da atipicidade da conduta. As palavras proferidas indicam falta de educação de quem as proferiu, porém não se revestem de tipicidade relativamente ao delito de injúria pois não há indicação dos atributos da personalidade da vítima que seriam atingidos com tais palavras (TJ-RJ, AC 0024167-30.2015.8.19.0203, Rel. Des. Manoel Tavares Cavalcanti, DJe 29/07/2016).

Os crimes contra a honra reclamam, para a sua configuração, além do dolo, um fim específico, que é a intenção de macular a honra alheia. Inexistente o dolo específico – a intenção de ofender e injuriar –, elementos subjetivos dos respectivos tipos, vale dizer, o agente praticou o fato ora com *animus narrandi*, ora com *animus criticandi*, não há falar em crime de injúria ou difamação (STJ, HC 43955/PA, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJ 23/10/2006, p. 357).

A injúria não admite a modalidade culposa, em face da inexistência de previsão legal.

Meios de execução e formas de expressão da injúria

São inigualáveis as linhas escritas por Hungria, nas quais ele procura demonstrar a diversidade dos meios e formas que podem ser utilizados no cometimento do delito de injúria, razão pela qual nos permitimos transcrevê-las integralmente: “Vriadíssimos são os meios pelos quais se pode cometer a injúria. São, afinal, todos os meios de expressão do pensamento: a palavra oral, escrita, impressa ou reproduzida mecanicamente, o desenho, a imagem, a caricatura, a pintura, a escultura, a alegoria ou símbolo, gestos, sinais, atitudes, atos. Há toda uma série de *atos* reputados injuriosos, ainda que não compreendidos na órbita especial do § 2º do art. 140: a esputação sobre alguém, ainda que sem atingir o alvo; o beijo dado contra a vontade de quem o recebe e sem fim libidinoso (pois, do contrário, será crime *contra os costumes*);¹⁰¹ afixar rabo em alguém; apresentar capim ou milho a uma pessoa, dizendo-lhe: ‘come’; promover um funeral fictício *etc.* Um caso interessante pode ser figurado: certo indivíduo, para vingar-se de um seu desafeto, ensina a um papagaio a insultá-lo. A solução deve ser idêntica à do caso do *mandatário irresponsável*: a palavra do papagaio é como se fora a própria palavra do seu dono. Até mesmo simples *sons* podem ser insultantes. Exemplos: imitar o uivo do cão, o ornejo do asno ou o ruído de gases intestinais, para vexar uma cantora ou um orador.

Multifária é, igualmente, a forma da injúria. Pode esta ser *direta ou oblíqua* (mediata); direta, quando se refere a qualidades desonrosas inerentes ao ofendido; oblíqua quando atinge uma pessoa particularmente cara ao ofendido (exemplo: ‘teu filho é um canalha’)...

Da injúria oblíqua distingue-se a injúria *reflexa*, isto é, a que atinge também alguém em ricochete. Exemplo: quando se diz de um homem casado que é ‘cornudo’, injuria-se também a sua esposa.

A injúria pode ser também:

- a) *explícita* (expressa de modo franco e positivo) ou *equívoca* (ambígua, velada, fugidia); b) *implícita* ou *per argumentum a contrario* (exemplo: ‘não vou à festa em sua casa porque não sou um desclassificado’; ‘não posso deixar-me ver em tua companhia, porque não sou um ladrão’); c) *por exclusão* (como quando declaro honestas determinadas pessoas de um grupo, omitindo referência às demais); d) *interrogativa* (‘será você um gatuno?’); e) *dubitativa* ou *suspeitosa* (‘talvez seja Fulano um

intrujião’); *f) irônica* (quando alguém, como dizia Farinácio, ‘*alteri dicit aliquid bonum, sed ironice etc. um animo injuriandi*’); *g) reticente ou elíptica* (‘a senhora X, formosa e... modelar’); *h) por fingido quiproco* (‘o meretríssimo, digo, meritíssimo juiz’); *i) condicionada ou por hipótese* (quando se diz de alguém que seria um canalha, se tivesse praticado tal ou qual ação, sabendo-se que ele realmente a praticou); *j) truncada* (‘a senhora X não passa de uma p...’); *k) simbólica* (dar-se o nome de alguém a um cão ou asno; imprimir o retrato de alguém em folhas de papel higiênico; pendurar chifres à porta de um homem casado).”¹⁰²

Realmente, a capacidade de imaginação e a precisão no raciocínio são características marcantes em Hungria, que conseguiu, como nenhum outro, esgotar as possibilidades de meios de execução e formas no cometimento do delito de injúria.

Perdão judicial

É considerado como uma faculdade do julgador e ocorrerá, nos termos dos incs. I e II do § 1º do art. 140 do Código Penal quando: *a) o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria e; b) no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.*

Em sentido contrário, Yuri Carneiro Coêlho assevera que: “Se o juízo reconhecer as hipóteses aqui previstas, trata-se de direito público subjetivo do réu, que entendemos não pode ser negado, ou seja, com o reconhecimento na sentença da situação geradora da possibilidade de concessão do perdão judicial, deve o magistrado concedê-la.”¹⁰³

Se o próprio ofendido, de certa forma, provocou a atitude injuriosa do réu, insinuando fato ofensivo ao mesmo, pode o juiz deixar de aplicar a pena. É a hipótese do perdão judicial, que se inclui entre as causas de extinção de punibilidade (TASP, Ap. 17291, Rel. Mendes Franca, *RT* 290, p. 292).

Discussão entre o primeiro querelante e o querelado em que foram proferidas ofensas recíprocas não caracteriza o crime de injúria, por ausência do elemento subjetivo, o dolo de ofender (TJRJ, Ap. Crim. 2007.050.02400, 4ª Câm. Crim., Rel. Des. Francisco José de Azevedo, j. 11/9/2007).

Modalidades qualificadas

O art. 140 do Código Penal prevê, em seus §§ 2º e 3º, duas modalidades qualificadas de injúria.

A primeira delas, denominada *injúria real*, ocorre quando a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, são consideradas aviltantes.

Injúria real. Condenação que se afasta porque não caracterizados os elementos normativos violência e vias de fato infamantes (TJRJ, Embargos Infringentes e de Nulidade 2007.054.00059, 3ª Câm. Crim., Rel. Des. Marco Aurélio Bellizze, j. 12/6/2007).

A segunda, reconhecida como *injúria preconceituosa*, diz respeito à injúria praticada com a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Não obstante tente o Acusado, em sua defesa prévia, negar a ocorrência da discussão em que as expressões pejorativas teriam sido lançadas, verifica-se que os depoimentos testemunhais constantes dos autos harmonizam-se com toda a narrativa da denúncia – desde a referência à conduta nobiliárquica do Acusado (que teria valido-se de sua carteira funcional de Desembargador tanto para exigir tratamento reverencial quanto para proferir ameaça de prisão) até a descrição das expressões linguísticas depreciativas que foram direcionadas à raça e à classe social da suposta vítima. Os elementos colhidos possuem peso probatório suficiente para embasar a justa causa necessária ao prosseguimento da ação penal, relativamente ao crime previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal (STJ, APn 829/DF, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, CE, DJe 07/10/2016).

A condenação pelo crime de injúria preconceituosa, em razão das ofensas rogadas à pessoa idosa, se justifica, em razão da maior reprovabilidade do comportamento que, em regra, são mais graves do que a simples agressão à honra subjetiva da vítima, mas que por outro lado, não deixam de humilhá-la. Assim, os xingamentos proferidos pela querelada, ora embargante, restaram confirmados durante a instrução criminal, e todos eram direcionados à avançada idade da ofendida, já que vinham adjetivados pela expressão ‘velha’ (TJRJ, Emb. Inf. 0001978-62.2005.8.19.0024, Rel.^a Des.^a Maria Angélica Guedes, J. 31/8/2012).

Não se confunde a injúria racial ou preconceituosa (art. 140, § 3º do Código Penal) com os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça e cor, definidos e punidos pela Lei nº 7.716/1989: enquanto aquela é a ofensa à honra subjetiva relacionada com a raça ou a cor, a nota distintiva dos crimes de racismo consta da prática de atos de segregação, que visam a impedir ou obstar a alguém, por amor dos acidentes de sua cor ou etnia, o acesso aos bens da vida, ou o livre exercício de seus direitos (TJSP, RESE 10839283500, 5^a Câm. de Direito Criminal, Rel. Des. Carlos Biasotti, reg. 20/12/2007).

O crime do art. 20 da Lei nº 7.716/1989, na modalidade de praticar ou incitar a discriminação ou preconceito de procedência nacional, não se confunde com o crime de injúria preconceituosa (art. 140, § 3º, do CP). Este tutela a honra subjetiva da pessoa. Aquele, por sua vez, é um sentimento em relação a toda uma coletividade em razão de sua origem (nacionalidade) (STJ, RHC 19166/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 20/11/2006, p. 342).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 140, *caput*, do Código Penal comina ao crime de injúria simples a pena de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa; para a injúria real foi prevista a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência; finalmente, ao delito de injúria preconceituosa, entendeu por bem o legislador em cominar uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

A pena será aumentada de um terço, nos termos do *caput* do art. 141 do Código Penal, se a injúria for cometida: *I – contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;*

II – contra funcionário público, em razão de suas funções;

III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

O inc. IV do art. 141 não se aplica à injúria em virtude do art. 140, § 3º.

Poderá, ainda, vir a ser dobrada se a injúria for cometida mediante paga ou promessa de

recompensa, conforme determina o parágrafo único do art. 141 do diploma repressivo.

A ação penal será de iniciativa privada, conforme determina o *caput* do art. 145 do Código Penal, sendo, contudo, de iniciativa pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça, quando o delito for praticado contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, ou de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido quando o crime for cometido contra funcionário público, em razão de suas funções, como também na hipótese de injúria preconceituosa, prevista no § 3º do art. 140 do Código Penal, nos termos do parágrafo único do art. 145 do mesmo diploma repressivo, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009.

O STF, por intermédio da Súmula nº 714, assim se posicionou: *Súmula nº 714. É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.*

No caso de injúria real, se da violência empregada resultar lesão corporal, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, nos termos do art. 145 do Código Penal.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 140 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, excepcionando-se a chamada injúria preconceituosa, prevista no § 3º do art. 140 do Código Penal, cuja pena máxima cominada é de 03 (três) anos.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo nas três modalidades de injúria – simples, real e preconceituosa –, desde que, neste último caso, não incida a majorante prevista no art. 141 do Código Penal.

A condição de procedibilidade da ação penal condicionada deve ser reconhecida quando constatado que, logo depois dos fatos, a vítima compareceu à delegacia para relatar a suposta injúria racial, registrou o boletim de ocorrência, levou testemunha para prestar declarações e assinou o termo, pois inequívoca sua intenção de promover a responsabilidade penal do agente. Precedente (STJ, HC 349.938/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 12/04/2016).

Procedimento criminal

Vide arts. 519 a 523 do CPP.

Contexto da injúria

O contexto em que a “injúria” é cometida é fundamental para a sua configuração, oportunidade em que se verificará o dolo do agente, ou seja, a finalidade que tem de ultrajar a honra subjetiva da vítima, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, ou se, na verdade, busca dar

sentido completamente diferente ao de uma agressão à honra daquela pessoa contra a qual são dirigidas as palavras ou atitudes aparentemente injuriosas.

Discussão acalorada

Não vemos por que afastar o delito de injúria justamente nas situações em que ele é cometido com mais frequência. Não nos convence o argumento de que a ira do agente que profere, por exemplo, as palavras injuriosas durante uma acirrada discussão tenha o condão de afastar o seu dolo.

Tinha, como se percebe sem muito esforço, consciência e vontade de ofender a vítima, elementos integrantes do conceito de dolo.

A doutrina pátria leciona: ‘O dolo na injúria, ou seja, a vontade e praticar a conduta, deve vir informado no elemento subjetivo do tipo, ou seja, do *animus infamandi* ou *injuriandi*, conhecido pelos clássicos como dolo específico. Inexiste ela nos demais *animii* (*jocandi*, *criticandi*, *narrandi* etc.) (itens 138.3 e 139.3)’. Tem-se decidido pela inexistência do elemento subjetivo nas expressões proferidas no calor de uma discussão, no depoimento como testemunha etc. A doutrina assenta, ainda, que o propósito de ofender integra o conteúdo de fato dos crimes contra a honra. Trata-se do chamado ‘dolo específico’, que é elemento subjetivo do tipo inerente à ação de ofender. Em consequência, não se configura o crime se a expressão ofensiva for realizada sem o propósito de ofender. É o caso, por exemplo, da manifestação eventualmente ofensiva feita com o propósito de informar ou narrar um acontecimento (*animus narrandi*), ou com o propósito de debater ou criticar (*animus criticandi*), particularmente amplo em matéria política (FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal – Parte especial*; 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 1, p. 221-222.) A jurisprudência da Suprema Corte e da egrégia Corte Especial perfilha o entendimento *supra* delineado, consoante se infere dos seguintes precedentes: Inquérito 1.937 – DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, *DJ* 27/2/2004; *HC* 72.062 – SP, Rel. Min. Celso de Mello, 1^a T., *DJ* 21/11/1997; Apn 360 – MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Corte Especial, *DJ* 25/04/2005; APN 342 – PA, Rel. Min. Ary Pargendler, Corte Especial, *DJ* de 21 de novembro de 2.005 (STJ, Apn 490/RS, Rel. Min. Luiz Fux, CE, *DJe* 25/9/2008).

Desde que proferidas no ardor de discussão, expressões afrontosas não caracterizam injúria, pela ausência do intuito criminoso. Para configurar o delito do art. 140, § 3º, do Código Penal, com efeito, é mister o dolo específico, o *animus injuriandi*, inconciliável com o estado de espírito de quem se empenha em altercação (STF; Rel. Min. Celso de Mello, *Rev. Trim. Jurisp.*, v. 168, p. 853) (TJSP, Queixa-Crime 85398 73000, Rel. Des. Carlos Biasotti, reg. 31/10/2007).

Palavras realmente ofensivas, mas que proferidas em momento de explosão emocional não caracterizam o delito de injúria (TJRJ, Ap. Crim. 2007.050.01885, 4^a Câm. Crim., Rel. Des. Fátima Clemente, j. 11/9/2007).

Caracterização da injúria mesmo diante da veracidade das imputações

Não se exige à caracterização da injúria que as imputações ofensivas à honra subjetiva da vítima sejam falsas. Inclusive as verdadeiras, tal como acontece no delito de difamação, são puníveis pela norma do art. 140 do Código Penal.

Assim, chamar de “burro” alguém que, notoriamente, possui pouca sabedoria configura-se como injúria, não importando a veracidade da imputação.

No caso de injúria, não cabe a exceção da verdade, mesmo sendo a vítima funcionário público, e, no de

difamação, se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções, cabe a *exceptio veritatis*, desde que ela esteja intimamente conexa à questão penal que motivou a propositura da demanda penal (TJMG, Processo: 1.0000.03. 402189-9/000 [1], Rel. José Antonino Baía Borges, pub. 3/8/2004).

Abuso de autoridade e concurso com crime contra a honra

Difamação e injúria. Abuso de autoridade. Conduta praticada por juiz em audiência. Possibilidade de concurso de crimes. A Lei nº 4.898/1965 não pode ser tida como especial em relação aos tipos do Código Penal de difamação e injúria (arts. 139 e 140), porquanto o seu texto não recepcionou todos os casos de agressão à honra das pessoas. O Juiz, na condução da causa, pode praticar tanto abuso de autoridade quanto crime contra a honra, já que no ambiente processual transitam vários sujeitos (partes, testemunhas, advogados, serventuários) e a conduta pode atingi-los de forma intencional diversa, ou seja, a objetividade jurídica da ação pode ser enquadrada em mais de um tipo penal (STJ, REsp. 684532/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T, DJ 14/3/2005, p. 421).

Diferença entre injúria comum e injúria eleitoral

O crime previsto no art. 326 do Código Eleitoral possui nítida simetria com o crime de injúria previsto no art. 140 do Código Penal, mas com este não se confunde, distinguindo-se, sobretudo, pelo acréscimo de elementares objetivas à figura típica, que acabou por resultar em relevante restrição à sua aplicação, refletindo, também por isso, na maior especialização do objeto jurídico tutelado. Na injúria comum, tutela-se a honra subjetiva, sob o viés da dignidade ou decoro individual e, na injúria eleitoral, protegem-se esses atributos ante o interesse social, que se extrai do direito subjetivo dos eleitores à lisura da competição eleitoral. A injúria eleitoral somente se perfectibiliza quando eventual ofensa ao decoro ou à dignidade ocorrer em propaganda eleitoral ou com fins de propaganda (STJ, CC 134005/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, S3, DJe 16/6/2014).

Injúria no Código Penal Militar

Vide arts. 216 e 217 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Injúria no Código Eleitoral

Vide arts. 326 e 327 da Lei nº 4.737/65.

Divulgação de imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso

O art. 105 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, prevê uma pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa para aquele que exibe ou veicula, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso, ou seja, aquele que, de acordo com o art. 1º do mencionado estatuto, tem idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Disposições comuns

Art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de 1/3 (um

terço), se qualquer dos crimes é cometido: I – contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro; II – contra funcionário público, em razão de suas funções; III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.

(Incluído pela Lei nº 10.741, de 1º/10/2003.) **Parágrafo único.** Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

Calúnia, difamação e injúria praticadas contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro

A importância do cargo ocupado por determinadas pessoas faz com que o Estado tente preservá-las ao máximo possível.

O conceito de um Presidente da República, por exemplo, tem repercussão não somente interna, ou seja, no próprio país, como também fora dele, tendo até mesmo o condão de alavancar a economia nacional, ou, por outro lado, prejudicar as relações com outros países.

Merece ser destacado o fato de que o art. 26 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983) também prevê o delito de calúnia ou difamação contra o Presidente da República, nele não fazendo menção ao chefe de governo estrangeiro, uma vez que a finalidade do mencionado diploma legal é a de proteger a integridade territorial, a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito, bem como a pessoa dos chefes dos Poderes da União, conforme se verifica através da leitura do seu art. 1º.

Entretanto, tendo feito previsão da calúnia e da difamação contra o Presidente da República, como diferenciar esses crimes, previstos na Lei de Segurança Nacional, daqueles tipificados no Código Penal, com a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no inc. I do art. 141?

É a própria Lei de Segurança Nacional que traduz o critério de especialização, determinando em seu art. 2º: *Art. 2º Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei:*

I – a motivação e os objetivos do agente;

II – a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.

Assim, quando o crime contra a honra possuir natureza política, por exemplo, que tenha por fim desestabilizar o chefe do Poder Executivo, a fim de abalar o regime democrático, deverá ser aplicada a Lei de Segurança Nacional. Caso contrário, quando tiver tão somente como alvo macular a honra do Presidente da República, sem a conotação anterior, caberá a

aplicação do Código Penal.

Define-se a competência do Juízo Federal quando se atribui ao Presidente da República, funcionário público para fins penais, conduta reprovável, vinculando-a ao exercício de suas funções institucionais, com nítido *animus* de natureza política (STJ, HC 11448/DF, Rel. Edson Vidigal, 5ª T., DJ 1º/8/2000, p. 285).

Calúnia, difamação e injúria praticadas contra funcionário público, em razão de suas funções

Noronha diz que o Código Penal majora “a pena contra a ofensa que se relaciona ao exercício de suas funções; cogita-se, portanto, da *vida funcional*, que deve ser mais fortemente defendida, pois, também, a dignidade da função é aqui atingida. Devem, por isso, a injúria, a difamação ou a calúnia assacadas contra o funcionário relacionar-se ao exercício do cargo que exerce. Se se diz, v.g., que o tesoureiro de certa repartição não passa de vil peculatário, a injúria é qualificada; não assim se se afirma que, em certo dia, ele seduziu determinada donzela: já agora não há qualificação da calúnia, não há aumento de pena”.¹⁰⁴

“É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor em razão do exercício de suas funções” (Súmula nº 714 do STF). A eficácia objetiva da representação, interligada ao princípio da indivisibilidade que vige na ação penal pública, confere ao Ministério Público a possibilidade de atuar prontamente contra todos os envolvidos, ainda que a representação não tenha abrangido todos os autores da infração. Logo, admissível o aditamento à denúncia pelo *Parquet* para fins de inclusão de corréu não constante da representação do ofendido (STJ, RHC 46.646/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 15/04/2016).

Preliminar de inépcia da petição inicial arguida pelo querelado afastada. É que resta assente na jurisprudência deste STJ que nos crimes contra a honra de funcionário público *propter officium*, a legitimidade para o início da persecução é tanto do ofendido, em ação penal privada, quanto do Ministério Público, em ação penal pública condicionada, a teor do disposto no parágrafo único do art. 145 do Código Penal (HC 33.544, MG, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T., DJ 29/4/2004) (STJ, Apn 490/RS, Rel. Min. Luiz Fux, CE, DJe 25/9/2008).

Se qualquer dos crimes contra a honra é cometido na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria

Interpretando a palavra “várias”, chegamos à conclusão de que o Código Penal exige, pelo menos, três pessoas. Isso porque, quando a lei se contenta com apenas duas, ela o diz expressamente, como no caso do art. 155, § 4º, IV; da mesma forma que quando exige um mínimo de quatro pessoas, a exemplo do art. 146, § 1º, utiliza a expressão mais de três pessoas.

A presença de duas pessoas, apenas, além do Querelante e do Querelado, não equivale à de ‘várias’ pessoas, como exigível para o reconhecimento da mesma qualificadora, compreendendo-se, como tal, pelo menos três. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido. Vencido o Des. Luiz Leite Araújo (TJRJ, Ap. Crim. 2006.050.06257, 6ª Câm. Crim., Rel.^a Des.^a Maria Zelia Procopio da Silva, j. 11/10/2007).

Além do fato de ter sido cometido na presença de várias pessoas, o inc. III do art. 141 do Código Penal também aumenta especialmente a pena quando o crime for praticado por *meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria*.

São exemplos desses meios que facilitam a divulgação dos crimes contra a honra o uso de alto-falantes, a distribuição de prospectos (*folders*), escrever os fatos ou as palavras injuriosas em lugares de fácil acesso, como em muros, viadutos, afixação de *outdoors etc.*

Se a calúnia e a difamação forem proferidas contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) acrescentou o inc. IV ao art. 141 do Código Penal.

O mencionado inciso, ao contrário das hipóteses anteriores de aumento de pena, ressalvou o delito de injúria excluindo a possibilidade de alguém ter sua pena majorada em virtude de ter cometido o crime contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, fatos esses que importam na aplicação do § 3º do art. 140 do Código Penal, que prevê a hipótese de injúria qualificada, denominada de preconceituosa.

Para que a pena seja majorada, é preciso que o agente conheça a idade da vítima, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo.

O fato de a vítima ser portadora de deficiência também permite a majoração da pena. O Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, regulamentando a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispôs sobre o apoio à pessoa portadora de deficiência, definiu o conceito de *deficiência*, no inc. I do seu art. 3º.

Tal como a idade, o agente deverá conhecer a deficiência da vítima, sob pena de ser arguido o erro de tipo.

Deverá ser demonstrada nos autos a idade da vítima por meio de documento hábil (certidão de nascimento, documento de identidade etc.), conforme determinação contida no parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, bem como deverá haver prova pericial para fins de aferição da deficiência da vítima.

Se a calúnia, a difamação ou a injúria são cometidas mediante paga ou promessa de recompensa

No caso em exame, alguém é contratado para denegrir a honra da vítima (objetiva ou subjetiva), havendo aumento na pena em virtude da torpeza dos motivos por meio dos quais o agente pratica a infração penal.

Conforme salienta Cesar Roberto Bitencourt, “nos crimes contra a honra, a *paga ou a*

promessa de recompensa é excepcionalmente elevada à condição de *causa de aumento de pena*. Trata-se do chamado *crime mercenário*, que sempre revela maior torpeza do agente, tornando-o merecedor de maior reprovação penal. Nesse caso, em que a pena aplicada deve ser dobrada, mandante e executor respondem igualmente pelo crime com pena majorada. Fundamenta a majoração da pena a vileza do comportamento mercenário dos agentes".¹⁰⁵

No mesmo sentido, afirma Hungria que no crime mercenário contra a honra deveriam responder com a pena duplicada tanto o executor quanto o mandante.¹⁰⁶

Entretanto, tal como no inc. I do § 2º do art. 121 do Código Penal, entendemos que a majorante da paga e da promessa de recompensa somente se aplica ao executor mercenário. Pode, até mesmo, aquele que o contratou ter atuado impelido por um motivo de relevante valor social, sendo-lhe aplicada a circunstância atenuante prevista na alínea *a* do inc. III do art. 65 do Código Penal.

Imagine-se a hipótese daquele que, impedido de participar de determinada solenidade, na qual estaria presente um político corrupto, contrate alguém para que expresse sua indignação, ofendendo-lhe a honra subjetiva. Embora incomum, não podemos dizer que o mandante tenha agido impelido por um motivo torpe, característica da paga ou da promessa de recompensa, mas, sim, desejando que fosse exteriorizado um sentimento nacional, em que a nação, indignada com os atos praticados pelo mencionado político corrupto, iria até mesmo se solidarizar com o agente.

Exclusão do crime

Art. 142. Não constituem injúria ou difamação punível: I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador; II – a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; III – o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único. Nos casos dos nº I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

Natureza jurídica

Damásio afirma serem *causas especiais de exclusão da antijuridicidade*.¹⁰⁷ No mesmo sentido, Cesar Roberto Bitencourt, embora reconhecendo a divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica das mencionadas causas, preferindo denominá-las de *causas especiais de exclusão de crime*, esclarece: "Há grande divergência na doutrina sobre a *natureza jurídica* das hipóteses relacionadas neste dispositivo sobre a *imunidade penal* ou *excludente de crime*.

A doutrina tem-se referido à natureza dessas excludentes ora como *causas de exclusão de pena*, subsistindo, portanto, a estrutura criminosa da conduta; ora como *causas de exclusão da antijuridicidade*, quando subsistiria a tipicidade do fato, sendo, excepcionalmente, afastada somente a contrariedade ao direito em razão dessas circunstâncias que legitimariam a ação; e, finalmente, como *causas de exclusão da tipicidade*, ante a ausência do *animus vel diffamandi*, que não ignora, porém, a possibilidade da exclusão da ilicitude do fato. Na verdade, as duas últimas acepções praticamente se confundem ou se complementam.”¹⁰⁸

Na verdade, podemos visualizar naturezas jurídicas diferentes em cada um dos incisos previstos no art. 142 do Código Penal. Em determinadas situações, como na hipótese do inc. I, pode o agente, na discussão da causa, ter proferido palavras que tenham por finalidade macular a honra subjetiva da vítima, não se podendo falar, aqui, em exclusão do dolo, eliminando a tipicidade do fato, mas, sim, em causas que afastam a punibilidade do agente, por questões de política criminal.

Em outras, a exemplo do que ocorre com os incs. II e III, pode o agente não ter atuado com o *animus injuriandi vel diffamandi*, afastando-se, outrossim, o seu dolo e, consequentemente, a própria tipicidade.

Exclusão do crime de calúnia

A lei penal somente ressalva a *injúria* e a *difamação*, não incluindo em suas disposições o crime de *calúnia*.

Ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador

O inc. I do art. 142 do Código Penal cuida da chamada *imunidade judiciária*. Para que possamos compreendê-la melhor, é preciso dissecar o inc. I, com o objetivo de analisar cada uma das situações por ele exigidas, vale dizer: *a) que a ofensa tenha sido levada a efeito em juízo; b) que tenha relação com a discussão da causa; c) deve ter sido proferida pela parte ou por seu procurador*.

Ofensa irrogada em juízo é aquela produzida perante qualquer autoridade judiciária, logo após aberta a audiência ou sessão. Pode, portanto, a ofensa, de acordo com o que deixamos antever, ser proferida perante um juízo monocrático ou mesmo colegiado, a exemplo do que ocorre com as sessões realizadas nos tribunais. O fundamental é que a audiência ou sessão tenha tido início. Assim, se alguém, no corredor do Fórum, antes de iniciada a audiência para a qual todos estavam convocados, chama o autor da ação penal de aproveitador e desonesto, pois que, segundo o agente, a vítima buscava uma vantagem, por meio da ação judicial, que não lhe era devida, tal fato não será acobertado pela imunidade judiciária.

Pode ser realizada, também, *intra-autos*, ou seja, por escrito, nos autos de um processo qualquer.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado afirma: “É imperioso que a ofensa irrogada em juízo, oralmente (v.g. debates, interrogatórios, sustentação de recurso etc.), ou por escrito (v.g., petição, alegações finais, memorial, razões de recurso etc.), tenha conexão com o objeto do litígio ou controvérsia.”¹⁰⁹

Além de a obrigatoriedade da ofensa ser irrogada *em juízo*, deve estar ligada à *defesa da causa*, ou seja, deve ter ligação com os fatos que estão sendo discutidos em juízo. Assim, o fato de chamar alguém de *aproveitador e desonesto*, na defesa que se faz por conta de uma ação de cobrança que o agente entende como indevida, pode estar acobertado pela imunidade judiciária, haja vista a sua ligação com a causa em litígio; ao contrário, dizer que a vítima é “corno”, pois que sua mulher tem o hábito de sair com qualquer pessoa que conhece, não tem a menor ligação com a ação de cobrança, razão pela qual o agente deverá responder pelo crime contra a honra.

Finalmente, a última exigência legal é que a ofensa seja proferida pela parte ou por seu procurador. Fragoso esclarece os conceitos de parte e de procurador afirmando: “Por parte entende-se qualquer dos sujeitos da relação processual (autor, réu, assistente, oponente, listisconsorte e inclusive os interessados em falência e inventário e o Ministério Público). Procuradores são os profissionais que recebem mandato para representação judicial das partes.

A ofensa pode ser praticada impunemente contra qualquer pessoa, mesmo estranha ao litígio, desde que tenha alguma relação com os fatos que constituem o objeto da ação.”¹¹⁰

O § 2º do art. 7º do Estatuto da Advocacia, indo mais além do que o inc. I do art. 142 do Código Penal, determina: § 2º *O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.*

O fato de ter estendido a imunidade profissional ao delito de desacato trouxe sérias críticas ao mencionado parágrafo, fazendo com que fosse proposta ação direta de constitucionalidade perante o STF (ADI nº 1.127-8), tendo essa Corte, concedendo o pedido de liminar, suspendido a eficácia do termo desacato em 6 de outubro de 1994. Em 17 de maio de 2006, o Plenário do STF declarou a constitucionalidade da expressão “ou desacato”, afastando, definitivamente, a discussão sobre o tema.

Há quatro situações que merecem análise mais detida no que diz respeito àquele que profere as ofensas ou contra quem elas são irrogadas: *a) ofensa irrogada contra o juiz da causa;*

b) ofensa irrogada contra o Ministério Público; c) ofensa irrogada pelo juiz da causa;

*d) ofensa irrogada pelo Ministério Público, que atua na qualidade de *custos legis*.*

A imunidade profissional de que trata o art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94 está longe de ser absoluta. Não há falar em cometimento de eventuais atos ilícitos sob o amparo da imunidade. Reações incompatíveis com a dignidade profissional, que atentem contra os regramentos vigentes, que visam ao exercício regular e legítimo da profissão, não hão de ser acobertados pela garantia do Estatuto da Advocacia (Precedentes) (STJ, RHC 45.167/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 25/06/2015).

Embora a imunidade do advogado, no exercício de suas funções, incida somente sobre os delitos de injúria e de difamação, para a configuração de quaisquer das figuras típicas dos crimes contra a honra faz-se necessária à intenção de ofender o bem jurídico tutelado, o que não se afigura ter ocorrido na hipótese ora examinada (STJ, Rcl. 15574/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, S3, DJe 15/4/2014).

A imunidade profissional de que gozam os advogados, prevista no artigo 133 da Constituição Federal, não é absoluta, encontrando limites na Lei, não acobertando manifestações excessivas e desnecessárias que extrapolam os limites da discussão da causa (TRF 2ª R., HC 2009.02.01.018170-1, Rel. Juiz Fed. Conv. Júlio Emílio Abranches Mansur, DJU 3/2/2010, p. 61).

A imunidade prevista no art. 133 da *Lex Maxima*, no art. 142, I, do Código Penal e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994 não abrange o crime de calúnia (Precedentes do STF e do STJ). Quanto à suposta ocorrência de injúria e difamação, as expressões tidas por ofensivas, e que serviram como supedâneo à pretensão punitiva, foram irrogadas em juízo e estão, inquestionavelmente, relacionadas com a causa em discussão, encontrando-se, assim, amparadas pela imunidade judiciária (STJ, HC 90733/AL, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 2/2/2009).

Ainda que se entenda que o preceito do art. 142, I, do Código Penal, abrange as ofensas irrogadas ao Magistrado da causa, em virtude do disposto no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), e no art. 133 da Carta Magna, tal imunidade não é absoluta, dela se excluindo ‘atos, gestos ou palavras que manifestamente desbordem do exercício da profissão, como a agressão (física ou moral), o insulto pessoal e a humilhação pública’ (STF, AO 933/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 6/2/2004) (STJ, HC 71407/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 3/11/2008).

Injúria e difamação feitas na discussão da causa excluem a ilicitude do crime, estando o procurador e a parte protegidos por tal imunidade (art. 142, I, do CP) (TJMG, Processo 1.0024.04. 455289-1/001[1], Rel. Maria Celeste Porto, pub. 12/5/2007).

Ofensa irrogada contra o juiz da causa

Pode a parte ou seu procurador, na defesa da causa, discutir entre si ou, ainda, o que não é incomum, ser o juiz da causa também envolvido nessa discussão. Não podemos negar que, infelizmente, existem juízes arrogantes que mais parecem ditadores do que magistrados. Pode ocorrer que, na defesa da causa, a parte ou seu procurador ofenda o julgador, praticando os crimes de difamação e/ou injúria. Poderá, nesses casos, ser erigida em favor da parte ou de seu procurador a imunidade judiciária?

Entendemos que sim, uma vez que a lei penal não faz qualquer distinção, exigindo tão somente que seja *na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador*. Pode-se, como é cediço, discutir a causa não somente com a parte adversa ou seu procurador, como também com o juiz. Poderá estar ocorrendo uma arbitrariedade gritante praticada pelo julgador,

podendo a parte ou seu procurador, na defesa da causa, tentar impedir o ato abusivo. No calor da discussão, se vier, em tese, a praticar difamação ou injúria contra o magistrado que tenha relação com a causa, o fato estará abrangido pela imunidade judiciária.

Assim, por exemplo, se o julgador impede que uma testemunha fundamental à elucidação dos fatos seja ouvida em juízo sem que tenha, para tanto, qualquer motivo razoável, se a parte ou seu procurador, tentando demover o juiz dessa ideia, depois de esgotados todos os argumentos, chamar o juiz de arbitrário e ditador, não poderá responder pelo delito de injúria.

Embora aduzindo a regra de que a imunidade não cobre a ofensa dirigida ao magistrado, com a qual não concordamos, Heleno Fragoso preleciona: “É fácil compreender os excessos de linguagem que os advogados acaso utilizem, ao profligar graves desvios praticados pelas autoridades judiciárias, no cumprimento de seu dever. E isso poderá chegar ao ponto máximo, se todo o juízo se transforma num jogo de cartas marcadas, em que de nada vale a prova, nem o direito, nem a justiça, julgando e condenando os juízes a penas iníquas, os justos e os inocentes, sem qualquer pudor, para atender a interesses que nada têm a ver com os valores supremos que todos perseguimos na realização da justiça.

Somos, os advogados, em tais circunstâncias, os sacerdotes de um culto profanado. E é compreensível que não consigamos sopitar a *justa ira*, que atingiu ao próprio Cristo ao expulsar os vendilhões do templo. O dever de respeito, de lealdade e de exatidão que temos para com os juízes é o respeito mesmo que devemos à obra da justiça e à grande instituição de que os magistrados são os representantes [...]. Não dispensa, portanto, a retidão, a honestidade de propósitos, a compostura e a seriedade dos magistrados, no exercício de suas funções quase divinas. Não merece respeito o juiz corrupto e venal; o juiz covarde ou pusilânime; o juiz que recebe ordens e determinações ou atende aos peditórios e solicitações, abandonando a independência e a imparcialidade, que caracterizam a judicatura.”¹¹¹

Hungria não aceitava qualquer ofensa dirigida à autoridade judiciária, mesmo que na discussão da causa, dizendo: “As partes ou respectivos patronos não podem ofender impunemente a autoridade judiciária ou aqueles que intervêm na atividade processual em desempenho de *função pública*. Acima do interesse da indefinida amplitude de defesa de direitos em juízo está o respeito devido à função pública, pois, de outro modo, estaria implantada a indisciplina no foro e subvertido o próprio decoro da justiça.”¹¹²

Entendemos a preocupação de Hungria, contudo não podemos deixar de encarar a realidade dos fatos no que diz respeito à existência de abusos, de arbitrariedades, enfim, de todo tipo de comportamento humano de que são acometidos os magistrados e que causam, como bem destacou Fragoso, um sentimento de revolta nas pessoas que lhe estão sendo submetidas.

É certo que a imunidade judiciária não pode, também, acobertar abusos e indisciplinas sem

sentido. O advogado que ofender o juiz, por exemplo, pelo simples fato de ele ter feito uma pergunta que não tinha a menor relevância para o desfecho da causa não pode estar acobertado pela imunidade. A imunidade judiciária, quando erigida contra o julgador, é tomada como um escudo de que a parte e/ou o seu procurador se utilizam para que tenham a liberdade de trazer à luz os atos abusivos, como gênero, do julgador. Caso isso não ocorra, não poderá alegá-la pelo simples fato de arguir que as ofensas foram irrogadas na discussão da causa.

A imunidade do advogado não é limitada subjetivamente quanto à ofensa irrogada contra magistrado, porque inexiste no ordenamento jurídico tal restrição, entendimento que, com maior rigor, deve prevalecer após a nova ordem constitucional que instituiu a imunidade profissional, mais abrangente que a imunidade judiciária. Embora excessiva, desnecessária e censurável a manifestação do advogado em face da conduta do magistrado, se verificada no contexto da discussão da causa e mediante provação do juiz do feito quanto à sua atuação, impõe-se o reconhecimento da inviolabilidade profissional (STJ, *RHC* 14166/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., *RDR* 32, p. 442).

A inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, pressupõe trabalho desenvolvido com veemência e vigor, sempre respeitando, no entanto, a reputação, a dignidade e o decoro das pessoas. Ofensas ao magistrado extrapolam os limites traçados pelo legislador quanto ao exercício regular e legítimo da advocacia (STJ, *HC* 14675/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6^a T., *DJ* 13/8/2001, p. 285).

A imunidade judiciária contemplada no art. 133 da Constituição Federal e no art. 142, inc. I, do Código Penal não abrange a ofensa irrogada ao juiz da causa, bem como não alcança o crime de calúnia, mas tão somente a injúria e a difamação. Quanto a estes, tal imunidade não se reveste de caráter absoluto, não abrangendo ofensas pessoais que não guardem relação com a discussão da causa, nem imputação de crime, como ocorreu no caso. Inviável apreciar a alegação de que o causídico não teria atuado com o *animus* de ofender a honra alheia, porquanto não é o *habeas corpus* instrumento hábil para se aferir o elemento subjetivo da infração (STJ, *RHC* 9847/BA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5^a T., *RSTJ* 160, p. 417).

Ofensa irrogada contra o Ministério Público

O Ministério Público pode ocupar a posição de parte na relação processual ou assumir a postura de fiscal da lei (*custos legis*).

Entendemos que a parte ou seu procurador poderá arguir a imunidade judiciária se, na discussão da causa, vier a difamar ou a injuriar o representante do Ministério Público, não importando a posição que este ocupe, isto é, se parte ou fiscal da lei.

Deve ser levado a efeito, aqui, o mesmo raciocínio que fizemos quando analisamos a possibilidade de ofensa irrogada contra o juiz da causa, com o mesmo alerta de que a imunidade judiciária não significa *impunidade pelos abusos cometidos pela parte ou por seu procurador*.

Se, por exemplo, do nada, o procurador da parte, durante a defesa da causa, chamar de *preguiçoso* o representante do Ministério Público simplesmente com a finalidade de offendê-lo, sem que para tanto tenha tido qualquer motivo justificado, entendemos que não poderá ser beneficiado com a imunidade judiciária.

Isso porque, conforme já salientamos acima, a ofensa deve ter uma ligação direta com a causa que está *sub judice*, não abrigando meros impropérios gratuitos e sem sentido.

A própria imunidade, por exemplo, do advogado, ou seja, do procurador da parte, aquele que é encarregado de sua defesa técnica, encontra limites na Constituição Federal, pois que o seu art. 133 diz o seguinte: *Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

É no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) que o advogado encontrará os limites que está obrigado a respeitar.

Apelado que, em petição dirigida ao Supremo Tribunal Federal, ataca com palavras de cunho altamente ofensivo a honra de Promotor de Justiça, chamando-o de inescrupuloso, prevaricador e maquiavélico. Decreto absolutório em dissonância com a prova dos autos. Condenação que se impõe. Atribuição de conduta criminosa a agente público, no exercício de sua função: calúnia configurada. Insatisfação do apelado com a cobrança de pedágio da Linha Amarela não o autoriza a assacar aleivosias contra a honra de Promotor de Justiça que, em promoção de arquivamento lançada em autos, manifestara-se no sentido de ser ininteligível petição elaborada pelo aqui apelado. Ofensas também dirigidas à instituição do Ministério Público. Autoria admitida (TJRJ, Ap. Crim. 2007.050.05771, 4ª Câm. Crim., Rel. Des. Gizelda Leitão Teixeira, j. 19/2/2008).

Sendo a ofensa irrogada circunscrita à representação de ofício, com o fim de discutir-se punição administrativa à Procuradora da República, há de ser reconhecida a imunidade profissional, porquanto a peça dita agressiva à honra nada mais é do que o preâmbulo da manifestação atinente a fato cuja atuação do causídico proponente tem sua razão única de ser. Guardando a promoção os limites do razoável, no sentido da pretensão correicional administrativa, não há motivo para assinalar qualquer excesso punível. A possibilidade de ter sido indicada a ofensa fora de juízo não retira a imunidade do profissional, porquanto a nova disposição legal, art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994, regulamenta a garantia constitucional, acrescendo referir que a ofensa irrogada, não se dera em juízo, mas em sede representação de ofício junto ao órgão do Ministério Público (STJ, HC 26176/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ªT, DJ 29/3/2004, p. 257).

Ofensa irrogada pelo juiz da causa

O art. 360 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) traduz os poderes, e também alguns deveres, dirigidos aos magistrados para que possam conduzir com ordem, segurança e urbanidade necessários ao bom andamento das audiências, dizendo: Art. 360. O juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe: I – manter a ordem e o decoro na audiência;

II – ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconveniente; III – requisitar, quando necessário, força policial; IV – tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo; V – registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência.

Pode, outrossim, aquele que possui o dever de tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que

participe do processo, abusar do seu próprio poder na condução dos trabalhos, e ofender a parte ou seu procurador, proferindo palavras ou frases das quais se extraiam os crimes de difamação ou/injúria. Estaria o julgador também acobertado pela imunidade judiciária?

A resposta só pode ser negativa. Não poderá o juiz, justamente aquele que tem o dever/poder de conduzir os trabalhos na audiência, ignorar essa sua função, de extrema importância, para se deixar influenciar pelo calor das discussões. Sua condição de julgador o afasta da imunidade prevista no inc. I do art. 142 do Código Penal, que é tão somente dirigida àqueles que gozam do *status* de parte ou de seu procurador, razão pela qual deverá eventualmente responder pelos delitos contra a honra praticados durante os seus atos.

Ofensa irrogada pelo Ministério Público, que atua na qualidade de *custos legis* Se o representante do Ministério Público atua como parte na relação processual, seja ela civil ou penal, estará abrigado pela imunidade judiciária.

Contudo, se atuar no feito na qualidade de fiscal da lei, não mais poderá arguir a mencionada imunidade, pois que, nessa condição, foge aos conceitos de parte e de seu procurador, determinados pelo inc. I do art. 142 do Código Penal.

Guilherme de Souza Nucci, nesse sentido, afirma: “O representante do Ministério Público somente pode ser inserido no contexto da imunidade judiciária (como autor ou como vítima da ofensa) quando atuar no processo como parte. Assim é o caso do Promotor de Justiça que promove a ação penal na esfera criminal. Se ele ofende a parte contrária ou for por ela ofendido, não há crime. Entretanto, não se considera *parte*, no sentido da excludente de ilicitude, que se refere com nitidez à ‘discussão da causa’, o representante do Ministério Público quando atua como *fiscal da lei*. Neste caso, conduz-se no processo imparcialmente, tal como deve fazer sempre o magistrado, não devendo ‘debater’ a sua posição, mas apenas sustentá-la, sem qualquer ofensa ou desequilíbrio.”¹¹³

A opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequivoca a intenção de injuriar ou difamar

A crítica é algo que, se não for favorável, quase sempre desagrada às pessoas, chegando, muitas vezes, em razão da sua contundência, a ser considerada uma ofensa contra aquele em virtude do qual é proferida.

Entretanto, o Código Penal, por intermédio do inc. II do art. 142, ressalva a possibilidade de ocorrer uma opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, sem que isso possa se configurar em difamação ou injúria, a não ser nos casos em que for evidente a intenção do agente de macular a honra da vítima, praticando, outrossim, os delitos de difamação e/ou injúria.

Nossa opinião é de que o inc. II do art. 142 do Código Penal possui a natureza de causa

que exclui a tipicidade penal, uma vez que o agente que atua na condição de crítico literário, artístico ou científico não atua com *animus injuriandi vel diffamandi*.

O conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício

Quando o funcionário relata fatos, mesmo que emitindo conceitos desfavoráveis, o faz em benefício da Administração Pública, sendo seu dever de ofício relatar tudo com a maior fidelidade possível, não deixando de informar tudo aquilo que seja do interesse da Administração Pública, mesmo que com seus conceitos venha a, aparentemente, macular a honra objetiva, ou mesmo a honra subjetiva das pessoas.

Trata-se, portanto, de causa de justificação, que exclui a ilicitude do fato, em razão do estrito cumprimento do dever legal.

Nesse sentido, afirma Fragoso: “Também não há crime se o funcionário público emite conceito injurioso ou difamatório sobre alguém, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício. A hipótese é de cumprimento de dever legal, que exclui a antijuridicidade da ação.”¹¹⁴

Deve o funcionário, no desempenho de sua função pública, estar acobertado com a imunidade penal, para que possa livremente emitir opiniões e prestar informações do interesse público, sem o risco de sujeitar-se a processo penal. A concorrência do *animus infamandi* é irrelevante. É indispensável que se trate de ato praticado no cumprimento de dever funcional, ou seja, no desempenho de suas funções legais, dentro das atribuições do funcionário.”¹¹⁴

Possuindo a natureza de causa que afasta a ilicitude do fato, não haverá crime, portanto, por parte do funcionário público que atuar nessa condição.

Palavras que, em tese constituem injúria, proferidas por magistrado em relação a colega, em sessão reservada para apreciar conduta do ofendido, como resultado de acerba discussão, não tipifica a injúria (art. 140 do CP), devendo ser reconhecida a excludente do art. 142, III, do CP (STJ, Apn. 101/ES, Rel. Min. William Patterson/CE, RT 752, p. 533).

Agente que dá publicidade à difamação ou à injúria, nos casos dos incs. I e III do art. 142 do Código Penal

Isso significa que não está acobertado pelas imunidades catalogadas nos mencionados incisos aquele que, tomando conhecimento da difamação e/ou da injúria, dá publicidade a elas.

Na verdade, o agente que dá publicidade à difamação ou à injúria pratica um delito autônomo de difamação ou injúria.

Imunidade parlamentar

As críticas tecidas por deputados estaduais da tribuna da Assembleia Legislativa ao desempenho de função

pública exercida por outro deputado constituem condutas atípicas, por mais acerbas e violentas, por estarem investidos de imunidade parlamentar material, que lhes confere o art. 53 da CRFB/1988, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 35, de 20/12/2001 (TJRJ, Queixa-Crime 2006.067.00006, órgão especial, Rel. Des. Manoel Alberto, j. 20/8/2007).

Retratação

Art. 143. O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

Parágrafo único. Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.

Retratação

Cuida-se, *in casu*, de causa de extinção da punibilidade, prevista expressamente no art. 107, VI, do Código Penal.

Da redação do *caput* do mencionado artigo, destacamos dois pontos fundamentais. Inicialmente, a retratação somente pode ser levada a efeito nos delitos de calúnia e difamação, não sendo possível no tocante à injúria.

O ofensor tem oportunidade de se retratar de forma cabal dos crimes de calúnia e difamação até a sentença, quando ficará isento de pena (TJRJ, Ap. Crim. nº 2002.050.02207, Rel. Des. João Antônio, j. 8/8/2002).

Isso porque, neste caso, a retratação pode ter um efeito mais devastador do que a própria injúria. A retratação sarcástica, por exemplo, pode ter uma repercussão muito mais humilhante do que a injúria inicial.

Assim, imagine-se a hipótese daquele que foi ofendido em sua honra subjetiva, tendo sido chamado de *homossexual* pelo agente. Após o início da ação penal, o querelado, procurando se retratar, diz que, na verdade, a vítima é o maior *machão* que já surgiu na história, ou, ainda, na hipótese de o agente ter afirmado que a vítima era um analfabeto inculto e, em sede de retratação, desdizer-se, afirmando, agora, que se cuida da pessoa com conhecimento e cultura equiparáveis a Rui Barbosa.

O segundo detalhe importante do mencionado artigo diz respeito ao fato de que somente pode haver retratação até antes da publicação da sentença. Estando ainda os autos conclusos com o julgador para que possa proferir sua decisão, não tendo esta sido, ainda, publicada em cartório, poderá o querelado retratar-se cabalmente da calúnia e da difamação, ficando, assim, isento de pena.

Se for considerada extemporânea a retratação, na hipótese, por exemplo, de já ter sido publicada a sentença condenatória, poderá ainda o querelado retratar-se em grau de recurso,

permitindo, assim, que com esse seu comportamento possa ser aplicada a circunstância atenuante prevista pela alínea *b* do inc. III do art. 65 do Código Penal.

Em 11 de novembro de 2015, foi publicada a Lei nº 13.188, que dispôs sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, inserindo um parágrafo único ao art. 143 do Código Penal, que diz que *nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.*

Aqui, portanto, caso a calúnia ou a difamação tenham sido cometidas através de meios de comunicação, para que a retratação do querelado produza os efeitos previstos no *caput* do art. 143 do diploma repressivo, ou seja, para que conduza à isenção de pena, com a consequente extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, VI, do mesmo estatuto penal, se for da vontade do ofendido, deverá ser levada a efeito pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.

Assim, por exemplo, se a calúnia ou a difamação foi publicada em um jornal impresso, de circulação nacional, ou mesmo em um programa de televisão, a retratação deverá ser neles veiculada.

Nesse sentido, determinam os arts. 2º e 4º da Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015.

O reconhecimento desse erro por parte do jornalista e a publicação de texto retificador configuram a retratação da matéria antes publicada, o que isentaria o recorrido da pena do crime de difamação, com consequente extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, inc. VI, do Código Penal. O fato de a retratação ter se dado um mês após a nota original em nada impede os seus efeitos, uma vez que o prazo legal se encerra apenas com a publicação de eventual sentença condenatória, nos termos do art. 143 do Código Penal (TJ-RJ, RSE 0436352-59.2015.8.19.0001, Rel. Des. Antonio Eduardo Ferreira Duarte, DJe 21/09/2016).

Para os Tribunais Superiores, a retratação, prevista no art. 143 do CP, é restrita à ação penal privada relativa aos crimes de calúnia e de difamação, não se aplicando quando a pretensão punitiva é veiculada mediante ação penal pública condicionada e visa preservar a integridade dos órgãos estatais no exercício de suas funções (Precedentes: STJ: RESP nº 60.048/DF, STF: RHC nº 61.303/SP). Nos casos de ação penal pública incondicionada, a retratação não isenta de pena nem extingue a punibilidade do agente (TRF 5ª R., RSE 1346, Proc. 2007.81.03.001674-7, CE, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, DJETRF5 12/2/2010).

Consoante o art. 143 do CP, o crime de calúnia é passível de retratação, que por sua vez extingue a punibilidade. A retratação não depende de formalidade essencial, devendo ser feita antes da sentença e registrada nos autos, como ocorreu no caso em tela em relação à recorrente. Independente também da aceitação do ofendido (TJPE, ACR 0174460-5, Rel. Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, DJEPE 13/11/2009).

É incabível a retratação nos crimes contra a honra praticados contra funcionário público, em razão de suas funções, por ser ação penal condicionada (STJ, RHC 6718/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., RT 751, p. 554).

Nos termos do art. 143 do Código Penal, a retratação, para gerar a extinção da punibilidade do agente, deve ser cabal, ou seja, completa, inequívoca. No caso, em que a ofensa foi praticada mediante texto veiculado na internet, o que potencializa o dano à honra do ofendido, a exigência de publicidade da retratação revela-se

necessária para que esta cumpra a sua finalidade e alcance o efeito previsto na lei (STJ, REsp. 320958/RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 22/10/2007, p. 343).

Art. 144. Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.

Pedido de explicações

O *pedido de explicações* diz respeito a um procedimento anterior ao início da ação penal de iniciativa privada. Pode ocorrer que o agente, embora não afirmado fatos ofensivos à honra da vítima, deixe pairar no ar alguma dúvida, valendo-se de expressões equívocas, com duplo sentido *etc.*

Diz Aníbal Bruno: “Pode a ofensa dissimular-se na dubiedade de certos termos ou na significação equívoca das expressões empregadas, ficando incerto, assim, o próprio conteúdo da ofensa ou a indicação do seu destinatário. Age o agressor perfidamente, encobrindo o que procurava exprimir, ou envolvendo-o em frases duvidosas, para excitar a atenção dos outros e dar mais efeito ao seu significado injurioso.

Sendo assim ambígua a expressão da ofensa, pode quem se julga por ela atingido pedir explicações em juízo. Se o acusado se recusa a dá-las ou as dá de maneira não satisfatória, responde pela ofensa.”¹¹⁵

Dessa forma, antes mesmo de ingressar em juízo com a queixa-crime, o Código Penal faculta à vítima, como medida preliminar, vir a juízo pedir explicações.

Pode ser que o agente, supostamente autor de um crime contra a honra, não queira se explicar nessa medida preliminar. Embora, pela redação do art. 143 do Código Penal, pareça que o agente será condenado pela ofensa que praticou, caso não se explique em juízo, ou mesmo se explicando, não o fazendo satisfatoriamente, na verdade isso não importará em confissão ou mesmo em uma condenação antecipada.

Deverá, caso a vítima ingresse em juízo com a queixa, ser procedida a normal instrução processual, com todos os princípios inerentes ao devido processo legal, para que, ao final, comprovado que a expressão dúbia tinha por finalidade macular a honra da vítima, condenar-se o agente pelo delito cometido – calúnia, difamação ou injúria.

Poderá, da mesma forma, ser absolvido se restar demonstrado que nada fez com a finalidade de atingir a honra da vítima.

Se, ao contrário, o agente resolver explicar-se em juízo e, em virtude disso, dissipar a dúvida com relação aos termos e expressões dúbias por ele utilizados que, em tese, maculariam a honra da vítima, restará afastado o seu dolo, eliminando-se, consequentemente, a infração penal a ele atribuída.

Cesar Roberto Bitencourt ainda alerta para o fato de que “o *juízo de equivocidade* é do próprio ofendido e não do juiz que processa o pedido de explicações. Aliás, o juiz não julga nem a equivocidade das palavras que podem ter caráter ofensivo nem a recusa ou a natureza das explicações apresentadas. A *competência* para avaliar (julgar, neste caso, parece-nos uma expressão muito forte) a *eficácia* ou *prestabilidade* das explicações será do juiz da eventual ação penal, quando esta for proposta e se for. Na realidade, o juiz não julga a natureza das explicações ou a sua recusa, mas, havendo o oferecimento da peça preambular da ação penal (denúncia ou queixa), num exame prévio sobre a (in)existência de *justa causa*, avaliará se as explicações atendem os postulados do art. 144. Concebendo-as como satisfatórias, rejeitará a queixa ou a denúncia; o mesmo deverá ocorrer com eventual recusa do interpelado, que silencia”.¹¹⁶

Finalmente, não existe procedimento específico para o pedido de explicações que venha determinado pelo Código de Processo Penal ou mesmo pelo Código Penal, razão pela qual se tem entendido que o pedido deve ser encaminhado a uma das Varas Criminais competente para o julgamento da ação penal, adotando-se aqui, segundo o magistério de Cesar Roberto Bitencourt,¹¹⁷ o procedimento previsto no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), relativo à notificação e à interpelação, nos termos dos arts. 726 a 729.

O pedido de explicações constitui típica providência de ordem cautelar, destinada a aparelhar ação penal principal tendente a sentença penal condenatória. O interessado, ao formulá-lo, invoca, em juízo, tutela cautelar penal, visando a que se esclareçam situações revestidas de equivocidade, ambiguidade ou dubiedade, a fim de que se viabilize o exercício futuro de ação penal condenatória. Dessa forma, por não se tratar de ação penal, o pedido de explicações deve tramitar no juízo de 1º grau, porém, se eventualmente houver a propositura de uma ação penal, aí sim em razão do foro da parte interpelada, é que deverá ser analisado por este e. Tribunal de justiça (TJMT, Rec. 130603/2009, Rel. Des. Evandro Stábile, DJMT 7/6/2010, p. 5).

A interpelação judicial do art. 144 do CP não constitui etapa necessária para o ajuizamento de ação penal nos crimes contra a honra, traduzindo-se, isto sim, em faculdade legal, sujeita à discrição do próprio ofendido, de pedir explicações ao autor de frase, referência ou alusão reputada dúbia ou equívoca, o que denota seu caráter de medida cautelar preparatória à instauração de eventual ação penal (Precedentes do Pretório Excelso). Assim, deve ser classificada como instrumento processual cujo ônus recai sobre o próprio ofendido, pois, tratando-se de expressões efetivamente dúbias ou equívocas, sua não utilização implicará em possível rejeição da queixa ou denúncia (STJ, HC 90.733, Proc. 2007/0219119-6, AL, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJE 2/2/2009).

Habeas corpus. Descabimento contra pedido de explicações apoiado no art. 144 do Código Penal. Tratando-se de medida meramente preparatória de eventual e futura ação penal, sem potencialidade para acarretar, de si mesma, qualquer condenação ou restrição a liberdade de locomoção do notificado, inviável é o *habeas corpus* para atacá-la (STJ, RHC 2506/RJ, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª T., RT 704, p. 387).

Foro Privilegiado

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o pedido de explicações somente deve ser processado perante este Tribunal quando a autoridade apresentar prerrogativa de foro *ratione munieris*. A medida em causa não assume natureza de interpelação criminal judicial, o que a qualificaria como típica medida preparatória de futura ação penal referente a delitos contra a honra (STF, Pet-AgR 4076/DF, Tribunal pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29/11/2007).

Art. 145. Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do *caput* do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código.

(*Redação dada pela Lei nº 12.033, de 29/9/2009.*) É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor em razão do exercício de suas funções” (Súmula nº 714 do STF). A eficácia objetiva da representação, interligada ao princípio da indivisibilidade que vige na ação penal pública, confere ao Ministério Público a possibilidade de atuar prontamente contra todos os envolvidos, ainda que a representação não tenha abrangido todos os autores da infração. Logo, admissível o aditamento à denúncia pelo *Parquet* para fins de inclusão de corréu não constante da representação do ofendido (STJ, RHC 46.646/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 15/04/2016).

A Lei nº 12.033, de 29 de setembro de 2009, que alterou o parágrafo único do art. 145, §3º, do Código Penal, se trata de uma norma processual penal com efeitos materiais, a disciplinar aspecto sensivelmente ligado ao *jus puniendi* – natureza da ação penal – não se aplicando o primado do *tempus regit actum*, previsto no art. 2º do Código de Processo Penal, porquanto não se pode quebrantar a garantia inserta no Código Penal, de que a *lex gravior* somente incide para fatos posteriores à sua edição, e, no caso, como indevidamente o *Parquet* ofereceu denúncia, em caso em que era cabível queixa, e, transposto o prazo decadencial de seis meses para o ajuizamento desta, tem-se como fulminada a persecução penal, devendo ser extinta a punibilidade do ora réu, com fulcro nos artigos 61 do Código de Processo Penal, e 107, inciso IV, do Código Penal (TJPR, Processo 1127204-5, Rel. Des. Laertes Ferreira Gomes, DJe 30/4/2014).

A ofensa à honra do servidor público em razão do exercício do cargo implica ofensa a outro bem jurídico relevante, além da honra pessoal do ofendido. o prestígio e a credibilidade da Administração Pública. Neste caso, a ação penal passa a ser pública condicionada à representação e não admite a retratação do ofensor como causa de extinção da punibilidade, haja vista que os efeitos do delito ultrapassam os interesses privados em conflito para adentrarem a órbita do próprio Estado, maior interessado em zelar pela lisura e confiabilidade de seus agentes. Retratar-se implica desdizer o dito anteriormente, admitindo a inveridicidade da imputação difamatória ou caluniosa, o que equivale a confessar o erro. A retratação anterior à sentença na ação pública

condicionada à representação não vale como causa extintiva da punibilidade, mas equivale à confissão espontânea e justifica a atenuação da pena na segunda fase da dosimetria (TJDF, Rec. 2005.03.1.000706-0, Rel. Des. George Lopes Leite, *DJDFTE* 2/7/2010, p. 146).

A alteração da redação do parágrafo único do art. 145 do CP, dada pela Lei nº 12.033, de 29/9/2009, que tornou o crime do art. 140, § 3º, do CP de ação penal pública condicionada à representação não pode ser aplicada, no caso concreto, para o fim de julgar suprida a condição de procedibilidade e afastar a decadência em relação à genitora da vítima porque os fatos e o prazo decadencial ocorreram antes da alteração legislativa, ao ajuizamento do feito e ao seu julgamento. Tal entendimento apanharia a ré desprevenida e consistiria em aplicação retroativa de Lei *in pejus* (TJPR, ApCr 0616224-9, Rel.^a Juíza Conv. Lilian Romero, *DJPR* 11/2/2010, p. 430).

De acordo com o art. 145, *caput*, do CP, o crime de injúria é de iniciativa penal privada. A vítima é a titular da ação. O Ministério Público intervém apenas como *custos legis*, com o objetivo de zelar pela correta aplicação da Lei Penal. Patente o desinteresse da vítima que, passado quase um ano do fato, não esboçou qualquer vontade de dar continuidade ao feito, com oferecimento da queixa-crime, julga-se extinta a punibilidade (TJDF, Rec. 2009.01.1.047905-9, Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, *DJDFTE* 28/10/2009, p. 87).

Caracterizado, em tese, o crime de injúria racial, que se procede mediante queixa do ofendido, falece ao Ministério Público a legitimidade ativa para o ajuizamento da ação penal, nos termos do art. 145, *caput*, do Código Penal (TJMS, RSE 2008.008857-2/0000-00, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, *DJEMS* 6/4/2009, p. 46).

Ainda que assim não fosse, esta Corte pacificou entendimento de que, nos crimes contra a honra de funcionário público *propter officium*, a legitimidade para o início da persecução é tanto do ofendido, em ação penal privada, quanto do Ministério Público, em ação penal pública condicionada, a teor do disposto no parágrafo único, do art. 145, do Código Penal (STJ, *HC* 33544/MG, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6^a T., *RSTJ* 191, p. 552).

Em caso de ofensa *propter officium*, a legitimidade para a instauração da Ação Penal encontra-se a cargo tanto do Ministério Público, mediante representação, como do próprio ofendido (STJ, *RHC* 11038/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, 5^a T., *RSDPPP* 11, p. 82).

Ação penal no Código Penal Militar

É viável, no caso concreto, o ajuizamento e o processamento de ação penal, independentemente de representação dos ofendidos, porque a ação penal militar – a teor do art. 121 do CPM e do art. 29 do CPPM, e ao contrário da legislação penal comum – é sempre incondicionada, sendo de atribuição exclusiva do Ministério Público Militar o seu exercício (STF, *HC* 86466/AC, Rel. Min. Menezes Direito, 1^a T., j. 30/10/2007).

Lei de Imprensa não foi recepcionada pela nova ordem constitucional

Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da ‘liberdade de informação jornalística’, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A ‘plena’ liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta

emanação do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas perifericamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da Lei nº 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação (STF, ADPF 130/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/4/2009, DJe 208, div. 5/11/2009, pub. 6/11/2009/ Ement. 02381-01 PP-00001).

Capítulo VI – Dos Crimes contra a Liberdade Individual

Seção I – Dos Crimes contra a Liberdade Pessoal Constrangimento ilegal Art. 146.
Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Aumento de pena

§ 1º As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de 3 (três) pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§ 3º Não se compreendem na disposição deste artigo: I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II – a coação exercida para impedir suicídio.

Introdução

O crime de constrangimento ilegal está inserido na Seção I do Capítulo VI do Título I do Código Penal e tem por finalidade proteger a liberdade pessoal, seja ela física ou psicológica.

O tipo penal é composto pelo núcleo *constranger*, que tem o sentido de impedir, limitar ou mesmo dificultar a liberdade de alguém.

Para tanto, o agente atua com violência ou grave ameaça. A violência de que cuida o texto é a chamada *vis corporalis*, ou seja, aquela empreendida contra o próprio corpo da vítima; ao contrário, a grave ameaça se consubstancia na *vis compulsiva, exercendo influência precipuamente sobre o espírito da vítima, impedindo-a de atuar segundo a sua vontade*.

Também prevê o art. 146 do Código Penal uma violência entendida como imprópria, vale dizer, quando o agente, por qualquer outro meio que não a violência ou a grave ameaça, reduz a capacidade de resistência da vítima.

Aníbal Bruno, analisando essa modalidade de violência, afirma: “Como outro qualquer meio que reduza a capacidade de resistência, conforme o Código menciona, devemos compreender ações químicas ou mesmo puramente psíquicas, fora da ameaça, que restrinjam ou anulem a consciência, como o uso de inebriantes, entorpecentes, ou a sugestão hipnótica, ou o emprego das chamadas drogas da verdade ou da confissão, destinadas a violentar o querer do paciente e dele obter declarações sobre fatos que ele pretendia calar. Aliás, com esses processos é que se pode anular de maneira mais eficaz a vontade da vítima.”¹¹⁸

O constrangimento praticado pelo agente deve ser dirigido no sentido de obrigar a vítima a não fazer aquilo que a lei permite ou mesmo a fazer o que ela não manda.

Inviável a desclassificação para o crime de constrangimento ilegal, eis que o acervo probatório evidenciou que a grave ameaça exercida foi o meio utilizado pelo agente para tentar subtrair coisas alheias móveis, sendo, portanto, o crime cometido contra o patrimônio e não contra a liberdade da pessoa, pura e simples, como ocorre no delito do art. 146 do CP (TJMG, AC 1.0433.13.009605-3/001, Rel. Des. Marcílio Eustáquio dos Santos, DJe 5/9/2014).

O conjunto probatório denota que o apelante impediu a vítima de ter acesso a seus bens, mediante violência,

consistente em empurrão, o que configura o crime de constrangimento ilegal (TJDFT, APR 20060110811837, Rel. Iran de Lima, 1^a T. Crim., DJ 6/6/2007, p. 96).

Merece ser frisado que o delito de constrangimento ilegal possui natureza subsidiária, ou seja, somente será considerado se o constrangimento não for elemento típico de outra infração penal.

Devemos ressaltar, ainda, o fato de que a subsidiariedade do crime de constrangimento ilegal não é expressa, tal como ocorre com o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, tipificado no art. 132 do Código Penal, no qual se afirma que somente terá aplicação se o fato não constituir crime mais grave, sendo, portanto, implícita.

Para a tipificação da conduta prevista no art. 146 do CP, é necessário que a violência empregada pelo agente vise ao bem jurídico tutelado no referido dispositivo, ou seja, o direito da vítima de fazer o que a Lei permite e não fazer o que ela não manda. Se a violência contra a vítima visou, unicamente, a subtração do bem, o crime verificado é o tipificado no art. 157, do CP (TJMG, APCR 1.0395.09.023044-6/0011, 4^a Câm. Criminal, Rel. Des. Fernando Starling, DJEMG 14/4/2010).

O crime de constrangimento ilegal, como crime subsidiário, só se aplica como fato independente se exercido sem fim outro diverso (TJDFT, Ap. 1999.08.1.000987-4 Rel. João Timóteo, pub. 26/5/2004).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; doloso; material (pois que a sua consumação somente ocorre quando a vítima não faz o que a lei permite ou faz aquilo que ela não manda); de forma livre, podendo ser praticado comissiva ou omissivamente (desde que, nesta última hipótese, o agente goze do *status* de garantidor); instantâneo; subsidiário (somente se configurando a infração penal do art. 146 do Código Penal se o constrangimento não for elemento de outra infração penal mais grave); monossubjetivo; plurissubsistente; de dano; transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Afirma Fragoso: “O objeto da tutela jurídica é a liberdade individual, ou seja, a livre autodeterminação da vontade e da ação. Trata-se de liberdade psíquica (livre formação da vontade, sem coação), e também da liberdade física (liberdade de movimento).”¹¹⁹

Objeto material do constrangimento ilegal é a pessoa que, em razão dos meios utilizados pelo agente – violência, grave ameaça ou qualquer outro que lhe reduza a capacidade de resistência –, é obrigada a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.

O bem juridicamente tutelado pelo tipo descrito no art. 146 do Código Penal é a liberdade individual da pessoa, tanto física quanto psíquica. O crime em tela (art. 146, CP) possui natureza subsidiária e somente será considerado se o constrangimento não for elemento típico de outra infração penal (STJ, AgRg no AREsp 523.477/GO, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 28/10/2015).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo bem como sujeito passivo do delito, desde que, neste último caso, possua capacidade de discernimento.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito quando a vítima deixa de fazer o que a lei permite ou faz aquilo que ela não manda. Na qualidade de crime material e plurissubsistente, o constrangimento ilegal admite a tentativa.

Configura-se o delito de constrangimento ilegal na forma tentada se o acusado foi perseguido desde o momento em que subjugou a vítima, impedindo-lhe a liberdade de ação ou inação e tolhendo-a na capacidade de fazer ou deixar de fazer (RT 577, p. 384).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo do delito de constrangimento ilegal, seja ele direto ou, mesmo, eventual.

No delito de constrangimento ilegal o dolo do agente é forçar a vítima a fazer algo ou impedir que ela aja de determinada maneira, utilizando-se, para tanto, de violência ou grave ameaça. Caso concreto em que o dolo do réu era forçar a vítima a reatar a relação amorosa, ameaçando-a de morte e a pessoas próximas dela caso ela não retomasse o relacionamento com ele. Caracterizado o concurso entre constrangimento ilegal (praticado em três oportunidades diferentes) e crime de ameaça (TJ-RS, AC 70070422498, Rel. Des. Luiz Mello Guimarães, j. 13/10/2016).

Resultando estreme de dúvidas o constrangimento à vítima, privando-a de sua liberdade, com a finalidade exclusiva de reconciliação conjugal, afastado está o dolo do crime de cárcere privado, subsumindo-se formal e materialmente a conduta exteriorizada pelo agente ao tipo penal de constrangimento ilegal (art. 146 do CP). Impõe-se, ademais, a absorção do crime de ameaça, porquanto meio para a consumação do crime mais grave (constrangimento ilegal). Redução da pena e concessão do *sursis* penal (art. 77, CP) (TJMT, APL 134494/2009, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Teomar de Oliveira Correia, DJMT 15/7/2010, p. 35).

Torna-se impossível à desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal quando, pelas provas coligidas aos autos, resta inconteste que o dolo do agente dirigiu-se a causar lesão ao patrimônio da vítima e não afetar a capacidade de autodeterminação da mesma (TJDFT, APR 200103 10121318, Rel. Nilsoni de Freitas, 2ª T. Crim., j. 3/4/2008, DJ 30/4/2008, p. 126).

Não há previsão legal para a modalidade culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O tipo penal do art. 146 retrata um modelo comissivo de comportamento, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria se o agente gozar do *status* de garantidor.

Causas de aumento de pena

O § 1º do art. 146 do Código Penal determina que as penas aplicam-se cumulativamente e em dobro quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

Inicialmente, devemos dizer o que significa aplicar *cumulativamente*, para depois saber quais serão as penas que deverão ser *duplicadas*.

A palavra *cumulativamente* quer traduzir o fato de que, havendo a reunião de mais de três pessoas, ou seja, no mínimo quatro, para a prática do constrangimento, ou a utilização do emprego de armas, as penas que, inicialmente, eram alternativas, ou seja, privativa de liberdade ou multa, passam a ser cumulativas, quer dizer, privação de liberdade mais a pena pecuniária. Além disso, as penas respectivas serão dobradas, aplicando-se essa causa especial de aumento somente no terceiro momento do critério trifásico de aplicação da pena.

No que diz respeito à expressão *emprego de armas*, a lei penal não faz qualquer distinção entre as chamadas armas próprias e armas consideradas impróprias.

Esclarece Hungria: “O texto legal fala em *armas*, no plural, mas apenas para designar o *genus*, e não porque exija, necessariamente, a multiplicidade delas. As *armas* podem ser *próprias* ou *impróprias*: próprias são todos os instrumentos normalmente destinados ao ataque ou a defesa, especificamente apropriados a causar ofensas físicas [...]; impróprias são todos os instrumentos que, embora não destinados aos ditos fins, têm aptidão ofensiva e costumam ser usados para o ataque e a defesa.”¹²⁰

Na verdade, na identificação da arma como própria ou imprópria, devemos levar em consideração a precipuidade do seu uso, pois podem ter diversas finalidades que não as de ataque e defesa. Assim, um revólver, por exemplo, tem o uso precípuo de ataque e defesa, mas pode ser utilizado, eventualmente, para quebrar nozes com a sua coronha. Ao contrário, uma faca de cozinha serve, precipuamente, para cortar os alimentos, mas, eventualmente, pode ser utilizada por alguém para atacar pessoas, ou, mesmo, se defender.

Dessa forma, como já ressaltado por Hungria, a expressão *emprego de armas* abrange qualquer de suas espécies, ou seja, próprias e impróprias.

A ameaça exercida pelos quadrilheiros contra vítima teve por fim o mesmo desígnio, ou seja, a subtração de eventual importância existente na conta bancária da vítima, logo, meio para execução do crime de roubo, pelo que, os réus devem ser absolvidos do crime tipificado no artigo 146, § 1º, do Código Penal (TJRJ, Ap. Crim. 2008.050.00415, 8ª Câm. Crim., Rel. Des. Valmir Ribeiro, J. 10/4/2008).

[...] A majorante do constrangimento ilegal ora em debate refere-se a qualquer arma, desde que ela tenha a capacidade de impingir à vítima a grave ameaça contida no *caput* do art. 146 do Código Penal. [...] (STF, HC 85005/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., DJ 24/6/2005).

Concurso de crimes

O entendimento doutrinário predominante é de que no § 2º do art. 146 do Código Penal houve a previsão do chamado concurso material de crimes, uma vez que, segundo a sua redação, além das penas cominadas ao constrangimento ilegal serão aplicadas, também, aquelas que dizem respeito à violência praticada.

Esta a posição de Fragoso, quando afirma: “Tal disposição significa que haverá concurso material de crimes sempre que da violência empregada no constrangimento resultarem lesões. Em todos os outros casos em que o constrangimento ilegal é meio para a prática de outro crime praticado contra a vítima, será ele sempre absorvido, ainda que a pena seja mais leve.”¹²¹

Entretanto, *permissa venia*, não acreditamos ser essa a melhor posição. Isso porque, como é cediço, para que se possa falar em concurso material ou real de crimes é preciso, de acordo com o art. 69 do Código Penal, que o agente, mediante *mais de uma ação ou omissão*, pratique dois ou mais crimes, idênticos ou não.

Dessa forma, embora a regra a ser aplicada, conforme a determinação legal, seja a do cúmulo material, tecnicamente, estaremos diante do chamado concurso formal impróprio ou imperfeito, previsto na segunda parte do art. 70 do Código Penal.

Causas que conduzem à atipicidade do fato

Inicialmente, deve ser frisado que, embora exista controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica das causas elencadas no § 3º do art. 146, em virtude da redação contida no mencionado parágrafo, não podemos deixar de compreender que se trata de situações que conduzem à atipicidade do fato praticado pelo agente.

O referido parágrafo, de forma expressa, afirma que *não se compreendem, na disposição* do art. 146, a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, e a coação exercida para impedir suicídio, afirmindo, outrossim, serem atípicos esses comportamentos, já que excluídos do tipo penal que prevê o constrangimento ilegal.

Aníbal Bruno, entendendo contrariamente ao raciocínio acima exposto, aduz: “O Código menciona expressamente dois casos em que se elimina a ilicitude do constrangimento. Em ambos, o agente encontra-se em situação de necessidade, imposta para a salvação da vida de outrem.”¹²²

Apesar da autoridade do renomado autor, não entendemos ser essa a melhor posição. Isso porque, para que se pudesse chegar à conclusão de que os comportamentos previstos nos incs. I e II do § 3º do art. 146 são causas de justificação, excluindo a antijuridicidade, seria preciso, primeiro, superar a barreira da tipicidade, o que não se consegue no caso em exame, dada a redação constante do mencionado parágrafo.

Dessa forma, é atípica a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, bem como a coação exercida para impedir suicídio. Na verdade, tal conduta não é antinormativa, ou seja, não contraria a norma prevista no art. 146 do Código Penal, por disposição expressa nesse sentido. Não houvesse tal disposição, ainda assim poderíamos concluir pela atipicidade dos fatos, caso

aplicássemos o raciocínio correspondente à tipicidade conglobante que, somada à tipicidade formal, faz surgir a chamada tipicidade penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 146 do Código Penal prevê uma pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, sendo o seu julgamento de competência do Juizado Especial Criminal, levando-se em consideração a pena máxima combinada em abstrato, aplicando-se todos os institutos que lhe são inerentes (transação penal e suspensão condicional do processo).

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Vítima que é constrangida a praticar uma infração penal

Quando analisamos os elementos que caracterizam as hipóteses de constrangimento ilegal, verificamos duas situações: 1) a vítima *não faz o que a lei permite*; e 2) a vítima *faz o que a lei não a obriga fazer*.

Isso significa que o comportamento que a vítima foi constrangida a praticar é um indiferente penal, ou seja, embora forçada, física ou psologicamente, a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, esses fatos praticados pela vítima não se consubstanciam em qualquer infração penal.

Assim, por exemplo, em um lugar aberto ao público, no qual seja permitido fumar, um frequentador fisicamente mais forte do que a vítima, incomodado com o cheiro da fumaça do cigarro, impede que a vítima continue a fumá-lo. Naquele local era permitido fumar, entretanto, a vítima foi impedida de fazê-lo. Fumar ou não fumar não se configura como qualquer infração penal. Essa é a ideia do delito de constrangimento ilegal.

Entretanto, pode ser que a vítima, por exemplo, seja constrangida a praticar algum crime. Seja forçada a isso dada a coação moral exercida pelo agente, que ameaça matá-la caso não cumpra suas determinações. Imagine-se o caso daquele que é obrigado, em virtude das ameaças sofridas, a matar alguém, pois, caso contrário, ele é quem seria morto. Não podendo socorrer-se às autoridades, que não dão crédito à sua palavra, não tendo outro recurso, pois que não tem condições de se esconder do agente, a vítima cede à pressão, à coação moral que recaía sobre a sua pessoa e, finalmente, termina por matar alguém.

Pergunta-se: O agente que obrigou o coato a matar uma outra pessoa deverá responder pelo constrangimento ilegal?

Primeiramente, devemos destacar o fato de que o Código Penal, em seu art. 22, sob a rubrica da *coação irresistível e obediência hierárquica*, determina: *Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente*

illegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Assim, somente o coator, no exemplo fornecido, é quem deveria responder pelo delito de homicídio. O coato, na verdade, não passa de mero instrumento nas mãos do coator, tratando-se, portanto, de situação que traduz a hipótese da chamada *autoria mediata*.

A pergunta que devemos responder agora é a seguinte: O coator, ou seja, aquele que constrangeu alguém a matar a vítima, além do delito de homicídio, também deverá ser responsabilizado pelo constrangimento ilegal?

A doutrina se posiciona nesse sentido, conforme lições de Aníbal Bruno: “Se a força é irresistível e o resultado obtido constitui crime, por ele responde não o coagido, a quem falta, na ação, vontade juridicamente válida e, portanto, culpabilidade, mas o coator, que sofrerá a agravação da pena e responderá concorrentemente pelo constrangimento ilegal.”¹²³

Vítima submetida a tortura a fim de praticar um fato definido como crime

A alínea *b* do inc. I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que definiu os crimes de tortura, diz o seguinte: *Art. 1º Constitui crime de tortura:*

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) [...];

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

[...].

Existe, na mencionada lei, um constrangimento ilegal específico, destinado a causar um sofrimento físico ou mental, a fim de que a vítima pratique uma ação ou omissão de natureza criminosa.

Nesse caso, pergunta-se: caso aquele que tiver sido torturado vier, efetivamente, a praticar uma ação ou omissão de natureza criminosa, o agente torturador deverá responder pelas duas infrações penais, ou seja, pelo delito de tortura, além do fato definido como crime praticado pelo torturado?

Da mesma forma que no delito de constrangimento ilegal, entende-se pelo concurso material de crimes, devendo responder por ambas as infrações penais.

Vale o registro, entretanto, do alerta levado a efeito por Fernando Capez, quando diz: “Compartilhamos também desse posicionamento, contudo, levando em conta que nem toda violência ou grave ameaça é apta a causar intenso sofrimento físico ou mental, importa distinguir as seguintes situações: *a)* se o emprego de violência ou grave ameaça causar intenso sofrimento físico ou mental, o coator responderá pelo crime de tortura em concurso material

com a ação ou omissão criminosa realizada pela vítima (autoria mediata); o coagido não responderá por crime algum; b) se o emprego de violência ou grave ameaça não causar intenso sofrimento físico ou mental, restando à vítima liberdade de escolha, responderá o coator pelo crime de constrangimento ilegal em concurso material com o crime praticado pelo coagido. É que, ausente o intenso sofrimento físico ou mental, o crime de tortura não se configura, restando a aplicação subsidiária do crime de constrangimento ilegal. O coagido também responderá pelo crime praticado, com incidência da atenuante prevista no art. 65, III, c, do Código Penal.”¹²⁴

Suicídio como comportamento ilícito, porém atípico

Explica Hungria sobre o tema: “Embora não constitua crime, o suicídio não deixa de ser um fato antijurídico [...]. Não há o *direito de morrer*. O pretenso direito absoluto do indivíduo sobre si mesmo é uma concepção aberrante. O indivíduo não pertence somente a si próprio, senão também à sua família e à sociedade. É um elemento de sinergia e cooperação no *processus* do todo social. A autoeliminação é, portanto, contrária a ordem jurídica, e o impedi-la, ainda que violentamente, não pode incorrer na reprovação do direito.”¹²⁵

Consentimento do ofendido

A liberdade, seja física ou psíquica, é um bem disponível. Assim considerada, torna-se perfeitamente possível o consentimento do ofendido no sentido de afastar a ilicitude do comportamento praticado pelo agente, desde que presentes todos os requisitos indispensáveis à sua validade.

Vias de fato em concurso com o constrangimento ilegal

O termo *violência*, utilizado pelo § 2º do art. 146 do Código Penal, abrange tão somente as lesões corporais sofridas pela vítima, ficando absorvidas as vias de fato.

Constrangimento exercido para impedir a prática de um crime

O particular que prende alguém em flagrante delito atua no exercício regular de um direito, não podendo, portanto, ser responsabilizado penalmente pelo constrangimento ilegal.

Antes mesmo, poderíamos concluir pela atipicidade do fato daquele que impede alguém de praticar determinada infração penal, pois que não estaria impedindo alguém de *fazer o que a lei permite*.

Vide, também, o art. 301 do Código de Processo Penal.

Constrangimento exercido para satisfazer uma pretensão legítima

Responde pelo exercício arbitrário das próprias razões, tipificado no art. 345 do Código Penal.

Uso indevido de algemas

Nos termos do Verbete 11 da Súmula Vinculante, “só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Do mencionado enunciado sumular, extrai-se que a manutenção do acusado algemado é medida excepcional, que deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade do ato processual realizado (STJ, HC 349.059/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 25/05/2016).

Habeas corpus. Penal. Uso de algemas no momento da prisão. Ausência de justificativa em face da conduta passiva do paciente. Constrangimento ilegal. Precedentes. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (STF, HC 89.429/RO. Rel. Min. Carmen Lúcia, 1^a T., j. 21/8/2006, DJ 2/2/2007 PP-00114 Ement. 02262-05 PP-00920, RDDT 139, p. 240, 2007).

Revista pessoal em empregados e constrangimento ilegal

Não é incomum ter-se notícias de que, em determinadas empresas, ao final do expediente de trabalho, alguns empregadores determinam revistas pessoais em seus empregados, com a finalidade de surpreendê-los na prática de alguma subtração patrimonial. Muitos deles, inclusive, determinam que as pessoas revistadas retirem suas roupas, total ou parcialmente. Nesse caso, haveria constrangimento ilegal? Fernando Galvão, acertadamente, assevera que: “A revista pessoal é prevista no art. 244 do Código de Processo Penal como medida excepcional, que embora independa de mandado judicial somente é possível no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. Assim, a rotineira revista em empregados ao final da jornada de trabalho constitui manifesto abuso na relação de trabalho e, se for baseada na ameaça de despedir o empregado que não se submete a revista pessoal, pode viabilizar a imputação objetiva do crime de *constrangimento ilegal*.¹²⁶”

Constrangimento ilegal no Código Penal Militar

Vide art. 222 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Constrangimento ilegal no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) criou uma modalidade especial de constrangimento ilegal, cominando, em seu art. 71, uma pena de detenção de três meses a um ano e multa, para aquele que se utiliza, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou

de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer.

Constrangimento ilegal e Estatuto do Idoso

O Estatuto do idoso criou uma modalidade especial de constrangimento onde a vítima (pessoa com idade igual ou superior a 60 anos) é coagida, de qualquer modo, a doar, contratar, testar ou outorgar procuração, punindo o agente com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Ameaça

Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

Introdução

O art. 147 do Código Penal aponta os meios pelos quais o autor pode levar a efeito o delito de ameaça. Segundo o diploma repressivo, a ameaça pode ser praticada por meio de palavras, escritos ou gestos. Como regra, o delito de ameaça é mais comumente praticado por meio de palavras. O autor, por exemplo, diz à vítima que irá matá-la quando ela menos esperar. Entretanto, também não é incomum a ameaça feita por escritos, a exemplo de cartas ou mesmo bilhetes que prenunciam um mal injusto que recairá sobre a vítima. Da mesma forma, o gesto traz com ele o recado necessário para que a vítima entenda o que lhe está sendo prometido. Assim, aquele que, olhando para a vítima, passa a “faca” da mão no pescoço, dando-lhe a ideia de que será degolada, consegue, com esse comportamento, transmitir a mensagem de morte.

Como a imaginação das pessoas é fértil e não tendo o legislador condições de catalogar todos os meios possíveis ao cometimento do delito de ameaça, o art. 147 do Código Penal determinou que fosse realizada uma interpretação analógica, ou seja, após apontar, casuisticamente, alguns meios em virtude dos quais poderia ser cometido o delito de ameaça, vale dizer, após uma fórmula exemplificativa – palavra, escrito ou gesto –, a lei penal trouxe uma fórmula genérica – ou qualquer outro meio simbólico.

Imagine-se a hipótese daquele que, almejando ameaçar o seu vizinho, envia-lhe, dentro de uma caixa de sapatos, um passarinho com o pescoço quebrado. Simbolicamente, o passarinho traduz aquilo que se pretende fazer com a vítima. Portanto, a entrega de objetos sinistros, por exemplo, pode configurar-se como delito de ameaça, amoldando-se à formula genérica

prevista no art. 147 do Código Penal.

Por isso, diz Hungria: “A ameaça pode traduzir-se por qualquer meio de manifestação de pensamento: verbalmente, por escrito, por gestos, sinais, atos simbólicos, procedendo o agente indissimulada ou encobertamente (*escopelismo*) e posto que a compreenda o ameaçado. Vem daí a qualificação da ameaça em *oral, escrita real ou simbólica*. Exemplos desta última forma: colocar um ataúde à porta de alguém, enviar-lhe uma caveira ou o desenho de um punhal atravessando um corpo humano. A ameaça pode ser *direta* (quando o mal anunciado se refere à pessoa ou patrimônio do sujeito passivo) ou *indireta* (ameaça de dano a uma pessoa vinculada ao sujeito passivo por especiais relações de afeto). Pode ainda ser *explícita* ou *implícita* (exemplo desta segunda espécie: um indivíduo escreve a outro que, para resolver a dissensão entre ambos, ‘não tem medo de ir para a cadeia’).”¹²⁷

Pode-se ameaçar por palavras, escritos, gestos, postura ou outro meio. Se a ameaça foi suficiente para atemorizar a vítima no momento, a intimidação está demonstrada (TJDFT, APR 20040110027576, Rel. Sandra de Santis, 1ª T. Crim., DJ 3/3/2008, p. 110).

- Assim de acordo com as lições de Hungria, podemos concluir que a ameaça pode ser:
- a) direta;
 - b) indireta;
 - c) explícita;
 - d) implícita.

Poderíamos, ainda, acrescentar a essas modalidades a chamada *ameaça condicional*, quando, segundo Cesar Roberto Bitencourt, “dependente de um fato do sujeito passivo ou de outrem: ‘Se repetir o que disse, eu lhe parto a cara’; Se fulano me denunciar, eu matarei você’ etc.”¹²⁸

Contudo, deve-se ter cuidado no que diz respeito à ameaça condicional, quando a realização do mal prometido depender da prática de algum comportamento – positivo ou negativo – da vítima, uma vez que poderá se configurar, nessa hipótese, como delito de constrangimento ilegal, sendo a ameaça, nesse caso, considerada tão somente um elemento que integra aquela figura típica. Assim, por exemplo, se o agente disser à vítima: *Se voltar amanhã à escola eu acabo com você!*, não estará praticando o delito de ameaça, mas, sim, o de constrangimento ilegal, pois que estará, por meio da ameaça, constrangendo a vítima a não fazer o que a lei permite, isto é, de estudar normalmente no local onde se encontra regularmente matriculada.

Exige a lei penal, para fins de configuração do delito de ameaça, que o mal prenunciado pelo agente seja *injusto e grave*.

Resta caracterizado o delito do art. 147 do Código Penal, evidenciado que as intimidações do acusado, ameaçando as vítimas foram sérias e idôneas, infundindo-lhe verdadeiro receio de vir a sofrer mal injusto e

grave (TJSP, Ap. Crim. 1099 3793000, Rel. Des. Wilson Barreira, reg. 24/9/2007).

Dessa forma, não há que falar em ameaça quando estivermos diante da presença da promessa de um mal justo. Assim, aquele que ameaça o seu devedor dizendo que irá executar o seu título extrajudicial, caso não seja quitado no prazo por ele indicado, está prometendo um mal. Entretanto, esse mal prometido é *justo*, razão pela qual restaria afastado o delito de ameaça.

Além de injusto, o mal deve ser *grave*, ou seja, deve ser capaz de infundir temor à vítima, caso venha a ser efetivamente cumprida a promessa. Não há gravidade no mal prometido, por exemplo, quando o agente diz que irá cortá-la do seu círculo de amizades, que não a convidará para sua festa de casamento *etc.*

Como sabido, nos crimes de ameaça, para a caracterização do mal injusto e grave, é preciso que seja algo nocivo à vítima, além de se constituir em prejuízo grave, sério, verossímil e injusto. Inexiste ameaça quando o mal anunciado é improvável, isto é, liga-se a credícies, conspirações e fatos impossíveis. Por outro lado, é indispensável que o ofendido efetivamente se sinta ameaçado, acreditando que algo de mal lhe pode acontecer (TJ-RJ, RSE 0027643-70.2015.8.19.0205, Rel. Des. Luiz Zveiter, DJe 1º/09/2016).

O crime de ameaça é delito de mera conduta, que se perfaz com a prática do ato, não havendo materialidade passível de ser comprovada. Para tanto, exige-se a presença de elementos essenciais, tais como: a) manifestação do propósito de fazer a alguém um mal futuro; b) injustiça desse mal; c) conhecimento da ameaça por parte do sujeito passivo; d) dolo (TJ-RS, RC 71006189245, Rel. Des. Edson Jorge Cechet, j. 10/10/2016).

Acusado que, com uma pedra na mão, disse com todas as letras que iria matar sua ex-companheira caso ela saísse de casa. Em se tratando de crime formal e sendo a intenção do agente de intimidação, não há que se falar que tal atitude não foi capaz de assustar a vítima e fazê-la acreditar que realmente a ameaça tinha grande possibilidade de ser cumprida. Condenação que deve ser mantida nos exatos termos da sentença (TJ-RJ, AC 0001098-30.2010.8.19.0013, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 14/07/2015).

Caracteriza crime de ameaça a conduta do agente que diz à vítima, com quem mantém antigas desavenças, que sua vida será curta, sendo certo que a existência do delito é reforçada pelo fato de a expressão estar inserida num contexto de inimizade (TJSP, Ap. 1095757/1, Rel. Lagrasta Neto, j. 29/7/1998).

Para existência do crime de ameaça, pouco importa que o agente não tenha o propósito de executar o que promete. Basta o propósito de intimidar, traduzido por palavras ou atos capazes de provocar a *mentis trepitatio* (TJDF, Ap. 7321, Rel. Mariz de Barros, j. 24/1/1947).

Ainda que o agente não seja explícito ao fazer a ameaça, tipifica-se o delito do art.147 do CP se pelo contexto é possível aferir a intimidação que incute medo na vítima (TJMG, AC 119607-0, Rel. Kelsen Carneiro).

Classificação doutrinária

Crime comum quanto ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo, devendo ser ressalvado, neste último caso, que a vítima deve possuir capacidade de discernimento; doloso; formal (pois que a infração penal se consuma mesmo que a vítima não se sinta intimidada); de forma livre (uma vez que o tipo penal somente exemplifica alguns meios em virtude dos quais o delito poderá ser praticado); comissivo (podendo ser praticado omissivamente, desde que o

agente goze do *status* de garantidor); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como é praticada a infração penal); transeunte ou não transeunte (dependendo do fato de a infração penal deixar ou não vestígios).

O crime é de natureza formal, consumando-se no momento em que a vítima é alcançada pela promessa, manifestada pelo agente de forma verbal, por escrito ou gesto, de que estará sujeito a mal injusto e grave, incutindo-lhe fundado temor, não reclamando sua caracterização a produção de qualquer resultado material efetivo (TJDFT, APJ 20060910020037, Rel. José Guilherme, 1^a T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, DJ 21/11/2007, p. 260).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal de ameaça é a liberdade pessoal, entendida aqui, mesmo que não pacificamente, como liberdade de natureza psíquica.

Fragoso aponta a controvérsia existente sobre o tema dizendo: “O objeto da tutela penal é neste crime a liberdade individual, sob o aspecto da livre autodeterminação da vontade segundo os próprios motivos. A matéria não é pacífica. Alguns autores veem na ameaça ofensa ao sentimento de segurança na ordem jurídica.

A ameaça envolve, sem dúvida, ofensa ao sentimento de segurança na ordem jurídica, com a intranquilidade que gera no espírito do cidadão. Não é esse, porém, o aspecto que a lei penal especialmente protege, mas, sim, o da liberdade psíquica, que será prejudicada pelo sujeito e pelo temor infundido pela ameaça.”¹²⁹

Objeto material é a pessoa que sofre a ameaça.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito de ameaça. Se o crime, entretanto, for praticado por funcionário público, no exercício de suas funções, poderá ser aplicado o art. 3º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que define os crimes de abuso de autoridade.

À primeira vista, qualquer pessoa também pode ser sujeito passivo do crime de ameaça. Entretanto, para que possa gozar desse *status*, o sujeito passivo deve ter capacidade para discernir a promessa de mal injusto que é proferida contra a sua pessoa, uma vez que com o delito de ameaça se busca proteger a sua liberdade psíquica. Por essa razão, afirma Maggiore que qualquer pessoa pode ser sujeito passivo, “contanto que seja capaz de sentir a intimidação”.¹³⁰

Rogério Sanches Cunha, com precisão, preleciona que: “A individualidade da vítima deve ser tomada em consideração. Assim, a idade, sexo, grau de instrução etc. são fatores que não podem ser desconsiderados na análise do caso concreto. Não se duvida que uma expressão que aterroriza um analfabeto pode nem sequer assustar um universitário; uma promessa de mal injusto pode ser grave para uma moça de pouca idade e não o seu para um senhor de meia-

idade. Logo, as circunstâncias do caso concreto demonstrarão se houve ou não o crime.”¹³¹

É importante ressaltar que há diferença entre aquele capaz de sentir a intimidação, para usarmos a expressão de Maggiore, daquele que, embora tendo essa possibilidade, dada sua capacidade de discernimento, não se sente intimidado.

Não é necessário, portanto, que a vítima se intimide, mas, sim, que tão somente tenha essa possibilidade.

Assim, as crianças, até certa idade, os doentes mentais, as pessoas jurídicas, por exemplo, não possuem discernimento para entender a promessa de mal injusto que lhes é proferida.

Consumação e tentativa

Crime formal, a ameaça se consuma ainda que, analisada concretamente, a vítima não tenha se intimidado ou mesmo ficado receosa do cumprimento da promessa do mal injusto e grave. Basta, para fins de sua caracterização, que a ameaça tenha a possibilidade de infundir temor em um homem comum e que tenha chegado ao conhecimento deste, não havendo necessidade, até mesmo, da presença da vítima no momento em que as ameaças foram proferidas.

Tratando-se de crime formal, é desnecessária para sua consumação a intenção do agente de causar mal à vítima, bastando que a ameaça seja capaz de acarretar temor à parte ofendida, circunstância que, no caso concreto, ocorreu, tanto que solicitou medidas protetivas e vinha sendo ameaçada há mais tempo (TJ-RS, AC 70070422498, Rel. Des. Luiz Mello Guimarães, j. 13/10/2016).

O delito de ameaça, sendo crime formal, já se configura com o prenúncio de mal injusto ou grave lançado pelo agente e capaz de atemorizar a vítima, prescindindo da ocorrência do resultado (TJ-RJ, AC 0028283-11.2012.8.19.0001, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 29/06/2015).

No que diz respeito à possibilidade de tentativa no delito de ameaça, há controvérsia doutrinária. Noronha, com precisão, afirma: “Não obstante delito formal, admite ela doutrinariamente a tentativa, por ser fracionável, por apresentar um *iter*. É perfeitamente configurável a tentativa de ameaça por carta, ao contrário do que parece ao douto Hungria, ao refutar Carrara, que alude à carta ameaçadora extraviada, dizendo que só se ficou em atos preparatórios. Cita em seu abono Longo, porém não procede a opinião. O envio, remessa ou expedição de uma carta não é ato preparatório. Se assim fosse, onde estaria a *execução* do delito? Quando ela fosse aberta pelo destinatário (ação executada pelo sujeito passivo) ou ele a lesse (consumação)? Atos preparatórios, no caso, serão, v.g., a aquisição do papel, da tinta etc. A remessa é pleno ato de execução. O recebimento por outrem caracteriza a circunstância alheia à vontade do agente.”¹³²

Elemento subjetivo

O delito de ameaça somente pode ser cometido dolosamente, seja o dolo direto ou mesmo eventual.

A ameaça que configura o tipo penal do art. 147 do Código Penal contém uma promessa de mal injusto e grave. O dolo específico desse crime se caracteriza pela intenção de provocar medo na vítima, exteriorizada de forma fria pelo agente (TJDFT, APJ 20060 910020037, Rel. José Guilherme, 1^a T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, *DJ* 21/11/2007, p. 260).

Aquele que, por exemplo, querendo tão somente assustar, agindo com *animus jocandi*, vier a entregar à vítima uma publicação em um jornal, veiculando um aviso fúnebre, no qual constava, justamente, o seu nome, não comete o delito em estudo.

Mesmo que o agente não pretenda, efetivamente, levar a efeito o mal prometido, no momento em que profere a ameaça, deve agir como se fosse realizá-lo, infundindo temor na vítima, ou, pelo menos, mesmo que ela não fique atemorizada, que tenha a possibilidade de perturbar psicologicamente alguém em condições normais.

Não há previsão para a modalidade culposa.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 147 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Sendo fixada pena privativa de liberdade ao delito previsto no art. 147 do Código Penal, torna-se necessária a exclusão da pena de multa aplicada ao tipo penal em comento, uma vez que esta sanção é alternativa, e não cumulativa, à pena corporal (TJSC, AC 2012.078233-6, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 30/7/2013).

Dessa forma, pelo menos inicialmente, a competência para o julgamento do delito de ameaça é do Juizado Especial Criminal, uma vez que mencionada infração penal se amolda ao conceito de menor potencial ofensivo, aplicando-se, outrossim, todos os institutos que lhe são inerentes (transação penal e suspensão condicional do processo).

As acusadas foram condenadas em primeiro grau pelo crime de ameaça, que é de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.099/95. Não se trata de hipótese de violência doméstica ou familiar descrita no art. 5º da Lei nº 11.340/06, que, no seu art. 41, impede a aplicação da Lei nº 9.099/95. Caso concreto em que a ameaça foi proferida a uma vizinha, sem qualquer relação abrangida pela Lei Maria da Penha. Nos termos do art. 82 da Lei nº 9.099/95, o feito compete às Turmas Recursais. Precedentes (TJRS, Ap. Crim. 70049960313, Rel. Julio Cesar Finger, j. 5/9/2012).

A ação penal é de iniciativa pública condicionada à representação, conforme previsão contida no parágrafo único do art. 147 do diploma repressivo.

Essencializando-se os fatos descritos, num primeiro exame, na ameaça de que trata o tipo inserido no art. 147 do Código Penal, embora se cuide de crime de ação pública, depende de representação, mostrando-se inviáveis a requisição ministerial e o inquérito policial instaurado em consequência (STJ, HC 22843/PI, 6^a T., Rel. Min. Hamilton Carvalho, *DJ* 6/2/2006, p. 322).

A ação penal do crime de ameaça tem origem com a representação do ofendido, quando a ele dirigida e aos seus prepostos. Daí os tipos de ameaça direta e indireta ou reflexa (STJ, RHC 2253/MG, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, 6^a T., *DJ* 1/2/1993 p. 476).

Ameaça de mal futuro

Especificamente no delito tipificado no art. 147 do Código Penal, quando a ameaça ganha vida autônoma, para que possa ser entendida como tal, deverá, obrigatoriamente, cuidar da promessa de um mal futuro, injusto e grave.

A ameaça constante do mencionado art. 147 deve ser cuidada de forma distinta daquela que é prevista como elemento de diversos tipos penais, a exemplo do constrangimento ilegal e do roubo. Nesses crimes, o mal prometido poderá ser imediato. Assim, aquele que determina que alguém “cale a boca”, sob pena de ser agredido, em tese, pratica o delito de constrangimento ilegal. A promessa do mal injusto e grave foi feita de modo a acontecer imediatamente. A vítima foi impedida, em razão da ameaça sofrida, de fazer aquilo que a lei permite, devendo o agente, portanto, ser responsabilizado criminalmente por ter cometido o delito de constrangimento ilegal. Da mesma forma, se o agente, armado com uma pistola, aponta a arma para a cabeça da vítima dizendo-lhe para passar todo o dinheiro senão irá morrer, também está utilizando a ameaça para que possa ter sucesso na subtração.

Entretanto, as duas hipóteses mencionadas devem ser cuidadas diferentemente daquela prevista especificamente para o delito de ameaça.

Isso porque, como dissemos, a ameaça tem como bem juridicamente protegido a liberdade psíquica da vítima e, em algumas situações, a sua própria liberdade física, que fica inibida quando a parte psicológica é abalada. Para que isso ocorra, a vítima deve conviver com a angústia do cumprimento da promessa do mal injusto e grave. Deve ter tido tempo suficiente para buscar socorro das autoridades competentes, se for do seu interesse, uma vez que também a instauração de inquérito policial ou mesmo do termo circunstanciado, próprio dos Juizados Especiais Criminais, estará a ela subordinado.

Por outro lado, quando há uma promessa de mal imediato, caso este venha a ser concretizado, a ameaça ficará por ele absorvida.

Há controvérsia doutrinária sobre o tema.

Guilherme de Souza Nucci, entendendo que a ameaça somente se configura quando a promessa do mal seja futura, esclarece: “Há quem sustente ser irrelevante que o mal a ser praticado seja atual ou futuro, vale dizer, quem ameaça outrem de causar-lhe um mal imediato cometaria o mesmo crime de alguém que ameace causar o mal no futuro. Preferimos a posição daqueles que defendem somente a possibilidade do mal ser futuro. O próprio núcleo do tipo assim exige. Ameaçar, como se viu, é anunciar um mal futuro, ainda que próximo, não tendo cabimento uma pessoa ser processada pelo delito de ameaça quando diz que vai agredir a vítima de imediato, sendo segura por terceiros que separaram a contenda. Ou o agente busca intimidar o seu oponente, prometendo-lhe a ocorrência de um mal injusto e grave que vai acontecer, ou está prestes a cometer um delito e avizinha-se dos atos executórios, portanto,

uma tentativa, caso não chegue à consumação. A preparação de um crime não necessariamente constitui-se em crime autônomo, ou seja, ameaça. Ex.: o sujeito diz que vai pegar a arma para matar o seu rival, o que, de fato, está fazendo. Deve ser considerado um ato preparatório ou até mesmo executório do delito de homicídio. Se o objeto do crime é justamente a tranquilidade de espírito da pessoa – que, de fato, não há durante uma contenda –, como se pode chamar de ameaça o anúncio de um mal imediato?”¹³³

Em sentido contrário, afirma Damásio: “A figura típica do art. 147 do CP não exige que o mal seja futuro. Além disso, ‘futuro’ é tudo aquilo que ainda não aconteceu, referindo-se ao fato que irá ocorrer em instantes ou depois de algum tempo.”¹³⁴

Quando dissemos que para a configuração da ameaça a promessa deveria ser de um mal futuro, injusto e grave, queríamos afirmar que a iminência, ou seja, a relação de proximidade entre a promessa e o mal efetivamente praticado, ou, mesmo que seria praticado, caso não tenha ocorrido, configura-se outra infração penal, como bem ressalvou Guilherme de Souza Nucci.

Não se pode confundir, portanto, a ameaça entendida como elemento de determinada infração penal, ou mesmo como momento antecedente à prática de um crime, com a ameaça em si, tipificada no art. 147 do Código Penal, que afeta a tranquilidade psíquica da vítima.

Legítima defesa e o crime de ameaça

Não se pode raciocinar em termos de legítima defesa com relação ao delito de ameaça, uma vez que a promessa do mal, conforme afirmamos acima, deve ser futura, além de injusta e grave, sendo que aquela causa de exclusão da ilicitude, nos termos do art. 25 do Código Penal, somente se presta a repelir agressões atuais ou iminentes.

Verossimilhança do mal prometido

Quando a própria lei penal, ao definir o delito de ameaça, diz que o mal prometido deve ser *injusto e grave*, implicitamente está querendo traduzir a ideia, também, de mal verossímil, ou seja, aquele que pode ser efetivamente produzido.

Ameaçar alguém, por exemplo, dizendo-lhe que fará com que um raio caia sobre a sua cabeça está completamente fora das possibilidades de ser realizado, afastando-se, outrossim, o crime.

Ameaça supersticiosa

Há pessoas fragilizadas que acreditam em credices, simpatias, macumbas ou coisas parecidas.

Pode ser que o agente, conhecendo essa particularidade da vítima, a ameace dizendo que fará uma “macumba” para que ela morra em um desastre de automóvel ou seja atropelada por

um veículo qualquer.

Dessa forma, entendemos que a ameaça que se vale de meios supersticiosos é capaz de ofender ao bem juridicamente protegido pelo art. 147 do Código Penal, razão pela qual o agente deverá ser responsabilizado penalmente pelo delito em questão.

Pluralidade de vítimas

Havendo um comportamento único, que tenha por finalidade ameaçar mais de uma pessoa, aplica-se a regra do concurso formal impróprio ou imperfeito, previsto na segunda parte do art. 70 do Código Penal.

Ameaça proferida em estado de ira ou cólera

Não é incomum que, durante discussões acaloradas, um dos contendores ameace o outro, prometendo causar-lhe um mal injusto e grave. Nesse caso, poderíamos identificar o delito de ameaça ou, ao contrário, para sua configuração a ameaça exigiria ânimo calmo e refletido?

A questão não é pacífica. Parte da doutrina assume posição no sentido de que o estado de ira ou cólera afasta o elemento subjetivo do crime de ameaça. Nesse sentido, afirma Carrara: “As ameaças proferidas no ímpeto da cólera não são politicamente imputáveis, e devem ser consideradas como meras expressões jactanciosas.”¹³⁵

Também assevera Fragoso que não há crime “se a ameaça constituir apenas uma explosão de cólera, não revelando o propósito de intimidar”.¹³⁶

O estado emocional desestruturado, de nervos ou de exaltação não são subterfúgios para afastar o dolo do agente em ameaçar a vítima, mormente se os autos noticiam que aludida conduta repetiu-se em momentos distintos (TJ-MG, AC 0289114-43.2012.8.13.0701, Rel. Des. Cássio Salomé, DJe 14/10/2016).

Para configuração do crime de ameaça é necessário o preenchimento dos requisitos do art. 147 do Código Penal, que o mal seja injusto e grave, apto a intimidar a vítima. Tratando-se de uma discussão em que os ânimos estavam exaltados e a suposta ameaça foi proferida impulsivamente, sem a seriedade e idoneidade que caracterizam referido delito, a conduta é atípica (TJDF, Rec. 2009.02.1.001019-6, Ac. 437.163, 2ª T. Crim., Rel. Des. Silvânia Barbosa dos Santos, DJDFTE 16/8/2010, p. 423).

É firme a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a ameaça proferida no contexto de uma discussão, com ânimo exaltado e raivoso não configura o delito do art. 147 do Código Penal por ausência de tipicidade subjetiva (TJMG, APCR 2442838-72.2008.8.13.0313, 5ª Câm. Crim., Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJEMG 16/8/2010).

A ameaça requer, para sua configuração como delito, a intenção calma especial e refletida de pronunciar um mal a alguém, elemento subjetivo incompatível com o ânimo de quem comete a conduta sob a influência de manifesta ira (TJDFT, APJ 2005011 1062834, Rel. Fábio Eduardo Marques, 1ª T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, DJ 13/9/2007, p. 152).

Apesar da autoridade dos renomados autores, acreditamos, *permissa venia*, não ser essa a melhor posição. Isso porque grande parte das ameaças são proferidas enquanto o agente se

encontra em estado colérico. Entretanto, isso não significa afirmar que, em decorrência desse fato, o mal prometido não tenha possibilidades de infundir temor à vítima.

Como vimos, para que se caracterize a ameaça, não há necessidade de que o agente, efetivamente, ao prenunciar a prática do mal injusto e grave, tenha a intenção real de cometê-lo, bastando que seja capaz de infundir temor em um homem normal.

Na verdade, quando proferida em estado de ira ou cólera, a ameaça se torna mais amedrontadora, pois que o agente enfatiza sua intenção em praticar o mal injusto e grave, fazendo com que a vítima, em geral, se veja abalada em sua tranquilidade psíquica.

Noronha ressalva que, em algumas situações, a ameaça se confundia, na verdade, com meras bravatas do agente, quando praticada em estado de cólera, fazendo com que o fato deixasse de ser típico, devido a ausência de dolo. Entretanto, esse fato não tem o condão de sempre eliminar a infração penal, pois, “realmente as ameaças, em regra, são proferidas pelo indivíduo irado ou exaltado”.¹³⁷

Ameaça proferida em estado de embriaguez

Outra hipótese controvertida diz respeito à ameaça proferida pelo agente que se encontra em estado de embriaguez.

Parte da doutrina afirma que, nesse caso, a embriaguez afastaria o dolo do agente, a exemplo de Luiz Regis Prado que esclarece não poder “ser havida como séria a ameaça realizada em estado de embriaguez do agente”.¹³⁸

Na verdade, a questão não pode ser cuidada em termos absolutos. É claro que, se o agente estiver embriagado a ponto de não saber o que diz, não teremos condições de identificar o dolo em seu comportamento. Entretanto, se a embriaguez foi um fator que teve o poder de soltar os freios inibidores do agente, permitindo que proferisse a promessa de um mal injusto e grave, pois que pretendia infundir temor à vítima, não podemos descartar a caracterização do delito.

Assim, somente aquele estado de embriaguez que torne ridícula a ameaça feita pelo agente é que poderá afastar a infração penal, em razão da evidente ausência de dolo; ao contrário, se o agente, mesmo que sob os efeitos do álcool ou de substâncias análogas, tiver consciência do seu comportamento, deverá responder pelas ameaças proferidas.

Assim, podemos concluir com Aldeleine Melhor Barbosa que: “Não se pode imaginar que a ira/raiva, bem como o uso de bebida alcoólica, inibam a vontade de intimidar. Pelo contrário, muitas vezes tais sentimentos (ira/raiva) apenas potencializam a ameaça, assim como acontece com o sujeito que fez uso do álcool, aumentando o temor da vítima.”¹³⁹

Autoria suficientemente comprovada. Recorrente que confessou, parcialmente, ter ido à casa da ex-companheira tirar satisfações de um “disse me disse”. Depoimentos da vítima e da testemunha detalhados e uníssonos de que o réu as procurou e disse para a irmã da vítima, testemunha, que iria matá-la, arrancando-lhe

os olhos. Temor efetivo que fez com que toda a família saísse da casa habitada. Estado de embriaguez do acusado que não o isenta da responsabilidade e nem retira a seriedade do ato de ameaça (TJ-RJ, AC 0021294-90.2011.8.19.0011, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 04/03/2015).

Deve ser absolvido dos crimes dos arts. 331 e 147 do CP o agente embriagado que, ao ser abordado por guardas municipais, profere expressões ofensivas, bem como os ameaça por palavras e gestos. Para a configuração do desacato é indispensável o dolo específico, posto em dúvida pela condição de embriaguez do acusado, sendo necessária, quanto ao delito de ameaça, demonstração cabal de que esta é capaz de infundir verdadeiro receio nas vítimas de vir a sofrer mal injusto e grave (TJSP, Ap. 145959/8, Rel. Wilson Barreira j. 25/10/2004).

Possibilidade de ação penal por tentativa de ameaça

À primeira vista pareceria estranha a possibilidade de ação penal por tentativa de ameaça, pois que, seria o raciocínio, se a vítima tomou conhecimento dos fatos mesmo não estando presente quando a promessa de mal injusto e grave fora proferida pelo agente, o crime já restaria consumado.

Entretanto, podemos visualizar a hipótese em que a vítima ameaçada seja um adolescente com 16 anos de idade. A ameaça, embora não tendo chegado ao seu conhecimento, foi descoberta por seu representante legal, no caso, o seu próprio pai, que, querendo a punição do agente, confecciona sua representação, permitindo o início da *persecutio criminis in judicio*.

Sendo o delito de ameaça de competência, pelo menos inicialmente, dos Juizados Especiais Criminais, será possível que o agente aceite alguma proposta – transação penal ou suspensão condicional do processo –, sem que a própria vítima tenha tido conhecimento dos fatos. Assim, em tese, estaria configurada a *tentativa de ameaça*, mesmo que, nesse caso, não houvesse discussão a respeito da efetiva prática da infração penal, em razão de ter o agente aceitado qualquer das propostas constantes da Lei nº 9.099/1995.

Ameaça reflexa

A ameaça pode ser direta ou indireta, explícita ou implícita e, ainda, condicional.

Direta, quando dirigida imediatamente à pessoa do sujeito passivo ou seu patrimônio; *indireta* quando, embora dirigida ao sujeito passivo, o mal não recaia sobre a sua pessoa ou o seu patrimônio, mas, sim, no de terceiros que lhe são próximos, geralmente por uma relação de afeto; *explícita* quando o agente diz exatamente qual o mal prometido; *implícita* quando deixa entrever, pelo seu comportamento (palavras, escritos, gestos ou qualquer outro meio simbólico), o mal a ser produzido; *condicional*, quando depende de determinado comportamento para que possa se realizar o mal prometido pelo agente.

Da ameaça indireta extrai-se a chamada *ameaça reflexa*, podendo-se concluir, até mesmo, que se trata da mesma situação. Assim, por exemplo, aquele que ameaça os pais de uma criança de apenas 1 ano de idade dizendo que matará seu filho, na verdade, o mal não recairá

somente sobre o sujeito passivo, mas, sim, reflexamente sobre terceiro a ele ligado por uma relação afetiva.

Portanto, ameaça reflexa e ameaça indireta querem traduzir a mesma situação, com denominações diferentes.

Ameaça e Lei Maria da Penha

Súmula nº 536 do STJ. A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. (DJe 15/06/2015).

No âmbito do Direito Penal, o simples fato de a infração penal ser perpetrada no âmbito de relações extraconjugais não pode ensejar o afastamento da Lei Maria da Penha. Na verdade, o diploma legal deve ser interpretado ante os fins sociais a que se destina, considerando-se, principalmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, conforme se depreende do art. 4º da Lei nº 11.340/2006. Para a incidência da Lei Maria da Penha, basta a comprovação de que a violência contra a mulher tenha sido exercida no âmbito da unidade doméstica, da família ou de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, hipóteses que devem ser analisadas caso a caso (STJ, RHC 43.927/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 07/05/2015).

Ameaça e palavra da vítima

Em casos de violência contra a mulher – seja ela física ou psíquica –, a palavra da vítima é de fundamental importância para a devida elucidação dos fatos, constituindo elemento hábil a fundamentar um veredito condenatório, quando firme e coerente, máxime quando corroborada pelos demais elementos de prova encontrados nos autos (TJ-SC, AC 0008196-92.2014.8.24.0011 Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 04/10/2016).

Delito de ameaça. Nos crimes desta espécie, que costumam ocorrer na clandestinidade, a palavra da vítima assume especial relevo probatório. Condenação mantida. Apelo parcialmente provido. Unânime (TJRS, Ap. Crim. 70048284848, Rel. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. 30/8/2012).

Ameaça no Código Penal Militar

Vide art. 223 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Ameaça no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) criou uma modalidade especial de ameaça, cominando, em seu art. 71, uma pena de detenção de três meses a um ano e multa, para aquele que se utiliza, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer.

mediante sequestro ou cárcere privado: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é de reclusão, de dois a cinco anos: I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; (*Redação dada pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.*) II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital; III – se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias; IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; (*Incluído pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.*) V – se o crime é praticado com fins libidinosos.

(*Incluído pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.*) § 2º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Introdução

O art. 148 do Código Penal inicia sua redação com a seguinte expressão: *Privar alguém de sua liberdade*. Liberdade, aqui, tem o sentido de direito de ir, vir ou permanecer, ou seja, cuida-se da liberdade ambulatorial, física.

O sequestro e o cárcere privado (*sequestration, Freiheitsberaubung, sequestro di persona*) são formas da criminosa supressão ou restrição da liberdade pessoal, encarada esta, notadamente, como *jus eundi ultro citroque* ou liberdade de ir e vir. [...]; O que a lei penal protege, na espécie, particularmente, é a liberdade pessoal de movimento, a faculdade de movimento da pessoa no âmbito espacial que a lei lhe assegura (*körperliche Bewegungsfreiheit*), o direito de ir e vir ou escolher o lugar onde se quer ficar (*jus ambulandi, manendi, eundi ultro citroque*) (TJRS, Ap. Crim. 70017814807, 2ª Câm. Crim., Rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, DJ 18/1/2008).

Quando a lei penal usa o termo *sequestro* e a expressão *cárcere privado*, à primeira vista temos a impressão de que se trata de situações diferentes. No entanto, majoritariamente, entende-se que sequestro e cárcere privado significam a mesma coisa. A única diferença que se pode apontar entre eles, para que se possa aproveitar todas as letras da lei, é no sentido de que, quando se cuida de sequestro, existe maior liberdade ambulatorial; ao contrário, quando a liberdade ambulatorial é menor, ou seja, o espaço para que a vítima possa se locomover é pequeno, reduzido, trata-se de cárcere privado.

O Código Penal prevê duas modalidades qualificadas de sequestro ou cárcere privado. A primeira delas, de acordo com o § 1º do art. 148, comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, quando: I – a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital; III – se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias; IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; V – se o crime é praticado com fins libidinosos. A segunda modalidade qualificada, prevista no § 2º do art. 148, comina pena de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, se resulta à vítima, em razão dos maus-tratos ou

da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral.

Praticam o crime de violência arbitrária, em concurso com cárcere privado, policiais militares que, durante período de folga, algemam ilegalmente indivíduos, privando-os de sua liberdade durante 40 (quarenta) minutos, a pretexto de sua condição de policiais (TJMG, Processo 1.0472.03. 000446-0/001, Rel. Des. Hélcio Valentim, *DJ* 11/5/2009).

Restando comprovada a restrição da liberdade da vítima por razoável lapso temporal, sem o seu devido consentimento, não há como se acolher a tese absolutória quanto ao delito de cárcere privado (TJMG, Processo 1.0672.07.266351-7/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, *DJ* 21/5/2009).

Não há qualquer dúvida de que o acusado restringia a liberdade física da vítima, mantendo-a trancada no interior da residência, na companhia de seus filhos (TJRS, AC 70024517179, 1^a Câm. Crim., Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, *DJ* 29/12/2008).

A conduta descrita na peça acusatória amolda-se perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 148 do Código Penal, uma vez que, após a consumação do delito de roubo, os agentes efetuaram a conduta de privar a liberdade de locomoção das vítimas, o que só veio a cessar com a intervenção dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante (STJ, HC 61488/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., *DJ* 7/2/2008, p. 1).

No crime de sequestro e cárcere privado, não se exige uma privação absoluta, total, da liberdade de locomoção de alguém, bastando a detenção ou retenção do sujeito em determinado lugar, ainda que por curto espaço de tempo, por ser este delito de natureza permanente (TJMG, Processo 1.0107.04. 911385-8/001[1], Rel. Gudesteu Biber, pub. 1º/4/2005).

Se a intenção do acusado era de assegurar o sucesso da subtração dos objetos descritos na denúncia, a restrição à liberdade das vítimas constitui apenas meio ou elemento do crime de roubo (TJMG, Processo 1.0000.00.242681-5/000 [1], Rel. Odilon Ferreira, pub. 1º/5/2002).

Os requisitos para o delito de cárcere privado se caracterizam com a detenção de alguém em determinado lugar, dissenso, explícito ou implícito, do sujeito passivo e a ilegitimidade da retenção ou detenção (TJSP, AC, Rel. Otávio Henrique, *RT* 723, p. 620).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo, à exceção das modalidades qualificadas previstas nos incs. I e IV do § 1º do art. 148 do Código Penal, em que os sujeitos passivos deverão ser as pessoas por ele determinadas; doloso; comissivo ou omissivo impróprio; permanente (uma vez que a consumação da infração penal se perpetua no tempo); material (já que a conduta do agente produz um resultado naturalístico, perceptível por meio dos sentidos, que é a privação da liberdade da vítima); de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente (como regra, uma vez que, dependendo da hipótese, poderá haver concentração de atos, quando, então, passará a ser entendido como unissubsistente).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 148 do Código Penal é a liberdade pessoal, entendida aqui no sentido de liberdade ambulatorial, liberdade física, ou seja, o direito que toda pessoa tem de ir, vir ou permanecer.

Objeto material é a pessoa privada da liberdade, contra a qual recai a conduta do agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime tipificado no art. 148 do Código Penal.

Entretanto, se o crime for praticado por funcionário público no exercício de suas funções, aplica-se, de acordo com o princípio da especialidade, a alínea *a* do art. 3º da Lei nº 4.898/1965 (abuso de autoridade).

Da mesma forma, qualquer pessoa pode ser sujeito passivo do delito em estudo.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito de sequestro ou cárcere privado com a efetiva impossibilidade de locomoção da vítima, que fica impedida de ir, vir ou mesmo de permanecer onde quer.

Deve ser ressaltado que, para fins de caracterização do crime em estudo, não há necessidade de remoção da vítima, podendo se consumar a infração penal desde que esta, por exemplo, se veja impedida de sair do local onde se encontra. Assim, aquele que tranca a vítima dentro de sua própria casa, impedindo-a de sair, pratica o crime de sequestro.

Impossível absolver o réu com base na atipicidade da sua conduta, se verificado que o mesmo agiu com a vontade livre e consciente de privar a liberdade das vítimas, sendo irrelevante que o local do confinamento possibilitasse a saída das mesmas se elas estavam sob constante ameaça do acusado que, desta forma, as impedia de livrarem-se daquela situação aflitiva (TJMG, AC 1.0080.07.007829-2/001, Rel. Des. Vieira de Brito, DJ 15/4/2009).

Réu que tranca sua companheira e o pai desta dentro de casa, impedindo que deixassem o local sem a ajuda de terceiros. Dolo de privar a liberdade das vítimas inquestionável. Crime configurado (TJRS, Ap. Crim. 70011671823, 2ª Câm. Crim., Rel. Lúcia de Fátima Cerveira, DJ. 16/1/2008).

O delito de sequestro ou cárcere privado admite a tentativa.

Entretanto, se a vítima, mesmo que por curto espaço de tempo, se viu limitada no seu direito ambulatorial, o delito restará consumado. Para que cheguemos a essa conclusão devemos, obrigatoriamente, trabalhar com o raciocínio do princípio da razoabilidade, a fim de não chegarmos a respostas penais absurdas.

Romeu de Almeida Salles Júnior arrola as posições doutrinárias a esse respeito: “Acerca da duração da privação da liberdade, a doutrina apresenta três posições: 1^a) é irrelevante para a consumação do delito, devendo ser considerada somente na dosagem da pena; 2^a) exige-se que a privação da liberdade perdure por tempo razoável, uma vez que, sendo momentânea, há apenas tentativa; 3^a) não há delito quando a vítima permanece à mercê do sujeito por tempo inexpressivo.”¹⁴⁰

Elemento subjetivo

O dolo, seja ele direto, seja eventual, é o elemento subjetivo do delito de sequestro e cárcere privado, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O elemento subjetivo dos crimes previstos no art. 148 do Código Penal é a vontade livre e consciente de privar a vítima de sua liberdade de locomoção. Não comprovada a intenção de detenção ou retenção da vítima, a absolvição é corolário lógico (TJRS, AC 70048521710, Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, j. 11/7/2012).

Se a prova dos autos é no sentido de que o réu, supondo que os menores teriam realizado uma ação criminosa de jogar uma bomba na porta de sua residência, acorrendo à rua e apreendendo a vítima que foi impedida de sair do veículo, onde permaneceu por menos de cinco minutos, aguardando a chegada da polícia, açãoada pelo próprio réu, impossível reconhecer a tipicidade da conduta, seja pela ausência de intenção dirigida à objetividade jurídica, seja porque supondo estar em flagrante o infrator, a lei autoriza a contenção de sua liberdade com imediata entrega à autoridade policial, o que exporia discriminante putativa evidente no caso dos autos, impondo a absolvição como única saída possível (TJMG, AC 1.0116.07.011691-2/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 15/5/2009).

São elementos constitutivos do crime em questão, em sua dupla forma, a detenção ou retenção de alguém em determinado lugar, dissenso, explícito ou implícito, do sujeito passivo, ilegitimidade da retenção ou detenção e o dolo, ou seja, a vontade conscientemente dirigida à ilegítima privação ou restrição da liberdade alheia. Assim, desconfigurado está o delito se a vítima, voluntariamente, dirige-se à casa do réu em companhia de um menor e ali os três passam o resto da noite se relacionando sexualmente (TJMG, Processo 1.0000.00.337427-9/000 [1], Rel.^a Márcia Milanez, pub. 3/10/2003).

Modalidades comissiva e omissiva

O delito de sequestro e cárcere privado pode ser praticado comissivamente ou omissivamente, sendo, portanto, entendida a privação da liberdade em forma de: a) *detenção*, quando praticado comissivamente; b) *retenção*, quando levado a efeito omissivamente.

Modalidades qualificadas

Os §§ 1º e 2º do art. 148 do Código Penal trouxeram modalidades qualificadas de sequestro e cárcere privado, sendo que a hipótese prevista no § 2º pune mais severamente do que a do § 1º.

Ab initio, merece destaque o fato de que se, por exemplo, estivermos diante de uma situação que, aparentemente, se amolde a ambos os parágrafos, deverá ter aplicação tão somente de um deles, vale dizer, o que tiver a maior pena combinada.

Vítima ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos.

O inc. I do § 1º do art. 148 do Código Penal teve nova redação determinada pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), sendo, ainda, posteriormente modificado pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que incluiu a figura do companheiro.

À exceção da hipótese em que a vítima é companheira do agente, para que seja efetivamente aplicada a qualificadora faz-se mister a comprovação nos autos, por meio dos

documentos necessários (certidão de nascimento, carteira de identidade, certidão de casamento etc.), conforme determina o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008.

O reconhecimento das qualificadoras em estudo afasta a aplicação das circunstâncias agravantes previstas nas alíneas *e* e *h* do inc. II do art. 61 do Código Penal.

O crime praticado contra pessoa acima de 60 (sessenta) anos, embora seja considerado como agravante genérica, prevista no art. 61, inc. II, alínea *h*, é circunstância que qualifica o crime de sequestro e cárcere privado, conforme art 148, § 1º, inc. I, do CPB, devendo prevalecer este em detrimento daquela, conforme estabelece o próprio art. 61 do CPB (TJPE, APL 0191695-2, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Antônio de Melo e Lima, DJEPE 20/4/2010).

Se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital.

A lei penal menciona *casa de saúde* ou *hospital*, querendo denotar que a internação deverá ocorrer em locais destinados, como regra, ao tratamento da saúde física e mental das pessoas.

Contudo, pode ser que a internação não passe de uma fraude praticada pelo agente, no sentido de encobrir a sua verdadeira finalidade, que é a de privar a vítima de sua liberdade ambulatorial. Nesse sentido, afirma Paulo José da Costa Júnior: “Se o crime é praticado internando-se a vítima em casa de saúde ou hospital, onde o agente consegue mascarar sua intenção criminosa, revestindo de aparente legitimidade sua conduta. O médico ou diretor do hospital, que consente na internação criminosa, responde como coautor”.¹⁴¹

Se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias.

A primeira observação a ser feita diz respeito à contagem do prazo, aqui considerado de natureza penal, em que será computado o primeiro dia de privação de liberdade.

Além disso, a lei penal assevera que a privação da liberdade deve durar *mais de 15 (quinze) dias*, ou seja, somente se o agente mantiver a vítima por, no mínimo, 16 (dezesseis) dias em privação de liberdade é que poderá incidir a qualificadora.

Se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos O inc. IV foi acrescentado ao § 1º do art. 148 do Código Penal pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Dessa forma, se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos, o agente deverá responder pela modalidade qualificada de sequestro e cárcere privado.

Faz-se mister a comprovação nos autos da idade da vítima, mediante documento próprio, nos termos do parágrafo único do art. 155 do diploma processual penal.

Se o crime é praticado com fins libidinosos O inc. V também foi acrescentado ao § 1º do art. 148 por intermédio da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que, além de alterar a redação de alguns tipos penais constantes do Código Penal, a exemplo dos arts. 215 e 216, aboliu algumas infrações penais, como os crimes de sedução, rapto e adultério.

Qualquer pessoa poderá figurar como sujeito passivo se o agente dirigir o seu comportamento com o fim de praticar atos libidinosos com a vítima. Assim, poderá uma

mulher, por exemplo, privar um homem de sua liberdade, com o fim de praticar qualquer ato de natureza libidinosa (conjunção carnal, relação anal, sexo oral etc.). Não importará, ainda, para efeitos de aplicação da qualificadora, que estejamos diante de uma relação heterossexual ou homossexual, pois que ambas se amoldam ao delito em estudo.

Assim, o que importará, na verdade, será a finalidade especial com que atua o agente. O delito será qualificado pelo inc. V ainda que o agente não pratique qualquer ato de natureza libidinosa com a vítima. No entanto, se vier a praticá-lo, haverá o chamado concurso de crimes, respondendo o agente pelo sequestro qualificado em concurso material com o delito sexual, a exemplo do estupro.

Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral. A qualificadora é composta por vários elementos de natureza normativa que estão a exigir valoração. Hungria, fazendo um exame sobre eles, disserta: “Por maus-tratos se deve entender qualquer ação ou omissão que cause ou possa causar dano ao corpo ou saúde da vítima ou vexá-la moralmente (exercer contra ela violências, privá-la de alimentos ou da possibilidade de asseio, sujeitá-la a zombarias cruéis, não lhe dar agasalho contra o frio etc.). Se dos maus-tratos resultar lesão corporal ou morte, haverá concurso material de crimes, respondendo o agente na conformidade do art. 51.¹⁴²

A expressão *natureza da detenção* refere-se ao modo e condições objetivas da detenção em si mesma (meter a vítima a ferros ou no tronco, insalubridade do local, forçada promiscuidade da vítima com gente de classe muito inferior à sua, exposição da vítima a males ou perigos que excedem aos da forma simples do crime)”.¹⁴³

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

Na sua modalidade simples, o art. 148 do Código Penal prevê uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Na modalidade qualificada do seu § 1º, comina pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, sendo que no § 2º a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Em todas as suas modalidades – simples ou qualificadas –, a ação penal no crime de sequestro e cárcere privado é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo para a infração penal prevista no *caput* do art. 148 do Código Penal, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Consentimento do ofendido

A liberdade é um bem de natureza disponível. Dessa forma, poderá a vítima dispor do seu direito de ir, vir e permanecer, desde que presentes todos os requisitos necessários à validade do seu consentimento.

Não há que se falar em cárcere privado se a detenção da suposta vítima em determinado lugar se dá com o seu consentimento, ainda que tácito (TJMG, Processo 1.0024.01.075511-4/001[1], Rel. Kelsen Carneiro, pub. 2/8/2005).

Subtração de roupas da vítima

Imagine-se a hipótese daquele que, percebendo que uma mulher tomava banho completamente nua em um rio situado em local não muito frequentado, esconde suas roupas, impedindo-a de sair daquele lugar. Estaria o agente cometendo, no caso, o delito de sequestro?

Nélson Hungria responde a essa indagação dizendo: “Para que se integre o crime, em qualquer de suas variantes, não é necessário que a vítima fique absolutamente impedida de retirar-se do local em que a põe o agente: basta que não possa afastar-se (transportar-se para outro lugar) sem grave perigo pessoal, ou, como diz Florian, ‘sem um esforço de que não seja normalmente capaz’.

É reconhecível o crime até mesmo no caso em que a vítima não possa livrar-se por inexperiência ou ignorância das condições do local, ou por estar sob vigilância, ou no caso, sempre figurado, da mulher [...] que é deixada, sem as vestes, num compartimento aberto ou à margem do rio em que se banhava.”¹⁴⁴

Participação ou coautoria sucessiva

O crime de sequestro e cárcere privado encontra-se no rol daqueles considerados permanentes, cuja consumação se prolonga no tempo, durando enquanto permanecer a privação da liberdade da vítima, razão pela qual serão admissíveis as hipóteses tanto de participação quanto de coautoria sucessivas.

Sequestro e roubo com pena especialmente agravada pela restrição da liberdade da vítima

Se durante a prática de um crime de roubo a vítima for privada de sua liberdade por um período relativamente curto, teremos tão somente o crime de roubo com a pena especialmente aumentada em razão da aplicação do inc. V do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Se for por um período longo de privação de liberdade, podemos raciocinar em termos de concurso material entre o delito de roubo e o de sequestro ou cárcere privado, afastando-se, nesse caso, a causa especial de aumento de pena prevista no inc. V do § 2º do art. 157 do Código Penal, pois, caso contrário, estariamos aplicando o tão repudiado *bis in idem*.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o delito previsto no art. 148 do Código Penal pressupõe como finalidade precípua a vontade de privar o ofendido da liberdade de locomoção. Nos crimes de roubo, contudo, não fica demonstrado referido ânimo, pois a finalidade da privação de liberdade seria tão somente evitar a comunicação, pelas vítimas, do crime e, assim, garantir o proveito decorrente da empreitada criminosa. Devem ser os pacientes, portanto, absolvidos do crime de cárcere privado (STJ, HC 144.765/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, DJe 16/11/2015).

A privação da liberdade das vítimas para assegurar a consumação do delito de roubo configura crime-meio e, portanto, fica absorvido por esse delito-fim pelo princípio da consunção, incidindo na espécie a causa de aumento de pena do art. 157, § 2º, inc. V, do CP (TJMG, Processo 1.0431.06. 032321-6/001, Rel. Des. Pedro Vergara, DJ 2/2/2009).

Subsidiariedade do cárcere privado em relação ao roubo. Vítima que sofreu restrição de sua liberdade por mais de uma hora. Tipificação da conduta no art. 157, § 2º, incs. I, II e V, do CP (TJSP, Ap. Crim. 11206713000, 1ª Câm. de Direito Criminal, Rel. Marco Nahum, reg. 12/2/2008).

Em concurso material, caracterizados restam os delitos de cárcere privado (art.148, do CP) e de roubo simples (art.157, CP), e não, somente, o de roubo qualificado (art. 157, § 2º, V, do CP), se a vítima é mantida presa e amarrada muitas horas após consumado o delito patrimonial, devendo ser este *post factum* punível de forma autônoma (TJMG, Processo 1.0251.02. 000259-7/001[1], Rel. Gudesteu Biber, pub. 19/9/2006).

A circunstância de ter sido o réu capturado momentos após o crime, tendo mantido a posse tranquila da coisa por certo tempo, não impede o reconhecimento do delito na sua forma consumada. A privação da liberdade da vítima após o roubo é circunstância que caracteriza a causa de aumento do § 2º, inc. V, do art. 157 do Código Penal, não se tratando de crime autônomo (TJMG, Processo 1.0313.00. 003479/001[1], Rel. Herculano Rodrigues, pub. 29/4/2004).

Acusado que sequestrou um menino de 13 anos de idade e o mantém em cárcere privado, por algumas horas, na rodoviária local, visando ao pagamento de resgate, mas que, *a posteriori*, desiste da empreitada criminosa, solicitando a presença de familiares do menor no local onde o tem sob custódia, sem nada auferir. Desistência voluntária. Admissibilidade. Desclassificação do delito para o previsto no art. 148, § 2º, CP. Decisão Mantida (TJMG, Processo 1.0000. 00.254477-3/000 [1], Rel. Luiz Carlos Biasutti, pub. 5/4/2002).

Sequestro e cárcere privado no Estatuto da Criança e do Adolescente

Vide art. 230 da Lei nº 8.069/1990.

Sequestro e cárcere privado na Lei de Segurança Nacional

Vide art. 28 da Lei nº 7.170/1983.

Sequestro e cárcere privado no Código Penal Militar

Vide art. 225, e seus parágrafos, do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Sequestro e cárcere privado e a *novatio legis in pejus* Em sua sessão plenária de 24 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula nº 711, que diz: *Súmula nº 711. A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.*

De acordo com os termos da Súmula nº 711, que expressa o entendimento já pacificado do Supremo Tribunal Federal, deverá ter aplicação a chamada *novatio legis in pejus*, ou seja, a lei posterior, mesmo que mais gravosa, dada a natureza permanente do delito tipificado no art. 148 do Código Penal.

Sequestro e lesão corporal

A liberdade, direito constitucionalmente assegurado, só pode ser restringida nas hipóteses legais, nos termos do art. 5º, LIV e LXI, da CF. Não configura *bis in idem* o reconhecimento do concurso material dos crimes dos arts. 129 e 148, § 2º, do CP, por possuírem objetividades jurídicas distintas (STJ, REsp 939.888, Proc.

Subsidiariedade e *abolitio criminis* O paciente foi condenado por infração ao art. 219 do Código Penal, que previa como crime ‘raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso’. Esse dispositivo foi revogado expressamente pelo art. 5º da Lei nº 11.106/2005, mas isto não implica *abolitio criminis* como sustenta o impetrante. É que a conduta descrita no tipo penal revogado foi prevista pela mesma lei, de forma mais abrangente, com a redação dada ao art. 148, § 1º, V, do Código Penal [...]. Confrontando o revogado art. 219 com o art. 148, § 1º, V, verifica-se que o fato anteriormente descrito como rapto está contido na descrição do sequestro com fins libidinosos, que incrimina a conduta independentemente de a vítima ser mulher honesta, e da fraude, bastando a retenção que caracteriza o cárcere privado. A *abolitio criminis* ocorre quando a lei nova retira do campo penal a conduta anteriormente incriminada, mas isto, como se viu, não ocorreu na hipótese em exame. No caso, a conduta pela qual foi o paciente condenado continuou a ser prevista como criminosa, integrando um outro tipo penal mais abrangente (STJ, HC 069841, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 28/2/2008).

Diferença entre cárcere privado e constrangimento ilegal

Embora nos crimes de cárcere privado e constrangimento ilegal haja violência ou grave ameaça, é certo que no constrangimento ilegal o dolo do agente se dirige a obrigar o ofendido a fazer ou deixar de fazer algo, sendo que no cárcere privado atingida está a liberdade ambulatorial da vítima (TJRJ, AC 0020285-64.2009.8.19.0205, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, j J. 4/9/2012).

Redução a condição análoga à de escravo Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (*Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11/12/2003.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

(*Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11/12/2003*) § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

(*Incluído pela Lei nº 10.803, de 11/12/2003.*) I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (*Incluído pela Lei nº 10.803, de 11/12/2003.*) II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

(*Incluído pela Lei nº 10.803, de 11/12/2003.*) § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (*Incluído pela Lei nº 10.803, de 11/12/2003.*) I – contra criança ou adolescente; (*Incluído pela Lei nº 10.803, de 11/12/2003.*) II – por motivo de preconceito de raça, cor,

(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11/12/2003.) Introdução

Após a modificação havida na redação original do tipo do art. 149 do Código Penal, que dizia, tão somente, *reduzir alguém a condição análoga à de escravo*, podemos identificar quando, efetivamente, o delito se configura. Assim, são várias as maneiras que, analogamente, fazem com que o trabalho seja comparado a um regime de escravidão. A lei penal assevera que se reduz alguém a condição análoga à de escravo, dentre outras circunstâncias, quando: *a) o obriga a trabalhos forçados;*

b) impõe-lhe jornada exaustiva de trabalho;

c) sujeita-o a condições degradantes de trabalho; d) restringe, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Ao longo do século XX, foram realizadas várias conferências pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o fim de erradicar a escravidão, a servidão e os trabalhos forçados, culminando com a edição de várias convenções, a exemplo da Convenção nº 29, adotada na 14^a sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em Genebra, em 28 de junho de 1930, que, em seu art. 2º traduziu o conceito de trabalhos forçados, dizendo que o termo '*trabalho forçado ou obrigatório*' designará todo o trabalho ou serviço exigido a um indivíduo sob ameaça de qualquer castigo e para o qual o dito indivíduo não se tenha oferecido de livre vontade.

Assim, trabalho forçado diz respeito àquele para o qual a vítima não se ofereceu voluntivamente, sendo, portanto, a ele compelido por meios capazes de inibir sua vontade.

Não só trabalhar forçosamente, mas também impor a um trabalhador *jornada exaustiva de trabalho*, isto é, aquela que culmina por esgotar completamente suas forças, minando sua saúde física e mental, se configura no delito em estudo.

O crime de redução à condição análoga à de escravo pode ocorrer independentemente da restrição à liberdade de locomoção do trabalhador, uma vez que esta é apenas uma das formas de cometimento do delito, mas não é a única. O referido tipo penal prevê outras condutas que podem ofender o bem juridicamente tutelado, isto é, a liberdade de o indivíduo ir, vir e se autodeterminar, dentre elas submeter o sujeito passivo do delito a condições degradantes de trabalho. Precedentes do STJ e STF (STJ, REsp 1.223.781/MA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 29/08/2016).

O crime de redução à condição análoga à de escravo caracteriza-se mediante a submissão dos trabalhadores em sentido amplo, de modo que um pequeno excesso na jornada de trabalho é justificativa insuficiente para aperfeiçoá-lo. A necessidade de colheita imediata de uma safra perecível, serviço de natureza temporária, embora não justifique a exploração dos trabalhadores contratados para este fim, é circunstância comum no campo que exige um esforço extra da mão de obra, sem, em tese, caracterizar trabalho escravo (TRF-1^a Reg., Inq. 0026823-26.2012.4.01.0000/GO, Rel. Des. Fed. Italo Fioravanti Sabo Mendes, DJe 4/7/2014).

O art. 149 do Código Penal, com redação dada pela Lei 10.803/2003, explicita as hipóteses em que se configura a condição análoga à de escravo. A submissão a trabalhos forçados, a jornada exaustiva, o trabalho em condições degradantes, a restrição da locomoção em razão de dívida com o empregador ou preposto são condutas típicas. (TRF-1^a Reg., RSE 0001809-61.2013.4.01.3603/MT, Rel. Des. Fed. Ney Bello, *DJe* 20/6/2014) Parece fora de nossa realidade, pelo menos aqui no Estado do Rio Grande do Sul, que ainda haja trabalho escravo. Quase cento e vinte anos depois da abolição da escravatura, através da Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel em 13 de maio de 1888, soa quase como uma mentira falar em trabalhador em regime de escravidão. Contudo, não foi isso que revelou a realidade dos autos. O conjunto probatório comprovou que o denunciado, efetivamente, submeteu as vítimas, seus empregados, a jornadas exaustivas de trabalho, bem como restringiu a liberdade de locomoção dos mesmos e, inclusive agrediu fisicamente uma delas, condutas essas que servem para caracterizar o delito previsto no art. 149, *caput*, do Código Penal, devendo ser mantida a condenação (TJRS, Ap. Crim. 70018104836, 1^a Câm. Crim., Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, *DJ* 1º/10/2007).

Da mesma forma, há trabalhos que sujeitam as vítimas a *condições degradantes*, desumanas, ofensivas ao mínimo ético exigido. José Cláudio Monteiro de Brito Filho, procurando esclarecer o conceito de trabalho em condições degradantes, aduz ser aquele “em que há a falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação. Tudo devendo ser garantido – o que deve ser esclarecido, embora pareça claro – em conjunto; ou seja, em contrário, a falta de um desses elementos impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes.

Trabalhadores submetidos a condições de trabalho degradantes, num cenário humilhante de trabalho, havendo não apenas desrespeito a normas de proteção do trabalho, mas desprezo a condições mínimas de saúde, segurança, higiene, respeito e alimentação, além de laborarem expostos a calor excessivo dos fornos, sem equipamentos de proteção individual, submetidos, também, a jornadas excessivas, eis que trabalhavam por mais de 8 (oito) horas diárias, comprovam a autoria do crime previsto no art. 149, *caput*, do CP pelo acusado (TRF 1^a R., ACr 2007.39.01.000818-4/PA, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, 3^a T., j. 15/6/2010, *DJFI* 30/7/2010, p. 26).

Assim, se o trabalhador presta serviços exposto à falta de segurança e com riscos à sua saúde, temos o trabalho em condições degradantes. Se as condições de trabalho mais básicas são negadas ao trabalhador, como o direito de trabalhar em jornada razoável e que proteja sua saúde, garanta-lhe descanso e permita o convívio social, há trabalho em condições degradantes. Se, para prestar o trabalho, o trabalhador tem limitações na sua alimentação, na sua higiene e na sua moradia, caracteriza-se o trabalho em condições degradantes”.¹⁴⁵

Para configurar o delito do art. 149 do Código Penal não é imprescindível a restrição à liberdade de locomoção dos trabalhadores, a tanto também se admitindo a sujeição a condições degradantes, subumanas. Tendo a denúncia imputado a submissão dos empregados a condições degradantes de trabalho (falta de garantias mínimas de saúde, segurança, higiene e alimentação), tem-se acusação por crime de redução a condição análoga à de escravo, de competência da jurisdição federal (STJ, CC 127937/GO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, S3, *DJe* 6/6/2014).

Reducir alguém à condição análoga à de escravo significa anular completamente a sua personalidade, a redução da vítima a um estado de submissão física e psíquica, impondo-lhe trabalhos forçados, com proibição de ausentar-se do local onde presta serviços, podendo ou não ser utilizada ameaça, violência ou fraude. Caso em que, comprovadas a autoria e a materialidade, manutenção da condenação é medida que se impõe (TRF 1^a R., ACr 2004.01.00.039591-5/MT, Rel. Juiz Fed. Conv. César Jatahy Fonseca,

3^a T., j. 15/12/2009, DJFI 12/2/2010, p. 49).

Com o seu criminoso agir, a partir do aliciamento da mão de obra de dezenas de trabalhadores rurais, com falsas promessas de bons salários e dignas condições de trabalho, na zona canavieira de Rio das Pedras, no Estado de São Paulo, distante, pois, de Cajazeiras, na Paraíba, algo em torno de 3.000 km (três mil quilômetros), findou o apelante por perfazer a figura típica descrita no art. 149 do diploma penal pátrio, ao deixar grande massa de incautos à própria sorte, em condições violadoras dos mais basilares direitos humanos, afrontando diretamente a dignidade de seus semelhantes, a impor sórdida relação de dependência firmada entre as vítimas e seu agenciador, ora recorrente, por intermédio de pressão psicológica, retenção de documentos (CTPS) e outras vis imposições que arbitrariamente estipulava, granjeando, notadamente, o beneplácito e o concurso dos exploradores de migrantes daquela região canavieira. Patente sujeição dos trabalhadores a condições indignas de trabalho, em locais totalmente insalubres e sem oferecer a menor condição de alojamento e alimentação humanamente adequados (TRF, 5^a Região, ACR 2005.05. 00.002369-3, Rel. Des. Marcelo Navarro, DJ 152, p. 347, 8/8/2007).

Atividade que se tornou muito comum, principalmente na zona rural, diz respeito ao fato de que o trabalhador, obrigado a comprar sua cesta básica de alimentação de seu próprio empregador, quase sempre por preços superiores aos praticados no mercado, acaba por se transformar em um refém de sua própria dívida, passando a trabalhar tão somente para pagá-la, uma vez que, à medida que o tempo vai passando, dada a pequena remuneração que recebe, conjugada com os preços extorsivos dos produtos que lhe são vendidos, se torna alguém que se vê impossibilitado de exercer o seu direito de ir e vir, em razão da dívida acumulada.

O § 1º do art. 149 ainda responsabiliza criminalmente, com as mesmas penas cominadas ao *caput* do mencionado artigo, aquele que: *I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.*

A pena será aumentada de metade, nos termos do § 2º do art. 149 do diploma repressivo, se o crime for cometido: *a) contra criança ou adolescente; b) por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.*

O tipo objetivo – sujeitar alguém à vontade do agente, escravizar a pessoa humana –, descrito na antiga redação do art. 149 do Código Penal depois da Lei nº 10.803, de 11/12/2003, continuou o mesmo. A nova Lei nº 10.803, de 11/12/ 2003,

apenas explicitou as hipóteses em que se configuram a condição análoga à de escravo, como a submissão a trabalhos forçados, a jornada exaustiva, o trabalho em condições degradantes, a restrição da locomoção, em razão de dívida com o empregador ou preposto. A nova lei sim acrescentou formas qualificadas, punindo o crime com o aumento da pena em metade (TRF 1^a Reg., HC 2007.01.00. 013313-4/PA, Rel. Tourinho Neto, DJ 15/6/2007, p. 23).

O legislador protege a liberdade em todas as suas formas de exteriorização. Não se trata de o sujeito submeter a vítima à escravidão. O texto legal se refere a ‘condição análoga à de escravo’: o fato de o sujeito transformar a vítima em pessoa totalmente submissa à sua vontade, como se fosse escravo. O tipo não visa a uma situação jurídica, mas, sim, a um estado de fato. O consentimento do ofendido é irrelevante, uma vez que a situação de liberdade do homem constitui interesse preponderante do Estado’ (Damásio de Jesus). ‘O crime

pode ser praticado de variados modos, sendo mais comum o uso de fraude, retenção de salários, ameaça ou violência' (Celso Delmanto e outros). Na espécie, houve comprovação suficiente a respeito de os réus se utilizarem de ameaças, inclusive de morte, ou violência (física) contra empregados que reclamavam pagamentos de salários, acertados, via de regra, à ordem de cinco a dez reais por semana de trabalho (TJMG, Processo 1.0596.03.010576-8/001[1], Rel. Beatriz Pinheiro Caires, pub. 4/5/2007).

Classificação doutrinária

Crime próprio com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo (haja vista que somente quando houver uma relação de trabalho entre o agente e a vítima é que o delito poderá se configurar); doloso; comissivo ou omissivo impróprio; de forma vinculada (pois que o art. 149 do Código Penal aponta os meios mediante os quais se reduz alguém à condição análoga à de escravo); permanente (cuja consumação se prolonga no tempo, enquanto permanecerem as situações narradas pelo tipo penal); material; monossubjetivo; plurissubsistente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 149 do Código Penal é a liberdade da vítima, que se vê, dada sua redução à condição análoga à de escravo, impedida do seu direito de ir e vir ou mesmo permanecer onde queira.

Objeto material do delito em estudo é a pessoa contra a qual recai a conduta do agente, que a reduz à condição análoga à de escravo.

O bem jurídico objeto de tutela pelo art. 149 do Código Penal vai além da liberdade individual, já que a prática da conduta em questão acaba por vilipendiar outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente como a dignidade da pessoa humana, os direitos trabalhistas e previdenciários, indistintamente considerados (STF, RE 459.510/MT, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 12/04/2016).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeito ativo será o empregador que utiliza a mão de obra escrava. Sujeito passivo, a seu turno, será o empregado que se encontra numa condição análoga à de escravo.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a privação da liberdade da vítima, mediante as formas previstas pelo tipo do art. 149 do Código Penal ou com a sua sujeição a condições degradantes de trabalho.

Sendo um delito plurissubsistente, será possível a tentativa.

Nos termos do consignado no acórdão *a quo*, o crime de redução à condição análoga à de escravo consumase com a prática de uma das condutas descritas no art. 149 do CP, sendo desnecessária a presença concomitante de todos os elementos do tipo para que ele se aperfeiçoe, por se tratar de crime doutrinariamente classificado como de ação múltipla ou plurinuclear (STJ, HC 239850/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJe 20/8/2012).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo do delito tipificado pelo art. 149 do Código Penal, podendo ser direto ou, mesmo, eventual.

Não se admite a modalidade culposa.

Causa de aumento de pena

O § 2º do art. 149 do Código Penal prevê o aumento de metade da pena se o crime for cometido: *I – contra criança ou adolescente;*

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Na primeira hipótese, vale dizer, quando o crime é cometido contra criança ou adolescente, temos de trabalhar com os conceitos fornecidos pelo art. 2º da Lei nº 8.069/90.

A segunda causa de aumento de pena, prevista no § 2º do art. 149 do Código Penal, diz respeito, diretamente, à motivação do agente, ou seja, o que o impeliu a reduzir a vítima à condição análoga à de escravo foi o seu preconceito relativo a raça, cor, etnia, religião ou origem.

Pena, ação penal e competência para julgamento

O art. 149 do Código Penal prevê uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência, tanto para as hipóteses previstas em seu *caput*, como naquelas elencadas pelo § 1º, vale dizer, nos casos em que há o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador com o fim de retê-lo no local de trabalho, bem como quando o agente mantém vigilância no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador com o fim de retê-lo no local de trabalho.

A lei penal ressalvou, ainda, a hipótese de concurso de crimes entre a redução à condição análoga à de escravo e a infração penal que disser respeito a violência praticada pelo agente.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A apuração do crime em estudo sempre foi da competência da Justiça Estadual. No entanto, após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 398.041/PA, em 30 de novembro de 2006, tendo como Relator o Min. Joaquim Barbosa, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a competência seria da Justiça Federal, conforme se verifica pela ementa abaixo transcrita:
Trabalho escravo (CP, art. 149). Denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual. Peça acusatória recebida pelo juiz de direito da comarca. Autoridades locais absolutamente incompetentes. Nulidade radical dos atos processuais por elas praticados. Ausência de eficácia interruptiva da prescrição penal em virtude de o recebimento da denúncia haver resultado de deliberação proferida por juiz incompetente “ratione materiae”. Não incidência do art. 117, nº I, do Código Penal, quando a decisão que recebe a denúncia emana de

autoridade judiciária absolutamente incompetente. Magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a esse respeito. Doutrina. Competência penal, no caso, da Justiça Federal (CF, art. 109, VI). Precedentes (STF). A importância político-jurídica do princípio constitucional do juiz natural (DF, art. 5º, LIII). Doutrina. Precedentes. Invalidação dos atos de persecução penal desde a denúncia, inclusive. Consequente nulidade do ato decisório que recebeu a denúncia. Possibilidade de renovação dos atos processuais, desta vez perante o STF, por tratar-se de imputado com prerrogativa de foro (CF, art. 102, nº I, “c”). (STF, AP 635/GO, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 13/10/2016).

A referida conduta acaba por frustrar os direitos assegurados pela lei trabalhista, atingindo, sobremodo, a organização do trabalho, que visa exatamente a consubstanciar o sistema social trazido pela Constituição Federal em seus arts. 7º e 8º, em conjunto com os postulados do art. 5º, cujo escopo, evidentemente, é proteger o trabalhador em todos os sentidos, evitando a usurpação de sua força de trabalho de forma vil. É dever do Estado (*lato sensu*) proteger a atividade laboral do trabalhador por meio de sua organização social e trabalhista, bem como zelar pelo respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III). A conjugação harmoniosa dessas circunstâncias se mostra hábil para atrair para a competência da Justiça Federal (CF, art. 109, inc. VI) o processamento e o julgamento do feito (STF, RE 459.510/MT, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 12/04/2016).

“A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga a de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça federal (art. 109, VI, da Constituição) para processá-lo e julgá-lo.”

Compete à Justiça Federal o processamento e julgamento de ação penal em que se apuram fatos relacionados à redução à condição análoga à de escravo, por submissão do empregado a situações degradantes de trabalho, bem como de frustração de direito assegurado por lei trabalhista. (Precedente desta Corte) (TRF-1ª Reg., Inq. 0026823-26.2012.4.01.0000/GO, Rel. Des. Fed. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJe 4/7/2014).

Nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar o crime de redução a condição análoga à de escravo, pois a conduta ilícita de suprimir dos trabalhadores direitos trabalhistas constitucionalmente conferidos viola o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como todo o sistema de organização do trabalho e as instituições e órgãos que o protegem [STJ, CC 132884/GO, Relª Minª Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJS), S3, DJe 10/6/2014].

Redução à condição análoga à de escravo e termo de ajustamento O Termo de Ajustamento de Conduta não afasta os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal. Trata-se de compromisso assumido pelo denunciado de não mais celebrar contratos de trabalho em desconformidade com as leis trabalhistas, sob pena de aplicação de multa estabelecida no termo, não impedem a apuração da responsabilidade penal pela prática de

condutas criminosas ocorridas antes ou após a sua assinatura (TRF-1^a Reg., RSE 0017958-35.2013.4.01.3700/MA, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, DJe 15/10/2015).

Tráfico de Pessoas Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV – adoção ilegal; ou

V – exploração sexual.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III – o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Introdução

O tráfico de pessoas não é um mal criado pela sociedade contemporânea, pelo contrário. A história da humanidade nos mostra que, já na antiguidade, principalmente nas sociedades grega e, posteriormente, romana, a compra e venda de pessoas era prática comum, principalmente para efeitos de exploração de sua força laboral, ou seja, havia, desde aquela época, o comércio de escravos, que eram tratados como meros objetos.

Esse comércio desumano foi recorrente e permanece, infelizmente, nos dias atuais. O tráfico de seres humanos oriundos, principalmente, da África permaneceu como uma prática regular, que se valia dessa mão de obra escrava para todo tipo de trabalho.

Da mesma forma, sempre foi frequente o comércio de mulheres com o fim de serem exploradas sexualmente. Eram as chamadas “escravas brancas” (*White Slave Trade*), termo que teria aparecido pela primeira vez no ano de 1839, sendo derivado da expressão francesa *traite de blanches*. Normalmente, essas chamadas escravas brancas eram mulheres europeias

que eram levadas de seus países de origem, a fim de exercerem a prostituição, principalmente nos bordéis localizados nos Estados Unidos e na Ásia.

Traçando uma evolução sobre os diplomas internacionais que procuraram regular essas temáticas, Ela Wiecko V. de Castilho preleciona que: À preocupação inicial com o tráfico de negros da África, para exploração laboral, agregou-se a do tráfico de mulheres brancas, para prostituição. Em 1904, é firmado em Paris o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, no ano seguinte convolado em Convenção. Durante as três décadas seguintes foram assinados: a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (Paris, 1910), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genebra, 1921), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genebra, 1933), o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1947), e, por último, a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (Lake Success, 1949).

Esta sucessão histórica pode ser dividida em duas fases: antes e depois da Convenção de 1949, ou seja, no contexto da Liga das Nações e no âmbito da ONU, com expressa anulação e substituição das normas anteriores¹⁴⁶.

Embora o mundo tenha despertado para a prevenção e o combate ao tráfico de pessoas, seu número, infelizmente, vem crescendo assustadoramente ao longo dos anos, dizendo respeito não somente ao tráfico para fins de trabalho em condições análogas à de escravo, servidão ou exploração sexual, abrangendo outras modalidades como para adoção ilegal ou mesmo para remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo.

De acordo com o relatório sobre tráfico de pessoas feito pela Organização das Nações Unidas – ONU, no ano de 2014, foram identificadas mais de 150 vítimas de diversas nacionalidades, espalhadas por mais de 120 países no mundo. Dos aliciadores e recrutadores, 72% eram homens e 28%, mulheres. No que diz respeito às vítimas, 49% delas eram mulheres adultas, 18% eram homens, 21%, crianças e adolescentes do sexo feminino e os 12% restantes eram crianças e adolescentes do sexo masculino¹⁴⁷.

Conforme, ainda, com o aludido relatório, 53% das vítimas do tráfico de pessoas são exploradas sexualmente, sendo 40% destinadas ao trabalho escravo, 0,3% destinadas à remoção de órgãos, dividindo-se o percentual restante entre as demais formas dessa espécie de criminalidade.

Em 2012, as estimativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹⁴⁸ indicavam que, no mundo, havia quase 21 milhões de vítimas de trabalho forçado ou exploradas sexualmente, sendo, dentre elas, aproximadamente 5,5 milhões de crianças. Realmente, são dados estremecedores, que exigem uma resposta imediata e efetiva por parte dos Estados.

São três os tipos de países onde se pode visualizar o tráfico de pessoas, a saber: a) origem; b) passagem; e c) destino. São reconhecidos como de *origem* aqueles países de onde provêm as pessoas traficadas; de *passagem*, aqueles pelos quais as pessoas traficadas passam, mas não permanecem; c) de *destino* aqueles considerados como finalidade do tráfico, isto é, países nos quais as pessoas traficadas são conduzidas para que neles permaneçam.

Atualmente, o tráfico de pessoas é a terceira atividade criminosa mais lucrativa do mundo, somente perdendo para o tráfico de armas e de drogas.

Em 12 de março de 2004, foi editado o Decreto nº 5.017, promulgando o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, adotado em Nova Iorque em 15 de novembro de 2000.

Segundo o art. 3º, alínea *a*, do mencionado Protocolo: A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; Percebe-se, portanto, através da definição acima transcrita, que o tráfico de pessoas é considerado como um crime transnacional, a ele se aplicando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus três protocolos suplementares¹⁴⁹, cujos temas centrais destinam-se ao tráfico de pessoas (em especial mulheres e crianças), ao tráfico ilícito de migrantes e à luta contra a produção ilícita e ao tráfico de armas de fogo.

O Brasil, portanto, ao promulgar o referido Protocolo, considerando o que consta em seu art. 5º, se comprometeu a criar uma infração penal que tivesse por finalidade impedir a prática dos comportamentos previstos no art. 3º acima transscrito.

Assim, aproximadamente 12 anos após a edição do Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004, foi editada a Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, dispondo sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, criando, outrossim, o crime de *tráfico de pessoas*, tipificado no art. 149-A do Código Penal, bem como revogando as infrações penais previstas nos art. 231 e 231-A do mesmo diploma repressivo, que tipificavam, respectivamente, o tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual e o tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual.

Previu a lei, portanto, um *tipo misto alternativo*, com os verbos que compõem a figura típica, toda a cadeia que diz respeito ao tráfico de pessoas, desde o seu começo, com o

aliciamento da vítima, passando pelo seu transporte, até o acolhimento no local de destino.

Dessa forma, o art. 149-A do Código Penal atendeu às normativas internacionais, principalmente ao art. 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, transcrito acima que, para efeitos de configuração do crime de tráfico de pessoas exige três características indispensáveis, devidamente apontadas no *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal*, da Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito – Unodc¹⁵⁰, a saber: 1) um ato (o que se faz);

- 2) os meios (como se faz);
- 3) a finalidade de exploração (por que se faz).

1) Quanto aos atos (o que se faz):

São esses, portanto, os *atos* (condutas, comportamentos) praticados por aqueles que praticam o delito de tráfico de pessoas: *agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa*.

Agenciar significa fazer negócios de agenciamento, servir de agente ou intermediário.

Aliciar tem o sentido de atrair, convencer, incitar. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ: Os aliciadores, homens e mulheres, são, na maioria das vezes, pessoas que fazem parte do círculo de amizades da vítima ou de membros da família. São pessoas com que as vítimas têm laços afetivos. Normalmente apresentam bom nível de escolaridade, são sedutores e têm alto poder de convencimento. Alguns são empresários que trabalham ou se dizem proprietários de casas de show, bares, falsas agências de encontros, matrimônios e modelos. As propostas de emprego que fazem geram na vítima perspectivas de futuro, de melhoria da qualidade de vida.

No tráfico para trabalho escravo, os aliciadores, denominados “gatos”, geralmente fazem propostas de trabalho para pessoas desenvolverem atividades laborais na agricultura ou pecuária, na construção civil ou em oficinas de costura. Há casos notórios de imigrantes peruanos, bolivianos e paraguaios aliciados para trabalho análogo ao de escravo em confecções de São Paulo¹⁵¹.

Recrutar deve ser entendido no sentido de reunir as vítimas, com a finalidade de serem traficadas. Não deixa, contudo, de ser uma forma de aliciamento. Na verdade, o núcleo *aliciar* já seria suficiente para entender e subsumir o comportamento criminoso daquele que capta a vítima para o tráfico de pessoas.

Transportar diz respeito a conduzir de um lugar para outro, não importando a modalidade

do transporte, seja ele terrestre, marítimo/pluvial, ou aéreo.

Transferir tem o sentido de passar de um lugar para outro.

Comprar significa adquirir alguém, como se fosse uma coisa, mediante o pagamento em dinheiro ou qualquer outro tipo de compensação financeira. A compra aqui referida, portanto, não importa, obrigatoriamente, no pagamento de uma determinada importância em dinheiro. Pode o agente comprar a vítima comprometendo-se a cumprir uma determinada tarefa, entregando um bem em troca *etc.* A compra aqui, portanto, significa que a vítima é tratada, efetivamente, como um objeto, que possui um valor financeiro.

Alojar importa em acomodar a vítima em algum imóvel, ou seja, tem o sentido de hospedar.

Acolher tem o sentido de abrigar, mesmo que temporariamente, admitindo a pessoa em seu convívio.

2) Quanto aos meios (como se faz)

No que diz respeito aos *meios*, todos esses comportamentos devem ser praticados mediante: *grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso*.

Grave ameaça é a chamada *vis compulsiva*, em que o agente promete à vítima o cumprimento de um mal injusto, futuro e grave, caso esta não leve a efeito aquilo que lhe é solicitado. Esse mal pode recair sobre a própria vítima do tráfico, ou sobre alguém que lhe seja próximo, com quem tenha alguma relação de afinidade, fazendo com que se abale psicologicamente caso isso venha a acontecer. Não é incomum que traficantes ameacem a vítima, dizendo que matará seus familiares caso não cumpra exatamente as ordens que lhe são determinadas, fazendo, assim, com que a vítima ceda.

Violência é a *vis corporalis*, ou seja, a violência física, as agressões que são praticadas contra a própria vítima do tráfico de pessoas.

Coação é uma forma de intimidação, que pode ser praticada através da violência (*vis corporalis*) ou da grave ameaça (*vis compulsiva*).

Fraude, aqui, é todo ardil, engano, simulação no sentido de fazer com que a vítima se iluda com as promessas levadas a efeito pelo agente, acreditando serem verdadeiras quando, na realidade, estará caindo em uma armadilha. Talvez esse seja um dos meios mais utilizados para a prática do tráfico de pessoas, principalmente quando diz respeito às finalidades de *submissão ao trabalho em condições análogas à de escravo ou exploração sexual*. Isso porque, normalmente, a vítima, nesses casos, se encontra numa situação de vulnerabilidade, a exemplo daquela pessoa que vive em situação de miséria, está desempregada há muito tempo, vive em um meio promíscuo, vem de um lar destruído, tem baixa instrução, vive na

marginalidade etc. As falsas promessas de trabalho, por exemplo, em um país de primeiro mundo, soam como um bálsamo na vítima, que se deixa levar por falsas ilusões. Quando chegam em seu local de destino, caem na realidade, e se veem obrigadas a se prostituir, a trabalhar em regime de escravidão, sem recebimento de salários ou mesmo com salários muito aquém das suas necessidades etc.

Abuso diz respeito ao uso excessivo, ao desmando de alguém que tem algum poder sobre a vítima, a exemplo do que ocorre com os pais, tutores, curadores etc.

Se houver o *consentimento da pessoa* que está sendo traficada, o fato deverá ser considerado como um indiferente penal, atendendo-se, pois, ao que consta no art. 3º, b, do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, que diz, *verbis*: *b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a;*

Isto significa que o consentimento somente será válido, no sentido de afastar a prática da infração penal, se não tiver havido recurso, no caso concreto, de acordo com a alínea a do art. 3º do referido Protocolo: à *ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração*.

3) Quanto à finalidade de exploração (por que se faz).

Merece ser frisado, ainda, que o tipo penal prevê o chamado *especial fim de agir*, configurado nas finalidades de: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual.

I – Remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo: é a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que regula a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Essa remoção pode ocorrer estando o doador vivo, ou mesmo após a sua morte. O referido diploma legal regulamenta as hipóteses onde isso é possível, dizendo, em seus arts. 3º e 9º e seu § 3º: *Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.*

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos,

órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§ 1º (vetado)

§ 2º (vetado)

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

O delito de tráfico de pessoas não diz respeito à remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo de pessoa morta, somente sendo aplicado o art. 149-A do Código Penal quando a vítima, ainda viva, é submetida ao tráfico mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.

Essa conclusão se faz mister porque o art. 149-A do Código Penal faz menção à *pessoa*, isto é, ao ser vivo, haja vista que o cadáver já não goza mais desse status.

Conforme assevera Elena Florencia Onassis:

O tráfico de órgãos constitui uma das mais monstruosas atividades do comércio de pessoas, no qual participam profissionais especializados nas áreas de saúde para extraír uma parte do corpo humano e logo vendê-la e obter, por isso, dinheiro. Muitas vezes do que se crê, os sequestros ocultam o fim último que é a extração de órgãos, geralmente de pessoas que vivem na marginalidade da pobreza e possuem menos recursos para acessar a Justiça e iniciar uma investigação¹⁵².

E continua suas lições, dizendo:

As causas pelas quais este fenômeno, impensável faz algumas décadas, tem aumentado e se espalhado pelo mundo é pela notável desigualdade que existe entre as pessoas para adquirir legitimamente um órgão segundo sua posição econômica, social e cultural. Entre os países que se destacam por operar estas práticas está o Brasil, onde os esquadrões da morte têm sido acusados de traficar órgãos obtidos dos jovens delinquentes a quem eliminavam sem que ninguém investigasse em quais circunstâncias¹⁵³.

Não é incomum, no Brasil, que a pessoa que necessite de um órgão permaneça meses, ou mesmo alguns anos, até que chegue a sua vez de recebê-lo de um doador compatível. Essa demora tem estimulado esse sinistro mercado, onde traficantes inescrupulosos (me perdoem o

pleonasmo) vão à caça de suas vítimas, a fim de vender seus órgãos a peso de ouro.

II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo: o art. 149 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003, especificou as hipóteses caracterizadoras daquele que é reduzido à condição análoga de escravo, quando se submete: a) a trabalhos forçados;

- b) à jornada exaustiva de trabalho;
- c) a condições degradantes de trabalho;
- d) à restrição, por qualquer meio, de sua locomoção em virtude de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Depois da exploração sexual, como veremos mais adiante, a submissão a trabalho em condições análogas à de escravo, de acordo com o relatório da ONU, é a segunda maior causa de tráfico de pessoas.

Como mencionado anteriormente pelo Conselho Nacional de Justiça, no Brasil tem sido frequente o trabalho escravo em pequenas fábricas de roupas, em comércios, na lavoura etc., seja nos grandes centros urbanos, ou mesmo no interior do país. São chineses, bolivianos, paraguaios, equatorianos, enfim, não somente pessoas vindas da América do Sul fazem parte desse rol desumano.

Os jornais, com uma frequência assustadora, têm flagrado essas pessoas vivendo em condições miseráveis, com pouca comida, em locais insalubres, amontoadas com outras, sem a menor privacidade, recebendo pouco e, às vezes, absolutamente nada pelo seu trabalho.

Muitas pessoas têm se mobilizado no sentido de boicotar produtos que são comercializados por grandes marcas de grife, cujas fábricas encontram-se no continente asiático, ou até mesmo no Brasil, pois se deduz que, grande parte desses empregados, é vítima de um trabalho escravo.

O mais incrível é que muitos desses trabalhadores, ao contrário do que se poderia imaginar, se conformam e até se alegram com essa situação, pois não se sentem explorados, uma vez que em sua terra natal viviam de forma mais miserável ainda e, ali, mesmo diante das piores condições, ainda se sentem melhores do que viviam anteriormente.

III – submetê-la a qualquer tipo de servidão: o legislador inovou o ordenamento jurídico-penal ao inserir a servidão como uma das finalidades do tráfico de pessoas, haja vista que tal situação não era prevista em termos penais.

Assim, para efeitos de reconhecimento da servidão, deverá ser aplicada a *Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura*, adotada em Genebra, em 7 de setembro de 1956, promulgada pelo Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966, cujo artigos 1º, e 2º, da Seção I,

que dispõem sobre as Instituições e práticas análogas à escravidão.

O § 2º do art. 7º da referida Convenção, a seu turno, conceitua “pessoa de condição servil”, dizendo ser a que se encontra no estado ou condição que resulta de alguma das instituições ou práticas mencionadas no artigo 1º, transrito acima.

Conforme as precisas lições de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto: Se, todavia, cotejarmos as formas como o delito do art. 149 pode ser cometido com as definições de servidão acima transcritas (art. 1º da Convenção), veremos que as hipóteses de servidão estão inseridas no âmbito da redução a condição análoga à de escravo. Apesar da Convenção, no art. 7º, distinguir, para os seus próprios fins, a escravidão da servidão, devemos ter em mente que suas disposições são destinadas também a países que contemplem a escravidão como situação de direito, ou seja, que admitam a existência efetiva de escravos, tratados como propriedade alheia. Como já destacamos, no entanto, não há no Brasil a condição de escravo, razão pela qual pensamos não ser cabível a distinção¹⁵⁴.

IV – adoção ilegal: adotar é um dos gestos mais generosos que o ser humano pode praticar. É um ato de amor. Na adoção, no fundo, quem ganha não é o adotado, mas sim o adotante. A Bíblia diz que Deus nos adotou também, e passamos a ser chamados de filhos.

No entanto, muitas vezes, esse gesto de amor se transforma em um negócio, um comércio ilícito, praticado, muitas vezes, por ambas as partes, ou seja, pelos pais daquele que será adotado, que vendem seu filho como se fosse um objeto qualquer, e pela família adotante, que o compra, também, como se fosse uma mercadoria, deixando, muitas vezes, de se submeter a todos os dispositivos legais que regulam o tema, criados para a defesa daquele que tem sua vida entregue nas mãos de uma outra pessoa.

Sabemos que inúmeras razões podem levar uma pessoa a entregar seu filho à adoção. Não nos compete, aqui, julgar quem quer que seja. Contudo, existem procedimentos a serem obedecidos, que trarão garantias, segurança para aquele que deixa sua família biológica.

O inc. IV do art. 149-A do Código Penal faz menção somente à expressão *adoção ilegal*, podendo haver o tráfico, com essa finalidade, dentro e fora do território nacional, podendo o adotado ter sido levado para o exterior, ou mesmo adotado no território nacional, vítima do tráfico de pessoas.

A adoção vem prevista no ECA – Lei nº 8.069/1990, na Subseção IV, dos arts. 39 a 52-D, sendo disciplinada, inclusive, a adoção internacional. Ilegal é a adoção, portanto, que não atende às exigências legais para sua efetivação.

O ECA criminaliza alguns comportamentos que, supostamente, facilitariam uma adoção ilegal, a exemplo dos seus arts. 237 e 238.

Merce ser ressaltado, ainda, que o Brasil, por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de

novembro de 1990, promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Importante o alerta feito por Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, quando dizem que: Destacamos novamente que o tipo não impede o tráfico de maiores de idade com a finalidade de adoção ilegal. Como exemplo, podemos citar a hipótese em que alguém, titular de valioso patrimônio, seja pelo agente acolhido, mediante abuso, para ser forçado a adotar o mesmo agente, que futuramente se beneficiará da herança. Neste caso, a adoção – que evidentemente deve ser voluntária – seria ilegal, bastante, portanto para caracterizar a finalidade especial¹⁵⁵.

V – exploração sexual: dados estatísticos comprovam que, de todas as modalidades de tráfico de pessoas, aquele destinado à exploração sexual, seja de mulheres, homens, ou mesmo crianças, supera em mais de 50% o número de vítimas dessa espécie de crime.

O comércio carnal não tem fronteiras. Temos tomado conhecimento, com uma frequência assustadora, pelos meios de comunicação de massa, do grande número, principalmente de mulheres, que partem do Brasil para o exterior, especialmente para os países da Europa, iludidas com promessas de trabalho, ou, até mesmo, com propostas de casamento para, na verdade, exercerem a prostituição.

Há uma preocupação em nível internacional no que diz respeito ao tráfico de pessoas com o fim de serem exploradas sexualmente, mediante, principalmente, o exercício da prostituição. Em 21 de março de 1950, foi concluída, em Nova Iorque, a Convenção das Nações Unidas destinada à *repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio*, assinada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951 e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 6, de 1958, tendo sido depositado o instrumento de ratificação na ONU em 12 de setembro de 1958.¹⁵⁶

A exploração sexual faz parte do chamado “mercado do sexo” que funciona, conforme adverte Eva T. Silveira Faleiros: Como um ramo de negócios no qual há a produção e a comercialização da mercadoria – *serviços e produtos sexuais*. Trata-se de um *produto subjetivo – o prazer*, altamente vendável, que tem *valor de uso*.

A oferta de serviços性ais, restrita durante séculos quase que exclusivamente à prostituição foi, historicamente, se ampliando e diversificando. Com o desenvolvimento da tecnologia, dos meios de comunicação de massa, da *Internet*, e da sociedade de consumo, bem como a liberalização sexual, se diversificou o comércio do sexo e se desenvolveu extraordinariamente a indústria pornográfica, ou seja, a produção de mercadorias e produtos sexuais. Atualmente encontram-se no mercado do sexo produtos e serviços que se caracterizam por sua grande variedade, níveis de qualidade, de consumidores, de profissionais que empregam, de preços. São produzidos, vendidos e comprados: corpos, pessoas, *shows* eróticos, fotos, revistas, objetos, vídeos, filmes pornográficos.

Existe um enorme mercado consumidor de serviços sexuais, sendo o sexo uma mercadoria altamente vendável e valorizada, principalmente o sexo-jovem, de grande valor comercial.^{[157](#)}

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada por meio do Requerimento nº 2, de 2003, com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, apontou que: Na questão do tráfico para fins sexuais, a globalização joga um papel fundamental: “facilitado pela tecnologia, pela migração, pelos avanços dos sistemas de transporte, pela internacionalização da economia e pela desregulamentação dos mercados, o tráfico, no contexto da globalização, articula-se com redes de colaboração global, interconectando-se a mercados e a atividades criminosas, movimentando enormes somas de dinheiro. Os mercados locais e globais do crime organizado, das drogas e do tráfico para fins sexuais, como por exemplo, a Yakusa, as Tríades Chinesas, a Máfia Russa e os Snake Heads, são responsáveis pela transação de quase um bilhão de dólares no mercado internacional de tráfico humano”.^{[158](#)}

Infelizmente, nos dias de hoje, tem sido muito comum o chamado *turismo sexual* que, conforme esclarece Eva T. Silveira Faleiros: É o comércio sexual, em cidades turísticas, envolvendo turistas nacionais e estrangeiros e principalmente mulheres jovens, de setores pobres e excluídos, de países de Terceiro Mundo.

O principal serviço sexual comercializado no turismo sexual é a prostituição. Inclui--se neste comércio a pornografia (*shows eróticos*); [...]

O turismo sexual é, talvez, a forma de exploração sexual mais articulada com atividades econômicas, no caso com o desenvolvimento do turismo. Marcel Harzeu, pesquisador da área, aponta as situações de trânsito como importante fator de ruptura de limites e padrões culturais e de liberalização sexual.

As redes de turismo sexual são as que promovem e ganham com o turismo: agências de viagem, guias turísticos, hotéis, restaurantes, bares, barracas de praia, boates, casas de *show*, porteiros, garçons, taxistas. O turismo e as redes do turismo sexual incluem-se numa economia globalizada.^{[159](#)}

Classificação Doutrinária

Crime comum tanto com relação ao sujeito ativo como ao sujeito passivo; doloso; formal (tendo em vista que os comportamentos previstos no tipo – *agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa* – são levados a efeito com alguma das finalidades previstas nos incs. I a V do art. 149-A do Código Penal); comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de forma livre; instantâneo (quanto às condutas de agenciar, aliciar, recrutar, transferir e comprar); permanente (no que diz respeito ao núcleos transportar, alojar e acolher); monossubjetivo;

plurissubsistente; transeunte (como regra).

Objeto Material e Bem Juridicamente Protegido

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal em estudo é a liberdade da vítima, bem como a sua vida ou integridade física, dependendo da modalidade de tráfico de pessoas que seja levada a efeito pelo agente.

Objeto material é a pessoa, sobre a qual recai a conduta do agente, que remove seus órgãos, tecidos ou partes do corpo, que a submete a trabalho em condições análogas à de escravo, que a submete a qualquer tipo de servidão, que a adota ilegalmente ou que a explora sexualmente.

Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

Qualquer pessoa pode praticar a infração penal prevista no art. 149-A, sendo, portanto, considerado um delito comum, que não exige qualquer qualidade especial do sujeito ativo.

Da mesma forma, qualquer pessoa também poderá figurar como sujeito passivo do crime em estudo.

No que diz respeito ao sujeito passivo, vale ressaltar que, em muitos casos, a vítima do tráfico de pessoas não se considera com esse *status*, uma vez que, em muitos casos, por mais que seja explorada, sua situação ainda é melhor do que aquela que vivia anteriormente. Mesmo, por exemplo, trabalhando horas a fio, em situação precária, recebendo pouco ou quase nada, ainda assim se sente privilegiada, uma vez que, segundo alega, de onde foi trazida, vivia na mais absoluta miséria, o que, obviamente, não afasta a infração penal cometida pelo sujeito ativo.

Consumação e Tentativa

Pelo que se depreende da redação típica, estamos diante de um crime formal, de consumação antecipada, não havendo, portanto, necessidade de que a vítima seja, efetivamente, traficada, ou seja, removida ou levada para algum outro lugar para que o crime se configure, bastando que o agente tão somente atue com uma das finalidades exigidas pelo tipo penal do art. 149-A do Código Penal, a saber: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual.

Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que o agente aborda a vítima e, com a finalidade de aliciá-la para a prática de exploração sexual, venha a ameaçá-la, dizendo que caso não faça aquilo que lhe é exigido, seus parentes (pais, filhos etc.) sofrerão as consequências pela sua desobediência. Entendemos, aqui, como consumado o delito, não

havendo necessidade sequer de que a vítima seja transportada para outro lugar, ou mesmo que pratique um único caso onde venha a ser explorada sexualmente.

Isso não quer dizer, por outro lado, que o tipo penal não admita a tentativa. Tratando-se de um delito plurissubstancial, em que é possível fracionar o *iter criminis*, esse raciocínio é perfeitamente admissível e dependerá da hipótese concreta. A título de exemplo, imagine-se a hipótese daquele que havia sido encarregado de transportar a vítima, levando-a para o local onde seria explorada sexualmente. Suponhamos que, assim que a vítima ingressa no veículo do agente, seu automóvel é interceptado pela polícia, antes mesmo de começar a se dirigir para o mencionado local. Nesse caso, podemos reconhecer a tentativa de “transporte”.

Elemento Subjetivo

Os comportamentos previstos no tipo penal do art. 149-A do Código Penal somente podem ser praticados dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O delito *sub examen*, no entanto, prevê o chamado *especial fim de agir*, pois que todos os comportamentos praticados dolosamente devem, obrigatoriamente, ter uma das finalidades elencadas nos incs. I a V do art. 149-A do Código Penal, vale dizer: I – remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submissão a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submissão a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual.

Modalidades Comissiva e Omissiva

Os núcleos *agendar*, *aliciar*, *recrutar*, *transportar*, *transferir*, *comprar*, *alojar* ou *acolher*, previstos no *caput* do art. 149-A do Código Penal, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, dependendo da hipótese concreta, se o agente gozar do *status* de garantidor, poderão ser praticados via omissão imprópria.

Causas Especiais de Aumento de Pena

Diz o § 1º do art. 149-A, do diploma repressivo, que a pena é aumentada de um terço até a metade se: **I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las.**

O conceito de funcionário público encontra-se previsto no art. 327 e § 1º do Código Penal.

Funcionário público, nos termos do mencionado art. 327, para efeitos penais, não somente é aquele ocupante de um *cargo*, que poderíamos denominar funcionário público em sentido estrito, mas também aquele que exerce emprego ou função pública. *Emprego público* é a expressão utilizada para efeitos de identificação de uma relação funcional regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, geralmente para o exercício de atividades temporárias. *Função*, de acordo com as precisas lições de José dos Santos Carvalho Filho, “é a atividade

em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos.”¹⁶⁰

O exercício de uma função pública, ou seja, aquela inerente aos serviços prestados pela Administração Pública, não pode ser confundido com múnus público, entendido como encargo ou ônus conferido pela lei e imposto pelo Estado em determinadas situações, a exemplo do que ocorre com os tutores, curadores *etc.*

Exige o inc. I do art. 149-A do Código Penal, para efeitos de aplicação da majorante, que o agente, funcionário público, esteja no exercício de sua função, ou que pratique um dos comportamentos incriminados com o pretexto, isto é, a desculpa, a justificativa de exercê-la.

Aplica-se, aqui, o mesmo raciocínio ao chamado funcionário público por equiparação, previsto pelo § 1º do art. 327 do Código Penal, e também ao funcionário público estrangeiro, cujo conceito encontra moldura no art. 337-D e parágrafo único, todos do mesmo diploma repressivo.

Assim, por exemplo, pode um diplomata, no exercício de suas funções, aliciar alguém com a finalidade de explorá-la sexualmente em outro país.

II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência.

O art. 2º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabeleceu que se considera *criança* a pessoa com até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade.

Idoso é aquele, de acordo com o art. 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Para que essas majorantes possam ser aplicadas, é preciso que o agente tenha conhecimento efetivo da idade das vítimas, tomando conhecimento, assim, que se tratava de uma criança, um adolescente ou uma pessoa idosa, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo.

Por pessoa portadora de deficiência deve ser entendida aquela especificada no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. O art. 3º do mencionado decreto considera deficiência *toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.* O art. 4º do mesmo diploma legal considera a pessoa portadora de deficiência quando se enquadra nas seguintes categorias: *I – deficiência física; II – deficiência auditiva; III – deficiência visual; e IV – deficiência mental.*

Como o inc. II do art. 149-A do Código Penal não fez qualquer distinção, entendemos que

poderá ser aplicado a todas essas hipóteses de deficiência.

Contudo, tal como ocorre com as situações anteriores, a deficiência da vítima deve fazer parte do conhecimento do agente que pratica a infração penal, a fim de que possa ser aplicada a referida causa especial de aumento de pena.

III – o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitAÇÃO, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função.

Ao contrário do que ocorre normalmente, o inc. III do art. 149-A do Código Penal não indicou expressamente quais seriam as pessoas consideradas nessa *relação de parentesco*, a exemplo do que ocorre com a alínea e do art. 61 do citado diploma legal, que se refere ao crime praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, ou mesmo no inc. VII do § 2º do art. 121 do Código Penal, quando, ao inserir o delito de homicídio qualificado quando praticado contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, além do cônjuge e companheiro, se referiu expressamente ao *parente consanguíneo até terceiro grau*, em razão dessa condição.

Assim, quem está inserido no contexto da expressão relação de parentesco? Entendemos que, como a lei não fez qualquer distinção, apontando aqueles que poderiam se encontrar nesse *status*, entendemos devam ser aplicados os arts. 1.591 a 1.595 do Código Civil, que se encontram no Subtítulo II (Das Relações de Parentesco), do Capítulo I (Disposições Gerais).

Assim, ampliou-se o espectro de abrangência a fim de reconhecer essa relação de parentesco em suas três ordens, a saber: a) vínculo conjugal; b) consanguinidade; e c) afinidade.

Entende-se por relações domésticas, de acordo com as lições de Magalhães Noronha, aquelas “estabelecidas entre os componentes de uma família, entre patrões e criados, empregados, professores e amigos da casa”.¹⁶¹

Coabitar, no sentido do texto legal, quer dizer habitar ou morar em lugar comum, diversamente da hospitalidade, que se traduz, em regra, numa situação passageira ou momentânea, como as visitas.

No caso da dependência econômica, prelecionam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, “o agente se aproveita do fato de que, sem seu respaldo financeiro, a vítima tem limitada a liberdade de dirigir sua vida da forma como lhe apraz”¹⁶². Há uma espécie de submissão, de vulnerabilidade pelo fato de não poder a vítima se sustentar sem a ajuda econômica do agente.

Relação de autoridade pode ser de natureza pública ou privada. Conforme lições de Fernando Galvão, esse conceito “não comprehende apenas o exercício de função pública, mas sim todas as hipóteses em que um indivíduo esteja ligado a outro por uma relação tal que lhe autorize obter o cumprimento de um dever”¹⁶³, e continua dizendo, acertadamente, que também é reconhecida nas “hipóteses em que o executor material é indivíduo penalmente incapaz ou não punível, em virtude de condição ou qualidade pessoal”¹⁶⁴.

Superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função diz respeito a uma relação de Direito Público, a exemplo do que ocorre entre o delegado de polícia e seus agentes, os oficiais de patentes superiores com seus inferiores, entre o juiz de direito e o oficial de justiça *etc.* Hierarquia, portanto, é relação de Direito Público. Para que a máquina administrativa possa funcionar com eficiência, é preciso que exista uma escala hierárquica entre aqueles que detêm o poder de mando e seus subordinados. Nesse sentido, Frederico Marques, quando aduz que para que se possa falar em obediência hierárquica é preciso que “exista dependência funcional do executor da ordem dentro do serviço público, em relação a quem lhe ordenou a prática do ato delituoso.”¹⁶⁵ Isso quer dizer que não há relação hierárquica entre particulares, como no caso do gerente de uma agência bancária e seus subordinados, bem como tal relação inexiste nas hipóteses de temor reverencial entre pais e filhos ou mesmo entre líderes religiosos e seus fiéis.

IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

Ocorre, aqui, o chamado tráfico internacional de pessoas, quando a vítima do tráfico for retirada do território nacional.

Infelizmente, não há aumento de pena quando a vítima é trazida do exterior, existindo, portanto, uma lacuna legal nesse sentido, ferindo, consequentemente, o princípio da isonomia.

Nesse caso, indagam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto: Como trabalhar o comportamento daquele que promove a entrada da vítima no nosso país na condição de objeto traficado (“importação”)?

Em respeito ao princípio da legalidade, certamente não configura o crime majorado (art. 149-A, § 1º, IV, CP), mas não deve ser tratado, obviamente, como um indiferente penal. Responde o traficante, a depender da conduta praticada, pela figura fundamental (art. 149-A do CP), mantendo, no entanto, o rótulo de tráfico transnacional (pois extrapola as fronteiras do nosso país), inclusive para fins de competência para o processo e julgamento (que, no caso de transnacionalidade, é da Justiça Federal)¹⁶⁶.

Causa Especial de Diminuição de Pena

Diz o § 2º do art. 149-A do Código Penal:

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Cuida-se, portanto, de uma causa especial de diminuição de pena, que deverá ser obrigatoriamente aplicada desde que o agente seja primário e, também, não integre organização criminosa.

São dois requisitos cumulativos, não basta somente a primariedade, ou somente o fato de não integrar organização criminosa, pois ambas as exigências devem estar preenchidas para efeitos de aplicação da minorante.

A primariedade é um conceito encontrado por exclusão, ou seja, aquele que não for considerado reincidente, nos termos do art. 63 do Código Penal, deverá ser reconhecido como primário.

O conceito de organização criminosa vem previsto no § 1º do art. 1º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que diz: *§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*

Prevê o § 2º do art. 149-A, outrossim, uma redução obrigatória entre um a dois terços. Assim, como aplicar essa causa especial de diminuição de pena, que terá consequências importantíssimas, principalmente no que diz respeito ao regime inicial de cumprimento da pena aplicada àquele que fora condenado pelo delito de tráfico de pessoas?

Infelizmente, não existe um critério seguro para que o julgador possa percorrer entre os limites mínimo e máximo de diminuição, razão pela qual, como bem asseveraram Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto: Na falta de um critério, podemos antever os juízes reduzindo a pena sempre do máximo, lamentavelmente. Mesmo cientes de que a questão será mais bem amadurecida pela jurisprudência, sugerimos que o fator de análise seja o grau e o tempo de submissão da vítima, ou mesmo a maior ou menor colaboração do agente na apuração do crime e a libertação do ofendido¹⁶⁷.

Pena, Ação Penal, Competência para Julgamento

A pena cominada para o delito de tráfico de pessoas é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

De acordo com o § 1º do art. 149-A do Código Penal, a pena é aumentada de um terço até a metade se: *I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;*

II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III – o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitacão, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

Nos termos do § 2º do art. 149-A do mesmo diploma legal, a pena é reduzida de um a dois terços “se o agente for primário e não integrar organização criminosa”.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A competência para o processo e julgamento do tráfico de pessoas será da Justiça Estadual, exceto quando houver o tráfico transnacional, ou seja, quando o tráfico for para o exterior, ou se a vítima for trazida do exterior para o território nacional, caso em que a competência será da Justiça Federal.

Livramento Condicional

Embora o tráfico de pessoas não se encontre no rol das infrações penais previstas pela Lei nº 8.072/90, tendo em vista a modificação levada a efeito no inc. V do art. 83 do Código Penal, pela Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, somente após o cumprimento de mais de dois terços da pena, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza, é que terá direito ao livramento condicional.

Para que seja considerado como reincidente específico, o agente deverá ser condenado pela mesma infração penal, vale dizer, o tráfico de pessoas, cuja decisão condenatória anterior atenda as determinações contidas nos arts. 63 e 64 do Código Penal.

Concurso de Crimes

Além da pena correspondente ao tráfico de pessoas, se houver a efetiva remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, haverá concurso material entre os delitos tipificados no art. 149-A do Código Penal e aquele previsto no art. 14, §§ 2º a 4º, da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que diz: *2º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:*

I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II – perigo de vida;

III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV – aceleração de parto:

Pena – reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa.

§ 3º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:

I – Incapacidade para o trabalho;

II – Enfermidade incurável;

III – perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV – deformidade permanente;

V – aborto:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena – reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Diferença Entre Tráfico de Pessoas e Contrabando de Migrantes De acordo com a ONU, são as seguintes as diferenças existentes entre o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes: Consentimento

O contrabando de migrantes, mesmo em condições perigosas e degradantes, envolve o conhecimento e o consentimento da pessoa contrabandeada sobre o ato criminoso. No tráfico de pessoas, o consentimento da vítima de tráfico é irrelevante para que a ação seja caracterizada como tráfico ou exploração de seres humanos, uma vez que ele é, geralmente, obtido sob malogro.

Exploração

O contrabando termina com a chegada do migrante em seu destino, enquanto o tráfico de pessoas envolve, após a chegada, a exploração da vítima pelos traficantes, para obtenção de algum benefício ou lucro, por meio da exploração. De um ponto de vista prático, as vítimas do tráfico humano tendem a ser afetadas mais severamente e necessitam de uma proteção maior.

Caráter Transnacional

Contrabando de migrantes é sempre transnacional, enquanto o tráfico de pessoas pode ocorrer tanto internacionalmente quanto dentro do próprio país¹⁶⁸.

Tráfico Internacional e Interno de Pessoas e Continuidade Normativo Típica

Embora os arts. 231 e 231-A, ambos do Código Penal, tenham sido expressamente revogados pela Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, não podemos falar em *abolitio criminis*, tendo em vista que o novo tipo penal, constante do art. 149-A, do mesmo diploma repressivo, previu todas as hipóteses típicas anteriores, razão pela qual devemos aplicar, *in casu*, o princípio da continuidade normativo típica.

No entanto, aqueles que praticaram os delitos de tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual e tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, anteriormente à vigência da Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, deverão responder pelas penas cominadas nos arts. 231 e 231-A, respectivamente, ambos do Código Penal, tendo em vista que as penas previstas para o crime de tráfico de pessoas são superiores àquelas, aplicando-se, consequentemente, a *lex mitior*.

Política de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas

Em 4 de fevereiro de 2013, foi publicado o Decreto nº 7.901, que instituiu a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas para coordenar a gestão estratégica e integrada da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, aprovada pelo Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006, e dos Planos Nacionais de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas, bem como o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Conatrap).

A coordenação tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas é integrada, nos termos do parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 7.901, de 4 de fevereiro de 2013, pelos seguintes órgãos: I) Ministério da Justiça; II) Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República; e III) Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Seção II – Dos Crimes contra a Inviolabilidade do Domicílio **Violação de domicílio Art. 150.**
Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

§ 1º Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por 2 (duas) ou mais pessoas: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço), se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º A expressão “casa” compreende: I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; III – compartimento não aberto ao

público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º Não se compreendem na expressão “casa”: I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do nº II do parágrafo anterior; II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

Introdução

O *caput* do art. 150 do Código Penal traduz as hipóteses em virtude das quais se poderá considerar como violado o domicílio de alguém, perturbando-lhe a tranquilidade do lar.

A lei penal, portanto, trabalha com dois núcleos, vale dizer, os verbos *entrar* e *permanecer*.

Entrar, aqui, no sentido empregado pelo texto, significa invadir, ultrapassar os limites da casa ou suas dependências. Pressupõe um comportamento positivo. *Permanecer*, ao contrário, deve ser entendido no sentido de não querer sair. Só permanece, portanto, quem já estava dentro licitamente, visualizando-se, assim, um comportamento negativo.

Para que seja entendida como violação de domicílio a conduta de entrar ou permanecer, é preciso que o agente a tenha realizado *clandestina* ou *astuciosamente*, ou *contra a vontade expressa* ou *tácita* de quem de direito.

Aníbal Bruno esclarece os conceitos de ingresso clandestino ou astucioso: “Clandestina quando o agente entra ou permanece ocultando-se, dissimulando-se para que ninguém o perceba. Astuciosamente, quando se apresenta atribuindo-se, por exemplo, condição que não possui, como a de guarda sanitário ou de empregado da companhia de gás ou luz, tentando induzir em erro os que tomam conta da casa, ou lançando mão de outro ardil qualquer com que procure afastar ou iludir a vigilância.”¹⁶⁹

À primeira vista, poderíamos pensar que a violação de domicílio somente poderia ser praticada quando o ingresso ou a permanência em casa alheia ou em suas dependências fosse clandestino ou astucioso. Na verdade, os ingressos clandestinos ou astuciosos traduzem algumas modalidades de cometimento da violação de domicílio, pois que também se consideram típicos os ingressos forçado e ostensivo. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, inconformado com o término do namoro, contra a vontade expressa de sua ex-namorada, ingressa forçosamente na casa dela, almejando convencê-la a manter o relacionamento amoroso.

Como se percebe pelo exemplo fornecido, o ingresso na residência não foi clandestino, tampouco astucioso, mas, ainda assim, configura-se como hipótese de violação de domicílio.

A entrada ou a permanência deverá, ainda, nos termos do *caput* do art. 150 do Código

Penal, ocorrer contra a *vontade expressa* ou *tácita* de quem de direito. Vontade expressa é aquela manifestada claramente por aquele que detém o poder de permitir ou recusar o ingresso de alguém em sua residência. Vontade tácita é aquela de natureza presumida, seja no sentido de permitir, seja no de não tolerar o ingresso de alguém em sua casa.

Somente pode recusar o ingresso ou a permanência de alguém na casa ou em suas dependências, por exemplo, quem detém o poder legal para tanto, vale dizer, aquele a quem a lei aponta por meio da expressão *de quem de direito*.

Hungria, depois de esclarecer que a finalidade do tipo penal de violação de domicílio não é proteger o patrimônio, mas, sim, a liberdade doméstica, diz: “É ao *morador*, seja a que título for (proprietário, locatário, arrendatário, possuidor legítimo, usufrutuário, hóspede etc.), que cabe a faculdade de excluir ou admitir os *extranei*. O *jus prohibendi* pode ser exercido pelo ocupante *more domestico* até mesmo contra o proprietário ou sublocador, pois ele é a pessoa que a lei indica com a expressão *quem de direito*.¹⁷⁰”

Para que seja mais bem entendida a expressão *de quem de direito*, utilizada pelo art. 150 do Código Penal, é preciso esclarecer que existem dois regimes que devem ser observados, para fins de identificação daquele que detém o poder de permitir ou negar o ingresso de alguém em sua casa, vale dizer: *a) regime de subordinação; b) regime de igualdade*.

O regime de subordinação é caracterizado pela relação de hierarquia existente entre os diversos moradores. Assim, por exemplo, os pais ocupam uma posição hierárquica superior em relação aos filhos que são dependentes deles e que ainda vivem sustentados por eles sob o mesmo teto. Em escolas, estabelecimentos comerciais etc., devemos apontar aquele que hierarquicamente, possui autoridade para permitir ou impedir o acesso de pessoas àqueles locais.

Ao contrário, quando estamos diante de um regime de igualdade, compete a todos os moradores, igualmente, o poder de permitir ou impedir o ingresso de pessoas no local onde elas se encontram. Como bem observado por Luiz Regis Prado, “sob o regime de *igualdade*, pertence a todos os moradores o direito de inclusão/exclusão. Assim, quando se trata de habitação contendo vários cômodos independentes (v.g., república estudantil), materialmente reunidos, cada morador é dono de seu aposento e pode nele admitir quem quer que seja. Nos espaços comuns (v.g., corredores, saguões, escadas etc.) a autorização para entrada ou permanência pode provir de qualquer um dos moradores. Havendo conflito de vontades, predomina a vontade da maioria ou, em caso de empate, a negativa (*melior est conditio prohibentis*)”.¹⁷¹

Evidenciado o fato consistente em que o denunciado efetivamente entrou na casa da vítima, contra a vontade desta, portando uma espingarda, à procura do companheiro da ofendida, com quem havia se desentendido anteriormente, caracterizada a invasão de domicílio (TJRS, AC 70060473030, Rel. Des. Honório Gonçalves

da Silva Neto, j. 27/8/2014).

Não estando o proprietário do imóvel, a pessoa de direito a permitir ou não a entrada no domicílio são os demais moradores (TJSP, Ap. Crim. 11351753000, 6^a Câm. de Direito Criminal, Rel. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, reg. 11/3/2008).

O *caput* do art. 150 do Código Penal diz que a violação de domicílio poderá ocorrer quando o ingresso, seja ele clandestino, astucioso ou ostensivo, vier a ocorrer contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, *em casa alheia ou em suas dependências*.

O § 4º do mencionado art. 150, explicando o conceito de casa que deve ser compreendido para fins de tipificação do delito de violação de domicílio, diz ser: *I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.* Por outro lado, o § 5º do mesmo artigo assevera que *não se compreendem na expressão “casa”*: *I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do nº II do § 4º; II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.*

Manutenção da absolvição pelo crime de violação ao domicílio, tendo em vista que, em se tratando a creche municipal de estabelecimento aberto ao público, eis que não inserta no conceito de casa previsto no § 4º, inc. III, do art. 150 do Código Penal, ainda que estabelecidas restrições para a entrada de pessoas estranhas, não se tem como considerá-la “domicílio” para fins penais. Portanto, ratifica-se a atipicidade da conduta, rechaçando o pleito ministerial (TJ-RJ, AC 0001238-80.2013.8.19.0006, Rel.^a Des.^a Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes, DJe 27/01/2016).

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), comprehende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel (STF, *RHC* n. 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 3/4/2007).

O artigo, além da expressão *casa*, tipifica como violação de domicílio quando o ingresso e a permanência são levados a efeito em suas *dependências*. Noronha esclarece que por dependências “devem entender-se os lugares acessórios ou complementares da moradia ou habitação: jardim, quintal, garagem, pátio, adega etc. Claro é que tais lugares não devem ser franqueados ao público. Por vezes encontramos em bairro de ricas residências jardins não cercados, que não serão, por isso, dependências, mesmo porque neles não se entra. O que caracteriza a *dependência*, além do que se disse, é o fato de se avizinhar da moradia e corresponder as necessidades da atividade nesta desenvolvida. Assim, Eusébio Gómez lembra um exemplo de Marcora, de extensíssimo parque, pertencente a um plutocrata, que tem a uma distância de cinco quilômetros da casa um abrigo rústico qualquer; se alguém aí penetrar, não viola o domicílio, por não perturbar a paz do proprietário”.¹⁷²

Merece ser ressaltado, ainda, o fato de que, embora a rubrica ao tipo penal do art. 150 do diploma repressivo dê o *nomen iuris* a esse delito de *violação de domicílio*, não está se referindo, tecnicamente, ao conceito de domicílio utilizado pelo Código Civil (arts. 70 a 78),

mas, sim, ao conceito de *casa* explicitado pelo aludido § 4º do art. 150 do Código Penal.

O delito de invasão de domicílio, previsto no art. 150, *caput*, do Código Penal, exige, para a sua configuração, vontade livre e consciente de entrar ou permanecer em domicílio alheio, contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, o que não ocorre na conduta do agente que, fugindo de perseguição policial, invade residência alheia para se esconder. O exercício do direito da liberdade de locomoção não está condicionado à possibilidade de ação estatal de impor a prisão em flagrante, e ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão o que a lei veda, não havendo vedação ao criminoso que foge para evitar flagrante, de modo a constituir-se um direito seu o exercício deste mesmo direito, desde que não haja qualquer excesso punível, na forma declinada no art. 5º, II, da Constituição Federal, e art. 23, III, do Código Penal (TJMG, Processo 1.0223.06.208206-8/001[1], Rel. Judimar Biber, pub. 3/7/2007).

Para a caracterização do delito previsto no art. 150 do Código Penal, basta a intenção genérica do agente de entrar em habitação alheia, sabendo que procede ilegitimamente (RT 474/340), subsistindo como crime autônomo ‘sempre que tal violação seja um fim em si, ou quando houver dúvida quanto ao verdadeiro propósito do agente’ (RT 419/284) (TJSC, Ap. 98014089/7, Rel. Álvaro Wandelli, pub. 15/12/1998).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; doloso; de mera conduta; de forma livre; comissivo (na modalidade entrar) e omissivo (na modalidade permanecer); instantâneo ou permanente (pois a sua consumação se perpetua enquanto houver a violação do domicílio com a permanência do agente em casa alheia ou em suas dependências); monossubjetivo, podendo, também, ser visualizado como unissubsistente (se houver concentração de ato, como ocorre com a modalidade permanecer), ou plurissubsistente (como acontece, como regra, com a modalidade entrar); de ação múltipla ou de conteúdo variado (podendo o agente entrar e ainda permanecer em casa alheia ou em suas dependências, devendo ser responsabilizado por uma única infração penal).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A tranquilidade doméstica é o bem juridicamente protegido pelo tipo de violação de domicílio. Como diz a primeira parte do inc. XI do art. 5º da Constituição Federal, a casa é o asilo inviolável do indivíduo, é o seu lugar de descanso, de prazer, de tranquilidade, e deve ser preservada de intromissões, de comportamentos que atinjam a sua paz.

A casa ou suas dependências são consideradas o objeto material do delito em estudo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Por se tratar de crime comum, qualquer pessoa pode gozar do *status* de sujeito ativo do delito de violação de domicílio, inclusive o proprietário do imóvel, por exemplo, objeto material do delito.

Sujeito passivo é aquele identificado pelo tipo do art. 150 do Código Penal por meio da expressão *de quem de direito*. Na verdade, não somente a pessoa a quem a lei atribui a

faculdade de negar ou consentir o ingresso em sua casa pode ser considerado sujeito passivo do crime de violação de domicílio. Isso porque, como no delito em estudo se procura proteger a paz doméstica, a tranquilidade no lar, a liberdade que todos nós temos o direito de exercer dentro de nossa casa, qualquer morador poderá figurar como sujeito passivo da referida infração penal, independentemente do regime que se adote, ou seja, de subordinação ou de igualdade.

Consumação e tentativa

O delito de violação de domicílio se consuma quando há o efetivo ingresso do agente na casa da vítima ou em suas dependências, ou no momento em que se recusa a sair, quando nela havia ingressado inicialmente de forma lícita.

[O delito de violação de domicílio é formal, consumando-se com o ingresso do agente em domicílio alheio sem a devida permissão ou consentimento \(TJ-RS, RC 71006189245, Rel. Des. Edson Jorge Cechet, j. 10/10/2016\).](#)

[O delito em questão é formal, que se consuma com a conduta de adentrar em domicílio alheio sem a devida permissão ou consentimento \(Rec. Crim. 71001072628, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Alberto Delgado Neto, DJ 15/3/2007\).](#)

Tendo em vista a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*, sendo um delito considerado *plurissubsistente*, é perfeitamente admissível a tentativa de violação de domicílio na modalidade *entrar*, não sendo possível quando estivermos diante do núcleo *permanecer*. Em sentido contrário, aduz Cesar Roberto Bitencourt que “a *tentativa*, embora de difícil configuração, é, teoricamente, *admissível*. Há *tentativa* quando o agente, pretendendo entrar na casa da vítima, é impedido por esta; ou quando o agente, convidado a retirar-se, pretendendo permanecer no interior da casa alheia, é retirado para fora.”¹⁷³

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo característico do delito de violação de domicílio, seja ele direto ou mesmo eventual, não tendo sido prevista a modalidade culposa.

[O elemento subjetivo do dolo – necessário à configuração do crime de violação de domicílio – somente se incompatibiliza com o estado de embriaguez completa quando devidamente comprovado \(TJSC, Ap. 25477, Rel. Wladimir d'Ivanenko, j. 22/3/1990\).](#)

Modalidades comissiva e omissiva

De acordo com os núcleos existentes no art. 150 do Código Penal, o delito de violação de domicílio pode ser praticado comissiva e omissivamente.

Modalidade qualificada

O § 1º do mencionado art. 150 enumera situações que fazem com que a pena para a violação de domicílio seja excessivamente aumentada, quando o crime é cometido: *a)* à noite;

- b) em lugar ermo;
- c) com o emprego de violência;
- d) com o emprego de arma;
- e) por duas ou mais pessoas.

Noite é o período que começa depois do pôr do sol, até a aurora, ou seja, quando o sol começa a nascer no horizonte. O *emprego de violência*, que qualifica a violação de domicílio, é aquele exercido contra a pessoa, ou seja, a chamada *vis corporalis*, não qualificando a violação de domicílio a violência dirigida à destruição da coisa para o ingresso do agente em casa alheia ou em suas dependências, bem como a ameaça (*vis compulsiva*), desde que não exercida com o emprego de arma. Em sentido contrário, afirma Aníbal Bruno, com apoio majoritário da doutrina: “Violência é a força física com que se anula a oposição do morador, violência contra a pessoa ou contra coisas, praticada pelo agente para entrar no domicílio ou nele permanecer”.¹⁷⁴

O horário de verão obedece ao critério técnico de se reproduzir, em tal estação, condições aproximadas de claridade verificadas ao alvorecer durante o inverno, fazendo com que o pôr do sol ocorra mais tarde. Não se podendo afirmar inequivocamente se havia ou não luz solar na hora do crime, imperiosa a aplicação do princípio *in dubio pro reo* para beneficiar os apelantes, considerando consumado o delito durante o dia, não incidindo a qualificadora prevista no § 1º do art. 150 do Estatuto Repressivo” (TJMG, Processo 1.0024.00.093193-1/001[1], Rel. William Silvestrini, pub. 16/1/2007).

Restando demonstrado nos autos que o acusado, em horário noturno, adentrou propriedade alheia contra a vontade de quem de direito, correta a sua condenação pelo crime previsto no art. 150, § 1º, do CP (TJMG, Processo 1.0016.03.026830-0/001[1], Rel. Paulo Cesar Dias, pub. 6/7/2007).

Incorre nas sanções previstas no art. 150, § 1º, do Código Penal o agente que invade residência durante o repouso noturno, sem a devida autorização de seus proprietários. Para restar configurado o crime de invasão de domicílio, basta que o réu entre ou permaneça em residência alheia, sem a devida autorização dos que ali moram (TJSC, Ap. 25821, Rel. Nauro Collaço, pub. 25/2/1991).

O *emprego de arma*, que pode ser própria ou imprópria, deve ser utilizado no sentido de intimidar a vítima, fazendo com que se sinta ameaçada pelo agente. Segundo Fragoso, “bastará, todavia, a intimidação tácita, que se verifica quando o agente porta a arma ostensivamente. A ofensa à liberdade individual é, nestes casos, maior, pela intranquilidade que gera o emprego da arma, não sendo de se desprezar a circunstância do maior perigo que acarreta”.¹⁷⁵

A última qualificadora diz respeito ao *concurso de pessoas* na prática da violação de domicílio. Para que o delito se considere qualificado, não basta o fato de que duas ou mais pessoas entrem ou permaneçam, contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências, sendo fundamental que ajam unidas por esse propósito, ou seja, ligadas pelo vínculo psicológico característico do concurso de pessoas. Caso contrário, cada uma delas responderá pela sua violação de domicílio sem a imposição da qualificadora.

Causa de aumento de pena

O § 2º do art. 150 do Código Penal determina:

§ 2º Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso de poder.

Por funcionário público devemos entender aquele que goza do conceito previsto pelo art. 327 do Código Penal.

Obviamente que o funcionário público deve agir de acordo com as determinações legais. Em muitas situações, cumprindo os deveres que lhe são impostos pela lei, pratica comportamentos que podem não ser agradáveis às pessoas, a exemplo do oficial de justiça que, executando um mandado de busca e apreensão, ingressa em residência alheia, mesmo contra a vontade expressa do proprietário, a fim de procurar e apreender o bem constante do mandado que fora expedido pela Justiça.

Deve o funcionário público, portanto, ater-se aos precisos limites impostos pela lei, a fim de que não leve a efeito atos arbitrários ou, até mesmo, criminosos.

No que diz respeito à violação de domicílio, é a própria lei penal que excepciona os atos praticados pelos funcionários, conforme se verifica no § 3º do art. 150 do Código Penal, apontando os casos em razão dos quais não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências, desde que seja: *I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo praticado ou na iminência de o ser.*

Não somente o ato praticado pelo funcionário público deve ser previsto em lei, como também a forma como deve ser levado a efeito. As formalidades constituem uma exigência de segurança contra os possíveis abusos que podem ser praticados pelo Poder Público em geral.

A última modalidade de aumento de pena diz respeito ao chamado abuso de poder praticado por funcionário. *Ab initio*, somente pode *abusar* quem antes detinha o *poder*. Assim compreendido, a expressão abuso de poder significa agir com excesso. Dessa forma, o funcionário público que se excede, indo além daquilo que lhe fora determinado legalmente, atua com abuso de poder. Luiz Regis Prado esclarece que o abuso de poder “ocorre quando o agente excede no poder de fiscalização ou assistência que lhe incumbe. Em que pese realizada a invasão de domicílio dentro dos casos legais e com o preenchimento das formalidades devidas, o funcionário ultrapassa os limites inerentes ao exercício de suas funções. É a hipótese, por exemplo, do oficial de justiça que, ao efetuar uma penhora, permanece na casa do executado, contra a vontade deste, e desnecessariamente, além do tempo previsto. Em se tratando de autoridade, é possível a caracterização do crime previsto no art. 3º, b, da Lei nº

4.898/65 (Abuso de Autoridade). O abuso de poder, a transgressão dos deveres funcionais e a inobservância de formalidades legais operam na medida do injusto, indicando maior desvalor da ação”.¹⁷⁶

A providência prevista no art. 514 do CPP diz com os delitos funcionais próprios em que a condição de funcionário é elementar do tipo (delito especial próprio) não tendo aplicação quando se trata de delito funcional impróprio (delito especial impróprio) no qual a condição de funcionário atua como majorante ou qualificadora (v.g., arts. 150 § 2º, 151 § 3º e 295 do CP)(STJ, REsp. 271937/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., RT 809, p. 560).

Exclusão do crime

O § 3º do art. 150 do Código Penal diz textualmente: § 3º *Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:*

I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

A Constituição Federal ampliou as hipóteses previstas no transcrito § 3º do art. 150 do Código Penal, dizendo, no inc. XI do seu art. 5º: *XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial;*

[...].

A primeira hipótese diz respeito ao cumprimento de *determinação judicial*, seja para efetuar a *prisão* de alguém ou mesmo para realizar outra diligência, a exemplo do cumprimento de mandado de busca e apreensão. Nesses casos, somente poderá ser cumprida a ordem judicial durante o dia. Assim, por exemplo, tendo sido expedido mandado de prisão, o oficial de justiça ou outra autoridade encarregada de cumpri-lo somente poderá fazê-lo durante o dia, entendendo-se aqui por *dia* o período normal no qual são realizados os atos processuais, nos termos preconizados pelo art. 212 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que diz: *Art. 212. Os atos processuais serão realizados em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.*

A Constituição Federal menciona, também, as hipóteses de flagrante delito, desastre ou prestação de socorro, não havendo, nesses casos, qualquer limite temporal, ou seja, pode alguém ingressar em casa alheia, mesmo contra a vontade de quem de direito, seja de dia ou mesmo à noite.

Entretanto, comparando o dispositivo constitucional com a norma penal constante do § 3º

do art. 150, são necessárias algumas observações.

Primeiramente, a Constituição Federal menciona a situação de flagrante delito, enquanto o Código Penal aduz o fato de que algum crime esteja sendo praticado em casa alheia ou na iminência de o ser. A fim de compatibilizar as duas regras, com proeminência para aquela de natureza constitucional, que exige a ocorrência de flagrante, deve-se concluir que a expressão *na iminência de o ser*, contida na lei penal, deve, obrigatoriamente, ser entendida no sentido de que o agente, embora não houvesse ainda consumado o crime, já havia dado início à sua execução, oportunidade em que poderia ser interrompido com o ingresso de terceira pessoa em sua casa, fazendo, com isso, que a infração penal permanecesse na fase da tentativa.

Merece destaque, ainda, o fato de que a lei penal menciona, a fim de permitir o ingresso forçado em casa alheia, a prática de crime, não se referindo, outrossim, à contravenção. Nesse caso, entendemos que a Constituição Federal aumentou as hipóteses de ingresso em casa alheia contra a vontade de quem de direito, pois que mencionou tão somente a situação de flagrante delito, que poderá ocorrer tanto nas hipóteses de cometimento de crimes quanto na prática de contravenções penais.

Em caso de desastre, ou mesmo para prestar socorro, o particular que invade casa alheia com uma dessas finalidades atua em estado de necessidade, afastando-se, portanto, a ilicitude de seu comportamento. Sendo um funcionário público que possua tal obrigação de prestar socorro, a exemplo do que ocorre com os bombeiros, atua acobertado pelo estrito cumprimento de dever legal.

Nas hipóteses de cumprimento de determinação judicial, seja para efetuar prisão ou outra diligência, ou, mesmo, nos casos de flagrante delito, se praticados por funcionário público, estaremos diante da causa de justificação relativa ao estrito cumprimento de dever legal.

Sendo a prisão em flagrante realizada por um particular, nos termos da primeira parte do art. 301 do Código de Processo Penal, estaremos diante da causa de exclusão da ilicitude correspondente ao exercício regular de um direito.

Assim, concluindo, todas as situações elencadas tanto pela Constituição Federal quanto pelo próprio Código Penal dizem respeito a causas de justificação, que têm por finalidade excluir a ilicitude do comportamento realizado pelo agente.

Não há necessidade de mandado de busca e apreensão para ingresso na residência dos réus, tendo em vista que delito de tráfico de drogas possui natureza permanente, no qual o estado de flagrância prolonga-se no tempo (TJ-RS, AC 70070826029, Rel. Des. Luiz Mello Guimarães, j. 13/10/2016).

Preliminar que se rejeita. A uma, porque, como de sabença geral, o delito de tráfico é doutrinariamente classificado como permanente, ou seja, cujo momento consumativo se protraí no tempo, razão pela qual se tem o agente em permanente estado de flagrância, o que, *de per si*, autoriza o ingresso dos policiais à residência, a teor da excepcionalidade prevista no disposto no art. 5º, XI, da Constituição da República. A duas, porque, ainda que assim não fosse, fato é que, consoante se dessume dos autos, os policiais apenas ingressaram

na residência do acusado após vê-lo portando uma arma, o que, por si só, permite reconhecer a *licentiam constitutio* inserta no próprio art. 5º, XI, 2ª parte, da Constituição da República, que expressamente excepciona a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio em caso de flagrante delito, como o ora em exame (TJ-RJ, AC 0010768-15.2014.8.19.0058, Rel.ª Des.ª Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes, DJe 25/05/2016).

O flagrante delito é uma das exceções constitucionais à inviolabilidade do domicílio (STJ, HC 323520/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJU 1º/6/2004).

A perseguição pode ser caracterizada pelo patrulhamento e guarda, visando à prisão do autor do delito, pois a lei não explicita as diligências que a caracterizam, sendo que a única exigência é referente ao início da perseguição, a qual deve se dar logo após a prática do fato. Não é ilegal a entrada em domicílio sem o consentimento do autor do delito, que é perseguido, logo após a prática do crime, pela autoridade policial, pois a própria Constituição Federal permite a entrada em casa alheia, mesmo contra a vontade do morador, para fins de prisão em flagrante (STJ, HC 10.899/GO, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 13/3/2001, DJ 23/4/2001, p. 166).

Conceito legal de casa

Visando esclarecer qualquer dúvida existente com relação ao conceito de *casa*, diz a norma penal explicativa, contida no § 4º do art. 150 do Código Penal: § 4º A expressão “casa” comprehende:

I – *qualquer compartimento habitado*;

II – *aposento ocupado de habitação coletiva*;

III – *compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade*.

A expressão *qualquer compartimento habitado*, conforme esclarece Cezar Roberto Bitencourt, “tem a abrangência suficiente para evitar qualquer dúvida relativamente a moradias eventuais ou transitórias.

Para configurar ‘casa’, no sentido de *qualquer compartimento habitado*, não é necessário que esteja fixa ou afixada em determinado local; pode ser móvel, flutuante, ‘errante’, como, por exemplo, barco, *trailer*, *motor-home*, cabina de um trem velho, vagão de metrô abandonado, abrigo embaixo de ponte ou viaduto etc., além de abrigos, evidentemente, quarto de pensão, de pensionato etc.¹⁷⁷

A expressão *aposento ocupado de habitação coletiva*, embora certamente abrangida pela situação precedente, pois que pode ser compreendida de acordo com o conceito de qualquer compartimento habitado, traduz as hipóteses em que determinada pessoa reside em lugares tais como pensionatos, hotéis, motéis etc.

Por *compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade*, deve ser compreendido o lugar, segundo Hungria, “que, embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita, serve ao exercício da atividade individual privada. Assim, o escritório do advogado, o consultório do médico, o gabinete do dentista, o laboratório do

químico, o *atelier* do artista, a oficina do ourives, *etc.* A atividade do cidadão, nos tempos modernos, é múltipla e não se exerce apenas no limite estrito da casa de moradia, e há necessidade de tutelar essa atividade em todos os lugares onde ela se abriga".¹⁷⁸

O § 5º do art. 150, a seu turno, diz que não se compreendem na expressão "casa": *I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do inc. II, do § 4º do mesmo diploma legal; II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.*

A expressão casa contida no *caput* do art. 150 do estatuto penal é a mais ampla possível, abrangendo qualquer compartimento habitável, ainda que em caráter eventual (TACrim./SP, Ap. 472347, Rel. Dias Tatit, j. 22/10/1987).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O *caput* do art. 150 do Código Penal prevê a pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa, sendo que o seu § 1º comina, para a violação de domicílio qualificada, a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.

Dessa forma, a competência, pelo menos *ab initio*, para julgamento da infração penal prevista pelo tipo fundamental da violação de domicílio será do Juizado Especial Criminal, o mesmo acontecendo com sua modalidade qualificada, cuja pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa dois anos, desde que o crime não seja cometido por funcionário público, nos termos do § 2º do art. 150 do diploma repressivo, aplicando-se, outrossim, todos os institutos previstos pela Lei nº 9.099/1995 (transação penal, suspensão condicional do processo).

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Concurso de crimes

A modalidade qualificada de violação de domicílio, prevista pelo § 1º do art. 150 do Código Penal, prevê uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, *além da pena correspondente à violência*.

Inicialmente, devemos destacar que a violência aqui referida é tão somente aquela praticada contra a pessoa, e não também contra a coisa, como entende a doutrina majoritária, pelos motivos já expostos acima.

Nesse caso, teremos duas infrações penais, vale dizer, a violação de domicílio e a lesão corporal ou homicídio, por exemplo. Assim, havendo concurso de crimes, qual deles seria aplicado à hipótese em estudo: o concurso material ou o concurso formal?

Devemos notar que a violência mencionada no § 1º é um meio para a prática do crime-fim, que é a violação de domicílio, e não o contrário, ou seja, a violação de domicílio como crime-

-meio para a prática de outro crime-fim, a lesão corporal ou o homicídio, por exemplo, uma vez que, no segundo caso, seria aplicada a regra do concurso aparente de normas, ficando a violação de domicílio absorvida pelo delito-fim.

Nesse sentido, esclarece Noronha que a violação de domicílio é “um crime eminentemente *subsidiário*: é absorvido quando, no caso concreto, serve à execução de outro mais grave. De acordo com essa opinião, o eminente Nelson Hungria escreve que ‘a violação de domicílio só se apresenta como crime autônomo quando: a) seja fim a si mesma; b) sirva a fim não-criminoso ou haja dúvida sobre o verdadeiro fim do agente; c) seja simples *ato preparatório* de outro crime; d) haja desistência do agente quanto ao crime-fim; e) seja o crime-fim menos severamente punido (como, por ex., no caso da entrada à noite na casa alheia para *ameaçar* o morador)’.

Mas, mesmo de acordo com a opinião prevalente, deve entender-se não ser inadmissível o concurso. Se *A*, por qualquer razão (v.g., para mostrar aos correligionários políticos o pouco caso que faz do adversário), penetra a casa de *B*, e, depois, por qualquer outro fato – protestos deste, gesto de chamar a Polícia, discussão etc. – o agride, há dois crimes em concurso material. Não há falar em prevalência, absorção e quejandos, pois a *entrada* não foi *meio* para a agressão (fim).¹⁷⁹

Da mesma forma, responderá pelas duas infrações penais, em concurso material, aquele que, com a finalidade de violar o domicílio, agride a vítima para que possa entrar em sua residência, havendo, no caso, pluralidade de condutas, razão pela qual deverá ser aplicada a regra do art. 69 do Código Penal, atendendo-se, outrossim, à segunda parte do preceito secundário do § 1º do art. 150 do Código Penal.

É certo que o crime de invasão de domicílio, por ser crime subsidiário, não permite a sua existência autônoma na hipótese de furto, no entanto, se o réu pratica mais de uma ação contra vítimas diversas e o crime de furto não se caracteriza para uma das ações, em função do arrependimento eficaz, não há dúvida de que o réu responde pelo crime até então cometido de invasão de domicílio autônomo, sob pena de em se reconhecendo a tentativa de furto, a pena final ficar ainda mais exacerbada (TJMG, AC 1.0116.08.016392-0/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 17/5/2009).

Casa vazia ou desabitada e casa habitada, com ausência momentânea do morador

Considerando que o bem jurídico penalmente protegido pelo art. 150 do Código Penal é a tranquilidade doméstica, poderia se falar em violação de domicílio na hipótese de casa vazia ou desabitada? Não, uma vez que não há possibilidade de agressão ao bem jurídico mencionado, em face da sua inexistência.

Situação completamente diversa é a da casa que, embora normalmente habitada, seus moradores dela se encontram afastados quando do ingresso do agente. Aqui, existe bem

jurídico a ser protegido pelo Direito Penal, razão pela qual a prática da violação de domicílio é perfeitamente admissível.

Conforme esclarece Aníbal Bruno, “a entrada em casa vazia, ou construção em ruína, desabitada, não constitui violação de domicílio. Mas se a casa está ocupada, não é necessário para que se formalize o crime que o morador esteja presente no momento da violação”.¹⁸⁰

Caso contrário, não fosse esse o raciocínio dominante, sempre que viajássemos, por exemplo, esse fato seria como uma “permissão tácita” para que outras pessoas utilizassem nossa casa, o que não é razoável.

Assim, a ausência momentânea do morador não descaracteriza a violação de domicílio levada a efeito pelo agente.

Comete o delito de invasão de domicílio, o agente que, na companhia de pessoa não identificada, aproveitando-se da ausência do proprietário, invade residência, expulsando o caseiro, e lá permanecendo com o intuito de se apossar de lote em assentamento rural (TJRS, AC 70025002866, 3ª Câm. Crim., Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, *DJ* 14/8/2008).

Abuso de autoridade, na modalidade violação de domicílio

Vide art. 3º, b, da Lei nº 4.898/1965.

Posse de drogas e violação de domicílio

O tráfico de drogas, por ser crime permanente, protraí a sua consumação no tempo. Enquanto o agente portar a droga, permanecerá em flagrante delito e, nessa condição, o ingresso em sua residência com a apreensão do objeto do crime, não ofende a inviolabilidade do domicílio, eis que caracterizada a hipótese excepcionalizada pela Constituição no inc. XI do art. 5º (TJMG, HC 1.0000.09.492720-9/000, Rel.^a Des.^a Jane Silva, *DJ* 21/5/2009).

Posse de drogas para uso pessoal que não comporta prisão em flagrante por expressa disposição legal. Ingresso em casa alheia que, neste contexto, não encontra respaldo na exceção constitucional à inviolabilidade de domicílio. Postulado jurídico da proporcionalidade. Comprometimento das demais provas obtidas por meio da violação de domicílio, não autorizada pela Constituição da República [...] (TJRJ, Ap. Crim. 2007.050.05649, Rel. Des. Geraldo Prado, j. 28/2/2008).

Competência da justiça militar

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, por não estar inserido no Código Penal Militar, o crime de abuso de autoridade seria da competência da Justiça comum, e os crimes de lesão corporal e de violação de domicílio, por estarem estabelecidos nos arts. 209 e 226 do Código Penal Militar, seriam da competência da Justiça Castrense. [...] (STF, HC 92912/RS, Rel. Min. Cármel Lúcia, *DJ* 19/12/2007).

Violação de domicílio no Código Penal Militar

Vide art. 226 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Seção III – Dos Crimes contra a Inviolabilidade de Correspondência **Violão de correspondência** Art. 151.

Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Sonegação ou destruição de correspondência § 1º Na mesma pena incorre: I – quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói; **Violão de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica** II – quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas; III – quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior; IV – quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.

§ 2º As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.

§ 3º Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 4º Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1º, IV, e do § 3º.

Notas explicativas

No capítulo correspondente aos direitos e garantias individuais e coletivos, a Constituição Federal assevera, no inc. XII do seu art. 5º: *XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

[...].

Percebe-se, portanto, que é um direito fundamental do ser humano a liberdade de comunicação reservada, ou seja, não destinada ao público em geral, por meio da qual o sujeito possa exteriorizar seus sentimentos sem que, para tanto, qualquer pessoa, que não aquela para qual é dirigida a correspondência, possa ter conhecimento do seu conteúdo.

É preciso registrar, contudo, que o *caput* do art. 151 do Código Penal foi Revogado pela Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que dispôs sobre os serviços postais. A doutrina, no entanto, analisa essa revogação sob diversos aspectos.

Cesar Roberto Bitencourt, comentando o artigo em questão, aduz: “Em 1978, a Lei nº 6.538, de 22 de junho desse ano, que disciplinou os serviços postais, revogou o *caput* do art. 151 e seu § 1º, do CP, introduzindo o crime de *quebra de segredo profissional* relativo a correspondência; revogou, parcialmente, os arts. 293, I e II, e 303, ambos do CP. Finalmente, a

Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, passou a disciplinar o crime de *violação de correspondência* e assemelhados, com o mesmo conteúdo do *preceito primário* da redação anteriormente revogada (art. 40), nos seguintes termos: ‘Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem’. Alterou, no entanto, a redação do § 1º, inc. I, do mesmo artigo.

Equivocadamente, porém, os Códigos das principais editoras do País, tais como Saraiva, Revista dos Tribunais, Forense, entre outras, mantêm em seus textos, tanto nos Códigos tradicionais quanto nos ‘anotados’, a redação do texto revogado, induzindo gerações e gerações a erro. O crime antes definido como de ‘sonegação ou destruição de correspondência’ deixou de ser um crime de conteúdo variado, com a supressão das condutas ‘sonegar’ ou ‘destruir’, passando a ser um crime de conduta única, ‘apossar-se’, as outras duas condutas suprimidas constituem o *elemento subjetivo especial do tipo*: ‘para sonegá-la ou destruí-la’ (art. 40, § 1º, I, da Lei nº 6.538/1978). Assim, seria mais adequado definir essa infração penal como crime de ‘apossamento de correspondência’, terminologia que adotamos”.¹⁸¹

Luiz Regis Prado, tentando salvar aquele que já não pode mais ser ajudado, procura identificar e separar as infrações penais por diploma legal, afirmando: “São as seguintes modalidades de delitos contra a inviolabilidade de correspondência e das demais comunicações previstos pelo Código Penal e pela legislação extravagante: a) violação de correspondência fechada (art. 40, *caput*, da Lei nº 6.538/1978); b) apossamento de correspondência para sonegação ou destruição (art. 40, § 1º, da Lei nº 6.538/1978); c) divulgação, transmissão ou utilização abusiva de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151, § 1º, II, do CP); d) impedimento de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151, § 1º, III, do CP); e) instalação ou utilização ilegal de estação ou aparelho radioelétrico (art. 70 da Lei nº 4.117/1962); f) desvio, sonegação, subtração, supressão ou revelação de correspondência comercial (art. 152).”¹⁸²

Apesar do esforço dos renomados autores para tentar aplicar alguns incisos do § 1º do art. 151 do Código Penal, entendemos, *permissa venia*, equivocado tal sacrifício, uma vez que se o *caput* do mencionado art. 151 foi revogado pelo art. 40 da Lei nº 6.538/1978, como é que poderiam subsistir, como se tivessem vida autônoma, os seus parágrafos?

No caso em exame, podemos aplicar duas regras fundamentais, trazidas a lume pela Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispôs sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, atendendo à determinação contida no parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal.

A primeira delas, constante do art. 7º, inc. IV, da mencionada lei complementar, determina: *Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:*

I – [...];

II – [...];

III – [...];

IV – o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

A segunda regra, contida na Seção II do Capítulo II da referida lei complementar, que cuida da articulação e da redação das leis, determina, conforme se verifica nos incs. I e II do seu art. 10: *Art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:*

I – a unidade básica de articulação será o artigo, indicado pela abreviatura ‘Art.’, seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste;

II – os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens.

E, ainda, a alínea c do inc. III do art. 11 da Lei Complementar nº 95/1998 completa o nosso raciocínio asseverando: *Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:*

I – [...];

II – [...];

III – para obtenção de ordem lógica:

[...];

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida.

A aplicação dos parágrafos, além de estar completamente inviabilizada pela ausência da norma principal, ou seja, o *caput* do art. 151, ainda tem outros problemas, a começar por não se saber a pena cominada ao delito em estudo, quando praticado na sua, em tese, modalidade fundamental.

Isso porque o § 1º do art. 151 do Código Penal inicia sua redação dizendo: *Na mesma pena incorre.* Ora, pergunta-se: A que pena se refere o mencionado parágrafo, uma vez que já não mais existe aquela então prevista no preceito secundário do *caput* do mencionado art. 151?

No que diz respeito à modalidade qualificada, prevista no § 3º do art. 151 do Código Penal, ainda conseguimos descobrir a pena a ela cominada, vale dizer, detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. Entretanto, a impossibilidade de aplicação do aludido parágrafo não diz respeito à ausência de preceito secundário, mas, sim, à impossibilidade de compreensão do preceito

primário, que diz: *Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico.*

A pergunta, agora, é a seguinte: A que crime se refere o § 3º, uma vez que já não mais existe a infração penal até então tipificada no *caput* do art. 151 do Código Penal?

Como se percebe sem muito esforço, é inútil qualquer tentativa de aplicação dos parágrafos do art. 151 do Código Penal, em face da ausência de definição do comportamento típico principal.

Assim, os comportamentos anteriormente previstos no art. 151 do diploma repressivo, para que possam ser considerados típicos, deverão se amoldar a qualquer uma das figuras que lhes são equivalentes, constantes da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações, ou da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que dispôs sobre os serviços postais, além da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o inc. XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

Entretanto, faremos a análise dos elementos integrantes da figura típica revogada juntamente com seus parágrafos, a fim de que o leitor possa utilizá-la nas leis especiais que regularam a matéria.

Introdução

O preceito primário do art. 40 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, possui redação idêntica ao revogado art. 151, *verbis*: *Art. 40. Devassar, indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem:*

Pena – detenção, até 6 (seis) meses, ou pagamento não excedente a 20 (vinte) dias-multa.

Embora seja idêntica à do art. 151 do Código Penal a conduta narrada no preceito primário do art. 40 da Lei nº 6.538/78, essa identidade, contudo, não ocorre no que diz respeito à pena a ele cominada. O art. 151 do Código Penal, na sua extinta modalidade fundamental, previa uma pena de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, enquanto o art. 40 da Lei que dispôs sobre os serviços postais não indicou o limite mínimo, da mesma forma que limitou a aplicação da pena pecuniária a, no máximo, 20 (vinte) dias-multa.

Analizando seus elementos típicos, a começar pelo seu núcleo, concluímos que *devassar* significa tomar conhecimento total ou parcialmente, expor a descoberto, tornar conhecido o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem, não havendo necessidade que a correspondência seja aberta ou danificada. Basta que o agente tenha tido conhecimento do seu conteúdo, a exemplo daquele que a coloca sob um facho de luz, possibilitando a leitura, mesmo que parcial, do seu conteúdo.

Por *correspondência* entende-se, conforme a tradução dada pelo art. 47 da Lei nº 6.538/1978, ser *toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama*.

A correspondência a que alude o artigo é aquela *fechada*, cujo conteúdo é preservado do conhecimento das demais pessoas que não sejam o seu destinatário, e não a correspondência aberta, pois, sendo assim enviada, presume-se que o seu conteúdo possa ser conhecido por todos, a não ser que o fato se amolde, por exemplo, à hipótese do inc. I, do § 1º do art. 151 do Código Penal, quando então poderá o agente ser responsabilizado pela sonegação ou destruição de correspondência. Caso o agente leve a efeito tão somente a leitura de correspondência aberta, o fato será atípico, se não sonegá-la a quem de direito ou, mesmo, destruí-la.

A violação de correspondência, com maltrato à liberdade de pensamento resguardada pela Constituição Federal somente se concretiza quando se tratar de correspondência fechada. De outro lado, a apreensão de documento, representado por minuta de carta já remetida, mediante autorização judicial, não representa afronta ao direito assegurado pelo art. 5º, X, da CF (intimidade, vida privada etc.) Porque idêntica proteção é reservada a honra das pessoas, não podendo aquela (intimidade) servir de salvaguarda para maltrato a esta (honra) (STJ, RHC 6719/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., *RDR* 13, p. 392).

O devassamento deve ser efetuado indevidamente, vale dizer, sem o consentimento de quem de direito, ou fora das hipóteses em que o agente atua amparado por uma causa de justificação, uma vez que o termo *indevidamente* nos fornece a ideia de comportamento ilícito.

A correspondência deve ter sido dirigida a outrem, ou seja, deve ter sido indicado o seu destinatário. Afirma Hungria: “Se não é sobrescritada a pessoa alguma, ou o endereço não permite a identificação de pessoa certa, não incide sob a tutela penal”.¹⁸³

Classificação doutrinária

Crime comum em relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; doloso; de mera conduta; de forma livre; comissivo ou comissivo por omissão (desde que o agente se encontre na posição de garantidor); monossubjetivo; plurissubsistente; instantâneo, podendo ser de efeitos permanentes na hipótese de destruição; de dupla subjetividade passiva (pois tanto o remetente quanto o destinatário são considerados sujeitos passivos do delito em tela).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo de violação de correspondência tem, em sentido amplo, como bem juridicamente protegido a liberdade individual e, mais especificamente, a inviolabilidade do sigilo da correspondência. A correspondência é o objeto material do delito em estudo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode praticar o delito tipificado no art. 40 da Lei nº 6.538/1978, à

exceção, obviamente, do remetente e do próprio destinatário, pois que não se pode, no caso do remetente, devassar o conteúdo que ele próprio consignou, bem como o destinatário não o faz indevidamente, como exige o tipo penal, uma vez que a correspondência é a ele dirigida.

Contudo, tanto o remetente como o destinatário são considerados sujeitos passivos do delito em estudo, uma vez que ambos sofrem com a conduta levada a efeito pelo agente, quando este devassa, indevidamente, conteúdo de correspondência fechada confeccionada por um (remetente) e dirigida ao outro (destinatário).

Merece destaque o fato de que para aqueles que entendem pela não revogação dos parágrafos constantes do art. 151 do Código Penal, na modalidade qualificada de violação de correspondência, sujeito ativo somente será aquele que exercer função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico, sendo, dessa forma, considerado delito próprio.

De outro lado, para aqueles que entendem pela revogação de todos os parágrafos do art. 151 do Código Penal, pois que seria impossível sua manutenção depois da revogação do *caput* do mencionado artigo, sendo cometido o delito tipificado no art. 40 da Lei nº 6.538/1978 (violação de correspondência) por pessoa que tenha se prevalecido do cargo, ou com abuso da função, a pena deverá ser agravada nos termos do art. 43 da referida lei que dispôs sobre os serviços postais.

Sonegação ou destruição de correspondência e violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

O § 1º do art. 40 da Lei nº 6.538/1978 modificou a redação original do inc. I do § 1º do art. 151 do Código Penal, dizendo, *verbis*: § 1º *Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte.*

Com a nova redação, basta que o agente tenha se apossado indevidamente de correspondência alheia, mesmo aberta, com o fim de sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte. Como se percebe, levando-se a efeito uma comparação entre os dois parágrafos, a nova redação dada, com a inclusão do chamado especial fim de agir, transformou o fato em delito de natureza formal. Assim, basta que o agente tenha se apossado indevidamente de correspondência alheia, mesmo não fechada, com o fim de sonegá-la ou destruí-la, para que a infração penal reste caracterizada, não necessitando à sua configuração tenha ela sido efetivamente sonegada ou destruída. Sonegar, no sentido empregado pela lei penal, deve ser entendido como fazer com que a correspondência não chegue ao conhecimento do destinatário; destruir deve ser compreendido como inutilizar, total ou parcialmente, a correspondência.

Os incs. II e III do § 1º do art. 151 do Código Penal dizem respeito à divulgação, transmissão a outrem, utilização ou impedimento de comunicação telegráfica ou radioelétrica

ou conversação telefônica.

Prima facie, merece ser destacado que, tendo em vista a Lei nº 9.296/1996, que regulamentou o inc. XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, entende-se como revogada¹⁸⁴ a última parte do inc. II do § 1º do art. 151 do Código Penal, no que diz respeito às conversações telefônicas, aplicando-se, outrossim, o art. 10 do diploma penal especial, que diz: *Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei:*

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Ney Moura Teles, interpretando os incisos em estudo, preleciona: “São definidas as seguintes condutas proibidas: *impedir, divulgar e transmitir, ou utilizar abusivamente* comunicação telegráfica ou radioelétrica.

Impedir é interromper, obstar. Divulgar é dar conhecimento da comunicação ao público. Transmitir é narrá-la a uma terceira pessoa, determinada. Utilizar abusivamente é dela se servir para qualquer fim indevido. Será sempre comissiva a conduta.

Comunicação telegráfica é aquela feita através de sinalização elétrica ou radioelétrica a ser convertida, depois, em comunicação escrita que será entregue ao destinatário.”¹⁸⁵

A última hipótese, ou seja, a instalação ou a utilização de aparelho radioelétrico sem observância de disposição legal, foi prevista pelo art. 70 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, *verbis*: *Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.*

Consumação e tentativa

Cada uma das infrações penais previstas pelo art. 151 do Código Penal, bem como pela legislação extravagante (Lei nº 6.538/1978 e Lei nº 4.117/1962), possui momentos consumativos diferentes.

Assim, no que diz respeito à figura contida no *caput* do art. 151 do Código Penal, cuja redação é idêntica àquela contida no art. 40 da Lei nº 6.538/78, o delito se consuma quando, efetivamente, o agente tomar conhecimento do conteúdo, total ou parcialmente, de correspondência fechada dirigida a outrem. A tentativa é admissível, quando, por exemplo, o agente é impedido de tomar conhecimento do conteúdo da correspondência fechada, quando já havia posicionado o estilete para abri-la.

Quanto ao inc. I do § 1º do art. 151, considerando-se a nova redação trazida pelo § 1º do

art. 40 da Lei nº 6.538/1978, entendemos que basta que o agente tenha se apossado indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, *com o fim de* sonegá-la ou destruí-la. É suficiente, portanto, o ato de se apossar com o intuito de sonegar ou destruir a correspondência alheia. Caso consiga efetivamente o seu intento, por exemplo, na hipótese de destruição da correspondência, tal fato será visto como mero exaurimento do crime, em face de sua natureza formal, sendo considerado, de acordo com a redação típica, como um delito de consumação antecipada, bastando a prática da conduta prevista no núcleo do tipo para que a infração penal reste consumada. Apesar da natureza formal do delito, também podemos raciocinar em termos de tentativa, desde que, no caso concreto, se possa fracionar o *iter criminis*. Assim, pode ser responsabilizado, a título de tentativa, aquele que, dirigindo finalisticamente sua conduta no sentido de se apossar de correspondência alheia com o fim de sonegá-la ou destruí-la, é impedido por terceiros.

Nos incs. II e III do § 1º do art. 151 do Código Penal, a consumação ocorre quando o agente, efetivamente, divulga, transmite a outrem, utiliza abusivamente ou impede a comunicação ou a conversação telefônica, telegráfica ou radioelétrica. Também é admissível a tentativa, uma vez que se pode considerar todas as hipóteses catalogadas como delitos plurissubsistentes, cujos atos podem ser fracionados.

A última hipótese, prevista pelo art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações, que revogou o inc. IV do § 1º do art. 151 do Código Penal, se consuma quando o agente instala ou utiliza telecomunicações, sem observância do disposto na Lei nº 4.117/1962 e nos regulamentos pertinentes. Também se pode raciocinar sobre a possibilidade de tentativa.

O crime de violação de comunicação telefônica não se aperfeiçoa se a conversa não for indevidamente divulgada, transmitida ou utilizada (TACrim./SP, AC, Rel. José Pacheco, *JTCrim./SP* 96, p. 120).

Violão de correspondência. É delito formal que se consuma com a conduta de devassar correspondência alheia, tomando ciência de seu conteúdo (Rec. Crim. 71000940296, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais/RS, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 12/2/2007).

Modalidade qualificada

Há controvérsia doutrinária sobre a possível revogação do § 3º do art. 151 do Código Penal.

Luiz Regis Prado, posicionando-se pela revogação, afirma: “A qualificadora ancorada no art. 151, § 3º, do Código Penal, encontra-se inteiramente revogada. Havendo abuso por parte de funcionário de telecomunicações, será aplicável o art. 58 da Lei nº 4.117/1962; nas demais hipóteses (art. 40, *caput* e § 1º, Lei nº 6.538/1978), o funcionário incorrerá no disposto no art. 43 da Lei de Serviços Postais.”¹⁸⁶

Em sentido contrário, concluindo pela vigência do artigo, preleciona Mirabete: “Decidiu-se que não foi extinto pelo crime de abuso de autoridade, previsto no art. 3º, c, da Lei nº

4.898/1965, que trata do atentado ao sigilo de correspondência, o crime de violação de correspondência previsto no art. 151, § 3º, do CP. Nem todo funcionário pode ser considerado autoridade, no conceito penal, pelo que é lícito distinguir o crime praticado com abuso de função do de abuso de autoridade (*RT* 527/405, 439/405). Necessário, porém, é verificar-se se não ocorrem os crimes previstos no art. 41, e seus incisos, da Lei nº 6.538, ou no art. 58, e seus incisos, da Lei nº 4.117, com a redação determinada pelo Decreto-Lei nº 236.”¹⁸⁷

Pará nós, como já afirmamos em notas explicativas, o art. 151 do Código Penal está revogado, pois a falta de *caput* gera um defeito irremediável com relação aos seus parágrafos.

Causa de aumento de pena

Ab initio, para aqueles que entendem pela aplicação do art. 151 do Código Penal, a causa de aumento de pena nele prevista somente poderá ter aplicação ao *caput* e às hipóteses elencadas no § 1º, em face da situação topográfica do § 2º.

Isso quer dizer que a majorante não terá aplicação no que concerne à modalidade qualificada prevista pelo § 3º do mencionado artigo.

O dano mencionado pelo parágrafo transcreto pode ser de natureza material ou mesmo moral.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo inerente a todas as infrações penais, não se admitindo, aqui, a punição por qualquer comportamento praticado a título de culpa.

Pena e ação penal

O art. 40 da Lei nº 6.538/1978, que revogou o art. 151 do Código Penal, comina uma pena de detenção, de até 6 (seis) meses, ou pagamento não excedente a 20 (vinte) dias-multa. Deve ser frisado que, pela redação original do art. 151 do Código Penal, a pena cominada ao delito de violação de correspondência era de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Comparativamente, a lei que dispôs sobre os serviços postais pode ser considerada uma *novatio legis in melius*, pelo menos no que diz respeito ao *caput* do art. 40.

Isso porque, ao contrário do Código Penal, a lei não especificou a quantidade mínima de pena a ser aplicada, podendo, dessa forma, ser até mesmo de um dia. Além disso, determinou a lei especial que a pena pecuniária poderá ser aplicada no máximo em 20 (vinte) dias-multa, limitação não existente no Código Penal.

Se entendermos pela revogação do *caput* do art. 151 do Código Penal pelo art. 40 da Lei nº 6.538/1978, bem como se levarmos em consideração que, na verdade, a cabeça do artigo constante do Código Penal fora substituída, para fins de aplicação do seu § 1º, teremos que raciocinar com as penas cominadas ao art. 40 da Lei nº 6.538/1978, no que diz respeito aos

incs. I, II e III do § 1º do art. 151 do Código Penal.

Expcionam-se, aqui, ainda, as penas consignadas no art. 70 da Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos – e no art. 10 da Lei nº 9.296/96 (interceptação telefônica) – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A ação penal nos crimes de violação de correspondência e de sonegação ou destruição de correspondência (art. 40, § 1º, da Lei nº 6.538/1978) é de iniciativa pública incondicionada, haja vista que a lei que dispôs sobre os serviços postais não exigiu, ao contrário do Código Penal, a representação.

Em sentido contrário: Cuidando a hipótese dos autos de alegada prática de crime de violação de correspondência, de ação pública condicionada à representação, se esta não foi oferecida dentro dos seis meses a que se refere o artigo 103 do Código Penal, ocorre a decadência (TJRJ, RESE 2004.051.00228, Rel. Des. Sílvio Teixeira, j. 26/4/2005).

No que diz respeito à violação de comunicação telegráfica e radioelétrica, que se encontra tipificada nos incs. II e III do § 1º do art. 151 do Código Penal, a ação penal é de iniciativa pública condicionada à representação, salvo a interceptação telefônica, cuja ação é de iniciativa pública incondicionada.

A ação penal prevista para o crime tipificado no art. 70 da Lei nº 4.117/1962, que revogou o inc. IV do § 2º do art. 151 do Código Penal, é de iniciativa pública incondicionada.

Finalmente, no § 3º do art. 151 do Código Penal, que prevê a modalidade qualificada, nos termos do § 4º do mesmo artigo, a ação é de iniciativa pública incondicionada.

Entregue a correspondência no destino, desobriga a União de qualquer exigência, a competência para apreciar o delito é da justiça comum estadual (STJ, CC 11676/AM, Rel. Min. Felix Fischer, S3, DJ 12/5/1997 p. 18.755).

Interceptação de correspondência de presos

A Constituição Federal, no capítulo correspondente aos direitos e deveres individuais e coletivos, inserido no Título II, que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, no inc. XII do seu art. 5º, afirma: *XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

À primeira vista, poderíamos interpretar a redação constitucional no sentido de somente ter havido ressalva para a possibilidade de se quebrar o sigilo das comunicações telefônicas, por meio de ordem judicial, nos casos apontados pelo texto constante do mencionado inciso, ficando impossibilitada, entretanto, qualquer quebra de sigilo nas demais situações, mantendo-se, assim, regra absoluta para a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados.

Dessa forma, como ficaria, por exemplo, o caso das interceptações de correspondências de presos e até mesmo na hipótese em que o agente figurasse na condição de acusado em uma ação penal?

O Código de Processo Penal, em várias passagens, menciona a possibilidade de apreensão de cartas ou documentos (arts. 240, § 1º, f, e 243, § 2º).

E, ainda, embora o inc. XV do art. 41 da Lei de Execução Penal afirme ser direito do preso o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes, ressalva, em seu parágrafo único, a possibilidade de suspensão ou restrição desse direito mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Cesar Roberto Bitencourt, interpretando o dispositivo constitucional que fundamenta e permite, segundo o renomado autor, tão somente a quebra do sigilo telefônico, conclui: “Todas as exceções ou autorizações legais relativas à inviolabilidade do sigilo de correspondência são inconstitucionais. Nesse sentido, são absolutamente inconstitucionais os arts. 240, § 1º, letra f, e 243, § 2º, do Código de Processo Penal. Sob o império da nova ordem constitucional, nenhuma espécie de ‘fundadas razões’ autoriza, legitimamente, a ‘apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder’ (art. 240, § 1º, f), independente da natureza suspeita (ou mesmo certeza) ou do conteúdo da correspondência. Na verdade, esse dispositivo foi derrogado pela Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XII, 1ª parte. Assim, toda e qualquer apreensão de correspondência, com fundamento nesse dispositivo, é *inconstitucional* e, como tal, constitui *prova ilícita*, como ocorreu no famoso caso do ex-Presidente do Banco Central, Prof. Francisco Lopes, independentemente de os poderes constituídos reconhecerem essa aleivosia. Por outro lado, a previsão do art. 243, § 2º, do CPP é *duplamente inconstitucional*: primeiro porque fere o princípio da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), e segundo porque afronta a *inviolabilidade do advogado* no exercício profissional (art. 133).”¹⁸⁸

Apesar da força do raciocínio do eminent professor gaúcho, a doutrina majoritária, bem como os Tribunais Superiores, têm se posicionado favoravelmente à quebra também do sigilo da correspondência, sob o argumento de que não existem direitos absolutos. Dessa forma, mesmo que não tenha havido ressalva constitucional no sentido de permitir a quebra do sigilo da correspondência, tal comportamento, poderá ser permitido e motivado por interesses de ordem pública, que se sobreponem aos do sujeito que vê quebrado o direito de inviolabilidade da sua correspondência.

A própria administração penitenciária pode proceder à interceptação da correspondência remetida pelos presos, desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84 (TJ-MG, HC 0953722-33.2013.8.13.0000, Rel.^a Des.^a Maria Luíza de Marilac, DJe 26/02/2014).

O direito de comunicação por correspondência do preso com o mundo exterior não é absoluto, encontrando limitação na necessidade de assegurar a disciplina nos presídios e impedir que o detento use mal essa garantia

para continuar delinquendo, através de parceiros e aliados em liberdade (TJSP, 10239733000, Rel. Renê Ricupero, reg. 5/9/2007).

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, entendendo que a inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF, HC 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª T, DJ 24/6/1994, RT 709/418).

Violão de correspondência entre marido e mulher

Embora exista controvérsia doutrinária, estamos com Nélson Hungria quando esclarece que “a violão de correspondência, em tal hipótese, não constitui crime algum, não passando o fato, num caso ou outro, de simples *indelicadeza*. A comunhão de vida que decorre do casamento (art. 231, n. II, do Cód. Civ.)¹⁸⁹ não permite, evidentemente, que se considere *alheia* a um dos cônjuges a correspondência do outro. Os cônjuges, na bela expressão do direito canônico, são *duo in carne uma*. Há, entre eles, incontestavelmente, uma faculdade de mútua sindicância. Não podem eles vedar-se reciprocamente a abertura e leitura das respectivas correspondências. Se isso não está dito com todas as letras na lei civil, está inquestionavelmente implícito no seu texto. Somente por motivos inconfessáveis (ilícitos ou imorais) pode querer o cônjuge sonegar a própria correspondência ao conhecimento do outro, e muito acima dessa pretendida faculdade está o interesse de preservação do espírito de unidade e segurança da vida conjugal ou da irrestrita intimidade doméstica.”¹⁹⁰

Crime impossível

Se o agente não possui a menor possibilidade de conhecer o conteúdo da carta, a exemplo daquela escrita de forma cifrada, ou em língua completamente desconhecida, o fato deverá ser cuidado como hipótese de crime impossível.

Violão de correspondência no Código Penal Militar

Vide art. 227 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Violão de comunicação via e-mail corporativo

Direito administrativo. Monitoramento de e-mail corporativo de servidor público. As informações obtidas por monitoramento de e-mail corporativo de servidor público não configuram prova ilícita quando atinentes a aspectos não pessoais e de interesse da Administração Pública e da própria coletividade, sobretudo quando exista, nas disposições normativas acerca do seu uso, expressa menção da sua destinação somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, bem como advertência sobre monitoramento e acesso ao conteúdo das comunicações dos usuários para cumprir disposições legais ou instruir procedimento administrativo. No que diz respeito à quebra do sigilo das comunicações telemáticas, saliente-se que os dados são objeto de proteção jurídica. A quebra do sigilo de dados telemáticos é vista como medida extrema, pois restritiva de direitos consagrados no art. 5º, X e XII, da CF e nos arts. 11 e 21 do CC. Não obstante, a intimidade e a privacidade das pessoas, protegidas no que diz respeito aos dados já transmitidos, não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, assim como quaisquer outros direitos fundamentais, os quais, embora formalmente

ilimitados – isto é, desprovidos de reserva –, podem ser restringidos caso isso se revele imprescindível à garantia de outros direitos constitucionais. No caso, não há de se falar em indevida violação de dados telemáticos, tendo em vista o uso de e-mail corporativo para cometimento de ilícitos. A reserva da intimidade, no âmbito laboral, público ou privado, limita-se às informações familiares, da vida privada, política, religiosa e sindical, não servindo para acobertar ilícitos. Ressalte-se que, no âmbito do TST, a temática já foi inúmeras vezes enfrentada (TST, RR 613/2000-013-10-0, DJe 10/6/2005) (STJ, RMS 48.665-SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 05/02/2016).

Correspondência comercial Art. 152. Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

Introdução

Com a rubrica *correspondência comercial*, o art. 152 do Código Penal pune aquele que abusa 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.

Inicialmente, a lei penal fala em *abusar*, aqui utilizado no sentido de se valer indevidamente da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial. Ou seja, a empresa deposita confiança naqueles que, em tese, concentram seus esforços para que ela possa ter sucesso, progredir, crescer. Existe, portanto, um dever de lealdade, de fidelidade, no qual deve reinar a confiança. Pode, entretanto, essa confiança ser quebrada, surgindo, daí, a situação de abuso.

Como se percebe pela redação da figura típica, o abuso praticado pelo sócio ou empregado é dirigido no sentido de *desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência*, ou ainda, *revelar a estranho o seu conteúdo*. Aqui, vale a ressalva levada a efeito por Aníbal Bruno¹⁹¹ [191](#) de que somente aquele comportamento que tiver alguma potencialidade de dano à empresa comercial ou industrial é que poderá ser considerado típico.

Assim, não é, por exemplo, qualquer revelação de correspondência que deverá ser entendida como criminosa, mas tão somente aquela com o potencial de causar danos à empresa. Revelar a alguém uma correspondência recebida pela empresa que continha um anúncio imobiliário não lhe causa qualquer dano. Ao contrário, mostrar a terceiros uma correspondência dirigida à empresa que continha as novas regras a serem aplicadas em sua campanha publicitária já pode prejudicá-la com relação à concorrência, que dela tomará

conhecimento de antemão e, assim, poderá se mobilizar contrariamente.

Conjugado ao núcleo abusar, a lei penal aduz outros que dizem respeito ao especial fim de agir do agente. Dessa forma, o abuso pode ser dirigido a: *desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho o seu conteúdo*.

Desviar deve ser compreendido no sentido de alterar o destino, desencaminhar; *sonegar*, como ocultar, encobrir, esconder; *subtrair* no sentido de tomar para si, retirar; *suprimir* entendido como fazer desaparecer a correspondência; e *revelar* quando o agente torna conhecido, divulga o conteúdo da correspondência a estranho.

Classificação doutrinária

Crime próprio quanto ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo (pois que o tipo penal exige que o sujeito ativo seja sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial, sendo este último o sujeito passivo da infração penal); doloso; de forma livre; de ação múltipla ou conteúdo variado (uma vez que o agente pode praticar as várias condutas previstas no tipo penal, somente respondendo, contudo, por uma única infração penal); comissivo ou omissivo impróprio (devendo o agente, neste caso, gozar do *status* de garantidor); instantâneo (podendo ser instantâneo de efeitos permanentes, como na hipótese de supressão de correspondência); monossubjetivo; plurissubsistente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A *inviolabilidade da correspondência* é o bem juridicamente protegido pelo artigo em estudo. Aqui pode até o conteúdo ser conhecido, não se tratando, em muitas ocasiões, de proteger o sigilo da correspondência propriamente dito.

Objeto material é a correspondência contra a qual é dirigida a conduta do agente que tem por finalidade desviá-la, sonegá-la, subtraí-la, suprimi-la ou mesmo revelá-la a terceiro estranho.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente podem ser considerados sujeitos ativos da infração penal tipificada no art. 152 do diploma repressivo o *sócio* ou *empregado* de estabelecimento comercial ou industrial, uma vez que o delito em estudo se encontra no rol daqueles considerados como *próprios*.

Sujeito passivo é o estabelecimento comercial ou industrial que sofre as consequências pela conduta praticada pelo sujeito ativo.

Consumação e tentativa

O delito se consuma com a prática dos comportamentos previstos pelo art. 152 do Código Penal, vale dizer, quando o sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial

desvia, sonega, subtrai, suprime ou ainda quando revela a estranho conteúdo de correspondência comercial.

Por se tratar de crime plurissubsistente, a tentativa é perfeitamente admissível.

Elemento subjetivo

Os comportamentos previstos pelo art. 152 do Código Penal somente podem ser realizados dolosamente, seja o dolo direto ou mesmo eventual, não tendo sido prevista a modalidade culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O delito tipificado no art. 152 do Código Penal pode ser praticado comissiva ou omissivamente, desde que, nesta última hipótese, o agente goze do *status* de garantidor.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada no preceito secundário do art. 152 do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Tendo em vista a pena máxima cominada, a competência, pelo menos inicialmente, para julgamento da infração penal *sub examen* será do Juizado Especial Criminal, aplicando-se, aqui, os institutos que lhe são inerentes (transação penal e suspensão condicional do processo).

A ação penal, nos termos do parágrafo único do art. 152 do Código Penal, é de iniciativa pública condicionada à representação.

Seção IV – Dos Crimes contra a Inviolabilidade dos Segredos Divulgação de segredo Art.

153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

(Parágrafo único renumerado pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) § 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) § 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) **Introdução**

O art. 153 do Código Penal, na sua modalidade fundamental, responsabiliza criminalmente aquele que divulga, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, que tenha a possibilidade de produzir dano a outrem.

Além do comportamento previsto pelo *caput* do art. 153, por intermédio da Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, foi acrescentado um parágrafo ao mencionado artigo, qualificando-o, que recebeu a numeração de § 1º-A, especializando a divulgação de segredo quando disser respeito a informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública.

Assim, analisando a mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos da divulgação criminosa: *a)* divulgação de conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial; *b)* ausência de justa causa para essa divulgação; *c)* divulgação levada a efeito pelo destinatário ou detentor do documento particular ou de correspondência confidencial; *d)* potencialidade de dano a outrem.

Para que possa ser objeto da proteção penal, o documento particular, segundo Aníbal Bruno, deve ter: “caráter sigiloso, escrito, que deva ser mantido secreto e possa servir de prova em fato de importância jurídica. Da tutela de segredo contido em documento público ocupam-se outros dispositivos do Código.

A correspondência deve ser confidencial, ter um conteúdo realmente secreto, ser aquilo que se diz só para chegar ao conhecimento de determinada pessoa ou de limitado número de pessoas, a coisa que se deve manter em sigilo, porque isso corresponde à vontade e ao interesse legítimo de alguém”.¹⁹²

Se houver justa causa na divulgação do segredo, ou seja, se o agente atua amparado por alguma causa de justificação, a exemplo do estado de necessidade, não há falar em crime. Assim, imagine-se a hipótese daquele que recebe uma correspondência confidencial na qual nela se aponta o verdadeiro autor da infração penal que, injustamente, é imputada ao agente que recebeu aquela correspondência. Tal divulgação, por mais que se tenha exigido o seu caráter confidencial, pode, para fins de se provar a inocência daquele que estava sendo injustamente acusado em uma ação penal, por exemplo, ser feita, já que presente justa causa para tanto.

Além dessa hipótese, como bem observa Damásio, ausência de justa causa “significa que a divulgação só é incriminada quando o sujeito ativo não tem justo motivo para a prática do fato. Exemplos de justa causa: consentimento do interessado, comunicação ao judiciário de crime de ação pública, dever de testemunhar em juízo, defesa de direito ou interesse legítimo, comprovação de crime ou sua autoria etc. Nesses casos, a ausência no fato concreto do elemento normativo conduz à atipicidade da conduta”.¹⁹³

Para que se configure o delito tipificado no art. 153 do Código Penal é preciso que o próprio destinatário ou o detentor do documento particular ou de correspondência confidencial divulgue indevidamente, ou seja, sem justa causa, o seu conteúdo. Por destinatário deve ser entendido aquele para o qual fora endereçado o documento particular ou remetida a correspondência confidencial. Detentor é aquele que, mesmo não sendo o destinatário, por algum motivo, seja lícito ou ilícito, detém o documento particular ou a correspondência confidencial consigo. Nesse sentido, preleciona Luiz Regis Prado: “A lei penal pátria não exige que a detenção seja ilegítima. Logo, ante a ausência de distinção entre detentor legítimo e ilegítimo, tanto pode figurar como sujeito ativo aquele que possui licitamente o documento ou a correspondência (*in nomine proprio*) como quem a detém, por exemplo, em virtude de sonegação ou subtração (*in nomine alieno*). Advirta-se, porém, que, em se tratando de detenção ilegítima, o crime-fim (violação de segredo – art. 153, CP) absorve o crime-meio (apossamento de correspondência – art. 40, § 1º, Lei nº 6.538/78), por força do princípio de consunção.”¹⁹⁴

Além disso, conforme determina a parte final do *caput* do art. 153 do Código Penal, essa divulgação deve ter a potencialidade de produzir dano a outrem. Não exige a lei penal, como se percebe, o dano efetivo, mas tão somente a possibilidade de dano, ou seja, o dano potencial. Assim, aquele que, divulgando o conteúdo de uma correspondência confidencial, coloca em risco, por exemplo, a efetivação de uma transação comercial de grande valor, embora esta, mesmo com a divulgação, venha a se efetivar, ainda assim o agente deverá ser responsabilizado criminalmente pela potencialidade de dano contida em seu comportamento.

Havendo justa causa para divulgação de segredo, o fato é atípico, constituindo constrangimento ilegal o indiciamento do agente em inquérito policial (TACrim./SP, *RHC*, Rel. Lauro Malheiros, *RT* 515, p. 354).

O delito do art. 153 do CP é definido por um tipo anormal, em face da necessidade da existência, no fato, de um elemento normativo, consubstanciado na expressão ‘sem justa causa’. Assim, inexiste a infração na conduta de quem, na defesa de interesse legítimo, faz juntar em autos de interdição documento médico de natureza confidencial (TACrim./SP, *RHC*, Rel. Lauro Malheiros, *JTACrim./SP* 52, p. 94).

Classificação doutrinária

Crime próprio quanto ao sujeito ativo (pois que o tipo penal exige uma qualidade especial, vale dizer, a de destinatário ou detentor do documento particular ou de correspondência confidencial) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que qualquer pessoa pode vir a ser prejudicada com a divulgação indevida); doloso; formal; instantâneo; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado omissivamente, desde que o agente se encontre na condição de garantidor); monossubjetivo; unissubsistente (como regra, podendo, contudo, ser também considerado como plurissubsistente, dependendo da maneira como o delito é praticado, haja vista a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A inviolabilidade dos segredos é o bem juridicamente protegido de forma direta pelo art. 153 do Código Penal.

O documento particular e a correspondência confidencial, cujos conteúdos são divulgados sem justa causa, são considerados objetos materiais da infração penal em estudo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente podem ser considerados sujeitos ativos do delito previsto no art. 153 do Código Penal o destinatário e o detentor do documento particular ou da correspondência confidencial.

Sujeito passivo, segundo a parte final contida no *caput* do referido artigo, é aquele que, com a divulgação do conteúdo do documento particular ou da correspondência confidencial, corre o risco de sofrer dano, mesmo que este não venha a efetivamente se concretizar, podendo, até mesmo, ser o próprio remetente.

Consumação e tentativa

Consuma-se a infração penal com a efetiva divulgação a terceiros do conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, desde que, com essa divulgação, se consiga visualizar a potencialidade de dano a outrem, cuidando-se, portanto, de crime de natureza formal, cujo resultado previsto no tipo não precisa se configurar para fins de consumação do delito.

Será possível a tentativa.

Elemento subjetivo

Somente a divulgação dolosa de segredo importa ao art. 153 do Código Penal, seja o dolo direto, seja mesmo o eventual.

Não houve previsão legal da modalidade culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A divulgação pode ocorrer de forma comissiva, bem como omissivamente, desde que nesta última hipótese o agente seja considerado como garantidor, amoldando-se ao conceito de destinatário ou detentor.

Modalidade qualificada

A Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, criou, por intermédio do § 1º-A, uma modalidade qualificada de crime de divulgação de segredo, dizendo: *§ 1º. A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:*

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Ao inserir o mencionado parágrafo ao art. 153 do Código Penal, a Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, criou uma norma penal em branco, uma vez que somente se configurará a modalidade qualificada se as informações, em tese, consideradas como sigilosas ou reservadas forem aquelas apontadas como tal pela lei, estejam elas contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública.

Segundo Cesar Roberto Bitencourt, “informações são dados, detalhes, referências sobre alguma coisa ou alguém. Sigiloso é algo que não deve ser revelado, confidencial, limitado a conhecimento restrito, não podendo sair da esfera de privacidade de quem o detém. Reservado, por sua vez, é dado ou informação que exige discrição e reserva das pessoas que dele tomam conhecimento. Por fim, é indispensável que a natureza sigilosa ou reservada das informações divulgadas indevidamente seja objeto de lei e lei em sentido estrito, sendo inadmissível sua equiparação a resoluções, portarias, regulamentos etc.”¹⁹⁵

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

Em sua modalidade fundamental, a violação de segredo é punida com a pena de detenção, de 1(um) a 6 (seis) meses, ou multa, sendo que na forma qualificada, prevista pelo § 1º -A, a pena cominada é de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública condicionada à representação (§ 1º do art. 153 do CP), sendo que, em ambas as hipóteses, quando resultar prejuízo para a Administração Pública (§ 2º do art. 153 do CP), será de iniciativa pública incondicionada.

Será do Juizado Especial Criminal a competência para julgamento do delito previsto no *caput* do art. 153 do Código Penal, aplicando-se todos os institutos que lhe são inerentes (transação penal e suspensão condicional do processo).

No que diz respeito à modalidade qualificada, embora a competência não seja a do Juizado Especial Criminal, em virtude da pena mínima a ela cominada, será possível a realização de proposta de suspensão condicional do processo.

Crime de divulgação de segredo. Alegação de decadência, por falta de representação oportuna da ofendida. A representação do ofendido – condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada – prescinde de rigor formal, sendo suficiente a demonstração inequívoca da parte interessada de que seja apurada e processada a infração penal. O direito de agir não resta fulminado pela decadência se a representação para a ação penal pública condicionada ocorre tempestivamente pelo ofendido, ou seja, dentro do prazo de seis meses após o conhecimento da autoria do crime. Consoante entendimento pacífico na Jurisprudência dos Tribunais Pátrios, o trancamento da ação penal, bem assim do inquérito policial, é medida de exceção, possível somente quando inequívoca a ausência de justa causa, o que não ocorre na hipótese (STJ, RHC 42.029/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 02/09/2014).

Divulgação a uma única pessoa

Discute-se, doutrinariamente, se o núcleo *divulgar*, constante do *caput* do art. 153 do Código Penal, pressupõe que o fato seja dado ao conhecimento de várias pessoas, exigindo ampla difusão, ou basta que seja a uma só.

Hungria, partidário da primeira corrente, afirma: “Não basta a simples comunicação a uma só pessoa ou a um grupo restrito de pessoas: é necessário que haja difusão extensiva (publicação pela imprensa, radiodifusão, afixação em lugar público) ou, pelo menos, exposição que torne possível o conhecimento de indeterminado número de pessoas.”¹⁹⁶

No mesmo sentido, preleciona Fragoso: “*Divulgar* é tornar público o que pressupõe comunicação a um número indeterminado de pessoas”.¹⁹⁷

Apesar da autoridade dos renomados autores, ousamos deles discordar, uma vez que o núcleo *divulgar*, de acordo com nosso entendimento, não exige coletividade. Basta que seja dado indevido conhecimento a alguém, como no caso do *caput* do art. 153 do Código Penal, sobre o conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, sendo dela destinatário ou detentor, e que, devido a essa divulgação, haja uma potencialidade de dano, moral ou material, a outrem.

Portanto, com a devida *venia* das posições em contrário, o núcleo *divulgar* não exige, para sua configuração, a extensão pretendida pela primeira corrente, bastando, portanto, que com o comportamento do agente seja visualizada uma potencialidade de dano, mesmo que a divulgação, sem justa causa, do conteúdo do documento particular ou da correspondência confidencial seja feita a uma só pessoa.

Divulgação de Segredo no Código Penal Militar

Vide art. 228 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Violão do segredo profissional Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

Introdução

Podemos extrair os seguintes elementos da redação contida no art. 154 do Código Penal, que constituem o delito de *violação de segredo profissional*: *a)* a existência de um segredo; *b)* o fato de ter esse segredo chegado ao conhecimento do agente em virtude de sua função, ministério, ofício ou profissão; *c)* revelação a alguém; *d)* ausência de justa causa; *e)*

potencialidade de dano a outrem.

Hungria esclarece que o *segredo* deveria ser interpretado como o fato “da vida privada que se tem interesse em ocultar. Pressupõe dois elementos: um *negativo* – ausência de notoriedade, e outro *positivo* – a vontade determinante de sua custódia ou preservação. Segredo é o fato que ainda não é notório (*res arcana*), não se devendo, porém, confundir a notoriedade com a *vaga atoarda*. Não deixa de ser secreto o fato sobre o qual apenas corre um *boato incerto*”.¹⁹⁸

Para que o fato possa se subsumir à figura típica em estudo, é preciso que o segredo tenha sido revelado por alguém que o soube, por intermédio da própria pessoa detentora do segredo, em razão de função, ministério, ofício ou profissão. Há necessidade, portanto, desse vínculo entre as pessoas do confidente e daquele que confessa seus segredos. Entende-se por *função* toda determinação de encargos imposta pela lei a uma pessoa, esteja ou não ligada ao exercício de um cargo, haja ou não remuneração. Assim, o tutor, o curador, a escrevente de sala de um juiz, no exemplo de Guilherme de Souza Nucci, que “toma conhecimento, em razão de sua função, de segredos narrados durante uma audiência de divórcio, que corre em segredo de justiça, revelando-os a terceiros”.¹⁹⁹ Por *ministério*, como regra, entende-se aqueles que exercem atividades religiosas, a exemplo dos pastores, padres, irmãs de caridade. O item 55 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940, procurando afastar qualquer dúvida, aduz: *55. Definindo o crime de ‘violação de segredo profissional’, o projeto procura dirimir qualquer incerteza acerca do que sejam confidentes necessários. Incorrerá na sanção penal todo aquele que revelar segredo, de que tenha ciência em razão de ‘função, ministério, ofício ou profissão’*. Assim, já não poderá ser suscitada, como perante a lei vigente, a dúvida sobre se constitui ilícito penal a quebra do ‘sigilo do confessionário’.

Entende-se por *ofício* aquelas atividades habituais, consistentes na prestação de serviços manuais ou mecânicos, como acontece com as empregadas domésticas, costureiras *etc.* Profissão diz respeito a toda atividade que, como regra, tenha a finalidade de lucro, exercida por quem tenha habilitação. Dissemos como regra porque, em algumas situações, mesmo que exercendo um trabalho voluntário, aquela determinada atividade somente poderá ser exercida por um profissional, como é o caso, por exemplo, dos médicos e advogados.

Para que ocorra a infração penal *sub examen*, o segredo que chegou ao conhecimento do agente deve por ele ser revelado a outrem. Aqui, conforme já nos posicionamos quando do estudo do art. 153 do Código Penal, não há necessidade de que essa revelação seja levada a um número indeterminado de pessoas. A lei penal não exige essa situação. Dessa forma, como já afirmamos, acreditamos bastar que o segredo tenha sido revelado a uma só pessoa e que tenha possibilidade, com essa revelação, de causar dano a outrem.

O art. 154 do Código Penal, da mesma forma que o artigo que lhe é anterior, usa a

expressão *sem justa causa* querendo denotar que a revelação não foi amparada por um motivo justificado. Noronha esclarece que, “em regra, a *justa causa* funda-se na existência de estado de necessidade: é a colisão de dois interesses, devendo um ser sacrificado em benefício do outro; no caso, a inviolabilidade dos segredos deve ceder a outro bem-interesse. Há, pois, objetividades jurídicas que a ela preferem, donde não ser absoluto o dever do silêncio ou sigilo profissional”.²⁰⁰

Rogério Sanches Cunha, com precisão, aduz que:

“O art. 269 do CP bem espelha um exemplo de justa causa, obrigando o médico, sob pena de punição, comunicar à autoridade a ocorrência de moléstia contagiosa confidenciada no exercício da profissão.

Hoje, princípios como o da proporcionalidade (ou razoabilidade), bastante ventilado no campo “das provas obtidas por meios ilegais”, acaba, de alguma forma, por admitir, em casos excepcionais, a revelação de segredo profissional, em especial na salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicada única e exclusivamente, em situações extraordinárias.”²⁰¹

Para que a revelação sem justa causa de um segredo, que chegou ao conhecimento do agente por meio de sua função, ministério, ofício ou profissão, possa ser típica, é preciso que seja demonstrada sua potencialidade lesiva, isto é, a possibilidade que essa revelação possuiu no sentido de causar dano a outrem. Caso contrário, mesmo que tenha havido a revelação de um segredo, o fato será atípico, em face da ausência de potencialidade lesiva.

O profissional da saúde tem obrigação legal de comunicar a ocorrência de crime de ação pública incondicionada, exceto em se tratando de fato atribuído a seu paciente. A testemunha em questão atendeu à vítima, menor de idade, que não ficou exposta a procedimento criminal, mas sim sua genitora. Possibilidade do testemunho do médico, por ausente violação a segredo profissional (TJRS, Correição Parcial 70042725291, Rel. Des. Jaime Piterman, j. 9/6/2011).

O sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor a sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie. O interesse público do sigilo profissional decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositada, sem o que seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social (STJ, RMS 9612/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª T., RT 762, p. 194).

Recusa ao fornecimento de prontuário médico de paciente morto após cirurgia de redução do estômago com base em resolução do Conselho Federal de Medicina que veda este tipo de procedimento. Inadmissibilidade. Prova destinada a embasar investigação para apurar crime de ação penal pública incondicionada. Hipótese em que a requisição não se destina a revelar segredo da vítima, mas, sim, qual a rotina médica adotada no procedimento cirúrgico, com o fim específico de se obter informações necessárias à elucidação da causa do óbito, sua autoria e se o médico responsável negligenciou na observância de regra técnica da profissão (TJRJ)

(RT 826, p. 663).

A obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso. A revelação do segredo médico em caso de investigação de possível abortamento criminoso faz-se necessária em termos, com ressalvas do interesse do cliente. Na espécie, o hospital pôs a ficha clínica à disposição de perito médico, que ‘não estará preso ao segredo profissional, devendo, entretanto, guardar sigilo pericial’ (art. 87 do Código de Ética Médica) (STF, RE 91218/SP, Rel. Min. Djaci Falcão, 2^a T, RTJ 101-02, p. 676).

Classificação doutrinária

Crime próprio quanto ao sujeito ativo (uma vez que o tipo delimita a prática da infração penal àqueles que tiverem tomado conhecimento do segredo em razão de função, ministério, ofício ou profissão), sendo comum no que diz respeito ao sujeito passivo; doloso; formal; instantâneo; comissivo (podendo ser praticado omissivamente somente pelo agente que goze do *status* de garantidor); de forma livre; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma com que a infração penal é levada a efeito, pois os atos podem ser concentrados ou diluídos pelo *iter criminis*).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido por esse tipo penal é a inviolabilidade do segredo profissional.

Objeto material, segundo Guilherme de Souza Nucci, “é o assunto transmitido em caráter sigiloso, que sofre a conduta criminosa”.²⁰²

Sujeito ativo e sujeito passivo

O crime de violação do segredo profissional é próprio com relação ao sujeito ativo, uma vez que somente as pessoas que tiverem tomado conhecimento do segredo em razão de função, ministério, ofício ou profissão poderão praticá-lo.

O acesso que o administrador tem às fichas, necessariamente restrito, é em razão de função auxiliar exercida materialmente por pessoas que ele contrata e que estão subordinadas tanto a ele quanto a cada um dos médicos no exercício da profissão médica, mas todos (subordinados) ao sigilo médico e ao sigilo profissional. Ainda que os auxiliares não sejam médicos – e não estejam vinculados ao Código de Ética Médico – eles estão obrigados em razão de função, ministério, ofício ou profissão a guardar segredo, conforme disposto no artigo 154 do Código Penal. O administrador do hospital não é um auxiliar ou ajudante dos médicos contratados, que tampouco (os médicos) estão a ele (administrador) subordinados no exercício de sua profissão, mas isto não o desobriga do segredo sobre o conteúdo das fichas a que tem acesso de fato, mas não de direito (TJRS, ACR 70029746138, 7^a Câm. Crim., Rel. Des. João Batista Marques Tovo, DJERS 16/10/2009, p. 183).

Sujeito passivo pode ser tanto aquele que tem o seu segredo revelado como o terceiro que, com essa revelação, pode sofrer um dano, material ou moral.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito tipificado no art. 154 do Código Penal quando o segredo potencialmente lesivo é revelado a outrem, mesmo que tal revelação, como já afirmamos, tenha sido feita a uma única pessoa.

Embora exista controvérsia doutrinária, entendemos ser admissível a tentativa.

Elemento subjetivo

O crime de violação de segredo profissional somente pode ser praticado dolosamente, seja o dolo direto ou, mesmo, eventual.

Não se admite a modalidade culposa.

Artigo 154 do CP: violação de sigilo profissional. Fotos íntimas juntadas em processo criminal por médico e ex-amante da apelada, com a intenção de comprovar uma obsessão amorosa sofrida por ele em razão da conduta permanente dela. Inexistência do dolo para a configuração do crime. Ato lamentável, mas que não adentra na esfera criminal (TJ-RJ, AC 0286709-95.2013.8.19.0001, Rel.^a Des.^a Rosana Navega Chagas, DJe 20/04/2016).

Modalidades comissiva e omissiva

A revelação pode ocorrer de forma comissiva, bem como omissivamente, desde que, nesta última hipótese, o agente seja considerado garantidor da guarda do segredo que lhe é revelado em razão de função, ministério, ofício ou profissão.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada no preceito secundário do art. 154 do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, sendo o seu julgamento, portanto, pelo menos inicialmente, de competência do Juizado Especial Criminal, aplicando-se, outrossim, os institutos que lhe são inerentes (transação penal e suspensão condicional do processo).

Nos termos do parágrafo único do art. 154 do Código Penal, a ação penal é de iniciativa pública condicionada à representação.

Conflito aparente de normas. Arts. 154 do CP e 38, § 7º, da Lei nº 4.595/1964. Violação de segredo profissional e quebra de sigilo bancário. Solução pelo princípio da especialidade, previsto no art. 12 da lei substantiva, por tratar de instituição financeira. Ação penal, portanto, de natureza pública incondicionada. Desnecessidade de representação, como exigido no delito previsto no Código Penal (STF) (RT 632, p. 375).

Violação de Segredo Profissional no Código Penal Militar

Vide art. 230 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Violação de segredo profissional e Lei de Segurança Nacional

Vide art. 21 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83).

Advogado e segredo profissional

Habeas corpus. Advogado. Dever de guardar segredo profissional. Trancamento de ação penal. Crime de desobediência. Negativa dele em prestar depoimento em procedimento administrativo. Lei nº 8.906/1994. Dever de recusar-se a depor. Concessão da ordem. O advogado, em pleno Estado Democrático de Direito, no exercício de seus direitos e prerrogativas, tem o dever de guardar o sigilo profissional ‘mesmo quando autorizado ou solicitado por seu constituinte’. Não pode o advogado ser constrangido a prestar declarações em inquérito policial, ou no curso da ação penal, arrolado pelas partes no litígio, compromissado ou não, sobre fatos de que tenha ciência em razão de sua condição, direta ou indiretamente, obrigado pela ética e pelo dever absoluto de guarda de segredo (TJMG, 1.0000.06.445470-5/000 [1], Rel. Hyparco Himmesi, DJ 26/1/2007).

RHC. Penal. Processual penal. Violação de segredo profissional. Advogado. Trancamento da ação. O advogado tem obrigação de guardar segredo dos fatos conhecidos no exercício profissional, cuja revelação pode produzir dano a outrem. Cumpre considerar o elemento subjetivo da conduta, eventualmente caracterizador do *animus* de molestar. No caso de uso de documento para instruir reclamação trabalhista que, na relação processual, envolve pessoa nele referida no caso dos autos, resulta do princípio que impõe o ônus da prova a quem alega. A denúncia, de outro lado, precisa especificar o dano (STJ, *RHC* 2524/RS, ROHC 1993/0002249-0, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., *RSTJ*, v. 53, p. 364).

Invasão de dispositivo informático (*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) **Art. 154-A.** Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

(*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*.

(*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

(*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: (*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

(*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) § 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

(*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) § 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: (*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) I – Presidente da República, governadores e prefeitos; (*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) II – Presidente do Supremo Tribunal Federal; (*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) III –

Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou (*Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) IV – dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

(Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012) Ação penal

(Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012) Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

(Incluído pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012) Introdução

O século XXI está experimentando um avanço tecnológico inacreditável. Situações que, em um passado não muito distante, eram retratadas em filmes e desenhos infantis como hipóteses futuristas, hoje se fazem presentes em nosso dia a dia. As conversas *online*, com visualização das imagens dos interlocutores, seja por meio de computadores, seja de *smart phones*, que pareciam incríveis no início da segunda metade do século XX, atualmente, fazem parte da nossa realidade.

Enfim, vivemos novos tempos e temos de nos adaptar, consequentemente, ao mau uso de todo esse aparato tecnológico. A *internet* revolucionou o mundo e o fez parecer muito menor.

Originalmente, a *internet* teve utilização militar. A ideia de uma rede interligada surgiu em 1962, durante a Guerra Fria, e foi imaginada, conforme esclarece Augusto Rossini, “para proteger a rede de computadores do governo norte-americano durante um ataque nuclear. Planos detalhados foram apresentados em 1967, tendo sido criada a ARPANET em 1968, estabelecendo-se o germe do que é hoje Internet”,²⁰³ concebida, dentre outros, por Paul Baran, da empresa Rand Corporation, também com a finalidade de suprir as deficiências e fragilidades da rede telefônica AT&T, utilizada, ainda, nas décadas de 1980 e 1990, como meio de comunicação científica interuniversitária.

Conforme nos esclarece Juan José López Ortega, “em seus primeiros anos de existência, a *internet* parecia pressagiar um novo paradigma de liberdade. Um espaço isento de intervenções públicas, no qual os internautas desfrutavam de um poder de ação ilimitado. A liberdade para se comunicar e se expressar se estendia sem possibilidade de censura a todos os cantos do planeta. A propriedade intelectual, necessariamente, devia ser compartilhada e a intimidade se encontrava assegurada preservando o anonimato da comunicação e pelas dificuldades técnicas de rastrear as fontes e identificar os conteúdos.

As novas tecnologias de recolhimento dos dados, associadas à economia do comércio eletrônico, transformaram a liberdade e a privacidade na *internet*, e isso em consequência

direta de sua comercialização. A necessidade de assegurar e identificar a comunicação para ganhar dinheiro por meio da rede, junto com a necessidade de proteger os direitos de novas arquiteturas de *software*, que possibilitam o controle da comunicação. *Tecnologias de identificação* (senhas, marcadores digitais, processos de identificação), colocadas nas mãos das empresas e dos governos, deram passo ao desenvolvimento de *tecnologias de vigilância* que permitem rastrear os fluxos de informação.

Através destas técnicas, qualquer informação transmitida eletronicamente pode ser recolhida, armazenada, processada e analisada. Para muitos, isso supôs o fim da privacidade e, se não é assim, ao menos obriga a *redefinir o âmbito do privado na internet*, um espaço no qual por sua dimensão global já não basta garantir o controle dos dados pessoais. Noções até agora válidas, como ‘fichário’ ou ‘base de dados’, deixam de ter significado. A nova fronteira não é o computador pessoal ou a *internet*, senão a rede global, e isso tem consequências ao delimitar o conteúdo do direito à intimidade, que no espaço digital se transmuda como o direito ao anonimato”.²⁰⁴

A *internet*, em um mundo considerado globalizado, transformou-se em uma necessidade da modernidade de que não podemos abrir mão. Nunca as pesquisas foram tão velozes. Bibliotecas inteiras podem ser resumidas a um comando no computador. No entanto, toda essa modernidade informática traz consigo seus problemas. Como alerta Cinta Castillo Jimenez, a “*internet* supõe um sonho para seus usuários e um pesadelo para os práticos do direito. Por uma parte, permite concluir transações com empresas e consumidores situados em qualquer lugar do planeta, agiliza a comunicação entre as pessoas. Representa a liberdade mundial de informação e da comunicação; é um sonho transformado em realidade.

Por outro lado, todo conjunto de atividades sociais precisa de uma regulamentação. As legislações nacionais avançam com muito atraso no que diz respeito às novas tecnologias. Isso faz com que sejam dificultadas as respostas legais a numerosos litígios que podem suscitar as operações na *internet*. Por isso é também um pesadelo jurídico.

Um espanhol, usuário da *internet*, pode acessar a rede e contatar com uma empresa alemã, vendedora ou prestadora de serviços, graças ao acesso à *internet*, proporcionado pela filial holandesa de um provedor norte-americano. As fronteiras estatais se diluem na *internet*. A aldeia global se transformou em realidade.

Podemos dizer que as questões legais mais espinhosas que são colocadas no ciberespaço correspondem ao direito internacional privado”.²⁰⁵

Com a utilização da *internet*, delitos considerados tradicionais, a exemplo do estelionato, podem ser praticados sem que a vítima conheça sequer o rosto do autor da infração penal; nossa vida pessoal pode ser completamente devassada e colocada à disposição de milhões de pessoas; nossa intimidade, enfim, estará disponível com apenas um toque no computador.

Muito se tem discutido, atualmente, a respeito dos chamados *delitos de informática*, também reconhecidos doutrinariamente por meio das expressões: *crimes de computador*, *crimes digitais*, *crimes cibernéticos*, *crimes via internet*, dentre outras. Na verdade, sob essa denominação se abrigam não somente os crimes cujo objeto material da conduta praticada pelo agente é um componente informático, a exemplo dos programas de computador, ou as próprias informações existentes em um dispositivo informático, como também – e o que é mais comum – todas as demais infrações penais nas quais a informática é utilizada como verdadeiro instrumento para sua prática. Por essa razão, observam Mário Furlaneto Neto e José Augusto Chaves Guimarães: “A informática permite não só o cometimento de novos delitos, como potencializa alguns outros tradicionais (estelionato, por exemplo). Há, assim, crimes cometidos com o computador (*The computer as a tool of a crime*) e os cometidos contra o computador, isto é, contra as informações e programas nele contidos (*The computer as the object of a crime*)”.²⁰⁶

É nesse último sentido que, precipuamente, a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, inserindo o art. 154-A ao Código Penal, criou o delito de *invasão de dispositivo informático*, prevendo, outrossim, o chamado *crime de informática puro*, isto é, aquele, segundo definição de Marco Aurélio Rodrigues da Costa, cuja conduta ilícita “tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, seja pelo atentado físico ou técnico do equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas”.²⁰⁷

Os delitos praticados por meio da informática podem ser de difícil apuração. Lucrecio Rebollo Delgado destaca três características muito importantes, que lhe são peculiares, dizendo que todas as atuações ilícitas cometidas no âmbito informático se realizarão: “*Com celeridade e distância no tempo e no espaço*”. O conceito de realização delitiva se encontra truncado com estas novas formas. É frequente pensar que qualquer um pode praticar um homicídio, mas este requer a proximidade espacial e temporal de sua vítima. Sem embargo, no âmbito informático, o suposto delinquente não necessita para a comissão delitiva nem a presença física, nem temporal. Ademais disso as facilidades no tratamento e processo da informação, com a possibilidade de realizar programas que atuem de forma retardada ou controlada no tempo, aproveitando as funções do sistema operativo do computador, permitem ativar ou desativar determinadas ordens na máquina, de maneira dinâmica, inclusive flexível. Desta forma, dependendo de uma ou outra circunstância prevista de antemão, assim como a utilização das comunicações, para poder, em tempo real e fora do alcance ou controle do operador do computador, atuar na forma desejada, permitem preparar ações dolosas em prejuízo do outro, em tempo e espaços distantes.

Facilidade de encobrimento. É característica praticamente inseparável da atividade ilícita informática, a facilidade com que se encobrem os fatos. É muito fácil, por exemplo, modificar um programa para que realize uma atividade ilícita em benefício do autor e estabelecer logo o

que se denomina uma rotina software que volte a modificar o programa de forma automática. Dessa forma, não fica rastro da possível prática do delito. Se, posteriormente, fosse realizado um estudo do programa, seria impossível detectar a forma em que se cometeu o fato. Tenhamos em mente a ideia de que é possível realizar-lo, mas não teremos nenhuma prova de que se realizou.

Dificuldade probatória. A dificuldade em atribuir a autoria do fato vem em grande medida determinada pela dificuldade probatória que rodeia a ilicitude informática. Isso se deve à própria dinâmica do processamento informático, que impede detectar uma determinada atividade ou processo posteriormente à sua realização, e em outras ocasiões, devido a facilidade para fazer desaparecer, de forma fraudulenta, por meio da manipulação de programa e dados, as atividades, operações, cálculos ou processos que foram realizados anteriormente”.²⁰⁸

A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, inserindo o art. 154-A ao Código Penal, exigiu a presença dos seguintes elementos, para efeito de caracterização do delito de invasão de dispositivo informático, a saber: a) o núcleo *invadir*; b) dispositivo informático alheio; c) conectado ou não à rede de computadores; d) mediante violação indevida de mecanismo de segurança; e) com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo; f) ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

O núcleo *invadir* tem o sentido de violar, penetrar, acessar.

Informática, na definição de Pablo Guillermo Lucero e Alejandro Andrés Kohen é “a ciência aplicada que trata do estudo e aplicação do processamento automático da informação, mediante a utilização de elementos eletrônicos e sistemas de computação”.

O termo *informatique* é um anacrônimo das palavras francesas *information* e *automatique*, o qual foi utilizado pelo engenheiro francês *Philippe Dreyfus* no ano de 1962 para sua empresa *Société d’Informatique Appliquée*.

Posteriormente, esse termo começou a ser utilizado pelas diferentes línguas quando se desejava contemplar a questão do processamento automático da informação, sendo assim que, ao ingressar no mundo castelhano, se conceitualizou a palavra *informática*.

Para que se possa considerar um sistema informático se deve verificar necessariamente a realização das seguintes tarefas básicas: Entrada: Aquisição dos dados;

Processo: Tratamento dos dados;

Saída: Transmissão dos resultados”²⁰⁹.

Assim, de acordo com a conceituação e requisitos apontados acima, o dispositivo

informático seria todo aparelho capaz de receber os dados, tratá-los, bem como transmitir os resultados, a exemplo do que ocorre com os computadores, *smartphones*, *ipads*, *tablets* etc.

Exige o art. 154-A que esse dispositivo informático seja *alheio*, isto é, não pertença ao agente que o utiliza. Assim, por exemplo, se alguém coloca informações em um computador de outra pessoa e esta acessa os dados ali inseridos, não se caracterizará o delito em estudo.

Esse dispositivo informático alheio poder estar ou não conectado à rede de computadores, ou seja, a um conjunto de dois ou mais computadores autônomos e outros dispositivos, interligados entre si com a finalidade de compartilhar informações e equipamentos, a exemplo dos dados, impressoras, mensagens etc. Diz respeito, portanto, a estruturas físicas (equipamentos) e lógicas (programas, protocolos) que possibilitam que dois ou mais computadores compartilhem suas informações entre si. A internet, por ser considerada um amplo sistema de comunicação, conecta inúmeras redes de computadores. As quatro redes mais conhecidas, classificadas quanto ao tamanho, são: 1. LAN (*Local Area Network*) – redes locais, privadas, onde os computadores ficam localizados dentro de um mesmo espaço – por exemplo, uma residência, uma sala comercial, um prédio etc.; 2. MAN (*Metropolitan Area Network*) – redes metropolitanas, onde os computadores estão ligados remotamente a distâncias pequenas, podendo-se localizar na mesma cidade ou entre duas cidades próximas; 3. WAN (*Wide Area Network*) – redes extensas, ligadas, normalmente, entre diferentes Estados, países ou continentes, a exemplo do que ocorre com o sistema bancário internacional; 4. PAN (*Personal Area Network*) – redes pessoais, presentes em regiões delimitadas, próximas umas das outras.

Dessa forma, presentes os demais elementos exigidos pelo tipo, poderá ocorrer a infração penal em estudo com a invasão de um dispositivo informático alheio, como ocorre com um computador, que pode não estar ligado a qualquer rede e ser acessado via internet. Assim, se alguém, percebendo que seu vizinho havia esquecido o computador, que havia levado para uma festa de que ambos participavam, o invadir, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, com a finalidade de destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, poderá ser responsabilizado pelo tipo penal previsto pelo *caput* do art. 154-A do Código Penal.

Para que ocorra a infração penal *sub examen*, exige o tipo penal, ainda, que a conduta seja levada a efeito mediante violação indevida de mecanismo de segurança. Por mecanismos de segurança podemos entender todos os meios que visem garantir que somente determinadas pessoas terão acesso ao dispositivo informático, a exemplo do que ocorre com a utilização de *login* e senhas que visem identificar e autenticar o usuário, impedindo que terceiros não autorizados tenham acesso às informações nele contidas.

Entendemos que essa exigência, isto é, a violação indevida de mecanismo de segurança,

impede que alguém seja punido pelo tipo penal previsto pelo art. 154-A do diploma repressivo quando, também, mesmo indevidamente, ingresse em dispositivo informático alheio sem que, para tanto, viole mecanismo de segurança, pois que inexistente.

Não é incomum que pessoas evitem colocar senhas de acesso, por exemplo, em seus computadores, permitindo, assim, que qualquer pessoa que a eles tenha acesso possa conhecê-lhe o conteúdo. No entanto, mesmo sem a existência de senha de acesso, a ninguém é dado invadir computador alheio, a não ser que ocorra a permissão expressa ou tácita de seu proprietário. No entanto, para fins de configuração típica, tendo em vista a exigência contida no tipo penal em análise, somente haverá a infração penal se houver, por parte do agente invasor, uma violação indevida do mecanismo de segurança.

Aquele que tem conhecimento e habilidade suficientes para violar mecanismos de segurança, invadindo dispositivo informático alheio, é chamado de *hacker*. Conforme lições de Sandro D'Amato Nogueira, “este indivíduo em geral domina a informática, é muito inteligente, adora invadir sites, mas na maioria das vezes não com a finalidade de cometer crimes; costumam se desafiar entre si, para ver quem consegue invadir tal sistema ou página na internet, isto apenas para mostrar com estamos vulneráveis no mundo virtual”.²¹⁰

Por outro lado, existe, também, a figura do *cracker*, que, ainda de acordo com os ensinamentos de Sandro D'Amato Nogueira, é aquele que “usa a internet para cometer crimes, fraudes bancárias e eletrônicas, furto de dados, golpes e grandes estragos. São verdadeiras quadrilhas de jovens que não se contentam apenas em invadir um sistema, usam sua inteligência e domínio da informática para causar prejuízos de milhares de reais, tanto contra pessoas físicas, como jurídicas, órgãos públicos etc.”²¹¹

A conduta do agente, ou seja, o ato de invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, deve ter sido levada a efeito *com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo*.

Assim, não é a simples invasão, pela invasão, mediante a violação indevida de mecanismo de segurança que importa na prática da infração penal tipificada no *caput* do art. 154-A do diploma repressivo, mas, sim, aquela que possui um finalidade especial, ou seja, aquilo que denominados de especial fim de agir, que consiste na obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações sem a autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo. *Obter* tem o significado de adquirir, alcançar o que se deseja, conseguir; *adulterar* diz respeito a alterar, estragar, modificar o conteúdo, corromper; *destruir* quer dizer aniquilar, fazer desaparecer, arruinar.

Tanto a obtenção quanto adulteração e a destruição de dados ou informações devem ser levadas a efeito sem a autorização expressa ou tácita do titular do disposto. Assim, havendo

essa autorização, o fato praticado será considerado atípico. Aqui, como se percebe, o consentimento do ofendido é considerado uma causa legal de exclusão da tipicidade.

Conforme os esclarecimentos de Pablo Guillermo Lucero e Alejandro Andrés Kohen, “uma das diferenças fundamentais que devemos compreender no âmbito da informática é a existente entre dado e informação.

Um dado, por si mesmo, não constitui informação; simplesmente é uma representação simbólica, atributo ou característica de uma entidade.

Ao contrário e por sua parte, a informação é um conjunto de dados processados que têm relevância, propósito e utilidade para seu receptor.

É por isso que os dados se convertem em informação quando seu criador lhes adiciona significado, sendo isso um processo fundamental no campo da informática”.²¹²

A conduta de invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, pode, ainda, além da finalidade de obter, adulterar ou destruir dados ou informações, sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, ser dirigida no sentido de *instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita*.

Segundo o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil, “uma vulnerabilidade é definida como uma condição que, quando explorada por um atacante, pode resultar em uma violação de segurança. Exemplos de vulnerabilidades são falhas no projeto, na implementação ou na configuração de programas, serviços ou equipamentos de rede.

Um ataque de exploração de vulnerabilidades ocorre quando um atacante, utilizando-se de uma vulnerabilidade, tenta executar ações maliciosas, como invadir um sistema, acessar informações confidenciais, disparar ataques contra outros computadores ou tornar um serviço inacessível”.²¹³

Ainda de acordo com o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil, pode o agente instalar vulnerabilidades por meio dos chamados “Códigos maliciosos”: “Códigos maliciosos (*malware*) são programas especificamente desenvolvidos para executar ações danosas e atividades maliciosas em um computador. Algumas das diversas formas como os códigos maliciosos podem infectar ou comprometer um computador são:

- pela exploração de vulnerabilidades existentes nos programas instalados;
- pela autoexecução de mídias removíveis infectadas, como *pen-drives*;
- pelo acesso a páginas *Web* maliciosas, utilizando navegadores vulneráveis;
- pela ação direta de atacantes que, após invadirem o computador, incluem arquivos contendo códigos maliciosos;
- pela execução de arquivos previamente infectados, obtidos em anexos de mensagens eletrônicas, via mídias removíveis,

em páginas *Web* ou diretamente de outros computadores (através do compartilhamento de recursos).

Uma vez instalados, os códigos maliciosos passam a ter acesso aos dados armazenados no computador e podem executar ações em nome dos usuários, de acordo com as permissões de cada usuário.

Os principais motivos que levam um atacante a desenvolver e a propagar códigos maliciosos são a obtenção de vantagens financeiras, a coleta de informações confidenciais, o desejo de autopromoção e o vandalismo. Além disto, os códigos maliciosos são muitas vezes usados como intermediários e possibilitam a prática de golpes, a realização de ataques e a disseminação de *spam*.²¹⁴

Alguns dos principais tipos de códigos maliciosos são: a) vírus – programa malicioso que possui, basicamente, dois objetivos: atacar e replicar automaticamente. O vírus depende da execução dos arquivos hospedeiros para que possa se tornar ativo e continuar o processo infecção; b) *worm* – *writer once read many* – tem como característica fundamental replicar mensagens sem o consentimento do usuário, disseminando propagandas, arquivos maliciosos ou congestionando a rede. Diferentemente do vírus, o *worm* não embute cópias de si mesmo em outros programas ou arquivos e não necessita ser explicitamente executado para se propagar. Sua propagação se dá por meio da exploração de vulnerabilidades existentes ou falhas na configuração de softwares instalados em computadores; *Trojan horse* (cavalo de troia) – literalmente, é um presente de grego, pois é um programa que se passa por um presente, a exemplo do que ocorre com álbuns de fotos, jogos, cartões virtuais, algum aplicativo útil etc., no entanto, abre portas remotas para invasão dos *hackers*; *spyware* – são programas espiões, a exemplo do *keylogger*, que captura e armazena as teclas digitadas pelo usuário no teclado, ou, ainda, o *screenlogger*, capaz de capturar telas da área de trabalho do usuário, inclusive armazenando a posição do cursor; *bot* – é um programa que dispõe de mecanismos de comunicação com o invasor que permitem que ele seja controlado remotamente. Possui processo de infecção e propagação similar ao do *worm*, ou seja, é capaz de se propagar automaticamente, explorando vulnerabilidades existentes em programas instalados em computadores; *botnet* – é uma rede formada por centenas ou milhares de computadores zumbis e que permite potencializar as ações danosas executadas pelos *bots* etc.

Enfim, são inúmeros os códigos maliciosos por meio dos quais se poderá praticar o delito de invasão de dispositivo informático, sendo que, sem nenhuma dose de exagero, a cada dia surgem diferentes formas de ataques.

A parte final do *caput* do art. 154-A do Código Penal prevê, ainda, que, para que se configure a infração penal em estudo, o agente poderá atuar no sentido de instalar a vulnerabilidade, a fim de obter vantagem ilícita, que pode ou não ter natureza patrimonial.

Direito penal. Furto qualificado. Subtração de valores de conta-corrente. Fraude pela internet. Litispêndência não verificada. Desclassificação para invasão de dispositivo informático alheio. Art. 154-A do CP. Não ocorrência. Não há falar em desclassificação para o art. 154-A do Código Penal, pois os réus, mediante sua conduta, não apenas “invadiram dispositivo eletrônico alheio para obter vantagem ilícita”, tendo efetivamente subtraído a quantia de R\$ 3.046,97 (três mil e quarenta e seis reais e noventa e sete centavos) pertencentes à empresa vítima. Incide, por óbvio, o art. 155, § 4º, do CP (STJ, REsp 1.484.289, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 08/04/2016).

Modalidade equiparada

Diz o § 1º do art. 154-A, *verbis*:

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

Producir significa criar, gerar, fabricar; *oferecer* importa em ofertar, gratuita ou onerosamente; *distribuir* tem o sentido de partilhar, repartir; *vender* tem o significado de transferir (o dispositivo ou o programa de computador) mediante um preço determinado; *difundir* diz respeito a propagar, divulgar, espalhar.

Todas essas condutas, vale dizer, produzir, oferecer, distribuir, vender ou difundir, dizem respeito a dispositivo ou programa de computador. O art. 1º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, traduz o conceito de programa de computador: *Art. 1º. Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.*

Conforme o disposto na parte final do § 1º do art. 154-A do Código Penal, as condutas acima narradas devem ser cometidas com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput* do citado dispositivo legal, ou seja, o agente produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador, no sentido de permitir que terceira pessoa invada dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Com essas hipóteses, quis a lei, portanto, punir de maneira independente, aquele que, de alguma forma, auxilia para que terceiro tenha facilitada a prática do tipo penal constante do *caput* do art. 154-A do diploma repressivo.

Modalidade qualificada

Diz o § 3º do art. 154-A do Código Penal:

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Inicialmente, incidirá na modalidade qualificada o agente que, com a invasão de dispositivo informático, obtiver o conteúdo de comunicações eletrônicas privadas. De acordo com as alíneas *b* e *c* do art. 4º do Capítulo II, da Convenção das Nações Unidas sobre o uso de comunicações eletrônicas nos contratos internacionais, cujos conceitos podem ser utilizados na interpretação do dispositivo penal em exame, embora o § 3º do art. 154-A mencione comunicações eletrônicas privadas: “(b) ‘Comunicação eletrônica’ significa qualquer comunicação feita pelas partes utilizando-se de mensagens eletrônicas; (c) ‘Mensagem eletrônica’ significa uma informação criada, enviada, recebida ou armazenada por mecanismo eletrônico, magnético, ótico ou similar, incluindo, mas não se limitando, a intercâmbio eletrônico de dados, correio eletrônico, telegrama, telex ou telecópia; [...]”²¹⁵.

Da mesma forma, ocorrerá o delito qualificado se da invasão resultar na obtenção de segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei. Cuida-se, na última parte do dispositivo, de norma penal em branco, uma vez que, para efeitos de reconhecimento das informações sigilosas, haverá necessidade de definição legal.

No que diz respeito à Administração Pública, o inc. III do art. 4º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, traduziu o conceito de informação sigilosa, dizendo: *Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:*

[...];

III – informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

[...].

Além das hipóteses anteriores, importará no reconhecimento do delito qualificado quando o agente, em virtude de seu comportamento, obtiver o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido. Existem programas que permitem que o dispositivo informático invadido seja operado de outro computador, onde o invasor terá acesso aos seus dados e informações. Por meio desses programas, é possível compartilhar pastas, jogar em rede, conversar, acessar outros programas, impressoras, editar arquivos, enfim, o invasor atua como se estivesse em frente à tela do dispositivo invadido.

Não é incomum, contudo, que profissionais de confiança, com a permissão dos proprietários dos dispositivos de informática, utilizem esses programas para que, de seus locais de trabalho, ingressem nas máquinas de seus clientes, sempre com a permissão destes. Nesses casos, como se percebe, o consentimento do proprietário afastará a tipicidade do fato.

Para a modalidade qualificada de invasão de dispositivo informático foi previsto o dobro da pena cominada no preceito secundário do *caput* do art. 154-A do Código Penal, tratando-se, ainda, de norma subsidiária expressa, ou seja, somente será aplicada a qualificadora se a conduta levada a efeito pelo agente não constituir crime mais grave. Pelo princípio da subsidiariedade, a norma subsidiária é considerada, relembrando a expressão de Hungria, como um “soldado de reserva”, isto é, na ausência ou impossibilidade de aplicação da norma principal, mais grave, aplica-se a norma subsidiária, como é o caso do § 3º do art. 154-A do Código Penal.

Causas especiais de aumento de pena

Os §§ 2º, 4º e 5º preveem três causas especiais de aumento de pena, dizendo: § 2º *Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.*

§ 4º *Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.*

§ 5º *Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:*

I – Presidente da República, governadores e prefeitos;

II – Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III – Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV – dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

No que diz respeito ao § 2º do art. 154-A do Código Penal, é importante frisar que o aumento de um sexto a um terço somente será aplicado às hipóteses constantes do *caput*, bem com de seu § 1º, tendo em vista a situação topográfica, devendo-se aplicar a regra hermenêutica que determina que os parágrafos somente se aplicam às hipóteses que lhe são anteriores.

Além disso, o aumento somente será possível no critério trifásico, previsto pelo art. 68 do Código Penal, se ficar comprovado que o comportamento praticado pelo agente trouxe, efetivamente, prejuízo econômico à vítima.

Conforme determina o § 4º, na hipótese do § 3º, ou seja, se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, a pena será aumentada de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

Finalmente, a pena ainda será aumentada de um terço até a metade se quaisquer dos crimes (previstos no *caput*, §§ 1º e 3º do art. 154-A do Código Penal) forem praticados contra as autoridades mencionadas no § 4º do art. 154-A do diploma repressivo.

Classificação doutrinária

Analizando a figura típica fundamental, prevista no *caput* do art. 154-A do Código Penal, crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; formal (uma vez que a simples violação indevida de mecanismo de segurança, com a finalidade de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita já configura o crime, independentemente destes resultados); de dano; de forma vinculada (pois somente poderá ser praticado mediante violação indevida de mecanismo de segurança); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte ou não transeunte (dependendo da hipótese concreta).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bens juridicamente protegidos são a liberdade individual e o direito à intimidade, configurados na proteção da inviolabilidade dos dados e informações existentes em dispositivo informático.

Objeto material é o dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *invasão de dispositivo informático*, haja vista que o tipo penal em estudo não exige qualquer condição especial.

Sujeito passivo é o proprietário (pessoa física ou jurídica) do dispositivo informático invadido, ou mesmo qualquer outra pessoa que nele tenha arquivados dados ou informações.

Consumação e tentativa

Tratando-se de um crime formal, o delito tipificado no *caput* do art. 154-A se consuma no momento em que o agente consegue, efetivamente, *invadir* dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de

segurança, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Dessa forma, a obtenção, adulteração ou destruição dos dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, ou a instalação de vulnerabilidades para a obtenção de vantagem ilícita, caso venham a ocorrer, devem ser consideradas mero exaurimento do crime.

Tendo em vista sua natureza plurissubsistente, onde se pode fracionar o *iter criminis*, será possível o raciocínio correspondente à tentativa. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que o agente seja descoberto quando procurava invadir dispositivo informático alheio, durante suas tentativas de violar indevidamente o mecanismo de segurança, para os fins previstos no tipo penal em estudo. Nesse caso, estaria caracterizado o crime tentado.

No que diz respeito à modalidade equiparada, ocorrerá a consumação quando o agente produzir, oferecer, distribuir, vender ou difundir dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput* do art. 154-A do Código Penal. Não há necessidade, portanto, de que o invasor, efetivamente, utilize dispositivo ou programa de computador produzido, oferecido, distribuído, vendido ou difundido pelo agente, tratando-se, também aqui, de crime formal, em que a simples prática dos comportamentos previstos pelo tipo tem o condão de consumar a infração penal.

Se o dispositivo ou programa de computador produzido, oferecido, vendido, distribuído ou difundido pelo agente for utilizado para a invasão de dispositivo informático, esse último comportamento será considerado exaurimento do crime tipificado no § 1º do art. 154-A do Código Penal.

Tal como ocorre na modalidade prevista no *caput*, será possível o reconhecimento da tentativa na modalidade equiparada, tendo em vista, também, a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*, no que diz respeito aos comportamentos narrados.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo previsto pelo tipo penal *sub examen*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Há, ainda, o que doutrinariamente é reconhecido como *especial fim de agir*, configurado nas expressões *com o fim*, prevista no *caput* do art. 154-A do Código Penal, e *com o intuito de*, existente no § 1º do mesmo artigo.

Modalidades comissiva e omissiva

O delito de invasão de dispositivo informático só pode ser praticado comissivamente. No

entanto, poderá ser levado a efeito o raciocínio correspondente ao crime omissivo impróprio se o agente, garantidor, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, devendo e podendo agir para impedir o resultado, nada fizer.

Pena, suspensão condicional do processo, competência para julgamento, ação penal

A pena cominada no preceito secundário do *caput* do art. 154-A do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Para a modalidade qualificada de *invasão de dispositivo informático*, prevista no § 3º do art. 154-A

do diploma repressivo, a pena é de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Nos termos do § 2º do artigo em análise, aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

De acordo com o § 4º, na hipótese do § 3º, ambos do art. 154-A do Código Penal, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

O § 5º do mesmo artigo determina que a pena será aumentada de um terço à metade se o crime for praticado contra: *I – Presidente da República, governadores e prefeitos;*

II – Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III – Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV – dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Será possível a proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

A competência para o julgamento do crime de *invasão de dispositivo informático* será, inicialmente, do Juizado Especial Criminal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa os dois anos, mesmo na sua modalidade qualificada, desde que, na hipótese concreta, a aplicação de uma ou mais causas especiais de aumento de pena não faça com que esse limite seja ultrapassado.

A ação penal, conforme determinação contida no art. 154-B, incluído também pela Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, será de iniciativa pública condicionada à representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Concurso de causas de aumento de pena

Poderá ocorrer a hipótese em que, no caso concreto, seja vislumbrada a possibilidade de aplicação de mais de uma majorante. Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, em virtude da invasão de dispositivo informático alheio, tenha causado prejuízo econômico (§ 2º do art. 154-A do CP), bem como esse fato tenha sido cometido em face do Presidente do Supremo Tribunal Federal (inc. I do § 5º do art. 154-A do CP). Nesse caso, poderíamos aplicar, simultaneamente, as duas causas especiais de aumento de pena?

Como resposta, prevalecerá a regra constante do parágrafo único do art. 68 do Código Penal, que diz que *no concurso de causas de aumento ou de diminuição, previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.*

Marco civil da internet

Em 23 de abril de 2014, foi editada a Lei nº 12.965, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Com ela, foram definidos vários conceitos, que deverão ser utilizados quando da interpretação dos tipos penais, a exemplo do significado da própria internet, que, segundo o inciso I, do art. 5º do referido diploma legal, é *o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes.*

O referido diploma legal foi regulamentado pelo Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela Administração Pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações.

Invasão de dispositivo informático e violação de correspondência eletrônica

O art. 10 da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, assevera que constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça ou com objetivos não autorizados em lei, cominando pena de reclusão de dois a quatro anos, e multa.

O conflito aparente de normas deverá ser resolvido com a aplicação do princípio da especialidade, afastando-se a incidência do art. 154-A do Código Penal, quando for a hipótese de violação de correspondência eletrônica.

Invasão de dispositivo informático e quebra de sigilo bancário

O art. 10 da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, diz que a quebra de sigilo, fora das hipóteses por ela autorizada, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Aqui também terá aplicação o princípio da especialidade, quando a conduta do agente disser respeito, especificamente, à quebra de sigilo bancário através da invasão de dispositivos informáticos, não tendo aplicação, portanto, o art. 154-A do Código Penal.

¹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 131.

² FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160), p. 53.

³ Apud DOUGLAS, William; CALHAU, Lélio Braga; KRYMCHANTOWSKY, Abouch V.; DUQUE, Flávio Granado. *Medicina legal*, p. 125.

⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 163-164.

⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 164.

⁶ Vide Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013, que instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, além de adotar outras providências.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 392.

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, p. 74.

⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 169.

¹⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 71.

¹¹ FRANÇA, Genival Véloso. *Fundamentos de medicina legal*, p. 142.

¹² PEREIRA, Jeferson Botelho. *Breves apontamentos sobre a Lei nº 13.104/2015, que cria o crime de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobre-a-lei-n-13-104-2015-que-cria-de-crime-feminicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

¹³ DIRCEU BARROS, Francisco. *Feminicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em: <<http://francisco.dirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

¹⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 188.

¹⁵ BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em: <<http://francisco.dirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

¹⁶ O STJ já decidiu reiteradas vezes pelo não reconhecimento da natureza hedionda do homicídio qualificado-privilegiado, conforme se verifica nas transcrições parciais das ementas que se seguem: “O homicídio qualificado-privilegiado é estranho ao elenco dos crimes hediondos” (Rel. Min. Hamilton Carvalho, 6ª T., HC 2002/0082726-5, j. 3/2/2004); “Ante a inexistência de previsão legal, bem como o menor desvalor da conduta em comparação ao homicídio qualificado consumado ou tentado, o homicídio qualificado-privilegiado não pode ser considerado como crime hediondo” (HC 2000/0038818-1, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., j. 13/9/2000).

¹⁷ PESSINI, Léo. *Distanásia*: até quando investir sem agredir. Disponível em: <http://www.cfm.org.br/revista/> 411996/dist.htm.

¹⁸ FRANÇA, Genival Véloso de. *Fundamentos de medicina legal*, p. 200.

¹⁹ SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. *Crimes contra a vida*, p. 25.

²⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal*, p. 76.

²¹ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 140.

²² HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 232.

²³ REZENDE, Jorge de. *O puerpério*. _____ et al. (Coord.). *Obstetrícia*, p. 373.

²⁴ BARROS, Francisco Dirceu. *Direito penal – parte especial*, v. 1, p. 125.

²⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 43.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 403.

²⁷ REZENDE, Jorge de. *O puerpério*. In: REZENDE, Jorge de et al. (Coord.). *Obstetrícia*, p. 373.

²⁸ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 250-251.

²⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 259.

³⁰ FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160), p. 80.

³¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 47.

- 32 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 48.
- 33 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p.113.
- 34 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 160.
- 35 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, p. 159.
- 36 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 94.
- 37 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, p. 95.
- 38 BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Penal, Parte Especial*, vol. 1, p. 145.
- 39 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 313.
- 40 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 121.
- 41 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. II, p. 198-199.
- 42 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*, p. 92.
- 43 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. II, p. 194.
- 44 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*, p. 227.
- 45 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 416.
- 46 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 323.
- 47 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*, p. 235.
- 48 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte especial*, p. 192-193.
- 49 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 72.
- 50 CEREZO, Ángel Calderón; MONTALVO, José Antonio Choclán. *Derecho penal*, t. II, p. 70.
- 51 O delito de violência doméstica não será da competência dos Juizados Especiais Criminais, tendo em vista a alteração da pena a ele cominada, levada a efeito pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que elevou a pena máxima para 3 (três) anos, podendo, contudo, ser levada a efeito proposta de suspensão condicional do processo, em razão da pena mínima cominada no § 9º do art. 129 do Código Penal. Tratando-se de violência doméstica e familiar contra a mulher, será competente o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, criado pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, não se aplicando, aqui, os institutos previstos pela Lei nº 9.099/95.
- 52 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 208-209.
- 53 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 150.
- 54 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 2, p. 226.
- 55 MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado, Parte especial*, v. 2, p. 127.
- 56 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 401.
- 57 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 429.
- 58 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 418-419.
- 59 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 2, p. 131.
- 60 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 87.
- 61 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 416.
- 62 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 426.
- 63 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 431.
- 64 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 431.
- 65 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 188.
- 66 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 436.
- 67 GALVÃO, Fernando. *Direito penal – crimes contra a pessoa*, p. 212.
- 68 TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, p. 89.
- 69 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 2, p. 245.
- 70 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 185.
- 71 Segundo noticiou a imprensa, a proposta do novo tipo penal foi apresentada pelo Governo Federal aproximadamente um mês após a morte do Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Duvanier Paiva Ferreira, que faleceu no mês de janeiro de 2012, aos 56 anos de idade, em virtude de um infarto, após ter procurado socorro em dois hospitais privados em Brasília, que lhe exigiu a entrega de cheque-caução para que pudesse ser levado a efeito seu atendimento.
- 72 Os Estados de Minas Gerais e São Paulo já haviam editado leis específicas nesse sentido, respectivamente, a Lei Estadual nº 14.790, de 20 de outubro de 2003, e a Lei Estadual nº 14.471, de 22 de junho de 2011, proibindo, em situação de urgência e emergência, a exigência de depósito prévio para internação na rede privada.
- 73 BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte especial* 1, p. 183/184.
- 74 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 173.
- 75 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. V, p. 419.
- 76 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. IV, p. 365.
- 77 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 2, p. 250.
- 78 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 14.
- 79 MORAES, Flávio Queiroz de. *Delito de rixa*, p. 35-36.
- 80 CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*, v. I, p. 408.
- 81 MORAES, Flávio Queiroz de. *Delito de rixa*, p. 53.

- 82 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 19.
- 83 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160), p. 178.
- 84 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*, p. 359.
- 85 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 24.
- 86 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 214.
- 87 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 109.
- 88 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 185.
- 89 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 289.
- 90 QUEIROZ, Paulo; e outros. *Curso de direito penal – parte especial*, v. 2, p. 153.
- 91 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 82.
- 92 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 228.
- 93 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 343-344.
- 94 QUEIROZ, Paulo; e outros. *Curso de direito penal – parte especial*, v. 2, p. 164.
- 95 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160 CP), p. 195.
- 96 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 67.
- 97 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 239.
- 98 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 300.
- 99 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal – Parte especial*, p. 274.
- 100 GALVÃO, Fernando. *Direito penal – crimes contra a pessoa*, p. 298.
- 101 Atualmente, considerados como crimes contra a dignidade sexual, de acordo com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.
- 102 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 95-96.
- 103 COÊLHO, Yury Carneiro. *Curso de direito penal didático*, p. 548/549.
- 104 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 133.
- 105 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 397-398.
- 106 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 116.
- 107 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 229.
- 108 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 399.
- 109 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 255.
- 110 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160, CP), p. 206.
- 111 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160, CP), p. 207.
- 112 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 119-120.
- 113 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 457.
- 114 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160, CP), p. 208.
- 115 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 323-324.
- 116 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 416.
- 117 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 416.
- 118 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 344.
- 119 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160 do CP), p. 215.
- 120 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 161-163.
- 121 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160 do CP), p. 218.
- 122 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 346.
- 123 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 342-343.
- 124 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v. 2, p. 283.
- 125 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 179-180.
- 126 GALVÃO, Fernando. *Direito penal – crimes contra a pessoa*, p. 326.
- 127 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 184.
- 128 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 443.
- 129 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160 do CP), p. 220-221.
- 130 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*, v. IV, p. 476.
- 131 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 220/221.
- 132 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 159.
- 133 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 466.
- 134 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 250.
- 135 CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*, v. 4, p. 373.
- 136 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160, CP), p. 223.
- 137 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 160.
- 138 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 284.
- 139 BARBOSA, Aldeleine Melhor e outros. *Curso de direito penal – parte especial*, v. 2, p. 186.

- 140 SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Código penal interpretado*, p. 417.
- 141 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal objetivo*, p. 261.
- 142 O citado art. 51 do Código Penal de 1940 diz respeito ao atual art. 69, depois da reforma em 1984, e cuida do chamado concurso material.
- 143 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 198.
- 144 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 193.
- 145 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho com redução do homem a condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana*. Disponível em: www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes.
- 146 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Tráfico de pessoas*: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, Ministério da Justiça, p. 11.
- 147 Global Report on Trafficking in Persons, 2014, Undoc – United Nations Office on Drugs and Crime, p. 5. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf>. Acesso em: 9 out. 2016.
- 148 International Labour Organisation, ‘ILO 2012 Global estimates of forced labour’, jun. 2012 (covering the period 2002-2011).
- 149 Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, que Suplementa a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (2000); Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, que Suplementa a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (2000); Protocolo contra a Produção Ilícita e o Tráfico de Armas de Fogo, suas Partes e Componentes e Munição (2000).
- 150 *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal*, da Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito – Unodc, p. 2.
- 151 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/assuntos-fundacionais-trabalho-escravo-e-trafico-de-pessoas/trafico-de-pessoas>>. Acesso em: 09 out. 2016.
- 152 ONASSIS, Elena Florencia. *Trata de personas: la esclavitud del siglo XXI*, p. 56.
- 153 ONASSIS, Elena Florencia. *Trata de personas: la esclavitud del siglo XXI*, p. 57.
- 154 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos*, p. 148.
- 155 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos*, p. 149.
- 156 Em 8 de outubro de 1959, foi promulgada pelo Decreto nº 46.981, publicado no *Diário Oficial* de 13 de outubro de 1959.
- 157 FALEIROS, Eva. T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*, p. 83.
- 158 Diário do Senado Federal, relatório nº 1, de 2004 – CN (final), p. 56.
- 159 FALEIROS, Eva. T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*, p. 79.
- 160 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 362.
- 161 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. v. 1, p. 249.
- 162 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos*, p. 153.
- 163 GALVÃO, Fernando. *Direito penal – parte geral*, p. 776.
- 164 GALVÃO, Fernando. *Direito penal – parte geral*, p. 776.
- 165 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. II, p. 310.
- 166 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos*, p. 15.
- 167 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos*, p. 155.
- 168 *Tráfico de pessoas e contrabando de migrantes*. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>>. Acesso em: 15 out. 2016.
- 169 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 380.
- 170 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 218.
- 171 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 310.
- 172 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 173.
- 173 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código penal comentado*, p. 611.
- 174 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 384.
- 175 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial (arts. 121 a 160 do CP)*, p. 234.
- 176 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 316.
- 177 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. II, p. 474.
- 178 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 217.
- 179 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 177-178.
- 180 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 375.
- 181 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 500-501.
- 182 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 324.
- 183 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. v, p. 236.
- 184 Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci assevera que “coexistem os tipos penais do art. 10 da Lei nº 9.296/96 e o referido art. 151, § 1º, II do CP. Aquele cuida dos agentes da interceptação ou dos que violaram o segredo de justiça. Este trata dos terceiros que tomaram ciência da conversa de outros, mantida ao telefone, narrando-a a outras pessoas. Vale dizer, o art. 10 destina-se ao interceptador ou a quem viola, diretamente, o sigilo imposto pela Justiça. O art. 151, § 1º, II, do CP, envolve os demais agentes divulgadores do que deveria ser mantido

em segredo” (*Leis penais e processuais comentadas*, p. 736).

185 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 2, p. 321.

186 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 330.

187 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 2, p. 206-207.

188 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 505.

189 O artigo citado corresponde ao atual art. 1.566, II, do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que diz: Art. 1.566. *São deveres de ambos os cônjuges: I – [...] ; II – vida em comum, no domicílio conjugal.*

190 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 238-239.

191 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 399.

192 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 407.

193 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 292.

194 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 342.

195 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 533-534.

196 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VI, p. 251.

197 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*, (arts. 121 a 160 do CP), p. 246.

198 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. v, p. 260.

199 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*.

200 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 197.

201 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 258/259.

202 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 493.

203 ROSSINI, Augusto. *Informática, telemática e direito penal*, p. 26.

204 LÓPEZ ORTEGA, Juan José. *Intimidad informática y derecho penal*: derecho a la intimidad y nuevas tecnologías, p. 109-110.

205 CASTILLO JIMENEZ, Cinta. *Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información*, p. 39-40.

206 FURLANETO NETO, Mário; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. *Crimes na internet*: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional, p. 69.

207 COSTA, Marco Aurélio Rodrigues da. Crimes de informática. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 1, n. 12, maio 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1826>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

208 DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Derechos fundamentales y protección de datos*, p. 187-188.

209 GUILLERMO LUCERO, Pablo; ANDRÉS KOHEN, Alejandro. *Delitos informáticos*, p. 15-16.

210 NOGUEIRA, Sandro D'Amato. *Crimes de informática*, p. 69.

211 NOGUEIRA, Sandro D'Amato. *Crimes de informática*, p. 69.

212 GUILLERMO LUCERO, Pablo; ANDRÉS KOHEN, Alejandro. *Delitos informáticos*, p. 16.

213 CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL. *Cartilha de segurança*. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/malware/>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

214 CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL. *Cartilha de segurança*. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/malware/>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

215 NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre o uso de comunicações eletrônicas em contratos internacionais*. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/Traducao_convencao_comunicacoes_eletronicas.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012.

Título II – Dos Crimes contra o Patrimônio

Capítulo I – Do Furto

Furto Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço), se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de 1 (um) a 2/3 (dois terços), ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido: I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III – com emprego de chave falsa;

IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

(Incluído pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.) § 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.

(Incluído pela Lei nº 13.330, 02/08/2016.) **Introdução**

O art. 155 do Código Penal prevê o delito de furto, isto é, a subtração patrimonial não violenta, com a seguinte redação: *Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*.

Percebe-se, portanto, que o mencionado tipo penal é composto por vários elementos, a saber: o núcleo *subtrair*; o especial fim de agir caracterizado pela expressão *para si ou para outrem*; bem como pelo objeto da subtração, ou seja, a *coisa alheia móvel*.

O verbo *subtrair* é empregado no artigo *sub examen* no sentido de retirar, tomar, sacar do poder de alguém coisa alheia móvel.

A finalidade de ter a coisa alheia móvel *para si ou para outrem* é que caracteriza o chamado *animus furandi* no delito de furto. Não basta a subtração, o arrebatamento meramente temporário, com o objetivo de devolver a coisa alheia móvel logo em seguida. É da essência do delito de furto, portanto, que a subtração ocorra com a finalidade de ter o agente a *res furtiva* para si ou para outrem. Caso contrário, seu comportamento será considerado um *indiferente penal*, caracterizando-se aquilo que a doutrina convencionou chamar, em nossa opinião equivocadamente, de *furto de uso*, cuja análise será levada a efeito mais adiante.

Também é da essência da infração penal em estudo que o seu objeto seja a *coisa alheia móvel*. Ao contrário do Direito Civil, o Direito Penal trabalha com um conceito natural de coisa móvel. *Coisa móvel*, portanto, seria tudo aquilo passível de remoção, ou seja, tudo o que puder ser removido, retirado, mobilizado.

Os *animais* também são considerados coisa móvel para efeitos de aplicação da lei penal, da mesma forma que os *cadáveres* que estiverem sendo utilizados em pesquisas, por exemplo, em universidades, já não se amoldando mais à proteção que lhes foi destinada pelo Capítulo II do Título V da Parte Especial do Código Penal, que prevê os delitos contra o sentimento

religioso e contra o respeito aos mortos. O furto é qualificado se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração, conforme alteração levada a efeito pela Lei nº 13.330, de 2 de agosto de 2016.

O *ser humano vivo* jamais poderá se amoldar ao conceito de coisa, razão pela qual qualquer remoção forçada poderá se configurar como crime de sequestro ou cárcere privado, constrangimento ilegal ou outra infração penal que lhe seja pertinente.

Além de móvel, ou seja, passível de remoção, a coisa, obrigatoriamente, deverá ser considerada *alheia*, isto é, pertencente a alguém que não aquele que a subtrai. Dessa forma, não se configurará no delito de furto a subtração de: *a) res nullius* (coisa de ninguém, que jamais teve dono); *b) res derelicta* (coisa abandonada); e *c) res commune omnium* (coisa de uso de todos).

Para caracterização da *res derelicta* é indispensável a evidente vontade do proprietário de se despojar do que lhe pertence, o que, contudo, como demonstrado ao longo da instrução criminal, não ocorreu *in casu*, não se podendo, como quer a defesa, presumir o abandono, portanto, necessária a manutenção do decreto condenatório (TJ-MG, AC 0116206-06.2010.8.13.0521, Rel. Des. Edison Feital Leite, DJe 10/06/2016).

As coisas reconhecidamente abandonadas não são passíveis de furto (TJMG, AC 1.0155.05.007586-2/001, Rel.^a Des.^a Maria Celeste Porto, DJ 23/3/2009).

A coisa abandonada não pode ser objeto do crime de furto, vez que sobre ela houve renúncia ao direito de propriedade (TJMG, Ap. 1.0407.04.005418-8/001, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, pub. 22/9/2007).

O réu supôs tratar-se de coisa abandonada pelo proprietário, por ter perdido a utilidade, e tal circunstância afasta a caracterização do delito de furto, já que a expressão coisa alheia inserida no tipo penal não abrange a *res derelictae* (TJMG, AC 2.0000.00.354808-3/000, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 17/8/2002).

Exigindo, ainda, a lei penal que a coisa móvel seja *alheia*, torna-se impossível, tendo em vista o princípio da legalidade, a punição do *proprietário* pela prática do delito do art. 155 do diploma repressivo, podendo, se for o caso, ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 156 do Código Penal (furto de coisa comum), ou mesmo pela modalidade de exercício arbitrário das próprias razões, tipificada no art. 346 do mesmo diploma legal.

Magalhães Noronha, discordando da impossibilidade apontada acima, visualizava outro conceito de *coisa alheia* dizendo: “A princípio, é chocante a ideia de que se possa dizer *alheia*, em relação ao proprietário, a coisa que lhe pertence.

E isso é tanto mais exato quando se verifica ter nosso diploma, em outros dispositivos referentes aos crimes patrimoniais, empregado o adjetivo para qualificar a coisa que pertence a outrem. Iria então usar essa mesma expressão – dando-lhe acepções diferentes?

Sem grande esforço, entretanto, podemos aceitar que, no furto, *alheia* não é só a coisa pertencente a outrem, mas principalmente a que se acha legitimamente *na posse* de terceiro.

Ao tratarmos da objetividade jurídica do furto vimos que, em primeiro lugar, se destaca a

posse. O furto é, sobretudo, um crime contra a posse, no que estão de acordo quase todos os juristas. Ora, se assim é, coerentemente devemos considerar coisa *alheia* a que se acha na posse legítima de alguém e não a que pertence a terceiro.

Se não dermos essa interpretação ao dispositivo, veremos que nosso estatuto foi ilógico e deixou impune crime que, na verdade, merece repressão legal.

Não se diga estar essa espécie de furto prevista no art. 346. Seria improcedente a afirmação. Com efeito, trata-se aí de crime contra a administração da justiça, e que constitui modalidade do delito de exercício arbitrário das próprias razões, que é o *nomen juris* dele e do artigo antecedente. Nesse crime, não há furto, porque o agente tem direito sobre a coisa, sua pretensão é lícita, mas unicamente porque não usa das vias legais é que seu ato cai sob a sanção da lei. É outro o dolo específico”.¹

Justificando sua construção, exemplifica o renomado autor com a hipótese daquele que, tendo deixado um objeto de sua propriedade em penhor, não podendo saldar o débito, subtrai a coisa de seu legítimo possuidor, pois não queria perdê-la.

Weber Martins Batista, com precisão, contestando o raciocínio de Noronha, afasta a possibilidade de se compreender a expressão *coisa alheia* como também aquela pertencente ao seu proprietário, esclarecendo: “Não apenas em sentido comum, como em sentido jurídico e, sobretudo, em sentido jurídico-penal, *alheio* significa ‘o que não é nosso, o que pertence a outrem’. Com esse significado, o Código Penal emprega o termo próprio no título relativo aos crimes contra o patrimônio, como se vê no art. 163 e – nesses casos, sem qualquer contestação – nos arts. 164, 168 e 169”.²

Assim, concluindo, apesar da força do raciocínio de Noronha, entendemos, *permissa venia*, não ser sua posição a melhor, uma vez que colide, frontalmente, com o princípio da legalidade, pois que amplia indevidamente o conceito de coisa alheia, contrariando a própria essência da expressão.

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; material; de dano; de forma livre (podendo ser praticado, inclusive, através de animais adestrados, ou de inimputáveis que são utilizados como instrumentos pelo agente, que será considerado, nesse último caso, como autor mediato); comissivo (em que pese a possibilidade de ser praticado omissivamente, nos casos em que o agente vier a gozar do *status* de garantidor); instantâneo (não sendo descartada a hipótese de crime instantâneo de efeitos permanentes se for destruída a *res furtiva*); permanente (pois que na modalidade de furto de energia elétrica, por exemplo, a consumação se prolonga no tempo, enquanto durar o comportamento do agente); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra, pois

que será possível, na maioria dos casos, o exame pericial).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A maioria de nossos doutrinadores entende ser a *posse* o *bem jurídico* precípuamente protegido pelo tipo penal do art. 155 do diploma repressivo, além da *propriedade*, e também a mera *detenção* sobre a coisa alheia móvel.

Em sentido contrário, posiciona-se Hungria, argumentando que o tipo penal que prevê o delito de furto não tem por finalidade a proteção da posse, mas tão somente a da propriedade.³

Somos partidários da corrente que comprehende a posse como um dos bens juridicamente protegidos pelo tipo penal do art. 155. Existe perda tanto para o possuidor quanto para o proprietário da coisa. No entanto, não conseguimos visualizar a perda que sofre o mero detentor para que se possa incluir a *detenção da coisa* como bem juridicamente protegido pelo tipo penal em estudo. Nesse sentido, preleciona Guilherme de Souza Nucci que a mera detenção, “não é protegida pelo direito penal, pois não integra o patrimônio da vítima”.⁴

Objeto material do delito de furto é a *coisa alheia móvel* contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Para caracterizar-se o crime de furto, necessário de faz que o bem jurídico patrimônio seja afetado de alguma forma com a subtração do bem em si mesmo. Assim, se o bem em questão não possui valor econômico algum, não há tipicidade material no fato narrado na denúncia, embora reprovável, e passível de ser questionado na esfera cível sob diversos aspectos (STJ, HC 47121/DF, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 1º/12/2008, RT v. 882, p. 541).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito de furto, desde que não seja o proprietário ou mesmo o possuidor da coisa.

O proprietário, entretanto, poderá ser considerado sujeito ativo do delito de furto de coisa comum, em virtude de previsão expressa nesse sentido, constante do art. 156 do diploma repressivo.

O possuidor não pode figurar como sujeito ativo pelo fato de que, se não restituir a coisa ao seu legítimo proprietário, deverá ser responsabilizado pelo delito de apropriação indébita, e não pelo crime de furto.

Sujeitos passivos são o proprietário e o possuidor da coisa alheia móvel, podendo, nesse caso, figurar tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica.

Consumação e tentativa

Várias teorias surgiram com a finalidade de apontar o momento de consumação do delito de furto.

Inicialmente, prevaleceu entre os romanos a teoria da *contrectatio*, que entendia como consumado o furto quando o agente simplesmente tocava na coisa com a finalidade de subtraí-la, mesmo que não conseguisse removê-la do local em que se encontrava.

Em sentido diametralmente oposto à primeira posição, surgiu a teoria da *illactio*, que entendia que a consumação do furto exigia, para a sua configuração, o fato de conseguir o agente levar o objeto ao lugar que era destinado.

As teorias da *amotio* e da *ablatio* ocupavam posição intermediária às teorias citadas anteriormente. Conforme esclarece Damásio de Jesus, “nos termos da teoria da *amotio*, o momento consumativo do furto ocorre com a deslocação do objeto material.

Para a teoria da *ablatio*, a consumação exigia dois requisitos: apreensão e deslocação do objeto material”.⁵

Hoje em dia, a doutrina se divide em relação ao momento de consumação do furto, formando-

-se, outrrossim, duas posições bem visualizáveis, com as seguintes orientações: *a)* o furto se consuma no momento em que a *res* é retirada da esfera de posse e disponibilidade da vítima, ingressando, consequentemente, na do agente, ainda que não tenha ele a *posse tranquila* sobre a coisa; *b)* a consumação somente ocorre quando a *res* é retirada da esfera de posse e disponibilidade da vítima, ingressando, consequentemente, na do agente, que, obrigatoriamente, deverá exercer, mesmo que por *curto espaço de tempo*, a *posse tranquila* sobre a coisa.

Nossos Tribunais Superiores têm descartado a necessidade da *posse tranquila* sobre a coisa, conforme se percebe pelas ementas abaixo colacionadas: O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por poucos instantes, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem. Dessa forma, prevalece, tanto nesta Corte Superior quanto no Supremo Tribunal Federal a teoria da *amotio* ou *apprehensio* (STJ, HC 362.436/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 04/10/2016).

É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte de que o crime de furto se consuma com a simples posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessário que esta se dê de forma mansa e pacífica (STJ, AgRg no AREsp 465.614/MG, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0019244-9, 6^a T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 13/02/2015).

Os tribunais superiores adotaram a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual o crime de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, pouco importando se por longo ou breve espaço temporal, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e/ou desvigiada (STJ, HC 222.888/MG, *Habeas Corpus* 2011/0255837-9, 5^a T., Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 02/02/2015).

Prevalece nesta Corte a orientação de que o delito de roubo, assim como o de furto, fica consumado com a

simples posse, ainda que breve, da coisa alheia, mesmo que haja imediata perseguição do agente, não sendo necessário que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes (STJ, AgRg. no AREsp. 521133/BA, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5^a T., DJe 14/8/2014).

O Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da *apprehensio rei* ou *amotio*, segundo a qual a consumação do crime de furto dá-se com a simples inversão do título da posse, não sendo, pois, necessário que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, ocorrendo a consumação do delito ainda que haja a retomada da *res furtiva*, logo em seguida, pela própria vítima ou por terceiro (STJ, AgRg. no AREsp. 296525/DF, Rel^a Min^a Assusete Magalhães, 6^a T., DJe 7/8/2013).

Entendemos, no entanto, que somente se pode concluir pela consumação quando o bem, após ser retirado da esfera de disponibilidade da vítima, vier a ingressar na posse tranquila do agente, mesmo que por um curto espaço de tempo.

Consabido que o critério para a consumação do furto é a posse não disputada e ainda que breve da *res furtiva*. No caso, em nenhum momento o réu deteve a posse tranquila da *res furtiva*, porquanto foi imediatamente perseguido pela vítima, com o que, não há falar em delito consumado (TJRS, Ap. Crim. 70006462311, 8^a Câm. Crim., Rel. Roque Miguel Fank, j. 12/11/2003).

O agente, portanto, deve ter tido tempo suficiente para dispor da coisa, pois, caso contrário, se isso não aconteceu, estaremos diante da tentativa.

Apesar de não se tratar de questão pacífica na doutrina e na jurisprudência, prevalecendo no STJ e no STF o entendimento de que o crime de furto se consuma com a subtração, independentemente da posse mansa e desvigiada pelo agente, até mesmo por política criminal e por força de regras da razoabilidade e da proporcionalidade, tenho decidido de forma diversa, sempre na linha de que tal infração se consuma quando o agente, ainda que por pouco tempo, tenha tido a posse mansa, pacífica e desvigiada da coisa subtraída. Nesta linha, havendo imediata perseguição e êxito na prisão do agente e na recuperação da coisa subtraída, o crime não saiu da esfera da tentativa (TJ-RJ, AC 1041481-32.2011.8.19.0002, Rel. Des. Marcus Henrique Pinto Basílio, DJe 30/05/2016).

Diz-se consumado o furto quando o agente, uma vez transformada a detenção em posse, tem a posse tranquila da coisa subtraída. Segundo o acórdão recorrido, ‘em nenhum momento o réu deteve a posse tranquila da *res furtiva*, porquanto foi imediatamente perseguido e capturado pelos policiais militares que efetuavam patrulhamento no local’. Caso, portanto, de crime tentado, e não de crime consumado (STJ, REsp. 663900/RS, REsp. 2004/0085716-3, 6^a Turma, Rel. Min. Nilson Naves, 6^a T., DJ 27/5/2005, p. 463).

Elemento subjetivo

O delito de furto somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão legal para a modalidade culposa.

Além do chamado *animus furandi*, ou seja, a vontade do agente dirigida à subtração, há necessidade que esta se dê com a finalidade de ter a coisa alheia móvel *para si ou para outrem*, visualizando-se, por meio dessa expressão (para si ou para outrem), o chamado *especial fim de agir*.

À configuração do delito de furto, necessária a intenção livre e consciente de subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel (TJRS, Ap. 70018617738, 8^a Câm. Crim., Rel. Fabianne Brethon Baisch, pub. 16/1/2008).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo subtrair pressupõe um comportamento ativo por parte do agente, um fazer alguma coisa dirigido a tomar a coisa alheia móvel, para si ou para outrem. A conduta prevista no tipo, portanto, é de natureza comissiva.

Entretanto, poderá o delito de furto ser praticado por omissão, desde que o agente goze do *status de garantidor*.

Causa de aumento de pena relativa ao repouso noturno

O § 1º do art. 155 do Código Penal determina que a pena seja aumentada de um terço se o crime é praticado durante o *repouso noturno*.

Afirma Hungria que, por meio da majorante do *repouso noturno*, o Código Penal visa “única e exclusivamente assegurar a propriedade móvel contra maior precariedade de vigilância e defesa durante o recolhimento das pessoas para o repouso durante a noite”.⁶

A doutrina e a jurisprudência se dividem com relação às seguintes situações específicas, que dizem respeito ao *lugar* onde o crime é praticado, para efeitos de aplicação da causa especial de aumento relativa ao repouso noturno, mencionadas por Luiz Regis Prado: “*a)* o lugar precisa ser habitado, com pessoa repousando; *b)* o lugar não precisa ser habitado; *c)* os moradores não devem estar acordados; *d)* não se exige a presença de moradores”.⁷

O STJ, no entanto, acabando com as possíveis diferenças entre as situações apontadas, já decidiu: Para a configuração da circunstância majorante do § 1º do art. 155 do Código Penal basta que a conduta delitiva tenha sido praticada durante o repouso noturno, dada a maior precariedade da vigilância e a defesa do patrimônio durante tal período e, por consectário, a maior probabilidade de êxito na empreitada criminosa, sendo irrelevante o fato de uma das vítimas não estar dormindo no momento do crime (STJ, HC 331.100/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 03/05/2016).

Para a incidência da causa especial de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, faz-se suficiente que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, entre outros (STJ, AgRg. no REsp. 1251465/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 20/2/2014).

A majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal incide na hipótese de furto praticado em estabelecimento comercial no período do repouso noturno, em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração. Precedentes (STJ, REsp. 1193074/MG, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 15/3/2013).

Incide a majorante prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, quando o crime é cometido durante a madrugada, horário no qual a vigilância da vítima é menos eficiente e seu patrimônio mais vulnerável, o que ocorre inclusive para estabelecimentos comerciais. A causa especial de aumento de pena do furto cometido durante o repouso noturno pode se configurar mesmo quando o crime é cometido em estabelecimento

comercial ou residência desabitada, sendo indiferente o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando (STJ, HC 191300/MG, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 26/6/2012).

O aumento de pena por ter sido o delito de furto praticado durante o período noturno não incide nos crimes qualificados. Nestes, as penas previstas já são superiores (STJ, HC 131391/MA; *Habeas Corpus* 2009/0047545-5; Rel. Min. Celso Limongi [Des. convocado do TJ/SP], 6^a T., DJe 6/9/2010).

Incide a majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal se o delito é praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade inclusive para estabelecimentos comerciais, como ocorreu *in casu* (Precedentes). Entretanto, a causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso do delito qualificado (Precedente) (REsp. 940245/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 10/3/2008).

Em sentido contrário: A simples circunstância de o delito de furto ocorrer durante a madrugada não é o bastante para a configuração da majorante do repouso noturno que exige, ainda, que o local do delito seja habitado e que as pessoas que ali se encontram estejam, no momento do crime, repousando (TJMG, AC 2.0000. 00.491860-5, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 12/11/2005).

Impõe-se o afastamento da majorante do repouso noturno quando a subtração é realizada em via pública (TJMG, AC 1.0019. 03. 000482-4/001, Des. Antônio Armando dos Anjos, DJ 27/10/2006).

Destaque-se, também, o fato de que a majorante em estudo somente se aplica ao *furto simples*, não sendo permitida a causa de aumento nas hipóteses de *furto qualificado*. Isso porque, de acordo com a situação topográfica do parágrafo *sub examen*, fosse intenção da lei aplicá-lo também às modalidades qualificadas, o aumento relativo ao repouso noturno deveria vir consignado posteriormente ao § 4º do art. 155 do Código Penal.

A majorante prevista no § 1º, do art. 155, do CP, é aplicável apenas ao furto simples (TJDF, Rec. 2003.01.1.048784-4, Ac. 437.466, 2^a T. Crim., Rel. Des. Arnoldo Camanho, DJDFTE 16/8/2010, p. 385).

O STJ, mudando sua posição, infelizmente, de forma equivocada, passou a entender que a causa especial de aumento de pena do repouso noturno podia ser aplicada tanto ao furto simples como às suas modalidades qualificadas, dizendo: A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno – em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração –, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Tal entendimento revela, *mutatis mutandis*, a posição firmada por este Sodalício no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.193.194/MG, de minha Relatoria, no qual afigurou-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º), máxime se presentes os requisitos (HC 306.450/SP, *Habeas Corpus* 2014/0260612-2, 6^a T., Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/12/2014).

Ora, não podemos confundir as duas situações apontadas na decisão acima transcrita. Isso porque a aplicação da causa de redução de pena ao furto qualificado beneficia o agente, sendo

permitida, portanto, por questões de política criminal. Já o reconhecimento da causa especial de aumento relativa ao repouso noturno, aplicada ao furto qualificado, o prejudica, razão pela qual não deve ser admitida, devido à sua situação topográfica.

Primariedade e pequeno valor da coisa furtada

Pelo que se percebe por meio da leitura do § 2º do art. 155 do Código Penal, a conjugação da *primariedade* com o *pequeno valor* da coisa furtada permite ao julgador que: *a)* substitua a pena de reclusão pela de detenção; *b)* a diminua de um a dois terços; *c)* aplique somente a pena de multa.

A lei apenas exige que o agente seja primário, isto é, que não seja reincidente. A doutrina e a jurisprudência convencionaram que, por pequeno valor deve ser entendido aquele que gira em torno de um salário mínimo. Dessa forma, conjugando-se a primariedade com o pequeno valor da coisa, o sentenciado passa a ter direito subjetivo à aplicação de alguma das alternativas previstas no § 2º do art. 155 do Código Penal, não podendo o julgador, a seu livre alvedrio, deixar de considerá-las.

O Superior Tribunal de Justiça, consolidando a posição dos Tribunais Superiores, em 11 de junho de 2014, aprovou a Súmula nº 511, com o seguinte enunciado: **Súmula 511:** É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.

O art. 155, § 2º, do Código Penal impõe a aplicação do benefício penal, na hipótese de adimplemento dos requisitos legais da primariedade técnica e pequeno valor do bem furtado, assim considerado aquele inferior ao salário-mínimo ao tempo do fato, tratando-se, pois, de direito subjetivo do condenado. Quando da escolha do benefício aplicável, dentre aqueles previstos no referido dispositivo legal – *a)* substituição da pena de reclusão por detenção; *b)* diminuição da pena privativa de liberdade de um a dois terços; *c)* aplicação somente da pena de multa – de rigor a observância do dever de fundamentação pelas instâncias ordinárias, sob pena de violação ao princípio do livre convencimento motivado, malferindo o disposto no art. 93, IX, da Constituição da República (STJ, HC 346.990/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 19/05/2016).

O privilégio estatuído no § 2º do art. 155 do Código Penal é compatível com as qualificadoras do delito de furto, desde que sejam de ordem objetiva. Exegese da Súmula nº 511 deste Superior Tribunal de Justiça. Sendo de pequeno valor a *res furtiva* e verificando-se que a qualificadora do delito é de natureza objetiva – concurso de agentes – os requisitos legais concernentes ao furto privilegiado devem ser analisados pelo juízo competente, não sendo óbice ao exame do benefício o fato de o furto ter se dado na forma qualificada (STJ, EDcl no HC 182.754/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 20/05/2015).

Segundo entendimento reiterado desta Corte, o reconhecimento do privilégio legal é um direito subjetivo do réu, cujo deferimento exige a conjugação de dois requisitos objetivos, consubstanciados na primariedade e no pequeno valor da coisa furtada, que deve ter como parâmetro o valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Certificada a primariedade do ora recorrido e avaliada a *res furtiva* em R\$ 110,00 (referentes a dois casacos), montante este bem inferior ao salário-mínimo vigente na data do crime (R\$ 510,00), é de rigor o reconhecimento do furto na forma do art. 155, § 2º, do Código Penal. O fato de o recorrido ser tido “por

populares como furtador“ não impede a aplicação do mencionado benefício, sob pena de ofensa ao art. 5º, LVII, da CF (STJ, AgRg no REsp 148.6001/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 13/05/2015).

A teoria da insignificância há de guardar harmonia com o que previsto no § 2º do artigo 155 do Código Penal, a revelar a diminuição da pena quando se tratar de furto perpetrado por réu primário, sendo de pequeno valor o objeto. Fica reservada a situações em que a persecução criminal se mostre conflitante com os próprios anseios da sociedade (STF, HC 110911/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., DJe 5/6/2014).

O Código Penal, no art. 155, § 2º, ao se referir ao pequeno valor da coisa furtada, disciplina critério de fixação da pena – e não de exclusão da tipicidade –, quando se tratar de furto simples.

O princípio da insignificância não há de ter como parâmetro tão somente o valor da *res furtiva*, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato e o reflexo da conduta do agente no âmbito da sociedade, para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela (STF, HC 113490/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 10/9/2012).

Furto de energia

O § 3º do art. 155 do Código Penal esclarece:

§ 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Com essa redação, ficam eliminadas as discussões sobre a possibilidade de subtração de energia, não somente a elétrica, como também a solar, a térmica, a sonora, a atômica, a mecânica *etc.* Ou seja, qualquer energia que tenha valor econômico poderá ser objeto de subtração, nos moldes preconizados pelo mencionado parágrafo, a exemplo também da energia genética (sêmen) dos reprodutores.

O furto de energia elétrica, ao contrário do que ocorre quando estamos diante, efetivamente, de coisa móvel, naturalmente corpórea, deve ser considerado de *natureza permanente*, uma vez que a sua consumação se prolonga, se perpetua no tempo, podendo, portanto, ser o agente preso em flagrante quando descoberta a ligação clandestina de que era beneficiado.

Pago o débito de energia antes do oferecimento da denúncia, resolvido está o ilícito civil, não se justificando a persecução penal. Precedentes. Na hipótese, o recorrente celebrou acordo com a concessionária de energia elétrica, parcelando o débito decorrente da subtração de energia elétrica que lhe foi imputada, com o seu posterior adimplemento, circunstância que enseja a extinção de sua punibilidade (STJ, RHC 62.437/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 1º/07/2016).

As circunstâncias do crime de furto de energia elétrica, mediante a adulteração dos marcadores de leitura, afastam a aplicação do princípio da insignificância, por se tratar de conduta altamente reprovável e, portanto, relevante para o Direito Penal (STJ, HC 319.636/MS, Rel. Min. Ericson Maranho – Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 17/12/2015).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que o resarcimento do preço devido em razão da subtração de energia elétrica, antes do recebimento da denúncia, acarreta a extinção da punibilidade, em respeito aos princípios da isonomia e da subsidiariedade do Direito Penal. Incidência da Súmula nº 83 do STJ (STJ, AgRg no AREsp 522.504/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 17/11/2014).

A energia elétrica que permite o funcionamento de sistema telefônico equipara-se à coisa móvel, incorrendo na prática do delito previsto no art. 155, §§ 3º e 4º, inc. I, do CP o agente que desvia, mediante rompimento dos fios, o sinal de linha de telefone público para aparelho particular, lesando a concessionária do serviço público (TJRS, Ap. 1.0056. 02.032049-7/001, 5ª Câm. Crim., Rel. Sergio Resende, pub. 20/2/2008).

Furto de energia elétrica. Ausência de perícia. Delito que deixa vestígios. Necessidade. Nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, quando a infração deixar vestígios, se faz necessária a perícia, a efeito de comprovação da materialidade. No caso concreto, os peritos oficiais compareceram ao local, mas realizaram a perícia somente no que tange ao desvio da água – fato pelo qual o réu foi absolvido –, nada examinando acerca do desvio de energia elétrica. Absolvição decretada (TJRS, Ap. Crim. 70018197541, 6ª Câm. Crim. Rel. Nereu José Giacomelli, j. 10/5/2007).

Modalidades qualificadas

Os §§ 4º, 5º e 6º do art. 155 do Código Penal preveem as modalidades qualificadas do delito de furto, a saber: *Destrução ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa* – Inicialmente, vale registrar que, em sede doutrinária, considera-se obstáculo tudo aquilo que tenha a finalidade precípua de proteger a coisa e que também não seja a ela naturalmente inerente.

A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp nº 1.079.847/SP, firmou a orientação de que a subtração de objetos localizados no interior de veículo automotor, mediante o rompimento ou destruição do vidro do automóvel, qualifica o furto (STJ, HC 182.279/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 19/06/2015).

A Turma reiterou que, tratando-se de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, de delito que deixa vestígio, torna-se indispensável a realização de perícia para a sua comprovação, a qual somente pode ser suprida por prova testemunhal quando desaparecerem os vestígios de seu cometimento ou esses não puderem ser constatados pelos peritos (arts. 158 e 167 do CPP). No caso, cuidou-se de furto qualificado pelo arrombamento de porta e janela da residência, porém, como o rompimento de obstáculo não foi comprovado por perícia técnica, consignou-se pela exclusão do acréscimo da referida majorante. Precedentes citados: HC 136.455/MS, DJe 22/2/2010; HC 104.672/MG, DJe 6/4/2009; HC 85.901/MS, DJ 29/10/2007; e HC 126.107/MG, DJe 3/11/2009 (STJ, HC 207.588/DF, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 23/8/2011, Informativo nº 481).

O paciente insurge-se contra a pena-base e a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do CP, isso porque ele destruiu vidro traseiro de veículo para subtrair objeto do seu interior. Para o Min. Relator a súplica não pode prosperar quanto à qualificadora, uma vez que, conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal, o rompimento de obstáculo (no caso, o vidro) para subtração de objeto no interior do veículo qualifica o furto, embora também a jurisprudência reconheça como furto simples o fato de levar o automóvel após arrombá-lo. Precedentes citados do STF: HC 91.654/PR, DJe 7/11/2008; do STJ: REsp 875.918/RS, DJ 5/2/2007; HC 42.658/MG, DJ 22/8/2005; REsp 745.530/RS, DJ 12/6/2006; HC 116.541/SP, DJe 2/3/2009; HC 51.427/MS, DJ 5/6/2006; e HC 47.950/MS, DJ 10/4/2006 (STJ, HC 127.464/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 5/5/2009).

Pela interpretação dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal, conclui-se que, relativamente às infrações que deixam vestígio, a realização de exame pericial se mostra indispensável, podendo a prova testemunhal supri-lo apenas na hipótese em que os vestígios do crime tiverem desaparecido. Precedentes do

STJ. 2. No caso dos autos, a qualificadora do rompimento de obstáculo apenas poderia ter sido comprovada por exame pericial, já que os vestígios não haviam desaparecido. O fato de os vestígios do delito serem facilmente perceptíveis por qualquer pessoa não afasta a indispensabilidade do exame de corpo de delito direto, cuja realização não fica ao livre arbítrio do julgador, mas, ao contrário, decorre de expressa determinação legal (STJ, REsp. 1008913/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 9/3/2009).

Já decidiu esta Corte que o rompimento de obstáculo externo ao objeto do furto caracteriza a circunstância qualificadora (STJ, HC 93178/DF, HC 2007/0251800-3, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., pub. 17/3/2008).

A qualificadora em exame prevê duas modalidades de comportamento. No primeiro, o agente destrói o obstáculo, ou seja, usa de violência contra a coisa, destruindo, eliminando ou fazendo desaparecer aquilo que o impedia de levar a efeito a subtração. Pratica o crime de furto qualificado pela destruição de obstáculo o agente que, valendo-se de um pé de cabra, arrebenta o cadeado que impedia o acesso de estranhos ao local onde se encontravam acondicionados os aparelhos eletrônicos que foram objeto da subtração.

Rompimento, conforme lições de Noronha, “designa a ação ou consequência de romper, que importa partir, despedaçar, separar, rasgar, abrir etc.”⁸ Ainda podemos compreender o rompimento no sentido de afastar, eliminar o obstáculo, mesmo que o agente o preserve intacto. Assim, podemos raciocinar com a hipótese de que o agente, em vez de destruir, inutilizar o cadeado colocado para impedir a abertura de uma porta, consiga retirá-lo desaparafusando os suportes que os sustentavam, para, logo em seguida à subtração, recolocá-lo em seu lugar original.

A destruição ou o rompimento do obstáculo podem ocorrer antes ou mesmo depois da apreensão da *res*.

O exame pericial não constitui o único meio probatório possível para a comprovação da qualificadora de rompimento de obstáculo no crime de furto, sendo lícito na busca pela verdade real a utilização de outras formas, tais como a prova testemunhal e a documental. (Precedentes do STJ) (STJ, REsp. 924254/RS, REsp. 2007/0027015-1, Rel. Hamilton Carvalhido, 6ª T., pub. 22/10/2007).

A qualificadora do rompimento de obstáculo configura-se quando há o vencimento de óbice material à consumação do furto, sendo indispensável, todavia, regular exame pericial para comprová-la (TJMG, AC 1.0155.03.00456103/001, Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, DJ 2/8/2007).

Verifica-se a qualificadora do n. I do § 4º do art. 155 do CP quando na ocasião do furto ocorre o arrombamento, a ruptura, a demolição, a destruição (total ou parcial) de qualquer elemento que vise impedir a ação do ladrão (cadeados, fechaduras, cofres, muros, portões, janelas, telhados, tetos, etc.), sejam quais forem os expedientes empregados (RT 535/323) (TJPR, AC 0360020-6, 5ª Câm. Crim. Rel. Des. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, un., j. 23/11/2006).

Não se caracteriza o rompimento de obstáculo quando o agente entra no veículo pela tampa traseira, que não se encontra travada. Eventual amassamento na porta não utilizada pelos acusados não se presta para caracterizar a qualificadora do art. 155, § 4º, 1º, CP, tratando-se de dano, impunível enquanto meio para a prática da subtração. Igualmente, não há arrombamento na danificação do painel de veículo automotor, para retirada de

toca-fitas (TJRS, AC 70002786135, 8ª Câm., Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 29/10/2003).

Abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza – Relação de confiança pressupõe liberdade, lealdade, credibilidade, presunção de honestidade entre as pessoas. Abusa o agente da confiança que nele fora depositada quando se aproveita dessa relação de fidelidade existente anteriormente para praticar a subtração. Dessa forma, também para que se caracterize a qualificadora em questão, será preciso comprovar que, anteriormente à prática da subtração, havia, realmente, essa relação sincera de fidelidade, que trazia uma sensação de segurança à vítima. No entanto, se o agente, ardilosamente, construir essa relação de confiança para o fim de praticar a subtração, fazendo com que a vítima incorra em erro no que diz respeito a essa fidelidade recíproca, o furto será qualificado pela fraude, e não pelo abuso de confiança.

Tratando-se o furto qualificado pela escalada, infração que deixa vestígio, é indispensável a realização de perícia para a comprovação da qualificadora, a qual somente pode ser suprida por prova testemunhal quando desaparecerem os vestígios de seu cometimento ou estes não puderem ser constatados pelos peritos. Exegese dos arts. 158 e 167 do CPP (STJ, HC 202670/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, DJe 15/8/2012).

Estando comprovada a relação de confiança entre a empregada doméstica e a vítima que a contrata – seja pela entrega das chaves do imóvel ou pelas boas referências de que detinha a Acusada –, cabível a incidência da qualificadora ‘abuso de confiança’ para o crime de furto ora sob exame. Precedente (STJ, HC 192922/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T, DJe 7/3/2012).

Para a caracterização da qualificadora do art. 155, § 4º, II, do CP, não se mostra indispensável que exista um vínculo de confiança entre a vítima e o agente, bastando que exista tal vínculo entre este e o detentor ou possuidor dos bens, fazendo com que, em razão da relação estabelecida, o agente tenha facilitado seu acesso à *res furtiva* (TJMG, Ap. 1.0313.06.191497-1/001, 5ª Câm. Crim., Rel. Hélcio Valentim, pub. 19/2/2008).

A relação empregatícia pode ou não permitir a aplicação da qualificadora relativa ao abuso de confiança.

Quando não for o caso da aplicação da qualificadora do abuso de confiança, poderá, dependendo da hipótese concreta, fazer-se incidir a circunstância agravante prevista na alínea *f* do inc. II do art. 61 do Código Penal (*com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitacão ou de hospitalidade*).

Qualificadora do abuso de confiança demonstrada. O réu não possuía mera relação empregatícia com a empresa-vítima, mas se tratava de coordenador de fiscalização, que tinha acesso à chave-mestra capaz de abrir quaisquer das máquinas de parquímetro da cidade de Porto Alegre (TJRS, Ap. Crim. 70018540468, 6ª Câm. Crim., Rel. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 19/7/2007).

Agente que, tendo livre acesso às senhas destinadas à movimentação da conta bancária do Sindicato, transfere valores, indevidamente, para sua conta bancária e de seu irmão, pratica, em princípio, o crime de furto qualificado por abuso de confiança, e não o de apropriação indébita qualificada (TJRS, Ap. Crim. 70017521642, 6ª Câm. Crim., Rel. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 19/7/2007).

Fraude, aqui, significa a utilização de meios ardilosos, insidiosos, fazendo com que a vítima incorra ou seja mantida em erro, a fim de que o próprio agente pratique a subtração.

A fraude, portanto, é utilizada pelo agente a fim de facilitar a subtração por ele levada a efeito. Alerta também Hungria que “meio fraudulento é, também, qualquer ardil no sentido de provocar a ausência momentânea do *dominus* ou distraindo-lhe a atenção, para mais fácil perpetração do furto”.⁹

Em se tratando do crime de furto mediante fraude, a competência, como regra geral, será do local onde ocorrer a consumação do delito (art. 70 do CPP) (STJ, AgRg. no CC 110767/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, S3, DJe 17/2/2011).

Furto qualificado pela fraude. Emprego de ardil para a realização de *test drive* em motocicleta exposta à venda em estabelecimento comercial. Subtração do bem após autorização para experimentar o veículo. Elemento volitivo (fraude) destinado à obtenção da res furtiva (TJSC, Ap. Crim. 2007.063031-6/000000, 3ª Câm. Crim. de Itapoá. Rel. Des. Torres Marques, dec. 20/2/2008).

Qualifica-se o crime de furto, pela fraude, como se recolhe na boa doutrina, quando o agente se serve de artifício ou embuste para fazer a subtração (STJ, HC 24645/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido 6ª T., DJ 11/4/2005, p. 383).

Escalada, na definição de Hungria, é “o ingresso em edifício ou recinto fechado, ou saída dele, por vias não destinadas normalmente ao trânsito de pessoas, servindo-se o agente de meios artificiais (não violentos) ou de sua própria agilidade. Tanto é escalada o galgar uma altura, quanto saltar um desvão (exemplo: um fosso), ou passar por via subterrânea não transitável ordinariamente (ex.: um túnel de esgoto). Se a *passagem* subterrânea é escavada adrede, o que se tem a reconhecer é o emprego de meio fraudulento”.¹⁰

A escalada é a transposição de um obstáculo encontrado pelo agente que apresenta uma dificuldade a ser superada para que adentre um recinto. Desse modo, um muro de alvenaria, com altura média não inferior a 1,70 metros, constitui uma barreira significativa a exigir do agente esforço físico para saltá-lo (STJ, HC 354.046/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 20/09/2016).

A qualificadora da escalada não se caracteriza quando o esforço exigido para a transposição do portão existente no local se revele impossível de gerar um esforço incomum, mormente se o portão é de facilíssima transposição (TJMG, Ap. 1.0194.06.056690-9/001, 1ª Câm. Crim., Rel. Judimar Biber, pub. 29/1/2008).

Resta configurada a qualificadora de escalada quando o agente entra no local por via anormal, subindo muro que guarnecia o local, utilizando-se, para tanto, de algum meio instrumental ou esforço incomum. O ato de o agente forçar o trinco da janela que protegia o imóvel, possibilitando a sua entrada no interior do imóvel, configura a qualificadora do rompimento de obstáculo (TJMG, AC 1.0056.05.106781-9/001[1], Rel. William Silvestrini, DJ 2/8/2007).

A escalada tem como pressuposto o ingresso do infrator ao local em que vai realizar a subtração por meio anormal, não destinado a tal fim, vencendo obstáculos postos pela vítima para a maior proteção do seu patrimônio, e se utilizando de instrumentos específicos ou de destreza, agilidade e esforço incomum. A ousadia e inclinação do agente para o cometimento do delito terminam por demonstrar a maior reprovabilidade da conduta (Precedente) (STJ, REsp. 759039/SP, Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 10/4/2006, p. 285).

Atua com *destreza* o agente que possui uma habilidade especial na prática do furto, fazendo com que a vítima não perceba a subtração. Weber Martins Batista, com a precisão que lhe é peculiar, acrescenta: “Destreza é soma de *habilidade* com *dissimulação*. O agente se

adestra, treina, especializa-se, adquire tal agilidade de mãos e dedos, que é capaz de subtrair a coisa como que em um passe de mágica. E usa essa habilidade extraordinária, excepcional, como arma para dissimular a subtração do bem".¹¹

Destreza: só se reconhece quando o agente demonstra habilidade extraordinária (TJRS, Ap. 70022102008, 5ª Câm. Crim., Rel. Amilton Bueno de Carvalho, pub. 13/2/2008).

Não age com destreza o agente, segundo opinião doutrinariamente predominante, quando a subtração é realizada contra vítima que *dormia* ou se encontrava *embriagada*, pois que, qualquer pessoa, em decorrência desses fatores, poderia fazê-lo.

Caderno fático-probatório suficiente a apontar que o apelado agiu com destreza ao cometer o crime de furto. O acusado de forma dissimulada encostou-se às costas da vítima e com extrema habilidade manual, abriu a bolsa da mesma, subtraindo-lhe o telefone celular. Vítima que não percebeu a subtração em razão da habilidade empregada pelo apelado no momento da prática do crime. A habilidade e facilidade com que o acusado retirou o telefone celular da bolsa da vítima tornam evidente a presença da qualificadora da destreza (TJ-RJ, AC 0143013-35.2012.8.19.0001, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 24/03/2015).

Somente a excepcional, incomum, habilidade do agente, que com movimento das mãos consegue subtrair a coisa que se encontra na posse da vítima sem despertar-lhe a atenção, é que caracteriza, revela, a "destreza". Não configuram essa qualificadora os atos dissimulados comuns aos crimes contra o patrimônio – que, por óbvio, não são praticados às escâncaras (STJ, REsp 1.478.648/PR, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5ª T, DJe 02/02/2015).

Emprego de chave falsa – Considera-se *chave falsa* qualquer instrumento – tenha ou não aparência ou formato de chave – destinado a abrir fechaduras, a exemplo de grampos, gazuas, mixa, cartões magnéticos (utilizados modernamente nas fechaduras dos quartos de hotéis) etc.

O conceito de chave falsa abrange todo o instrumento, com ou sem forma de chave, utilizado como dispositivo para abrir fechadura, incluindo gazuas, mixas, arames, etc. O uso de mixa, na tentativa de acionar o motor de automóvel, caracteriza a qualificadora do inc. III do § 4º do art. 155 do Código Penal (STJ, REsp. 906685/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T, DJ 6/8/2007, p. 683).

Qualquer chave, desde que não seja a verdadeira, utilizada para abrir fechaduras deve ser considerada falsa, inclusive a *cópia* da chave verdadeira.

O emprego de chave falsa pode, a depender da hipótese, não deixar vestígios, como, por exemplo, quando se emprega grampo, arame ou chave de feitio especial para a abertura de fechaduras, sem dano ou arrombamento, de modo que, nesses casos, é dispensável o exame pericial para a caracterização da qualificadora do crime de furto (STJ, AgRg no AREsp 886.475/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T, DJe 26/09/2016).

No que se refere ao furto qualificado pelo emprego de chave falsa, a jurisprudência desta Corte tem se manifestado no sentido de "o conceito de chave falsa abrange todo o instrumento, com ou sem forma de chave, utilizado como dispositivo para abrir fechadura, incluindo mixas" (HC nº 101.495/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 25/8/2008). Entendendo o Tribunal de origem que o crime foi cometido com o uso de chave mixa, impossível o afastamento da qualificadora (STJ, HC 200.126/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, DJe 18/05/2015).

O furto praticado mediante o emprego de 'mixa' é qualificado nos termos do art. 155, § 4º, III, do CP ('Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa [...] §

4º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: [...] III – com emprego de chave falsa'). Com base nessa orientação, a 1ª Turma denegou *habeas corpus* no qual sustentada a ilegalidade da incidência dessa qualificadora no crime em comento (STF, HC 106095/RS, Rel.ª Min.ª Carmen Lúcia, 1ª T., 3/5/2011, *Informativo* nº 625).

A utilização de chave falsa diretamente na ignição do veículo para fazer acionar o motor não configura a qualificadora do emprego de chave falsa (CP, art. 155, § 4º, III). A qualificadora só se verifica quando a chave falsa é utilizada externamente a *res furtiva*, vencendo o agente o obstáculo propositadamente colocado para protegê-la (STJ, REsp. 43047/SP, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, *RT* 746, p. 556).

Mediante o concurso de duas ou mais pessoas – Para que se configure a mencionada qualificadora basta, tão somente, que um dos agentes seja imputável, não importando se os demais participantes possuam ou não esse *status*, embora haja decisão jurisprudencial em sentido contrário: O Código Penal é o código das pessoas maiores de idade. Por isso, entende o Relator, a qualificadora do concurso de duas ou mais pessoas pressupõe, nos crimes de furto e roubo, por exemplo, concurso de pessoas imputáveis. Não é, portanto, qualificado o furto praticado por pessoa imputável e pessoa inimputável (menor de 18 anos) (STJ, HC 38097/SP, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª T., *DJ* 4/12/2006, p. 379).

Da mesma forma, basta que um deles tenha sido descoberto, não havendo necessidade, até mesmo, de saber as qualificações dos demais agentes.

Há divergência doutrinária quanto à necessidade, para efeito de reconhecimento da qualificadora, dos agentes praticarem atos de execução. Weber Martins Batista afirma ser necessária a presença dos concorrentes no local do crime, na hora de sua execução, pois o furto só será cometido ‘mediante o concurso de duas ou mais pessoas’ se estas participarem na fase executiva do delito”,¹² posição à qual nos filiamos. Em sentido contrário, assevera Fragoso que “o furto será qualificado desde que cometido por duas ou mais pessoas, embora apenas uma tenha realizado a execução material do crime, limitando-se a outra ou as outras a participação secundária”.¹³

A qualificadora do concurso de pessoas tem lugar em face da maior ameaça ao bem jurídico tutelado. No caso de furto onde apenas um dos agentes subtrai a coisa, cabendo ao outro ocultá-la, não se configura a qualificadora do concurso de pessoas. Seria necessário que ocorresse a cooperação de ambos na subtração da coisa para que fosse aplicada a qualificadora (STJ, REsp. 90451/MG, 6ª T., Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJ* 30/6/1997, p. 31.090).

Merce ser frisado, ainda, que o STJ editou a Súmula nº 442, publicada no *DJe* de 13 de maio de 2010, com o seguinte teor: **Súmula nº 442. É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo.**

Tal posicionamento foi firmado pelo fato de que alguns Tribunais de Justiça, a exemplo do que ocorria no Rio Grande do Sul, fazendo uma comparação entre a qualificadora prevista no inc. IV, do § 4º, do art. 155 do Código Penal, com a causa especial de aumento de pena constante do inc. II, do § 2º, do art. 157 do mesmo diploma legal, entendiam que o concurso de

pessoas, comum às duas situações, tinha tratamento mais gravoso no furto, uma vez que duplicava as penas constantes do *caput*, enquanto que no roubo, crime mais grave, o concurso de pessoas fazia com que a pena fosse aumentada de um terço até metade.

Assim, ao argumento de que o inc. IV do § 2º do art. 155 do Código Penal era ofensivo ao princípio da proporcionalidade, negavam a sua validade e, consequentemente, na hipótese de ter havido o concurso de pessoas, aplicavam, por analogia, a causa especial de aumento de pena prevista no inc. II, do § 2º do art. 157 do estatuto repressivo.

A Súmula nº 442 do STJ, a nosso ver com razão, mesmo sem efeito vinculante, foi editada com a finalidade de tentar impedir esse raciocínio.

Subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior – O objeto material da nova qualificadora, criada pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, é o veículo automotor (automóveis, caminhões, lanchas, motocicletas, etc.), desde que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. Dessa forma, se o agente subtrai veículo automotor sem a finalidade de ultrapassar a barreira de seu Estado, o furto será simples, e não qualificado.

Assim, é a conjugação do objeto material, com o efetivo transporte do veículo automotor para outro Estado ou mesmo para o exterior, que qualifica a subtração.

Se o agente fosse surpreendido, ainda no Estado onde ocorreu a subtração, quando estivesse se dirigindo a outro Estado da Federação ou mesmo a um país estrangeiro, vizinho ao Brasil, em razão de sua especial finalidade, poderíamos raciocinar com a tentativa qualificada? A péssima redação nos leva a responder negativamente, pois, caso contrário, seria muito melhor para o agente alegar, sendo surpreendido no Estado onde ocorrerá a subtração, que a sua finalidade era a de, por exemplo, transportá-lo para outro Estado, para que lhe fosse aplicada, obrigatoriamente, a redução de um terço a dois terços, prevista pelo parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

[A qualificadora de furto de veículo automotor transportado para outro Estado ou para o exterior configura-se quando há a efetiva transposição da fronteira, independentemente da intenção do agente em fazê-lo \(TJMG, AC 2.0000.00.488227-5/000, Rel. William Silvestrini, DJ 11/7/2006\).](#)

Subtração de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração. Com a finalidade de dar um tratamento mais severo à subtração de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração, a Lei nº 13.330, de 2 de agosto de 2016, inseriu o § 6º ao art. 155 do Código Penal, prevendo, outrossim, mais uma modalidade qualificada para o delito de furto, cominando uma pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos para aqueles que praticarem essa modalidade de subtração.

De acordo com a justificativa do Projeto de Lei nº 6.999/2013, de autoria do Deputado

Afonso Hamm, posteriormente transformado na Lei nº 13.330, de 2 de agosto de 2016: O crime de abigeato, ou furto de animais, é uma forma terrível de atingir a vida do produtor rural, suprimindo bens que garantem sua subsistência e de sua família.

O abigeato representa a perda de ativos para o produtor rural, que já tem que lidar com uma realidade difícil, em termos econômicos e ambientais, em nosso país.

Dados recentes demonstram que o abigeato é responsável por 20% dos abates clandestinos de animais, no Rio Grande do Sul, segundo a Secretaria de Agricultura.

É importante que se ressalte que além do produtor, e talvez de forma mais danosa, o abigeato atinge toda a sociedade. Trata-se de uma prática criminosa que é a raiz de outras tantas violações à segurança e à saúde públicas.

O comércio de alimentos oriundos de animais furtados é, pois, uma atividade econômica clandestina que tem impactos negativos tanto do ponto de vista da sonegação de impostos, como em relação à saúde da população.

Tome-se, por exemplo, o comércio de carne de um animal furtado que tenha sido recentemente vacinado. Determinadas vacinas permanecem no organismo do animal por um período de até 40 (quarenta) dias, tornando-o impróprio para consumo.

Quando a sociedade não tem garantia da origem do alimento que adquire e consome, ela mesma se expõe a danos de toda ordem, que podem comprometer seriamente a saúde humana.

Por *semovente domesticável de produção* entende-se um animal não selvagem, destinado à produção pecuária de alimentos, a exemplo do que ocorre com os gados bovinos, suíños, ovinos, equinos, bufalinos, caprinos e os asinos, ou seja, que dizem respeito à criação para o abate de mercado de bois, vacas, carneiros, ovelhas, cavalos, búfalos, burros, cabras e bodes. O furto de gado é conhecido por *abigeato*. *Gado*, segundo as precisas lições de Bento de Faria, “é denominação que inculca os animais geralmente criados ao consumo e a serviços industriais ou comerciais; *rebanho* – é a multidão de – *gado*”¹⁴.

Dessa forma, a cunicultura, ou seja, a criação de coelhos, se amoldaria ao conceito de gado. Os bípedes também estão inseridos nesse conceito, como é o caso das galinhas, codornas, faisões, perus etc., por mais estranho que isso possa parecer.

Quando o tipo penal exige, expressamente, que o semovente domesticável seja de *produção*, com isso quer afastar dessa modalidade de subtração todos os animais que sejam considerados como de *estimação*, a exemplo do que ocorre com os cães, gatos, hamsters *etc.* Por outro lado, se um animal que, normalmente, seria destinado à produção, é tratado também como de estimação, a exemplo do que tem ocorrido com porcos, o furto também não poderá ser considerado como o de semovente domesticável de produção, se amoldando a outra espécie de subtração.

Por *produção* deve ser entendido não somente o comércio de *carne animal*, mas também seus derivados destinados à alimentação humana, além de não consumíveis, que tenham valor econômico, como ocorre com a ovelha, que é subtraída para que dela se retire a lã.

Por outro lado, imagine-se a hipótese de um morador da zona rural, que tenha alguns animais semoventes domesticáveis, cuja finalidade seria o abate para o próprio uso, a exemplo do que ocorre, usualmente, com criadores de porcos, ovelhas, bodes etc., que não vendem suas carnes para terceiros, mas as utilizam para o próprio consumo. Nesse caso, entendemos não se aplicar a qualificadora em estudo, tendo em vista que o caso retratado não se amolda ao conceito de produção, havendo, portanto, uma outra modalidade de furto.

Como diz a parte final do § 6º do art. 155 do Código Penal, para efeitos de reconhecimento da subtração de semovente domesticável de produção, não importa se o animal tenha sido retirado, ainda vivo, do local da subtração, ou mesmo se tenha sido ali abatido ou dividido em partes, como é comum acontecer.

Merece destaque ainda, o fato de que, normalmente, essa modalidade de subtração não é praticada por somente um único agente, havendo, outrossim, o chamado concurso de pessoas. Além disso, via de regra, obstáculos são rompidos para que o furto seja bem-sucedido. Enfim, o que estamos querendo dizer é que, quase na totalidade dos casos, haverá outras qualificadoras, tipificadas no § 4º do art. 155 do Código Penal. Assim, quando houver, por exemplo, uma subtração de semovente domesticável de produção, praticada mediante o concurso de pessoas, qual será a qualificadora a ser aplicada ao caso concreto? Será aquela prevista no § 4º do art. 155 do diploma repressivo, cujas penas variam entre 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão, ou as do § 6º, que vão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos? A regra será a aplicação da maior pena, ou seja, o § 6º será deixado de lado, a fim de ser aplicado o § 4º, ambos do Código Penal, uma vez que este último possui uma pena máxima combinada em abstrato superior àquele.

Infelizmente, mais uma vez, andou mal o legislador. Teria sido melhor a criação de uma causa especial de aumento de pena já que, dificilmente, não ocorreria uma modalidade qualificada de subtração e a pena maior cumpriria seu papel de maior reprovabilidade do comportamento praticado, como queria o legislador.

Por outro lado, nas hipóteses em que, devido ao tamanho do animal, for possível a subtração por um único agente, não incidindo qualquer das qualificadoras existentes no § 4º do art. 155 do Código Penal, aqui, sem dúvida, será aplicado o § 6º do mesmo estatuto repressivo.

Por ser considerada como uma *novatio legis in pejus*, ou seja, uma lei que piorou a situação anterior daqueles que praticaram a subtração de semovente domesticável de produção, e que não se amoldaram à qualificadora do § 4º do art. 155 do Código Penal,

cometendo, à época do fato, portanto, um crime de furto simples, o § 6º do diploma repressivo citado não poderá ter aplicação retroativa, nos precisos termos do inc. XL do art. 5º da Constituição Federal, que diz que *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

Para o furto simples, comina a lei penal uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sendo que para as modalidades qualificadas, constantes do § 4º, a pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, e de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos na hipótese do § 5º.

Como regra geral, a ação penal é de iniciativa pública incondicionada, devendo-se observar, no entanto, o art. 182 do Código Penal, bem como o inc. III do art. 183 do mesmo diploma repressivo.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, para o furto simples, tendo em vista a pena mínima a ele cominada.

Em que pese o furto ser delito de natureza patrimonial, o elevado prejuízo suportado pela vítima é fator que autoriza o aumento da pena-

-base. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal (STJ, HC 221669/SP, Rel^a Min^a Marilza Maynard, Des.^a convocada do TJ/SE) 5^a T., DJe 24/6/2013).

No furto qualificado é impossível a substituição da pena, na forma prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal. Essa faculdade só se aplica ao furto simples (STJ, REsp. 5291/SP, Rel. Min. Carlos Thibau, 6^a T., RSTJ 29, p. 342).

Crime impossível

Será possível o reconhecimento, principalmente em virtude da absoluta improriedade do objeto, na hipótese, por exemplo, em que não havia nada a ser subtraído.

Tem-se discutido se a utilização de aparelhos de monitoramento eletrônico no interior dos estabelecimentos comerciais, ou mesmo de pessoas responsáveis pela sua segurança impediriam o reconhecimento do crime de furto.

O Superior Tribunal de Justiça entendendo, corretamente, pela possibilidade de reconhecimento do delito de furto publicou, no DJe de 29 de fevereiro de 2016, a Súmula nº 567, que diz: **Súmula nº 567.** *Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.*

A existência de sistema de monitoramento eletrônico ou a observação do praticante do furto pelo gerente do supermercado, como ocorreu na espécie, não rende ensejo, por si só, ao automático reconhecimento da existência de crime impossível, porquanto, mesmo assim, há possibilidade de o delito ocorrer. Incidência da Súmula nº 567 desta Corte. Tese firmada em recurso representativo da controvérsia (REsp nº 1.380.621/MG,

Embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Assim, não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito *etc.* Conquanto se possa crer, sob a perspectiva do que normalmente acontece em situações tais, que na maior parte dos casos não logrará o agente consumar a subtração de produtos subtraídos do interior do estabelecimento comercial provido de mecanismos de vigilância e de segurança, sempre haverá o risco de que tais providências, por qualquer motivo, não frustrem a ação delitiva. Somente se configura a hipótese de delito impossível quando, na dicção do art. 17 do Código Penal, “por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta improriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.” Na espécie, embora remota a possibilidade de consumação do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas não era absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto. Recurso especial representativo de controvérsia provido para: a) reconhecer que é relativa a inidoneidade da tentativa de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastar a alegada hipótese de crime impossível; b) julgar contrariados, pelo acórdão impugnado, os arts. 14, II, e 17, ambos do Código Penal; c) determinar que o Tribunal de Justiça estadual prossiga no julgamento de mérito da apelação (STJ, REsp 1.385.621/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, S3, DJe 02/06/2015).

A vigilância eletrônica ou realizada pelo segurança do estabelecimento sobre o agente não ilide, de forma absoluta e eficaz, a consumação do delito de furto, uma vez que existe o risco, ainda que diminuto, de ele lograr êxito na consumação do crime e causar prejuízo à vítima, não havendo se reconhecer o crime impossível (STJ, HC 171956/MG, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu [Des. convocado do TJ/RJ], 5^a T., DJe 3/8/2012).

A existência de dispositivos de segurança em veículo, como alarme, não enseja a ineficácia absoluta do meio nem a absoluta improriedade do objeto, aptos a configurar o crime impossível (TJMG, AC 1.0479.06.106644-1/001, Des. Pedro Vergara, DJ 10/2/2007).

Comprovado que o fiscal do supermercado acompanhou, desde o início, a conduta da acusada, monitorando seus passos dentro do estabelecimento, onde colocou em sua sacola mercadorias, pelas quais não pagou ao passar pelo caixa, deixando para abordá-la já fora do estabelecimento, tem-se por caracterizada a figura do crime impossível, já que a acusada jamais conseguiria chegar à consumação da subtração da *res* por absoluta ineficácia do meio empregado diante do sistema de proteção do estabelecimento vítima (TJMG, Ap. 1.0145.04.137905-1/001, 1^a Câm. Crim., Rel. Fernando Starling, pub. 31/11/2007).

Furto de uso

A *subtração de uso* é considerada um *indiferente penal* pelo fato de o art. 155 do diploma repressivo exigir, ao seu reconhecimento, que a finalidade do agente seja a de subtrair a coisa alheia móvel *para si ou para outrem*. Portanto, deve agir com o chamado *animus furandi* ou, ainda, o *animus rem sibi habendi*, vale dizer, o dolo de ter a coisa para si ou para outrem, a vontade de se assenhorar da coisa subtraída.

O furto de uso somente se configura quando: “a) há a devolução rápida, quase imediata, da coisa alheia; b) há

a restituição integral e sem dano do objeto subtraído; c) há a devolução antes que a vítima constate a subtração; d) há o elemento subjetivo especial: fim exclusivo do uso”. No caso dos autos não há falar em atipicidade da conduta pela ausência do elemento subjetivo do tipo penal de furto, porquanto o réu foi detido pelo ofendido na posse da *res* (TJ-RS, AC 70069487767, Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, j. 29/09/2016).

Para a caracterização do furto de uso é necessário o preenchimento de três requisitos: a) exclusiva intenção de uso do bem; b) sua imediata restituição após o uso; e c) que este uso não seja prolongado. Presente o *animus furandi* e não sendo demonstrada qualquer intenção de restituir o bem, descebe falar em furto de uso (TJRS, Ap. 70020950069, 8ª Câm. Crim., Rel. Mario Rocha Lopes Filho, pub. 6/11/2007).

Merce frisar, entretanto, que somente as *coisas infungíveis* serão passíveis de ser subtraídas tão somente para o uso momentâneo do agente. Sendo *fungível* a coisa, a exemplo do *dinheiro*, tem-se entendido, majoritariamente, pelo furto comum, e não pela subtração de uso.

A coisa deverá, ainda, ser devolvida da mesma forma como foi subtraída, isto é, nas mesmas condições e no mesmo lugar em que se encontrava quando foi retirada pelo agente, havendo decisões no sentido de se condenar o sujeito pelo delito de furto quando houver a destruição total ou parcial da coisa ou, ainda, quando for deixada em lugar diferente do qual foi levada.

O furto de uso só é admitido com a devolução da coisa no estado original, anteriormente à constatação pela vítima da ocorrência do furto, o que não ocorreu no caso em comento (TJES, ACr 66080008361, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama, *DJES* 16/7/2010, p. 142).

Para que fique caracterizado o furto de uso, é indispensável o uso momentâneo do bem e sua restituição *in loco et integro* (TJMG, AC 2.0000.00.464796-3/000, Rel. Des. Hélcio Valentim, *DJ* 19/2/2005).

O uso prolongado da coisa subtraída faz com que se entenda pela ocorrência do furto comum, e não da subtração para uso, que deve, obrigatoriamente, ser momentânea.

Por essas razões é que Álvaro Mayrink da Costa define a subtração de uso dizendo que ela se caracteriza “pelo uso momentâneo da coisa subtraída e sua imediata devolução intacta ao local de onde fora retirada, operando o autor sem o ânimo de apropriar-se de coisa alheia”.¹⁵

O Código Penal Militar incrimina o furto de uso, conforme se verifica em seu art. 241.

Não há como reconhecer o furto de veículo para o fim de uso, quando não devolvido de forma voluntária pelo agente e nas mesmas condições, mas sim abandonado após colisão, em lugar diverso àquele em que o encontrara (TJPR,

3ª Câm. Crim., AC 0410141-7/Apucarana, Rel. Des. Laertes Ferreira Gomes, un., j. 9/8/2007).

Sendo o furto de uso nada mais que uma hipótese de atipicidade formal da conduta por inexistência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 155, ou seja, o *animus furandi*, é um grande equívoco vincular o seu reconhecimento a requisitos essencialmente objetivos que são incompatíveis com a própria natureza jurídica desta figura do Direito Penal. A não devolução da *res* é apenas mais um fator que deve ser levado em consideração para a análise do elemento subjetivo do art. 155 do *codex*, mas nunca um requisito obrigatório para o reconhecimento do chamado furto de uso (TJMG, AC 2.0000.00.326763-8/000, Rel. Des. Erony da

Silva, DJ 19/6/2001).

Furto famélico

O furto famélico amolda-se às condições necessárias ao reconhecimento do estado de necessidade, uma vez que, de um lado, podemos visualizar o patrimônio da vítima e, do outro, a vida ou a saúde do agente, que corre risco em virtude da ausência de alimentação necessária à sua subsistência.

Deve ser reconhecido o estado de necessidade, com base na ocorrência de furto famélico, apenas quando a res subtraída tratar-se de gêneros alimentícios e a intenção do agente for tão somente de saciar a fome (TJ-MG, AC 0238846-93.2009.8.13.0408, Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo, DJe 23/09/2016).

O furto famélico subsiste com o princípio da insignificância, posto não integrarem binômio inseparável. É possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico. Os fatos, no Direito Penal, devem ser analisados sob o ângulo da efetividade e da proporcionalidade da Justiça Criminal. Na visão do saudoso Professor Heleno Cláudio Fragoso, alguns fatos devem escapar da esfera do Direito Penal e serem analisados no campo da assistência social, em suas palavras, preconizava que ‘não queria um direito penal melhor, mas que queria algo melhor do que o Direito Penal’. (STF, HC 119672/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 3/6/2014).

É impossível o reconhecimento do furto famélico quando o acusado, além de não comprovar sua miserabilidade, adentra o veículo do ofendido pretendendo subtrair aparelhos eletrônicos ou qualquer outra coisa de valor, pois, para a caracterização de tal excludente, imprescindível a subtração de alimentos, de modo a saciar a eventual necessidade de se alimentar do réu (TJMG, Ap. 1.0699.06.063273-3/001, 1ª Câm. Crim., Rel. Eduardo Brum, pub. 11/1/2008).

A mera existência de dificuldade econômica não caracteriza o furto famélico, ante a necessidade de comprovação de perigo atual que justifique o sacrifício de bem alheio, devendo esta dificuldade inviabilizar a própria sobrevivência do agente ou de sua família (TJMG, AC 1.0223.03.124351-0/001, Rel. Walter Pinto da Rocha, DJ 17/10/2006).

Furto de pequeno valor e subtração insignificante

No furto de pequeno valor, o agente é *condenado*, aplicando-se a ele, entretanto, uma das alternativas previstas pelo § 2º do art. 155 do Código Penal; na subtração de valor insignificante, o agente deverá ser *absolvido*, por ausência de tipicidade material, inserida no contexto da chamada tipicidade conglobante ou conglobada.

No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (niharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica eventualmente, furto privilegiado – como no caso dos autos; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade). A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. Ainda que se considere o delito como de pouca gravidade, tal não se identifica com o indiferente penal se, como um todo, observado o binômio tipo injusto/bem jurídico, deixou de se caracterizar a sua insignificância. *In casu*, imputa-se ao paciente a prática de furto privilegiado de relógio de pulso de valor considerado – R\$ 338,00 (trezentos e trinta e oito reais) –, não se podendo reconhecer a irrelevância da conduta (STJ, HC 318.043/MS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 23/06/2015).

De acordo com a jurisprudência predominante nesta Corte Superior de Justiça, bens desprovidos de valor econômico intrínseco não podem ser objeto de crimes contra o patrimônio. Doutrina. Precedentes (STJ, HC

Não se pode confundir bem de pequeno valor com de valor insignificante. Este, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilégio insculpido no § 2º do art. 155 do Código Penal. O que orienta a tipificação das condutas, nos crimes patrimoniais, é o desvalor da conduta e não o valor dos bens. Princípio da bagatela não configurado (TJ-RJ, HC 0067147-53.2014.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 24/03/2015).

Aplica-se o princípio da insignificância à conduta formalmente tipificada como furto consistente na subtração, por réu primário e sem antecedentes, de um par de óculos avaliado em R\$ 200,00. A lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual os princípios da insignificância e da intervenção mínima surgem para evitar situações dessa natureza, atuando como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal. Posto isso, conveniente trazer à colação excerto de julgado do STF (HC 98.152—MG, DJ 5/6/2009), no qual foram apresentados os requisitos necessários para a aferição do relevo material da tipicidade penal: ‘O postulado da insignificância – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal’. Na hipótese em análise, verifica-se a presença dos referidos vetores, de modo a atrair a incidência do princípio da insignificância (STJ, AgRg. no RHC 44.461/RS, 5^a T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27/5/2014).

A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, e não apenas do valor da coisa subtraída, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor. A qualificação da conduta pela fraude confere maior gravidade ao delito cometido, afastando a incidência do princípio da insignificância. Precedentes (STJ, HC 223891/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJe 1º/8/2012).

Furto de sinal de TV em canal fechado

Cesar Roberto Bitencourt, com precisão, esclarece: “O art. 155, § 3º, equipara à coisa móvel ‘a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico’. Certamente, ‘sinal de TV a cabo’ não é *energia elétrica*; deve-se examinar, por conseguinte, seu enquadramento na expressão genérica ‘qualquer outra’ contida no dispositivo em exame. A locução ‘qualquer outra’ refere-

-se, por certo, a ‘energia’ que, apenas por razões linguísticas, ficou implícita na redação do texto legal; mas, apesar de sua multiplicidade, energia solar, térmica, luminosa, sonora, mecânica, atômica, genética, entre outras, inegavelmente ‘sinal de TV’ não é nem se equipara a ‘energia’, seja de que natureza for. Na verdade, energia se consome, se esgota, diminui, e pode, inclusive, terminar, ao passo que ‘sinal de televisão’ não se gasta, não diminui; mesmo que metade do País acesse o *sinal* ao mesmo tempo, ele não diminui, ao passo que, se fosse a energia elétrica, entraria em colapso”.¹⁶

A 2^a Turma concedeu *habeas corpus* para declarar a atipicidade da conduta de condenado pela prática do

crime descrito no art. 155, § 3º, do CP ('Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: [...] § 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico'), por efetuar ligação clandestina de sinal de TV a cabo. Reputou-se que o objeto do aludido crime não seria 'energia' e ressaltou-se a inadmissibilidade da analogia *in malam partem* em Direito Penal, razão pela qual a conduta não poderia ser considerada penalmente típica (STF, HC 97261/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., 12/4/2011, *Informativo* nº 623).

O sinal de TV a cabo, diferentemente da energia elétrica, a que se refere o Código Penal, não é fonte capaz de gerar força, potência, fornecer energia para determinados equipamentos; não está o sinal sujeito à apropriação. Apenas fornece sinal televisivo e por isso mesmo seu desvio (gato) não pode ser considerado conduta penalmente típica. Admitir que o sinal seja equiparado à energia elétrica e, assim, contemplar punitivamente o tipo penal do art. 155, § 3º, CP é elaborar interpretação *in malam partem*, vedado no sistema penal (TJRS, Ap. 70021107727, 5ª Câm. Crim., Rel. Aramis Nassif, pub. 3/3/2008).

Em face da vedação da analogia *in malam partem* em Direito Penal, inadmissível a equiparação dos sinais de TV a cabo ao conceito legal de energia elétrica ou outra que tenha valor econômico, não se autorizando ao intérprete, baseado em meros critérios de semelhança, acrescentar outras hipóteses às descritas no § 3º do art. 155 do CP, sob pena de se instituir novo fato típico, ao arrepio da lei. Os sinais de TV a cabo não podem ser objeto do delito de furto e a ligação clandestina para a recepção desses configura ilícito civil e não enseja condenação no âmbito penal (TJMG, 1.0024.02. 652231-8/001, Rel. William Silvestrini, DJ 7/2/2006).

Em sentido contrário,

Subtração de sinal de internet e TV a cabo é, em tese, conduta típica que, por seu conteúdo econômico, equipara-se ao furto de energia, consoante o disposto no art. 155, § 3º, do Código Penal (TJ-RJ, HC 0063483-14.2014.8.19.0000, Rel. Des. Sidney Rosa da Silva, DJe 25/03/2015).

O sinal de TV a cabo pode ser equiparado à energia elétrica para fins de incidência do art. 155, § 3º, do Código Penal. Doutrina. Precedentes (STJ, RHC 30.847/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 04/09/2013).

O sinal de televisão propaga-se através de ondas, o que na definição técnica se enquadra como energia radiante, que é uma forma de energia associada à radiação eletromagnética. Ampliação do rol do item 56 da Exposição de Motivos do Código Penal para abranger formas de energia ali não dispostas, considerando a revolução tecnológica a que o mundo vem sendo submetido nas últimas décadas. Tipicidade da conduta do furto de sinal de TV a cabo (STJ, REsp 1123747/RS; Recurso Especial 2009/0124165-5; Rel. Min. Gilson Dipp; 5ª Turma, DJe 01/02/2011).

Ao agente que subtrai, por meio de ligações clandestinas, teletransmissões via cabo de considerável valor econômico, ilícito penal previsto no art. 35 da Lei nº 8.977/1995, é aplicável o disposto no art. 155, *caput*, c/c seu § 3º, do CP. As imagens de serviço de televisão a cabo somente chegam ao seu destino impulsionadas por ondas eletromagnéticas, configurando sua subtração, portanto, furto de energia (TJMG, AC 2.0000.00.483409-7/000, Rel. Eduardo Brum, DJ 7/2/2006).

Vítima desconhecida

Em determinadas situações, mesmo não se podendo identificar a vítima, não ficará impossibilitado o reconhecimento do crime de furto.

Diferença entre furto com fraude e estelionato

No furto com fraude o comportamento ardiloso, insidioso, como regra, é utilizado para que

seja facilitada a subtração pelo próprio agente dos bens pertencentes à vítima. Ao contrário, no crime de estelionato, o artifício, o ardil, o engodo são utilizados pelo agente para que, induzindo ou mantendo a vítima em erro, ela própria possa entregar-lhe a vantagem ilícita.

A subtração da coisa alheia após dissimulado pedido de empréstimo da *res* caracteriza estelionato, que difere do furto mediante fraude (art. 155, § 4º, II, do CP), porquanto o ardil, nessa hipótese, é utilizado para afastar a vigilância da *res furtiva*. O estelionato caracteriza-se exatamente pela obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento (STF, HC 111749/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 21/5/2013).

Distingue-se o furto qualificado com fraude do estelionato porque neste o agente obtém a coisa que lhe é transferida pela vítima por ter sido induzida em erro, viciada em sua vontade pelo expediente fraudulento, enquanto no furto a coisa é subtraída, em discordância expressa ou presumida do detentor, utilizando-se o agente de fraude para retirá-la da esfera de vigilância da vítima; portanto, quando a coisa é entregue pela vítima iludida, viciada em erro pelo agente, sem que tenha sido necessário subtrair, ou seja, tirar às escondidas, o fato só pode subsumir-se ao crime de estelionato, afastando o núcleo do tipo de furto qualificado mediante fraude (TJMG, ACR 1.0460.04.015013-4/001, 3ª Câm. Crim., Rel. Judimar Biber, pub. 11/1/2008).

O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima, que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente (STJ, CC 67343/GO, Conf. Comp. 2006/0166153-0, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, pub. 11/12/2007).

No furto, a fraude ilude a vigilância do ofendido, que, por isso, não tem conhecimento de que o objeto material está saindo da esfera de seu patrimônio e ingressando na disponibilidade do sujeito ativo. No estelionato, ao contrário, a fraude visa permitir que a vítima incida em erro. Por isso, voluntariamente, se despoja de seus bens, tendo consciência de que eles estão saindo da esfera de seu patrimônio e ingressando na esfera de disponibilidade do autor (Damásio E. de Jesus) (TJPR, AC 0145642-2, Rel. Renato Naves Barcellos, j. 8/2/2000).

Subtração por arrebatamento (crime do trombadinha)

A subtração por arrebatamento, também conhecida por “crime do trombadinha”, ocorre naquelas situações em que o agente, depois de escolher a sua vítima, parte em direção a ela e, rapidamente, mediante um golpe ligeiro, ou “trombada”, arrebata-lhe, como regra, das mãos (bolsa, telefone celular etc.), do pescoço (colares, cordões etc.), do pulso (pulseiras, relógios etc.) os bens que pretendia subtrair.

Há divergência doutrinária e jurisprudencial se tal fato se configuraria furto ou roubo. São precisas as lições de Weber Martins Batista quando afirma: “O furto por arrebatamento caracteriza uma hipótese de crime mais grave que a do furto simples, pois o ladrão demonstra maior audácia, mostra-se mais perigoso, razão por que deveria ser arrolada como uma forma de furto qualificado. Como isso não ocorre, impossível cobrir a falta com a aplicação da regra do art. 157 do Código Penal”.¹⁷

O Superior Tribunal de Justiça, analisando a hipótese concreta na qual a vítima havia sido

derrubada pelo agente para que pudesse realizar a subtração dos bens a ela pertencentes, entendeu pelo reconhecimento do delito de roubo, conforme se verifica pela ementa abaixo transcrita: **O emprego de empurrão contra a vítima para fins de lhe subtrair bem móvel configura violência física apta à caracterização do crime de roubo (STJ, HC 316.730/RS, Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 26/08/2016).**

Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que o arrebatamento de coisa presa ao corpo da vítima que comprometa ou ameace sua integridade física, configurando vias de fato, bem como a prolação de ameaças verbais e a superioridade de sujeitos ativos, são suficientes para a caracterização das elementares da violência e da grave ameaça, e, em consequência, do crime de roubo (STJ, AgRg. no AREsp. 256213/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 10/6/2013).

Tendo sido a vítima atacada e derrubada por um trombadinha, inclusive com o comprometimento de sua integridade física, lesão corporal, o delito é classificado como roubo, e não como simples furto (REsp. 336 634/SP; REsp. 2001/0094363-8, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 30/6/2003, p. 285).

Comunicação das qualificadoras aos coparticipantes

Será possível, desde que não seja uma qualificadora de natureza subjetiva, a exemplo do que ocorre com o abuso de confiança.

Necessidade de laudo pericial

Nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, será necessária a realização do exame pericial quando a infração penal deixar vestígios, o que acontece quando estivermos diante, por exemplo, de um furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo.

Somente na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, direto ou indireto, é que o julgador poderá levar em consideração a prova testemunhal, conforme art. 167 do CPP.

É fato que a jurisprudência desta Corte Superior, interpretando os arts. 158 e 159 do Código de Processo Penal – CPP, consolidou entendimento no sentido de ser necessário o exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios, indicando, ainda, que não supre sua ausência a prova testemunhal ou a confissão do acusado, quando possível a realização da perícia, nos termos dos arts. 158 e 159 do CPP (STJ, HC 362.890/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5^a T., DJe 10/10/2016).

A qualificadora do crime de furto ‘rompimento de obstáculo e escalada’, quando deixa vestígios (crime não transeunte), exige, de regra, o exame pericial para a sua comprovação, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. Precedentes (STJ, AgRg. no AREsp. 352699/RJ, Rel.^a Min.^a Regina Helena Costa, 5^a T., DJe 19/5/2014).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, para a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal, é necessária à comprovação do rompimento de obstáculo, por laudo pericial, salvo em caso de desaparecimento dos vestígios, quando a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta (STJ, HC 237105/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5^a T., DJe 28/3/2014).

É manifestamente ilegal o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo no furto, tão somente, pelas declarações das vítimas, confissão da ré e imagens fotográficas colacionada aos autos, quando o arrombamento deixa vestígios, sendo imprescindível para sua incidência, a confecção de laudo pericial (art. 158 e art. 167 do CPP) (STJ, HC 257765/MS, Rel.^a Min.^a Marilza Maynard, Des.^a convocada do TJ/SE, 5^a T.,

DJe 28/06/2013).

O exame de corpo de delito é indispensável para a comprovação da presença das qualificadoras previstas no art. 155, § 4º, incs. I e II, do Código Penal, sendo que sua realização de forma indireta somente é possível quando os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos, o que não se verificou na hipótese em apreço (STJ, *HC 222109/MG*, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJe* 13/8/2012).

Ainda que não apreendida a chave falsa, havendo outros elementos probatórios capazes de comprovar o uso do artefato, não há que se afastar a qualificadora, à luz da melhor interpretação do art. 167 do Código de Processo Penal. No caso dos autos, ao contrário do que afirmado na inicial, o laudo pericial afirma, categoricamente, que foi utilizada chave falsa ou similar para adentrar no veículo, razão pela qual é despicienda a apreensão do objeto no caso (STJ, *HC 181036/SP*, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJe* 28/6/2012).

Para caracterizar o furto de energia elétrica, de acordo com as regras do art. 158 do CPP, mostra-se imprescindível o laudo pericial, comprovando que o agente fez uso da mesma em detrimento do fornecedor, seja no todo ou em parte (TJMG, AC 1.0720.03. 008061-1/001, Rel. Antônio Armando dos Anjos, *DJ* 22/9/2006).

Concurso entre as qualificadoras dos §§ 4º e 5º do art. 155 do Código Penal

Deverá prevalecer a qualificadora de maior gravidade, vale dizer, aquela constante do § 5º do art. 155 do diploma repressivo.

Na conduta tipificada no § 5º do art. 155 do CP, afigura-se incabível a condenação simultânea pelas qualificadoras previstas no § 4º do mesmo artigo (TJMG, Ap. 1.0313. 00.003557-3/001, 4^a Câm. Crim., Rel. Walter Pinto da Rocha, pub. 31/10/2007).

Antefato e pós-fato impuníveis no furto

Antefato impunível seria, em tese, a infração penal antecedente praticada pelo agente a fim de conseguir levar a efeito o crime por ele pretendido, vale dizer, *in casu*, o furto. Assim, por exemplo, para que o agente conseguisse subtrair o aparelho de som pertencente à vítima, seria necessário que, primeiramente, violasse o seu domicílio (art. 150 do CP).

O pós-fato impunível pode ser considerado uma extensão da infração penal principal praticada pelo agente. No caso em exame, podemos raciocinar no sentido de que o agente praticou o delito de furto (crime-fim) subtraindo o aparelho de som não porque pretendia tê-lo para si, mas, sim, em razão do valor que ele representava e que poderia ser conseguido com a sua venda posterior. Dessa forma, fazendo-se passar pelo proprietário do bem, o vende a terceiros por um preço justo, real de mercado. Aquele que adquiriu o mencionado aparelho de som, pagando o preço correto, em tese, foi vítima de um crime de estelionato (art. 171 do CP), uma vez que, descoberto o autor do furto, a *res* foi recuperada pela polícia e entregue ao seu verdadeiro dono.

Dessa forma, temos duas situações: uma anterior ao crime-fim, isto é, a violação de domicílio que foi um crime-meio para a prática do furto; em seguida à subtração, o agente induziu a vítima em erro, a fim de obter vantagem ilícita, praticando, portanto, um delito de

estelionato.

Nesses casos, deveria ele responder por essas três infrações penais? A resposta só pode ser negativa, aplicando-se, aqui, o raciocínio correspondente ao antefato e ao pós-fato impuníveis. Assim, no que diz respeito à violação de domicílio (antefato), seria aplicada a regra da consunção; quanto ao pós-fato, Fragoso, analisando o tema, entende que “os fatos posteriores que significam um aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior são por este consumidos. É o que ocorre nos crimes de intenção, em que aparece especial fim de agir. A venda pelo ladrão da coisa furtada como própria não constitui estelionato”.¹⁸

Furto de automóveis e a qualificadora do rompimento de obstáculo

Tem-se entendido que os vidros do automóvel lhe são inerentes, razão pela qual se forem quebrados para que o próprio veículo seja subtraído não se poderia aplicar a qualificadora em estudo. Assim, já decidiu o STJ: A incidência da qualificadora do art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, pressupõe conduta praticada pelo Réu objetivada à destruição ou ao rompimento do óbice que dificulta a obtenção da coisa. Se o dano é contra o próprio objeto do furto, sendo o obstáculo peculiar à *res furtiva*, não incide a majorante (STJ, AgRg no AREsp 230.117/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 03/03/2015).

A quebra do vidro do veículo da vítima, objetivando o furto do bem existente no seu interior, configura a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do CP. Jurisprudência consolidada no julgamento dos ERESP 1079847/SP, Terceira Seção (STJ, HC 210661/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 21/6/2013).

Por outro lado, se a destruição do vidro do automóvel for levada a efeito para que o agente realize a subtração de bens que se encontravam no seu interior, a exemplo do aparelho de som, bolsas etc., deverá ter incidência a qualificadora do rompimento de obstáculo, conforme orientação doutrinária e jurisprudencial dominante.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.079.847/SP, reconheceu restar configurada a qualificadora do rompimento de obstáculo “quando o agente, visando subtrair aparelho sonoro localizado no interior do veículo, quebra o vidro da janela do automóvel para atingir seu intento, primeiro porque este obstáculo dificultava a ação do autor, segundo porque o vidro não é parte integrante da *res furtiva* visada, no caso, o som automotivo”. Precedentes (STJ, HC 328.896/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 15/04/2016).

A incidência da qualificadora do art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, pressupõe conduta praticada pelo Réu objetivada à destruição ou ao rompimento do óbice que dificulta a obtenção da coisa. Se o dano é contra o próprio objeto do furto, sendo o obstáculo peculiar à *res furtiva*, não incide a majorante (STJ, AgRg no AREsp 230.117/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 03/03/2015).

Furto qualificado. Rompimento de obstáculo. Configura o furto qualificado a violência contra coisa, considerado veículo, visando adentrar no recinto para retirada de bens que nele se encontravam (STF, HC 98606/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 4/5/2010).

Adotando posição que não faz distinção se o rompimento do obstáculo (portas, vidros etc.)

foi levado a efeito para a subtração do próprio veículo, ou de bens móveis que se encontravam em seu interior, decidiu também o STJ: **Não é possível deixar de reconhecer a prática de furto qualificado apenas e simplesmente por se ter avariado o próprio bem subtraído, pois referida circunstância não tem o condão de desconfigurar o efetivo rompimento de obstáculo.** Não há dúvidas de que as portas, os vidros e o alarme do carro visam exatamente impedir ou pelo menos dificultar sua subtração e dos bens que estão no seu interior, sendo ainda inquestionável a necessidade de transposição desta barreira para que se furte tanto o carro quanto os objetos do seu interior. A conduta em ambos os casos é a mesma, consiste em romper obstáculo como meio necessário para subtrair coisa alheia móvel, o que denota sua maior reprovabilidade, ante a utilização de meios excepcionais para superar os obstáculos defensivos da propriedade. Dessa forma, é indiferente para configurar referida qualificadora analisar qual o bem subtraído (STJ, REsp. 1395838/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 28/5/2014).

Subtração de cadáver

Se estivermos, por exemplo, diante de um cadáver adquirido por uma universidade de Medicina, que será utilizado para que os estudantes o dissequem, será perfeitamente possível o reconhecimento do delito de furto, caso venha a ser subtraído, pois que, nesse caso, passou a gozar do *status* de coisa, possuindo até mesmo valor econômico.

No entanto, caso o cadáver se encontre sepultado, sem que se tenha havido qualquer permissão para a sua remoção, o fato se subsumirá ao tipo penal do art. 211 do Código Penal.

Agente, acompanhado de corréus, vai ao cemitério, subtrai um cadáver e o coloca na porta da casa de uma desafeta. Conquanto o cadáver não tenha sido recolhido pela polícia, a prova testemunhal é robusta para condená-lo, diante das declarações da ré e dos corréus, afastando qualquer dúvida (TJRS, Ap. Crim. 70008033144, Câmara Especial Criminal, Rel. Alfredo Foerster, j. 15/6/2004).

Aplicação do § 2º do art. 157 do Código Penal ao furto praticado mediante o concurso de duas ou mais pessoas

O acréscimo referente à majorante do concurso de pessoas do crime de roubo não pode ser aplicado, de forma analógica, ao delito de furto qualificado pelo concurso de agentes (TJRS, Ap. 7022513469, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisboa de Azevedo, pub. 26/3/2008).

Viola o princípio da legalidade a aplicação da majorante do crime de roubo, resultante do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pela mesma circunstância. Tendo o Tribunal *a quo*, apesar de reconhecer a presença da circunstância qualificadora do crime de furto, recorrido aos princípios da proporcionalidade e da isonomia para aplicar dispositivo legal estranho ao fato, assume papel reservado pela Constituição Federal ao parlamento. Como não existe paralelismo entre os incs. I, II e III do § 4º do art. 155 do Código Penal com os demais incisos do § 2º do art. 157 do estatuto repressivo, a fórmula aplicada resultaria numa reprimenda diferenciada para indivíduos que cometem furto qualificado naquelas circunstâncias, o que é inconcebível (STJ, REsp. 842535/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 13/11/2006, p. 294).

O estatuto repressivo prevê como qualificado o furto cometido por dois ou mais agentes, estabelecendo no §

4º do art. 155 do Código Penal a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos como limite à resposta penal. Fere o referido dispositivo legal o *decisum* que, em nome dos princípios da proporcionalidade e da isonomia, aplica ao furto qualificado o aumento de pena previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, haja vista que, em obediência ao princípio da reserva legal, não cabe ao julgador criar figuras delitivas ou aplicar penas que o legislador não haja determinado (STJ, REsp. 702891/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 29/8/2005, p. 426).

Furto qualificado-privilegiado

Por questões de política criminal, independentemente da situação topográfica dos parágrafos que preveem as qualificadoras e o privilégio, somos pela possibilidade de aplicação da redução de pena constante do § 2º do art. 155 às modalidades qualificadas.

Súmula 511 do STJ: É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.

É assente na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, nos crimes em geral, a viabilidade de incidência do privilégio com o tipo qualificado, desde que as qualificadoras tenham caráter objetivo. Especificamente quanto ao furto, o Enunciado de Súmula nº 511 desta Corte é inequívoco quanto à subsunção legal ao privilégio do art. 155, § 2º, do CP do agente que executar a conduta do furto qualificado, desde que seja, ao menos, tecnicamente primário, o produto do crime seja de pequeno valor e a qualificadora seja de caráter objetivo. Por conseguinte, a única qualificadora que inviabiliza o benefício penal é a de abuso de confiança (CP, art. 155, § 4º, II, primeira parte) (STJ, HC 336.713/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 31/05/2016).

O privilégio estatuído no § 2º do art. 155 do Código Penal é compatível com as qualificadoras do delito de furto, desde que sejam de ordem objetiva. Exegese da Súmula nº 511 deste Superior Tribunal de Justiça. Sendo de pequeno valor a *res furtiva* e verificando-se que a qualificadora do delito é de natureza objetiva – concurso de agentes – os requisitos legais concernentes ao furto privilegiado devem ser analisados pelo juiz competente, não sendo óbice ao exame do benefício o fato de o furto ter se dado na forma qualificada (STJ, EDcl no HC 182.754/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 20/05/2015).

Em que pesa a orientação jurisprudencial atual, que entende compatíveis as qualificadoras do crime de furto com o privilégio previsto no § 2º do art. 155, tratando-se de acusado que ostenta outras condenações, inviável é a concessão do benefício (STJ, AgRg no REsp 1.333.579/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 15/04/2015).

A qualificadora do emprego de fraude possui natureza subjetiva e, por essa razão, por demonstrar maior gravidade da conduta, torna incompatível o reconhecimento da figura privilegiada do furto, independentemente do pequeno valor da res furtiva e da primariedade da agravante (STJ, AgRg. no AREsp. 395916/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 28/2/2014).

Consoante entendimento pacificado no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.193.194, de minha Relatoria, afigura-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º), máxime se presente qualificadora de ordem objetiva, a primariedade do réu e, também, o pequeno valor da *res furtiva*, como na hipótese (STJ, HC 183687/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 23/5/2013).

O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pacificou entendimento no sentido de ser possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do

Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º). O único requisito exigido para aplicação do benefício é que as qualificadoras sejam de ordem objetiva, como no caso – concurso de agentes –, e que o fato delituoso não seja de maior gravidade (STJ, HC 184287/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 5ª T., DJe 29/6/2012).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido do reconhecimento da conciliação entre homicídio objetivamente qualificado e ao mesmo tempo subjetivamente privilegiado. Noutro dizer, tratando-se de circunstância qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva). A mesma regra de interpretação é de ser aplicada no caso concreto. Caso em que a qualificadora do rompimento de obstáculo (de natureza nitidamente objetiva – como são todas as qualificadoras do crime de furto) em nada se mostra incompatível com o fato de ser o acusado primário; e a coisa, de pequeno valor. Precedentes da Segunda Turma do STF. Ordem concedida para reconhecer a incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP [...] (STF, HC 98265/MS, Rel. Min. Ayres Britto,

1ª T., j. 24/3/2010, DJe 86, div. 13/5/2010, pub. 14/5/2010).

É admissível, no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º), a incidência do privilégio legal que autoriza a substituição da pena restritiva de liberdade por pena pecuniária, desde que presentes os pressupostos do art. 155, § 2º, do Estatuto Punitivo. A circunstância de situar-se o preceito benigno em parágrafo anterior ao que define o furto qualificado não afasta o favor legal dessa espécie delituosa (STJ, REsp. Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., RT 734, p. 655. No mesmo sentido, STJ RT 733, p. 541 e 737, p. 585).

A Turma entendeu que, no furto qualificado pelo concurso de agentes, não há óbice ao reconhecimento do privilégio, desde que estejam presentes os requisitos ensejadores de sua aplicação, quais sejam, a primariedade do agente e o pequeno valor da coisa furtada, o que ocorreu no caso. Assim, assentou-se que, no crime de furto, é possível a aplicação simultânea do privilégio e da citada qualificadora. Nesse contexto, foi concedida parcialmente a ordem de *habeas corpus* para reconhecer o furto privilegiado e, consequentemente, mitigar a pena anteriormente imposta. Estendeu-se essa decisão ao corréu (STJ, HC 96.140-MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 2/12/2008).

Em sentido contrário, a jurisprudência considera incompatível o privilégio previsto no artigo 155, § 2º do Código Penal com a figura do furto qualificado, também não podendo ser considerada de pequeno valor a *res furtiva* avaliada acima do salário mínimo vigente à época do delito (TJDF, Rec. 2007.06.1.000082-3, Ac. 434.911, 1ª T. Criminal, Rel. Des. George Lopes Leite, DJDFTE 13/8/2010, p. 171).

O privilégio de que trata o § 2º do art. 155 do CP é incabível na figura do furto qualificado, tendo em vista disposição topográfica da figura privilegiada que precede as disposições que cuidam das modalidades qualificadas (TJMG, AC 1.0155.03.00456 103/001, Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, DJ 2/8/2007).

É incabível a aplicação do privilégio constante no art. 155, § 2º, do Código Penal, sendo primário o réu e a coisa furtada, de pequeno valor, em face da incidência da circunstância qualificadora (STJ, AgRg no REsp. 798959/SP, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJ 12/3/2007, p. 335).

Furto e roubo impróprio

Como afirmou o prolator do voto vencido, desclassificando a infração penal de roubo impróprio para furto qualificado, ‘entendo que não se trata de roubo impróprio, na medida em que o agente, quando estava fugindo, ao notar que era alcançado por terceira pessoa, desvencilhou-se da carteira. Então, não houve violência para

assegurar a posse da *res furtiva*... Assim, por ter sido o agente, identificado pelos populares e pelo perseguidor, e por ter dispensado a *res furtiva*, não houve roubo impróprio, mesmo que tenha se engalfinhado com o perseguidor e o agredido' (TJRS, Emb. Inf. 700197 95293, 4^a Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 22/6/2007).

Se a violência empregada pelo agente após a subtração teve como intuito único e exclusivo assegurar sua saída em liberdade e, não o de tornar seu o produto da subtração, não se pode falar em roubo impróprio, mas em crime de furto (TACrim./SP, AC, Rel. Luiz Ambra, *RJD* 22, p. 239).

Furto de talão de cheques

Talões de cheques possuem inegável e relevante valor econômico e patrimonial que se exterioriza pela grande potencialidade lesiva que representam e, por isso, como objeto de furto, não podem ser abarcados pelo princípio da bagatela que se reserva àqueles casos em que o valor da *res* é de tal forma irrisório que chega a excluir do campo de reprovabilidade penal a conduta do agente que atinge o bem juridicamente tutelado (TJMG, Rel. Vieira de Brito, AC 2.0000.00. 399556-6/001, *DJ* 21/8/2004).

Pericia e destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ou por meio de escalada

O Superior Tribunal de Justiça entende que, para incidir a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, faz-se indispensável a realização de perícia, a fim de se constatar a realização da escalada ou o rompimento de obstáculo. A substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. No caso, nenhuma dessas hipóteses foi sequer mencionada pela Corte *a quo* (STJ, AgRg no HC 300.808/TO, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 26/03/2015).

Vide art. 171 do CPP.

Furto qualificado e princípio da insignificância

A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a prática do delito de furto qualificado por escalada, arrombamento ou rompimento de obstáculo, concurso de agentes, ou quando o paciente é reincidente ou possuidor de maus antecedentes, indica a reprovabilidade do comportamento e afasta a aplicação do princípio da insignificância (precedentes) (STJ, RHC 71.863/TO, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 07/10/2016).

Este Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de ser incabível a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de furto qualificado e quando o valor da *res furtiva*, apesar de pequeno, não for insignificante, como no presente caso. O entendimento deste Sodalício é no sentido de que, reconhecido o privilégio no crime de furto, o benefício contido no § 2º do art. 155 do CPP, para não ser concedido em seu grau máximo, deve estar devidamente alicerçado (STJ, AgRg no AREsp 603.353/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 19/05/2015).

As circunstâncias do crime – furto duplamente qualificado, cometido mediante rompimento de obstáculo e em concurso de agentes –, afastam a aplicação do princípio da insignificância, por tratar-se de conduta ousada e, portanto, relevante para o Direito Penal (STJ, HC 313.880/SP, Rel. Min. Ericson Maranho, Desembargador convocado do TJ-SP, 6^a T., DJe 29/04/2015).

A circunstância de o crime de furto ter sido perpetrado durante o repouso noturno, como ocorreu *in casu*, denota maior reprovabilidade, o que afasta o reconhecimento da atipicidade material da conduta pela aplicação

do princípio da insignificância. Precedentes (STJ, AgRg. no AREsp. 463487/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 14/4/2014).

Furto com fraude e saque em terminal eletrônico

Nos dias de hoje, a possibilidade de autoatendimento nos caixas eletrônicos, principalmente no que diz respeito ao saque de importâncias em dinheiro, fez com que novos meios fossem criados para a prática de infrações penais, podendo-se destacar, dentre ele, aquilo que se convencionou chamar vulgarmente de “chupa-cabra”, ou seja, um aparelho que é colocado no interior desses caixas eletrônicos, que tem por finalidade copiar os dados bancários da vítima permitindo que, posteriormente, o agente viesse a utilizá-los. Aqui, pergunta-se: qual a infração penal praticada por aquele que instala o referido aparelho, obtendo os dados bancários necessários para efetuar o saque dos valores pertencentes à vitima? Mais objetivamente, estariamos diante de um crime de furto com fraude, ou de um crime de estelionato?

O Superior Tribunal de Justiça, respondendo corretamente essas indagações, concluiu que o fato se subsome ao crime de furto com fraude, assim se posicionando: O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente. Hipótese em que o Acusado se utilizou de equipamento coletor de dados, popularmente conhecido como “chupa-cabra”, para copiar os dados bancários relativos aos cartões que fossem inseridos no caixa eletrônico bancário. De posse dos dados obtidos, foi emitido cartão falsificado, posteriormente utilizado para a realização de saques fraudulentos. No caso, o agente se valeu de fraude – clonagem do cartão – para retirar indevidamente valores pertencentes ao titular da conta bancária, o que ocorreu, por certo, sem o consentimento da vítima, o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda, configurando o delito de furto qualificado (REsp 1.412.971/PE, Recurso Especial 2013/0046975-4, 5ª T., Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJe 25/11/2013).

Furto no Código Penal Militar

Vide arts. 240 e 241 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Subtração privilegiada de semovente domesticável de produção Tendo em vista que a qualificadora constante do § 6º do art. 155 do Código Penal é de natureza objetiva, torna-se perfeitamente compatível com a causa especial de redução de pena prevista no § 2º do mesmo diploma legal, nos precisos termos da Súmula nº 511 do STJ, que diz: Súmula nº 511. É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 1º do art. 1ºº do CP nos

casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.

Subtração de semovente domesticável de produção e princípio da insignificância

Mesmo que a subtração de semovente domesticável de produção seja considerada como um delito de furto qualificado, previsto pelo § 6º do art. 155 do Código Penal, tal tipificação não impede o reconhecimento do princípio da insignificância.

Assim, imagine-se a hipótese daquele que subtrai um frango, o que não é incomum, principalmente nas cidades do interior do Brasil. Nesse caso, por mais que o animal se amolde ao conceito de semovente domesticável de produção, o fato deverá ser considerado atípico, por ausência de tipicidade material.

Nesse sentido, já decidiu o STF:

O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. *In casu*, a) o paciente foi denunciado como incursão nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal (furto), por ter, em tese, subtraído um galo e uma galinha, avaliados em R\$ 40,00 (quarenta reais); b) trata-se de condenado primário e que possui bons antecedentes; c) os bens subtraídos são de pequeno valor. 4. Destarte, o reconhecimento da atipicidade da conduta, pela adoção do princípio da insignificância, é medida que se impõe, em razão da ausência da periculosidade social da ação, do reduzido grau de reprovabilidade da conduta e da inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 121.903/MG, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º/07/2014).

Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, Edição nº 47: Crimes Contra o Patrimônio – Furto

- 1) Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada (Tese Julgada sob o rito do art. 543-C do CPC – Tema 934).**
- 2) Não há continuidade delitiva entre roubo e furto, porquanto, ainda que possam ser considerados delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie.**
- 3) A qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inc. I, do CP se aplica às hipóteses em que a violência empregada no rompimento do obstáculo for contra a própria coisa furtada.**
- 4) O rompimento ou destruição do vidro do automóvel com a finalidade de subtrair objetos localizados em seu interior qualifica o furto.**
- 5) A qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inc. I, do CP não se aplica às hipóteses em que a violência empregada no rompimento do obstáculo for contra a própria coisa furtada.**
- 6) Todos os instrumentos utilizados como dispositivo para abrir fechadura são abrangidos pelo conceito de chave falsa, incluindo as mixas.**
- 7) É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva (Súmula nº 511/STJ) (Tese julgada sob o rito do art. 543-C).**

- 8) A prática do delito de furto qualificado por escalada, destreza, rompimento de obstáculo ou concurso de agentes indica a reprovabilidade do comportamento do réu, sendo inaplicável o princípio da insignificância.
- 9) O princípio da insignificância deve ser afastado nos casos em que o réu faz do crime o seu meio de vida, ainda que a coisa furtada seja de pequeno valor.
- 10) Para reconhecimento do crime de furto privilegiado é indiferente que o bem furtado tenha sido restituído à vítima, pois o critério legal para o reconhecimento do privilégio é somente o pequeno valor da coisa subtraída.
- 11) Para efeito da aplicação do princípio da bagatela, é imprescindível a distinção entre valor insignificante e pequeno valor, uma vez que o primeiro exclui o crime e o segundo pode caracterizar o furto privilegiado.
- 12) É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo (Súmula nº 442/STJ).
- 13) Para a caracterização do furto privilegiado, além da primariedade do réu, o valor do bem subtraído não deve exceder à importância correspondente ao salário-mínimo vigente à época dos fatos.
- 14) O reconhecimento das qualificadoras da escalada e rompimento de obstáculo previstas no art. 155, § 4º, I e II, do CP exige a realização do exame pericial, salvo nas hipóteses de inexistência ou desaparecimento de vestígios, ou ainda se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.
- 15) Reconhecido o privilégio no crime de furto, a fixação de um dos benefícios do § 2º do art. 155 do CP exige expressa fundamentação por parte do magistrado.
- 16) A lesão jurídica resultante do crime de furto não pode ser considerada insignificante quando o valor dos bens subtraídos perfaz mais de 10% do salário-mínimo vigente à época dos fatos.
- 17) Nos casos de continuidade delitiva o valor a ser considerado para fins de concessão do privilégio (art. 155, § 2º, do CP) ou do reconhecimento da insignificância é a soma dos bens subtraídos.
- 18) A captação clandestina de sinal de televisão fechada ou a cabo não configura o crime previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal.
- 19) O sinal de TV a cabo pode ser equiparado à energia elétrica para fins de configuração do delito do art. 155, § 3º, do Código Penal.

Furto de coisa comum Art. 156. Subtrair o condômino, coerdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 2º Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente.

Introdução

Núcleo do tipo é o verbo subtrair, ou seja, retirar a coisa comum de quem legitimamente a detém, com o *animus* de tê-la para si ou para outrem. A retirada momentânea não caracteriza a infração penal se era intenção do agente devolvê-

-la. Aplica-se, *in casu*, o mesmo raciocínio levado a efeito quando do estudo do delito de furto, com a diferença de que, aqui, o legislador especializou a infração penal, limitando o seu cometimento a determinadas pessoas, bem como ao fato de a coisa subtraída também pertencer ao agente.

O art. 156 do Código Penal aponta aqueles que poderão praticar a conduta prevista no núcleo do tipo, a saber: o condômino, o coerdeiro e, ainda, o sócio. Assim, somente quando houver um condomínio, uma herança ainda comum aos coerdeiros, bem como uma sociedade é que se poderá cogitar do delito de *furto de coisa comum*.

O § 2º do art. 156 do Código Penal diz não ser punível a subtração de coisa comum fungível cujo valor não exceda a quota a que tem direito o agente. O Código Civil traduz o conceito de *coisa fungível* em seu art. 85.

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo, uma vez que o tipo penal os aponta expressamente; doloso; material; comissivo (podendo, contudo, ser praticado via omissão imprópria, caso o agente venha a gozar do *status* de garantidor); de forma livre; de dano; instantâneo (podendo, em alguns casos, ser instantâneo de efeitos permanentes, na hipótese em que a coisa tenha desaparecido); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O objeto material do delito em estudo é a *coisa comum*. Embora não mencione expressamente a lei penal, a coisa comum deverá ser *móvel*, pois que, conforme vimos anteriormente, somente aquilo que seja passível de remoção poderá ser objeto de subtração.

Bens juridicamente protegidos são a posse e a propriedade da coisa comum, vale dizer, aquela pertencente ao condômino, coerdeiro ou sócio.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeitos ativos são o *condômino*, o *coerdeiro* ou *sócio* da coisa comum. *Sujeito passivo* é aquele que detém a posse legítima da coisa, podendo ser o condômino, coerdeiro, sócio ou, mesmo, um terceiro.

Elemento subjetivo

O delito de furto de coisa comum somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão legal para a modalidade culposa.

Além do dolo, o tipo penal exige, segundo a doutrina majoritária, o chamado especial fim de agir, caracterizado pela expressão *para si ou para outrem*, constante do art. 156 do Código

Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo subtrair pressupõe um comportamento comissivo. É possível o raciocínio da subtração por omissão, desde que o agente goze do *status* de garantidor.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao furto de coisa comum é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, podendo o juiz escolher entre a aplicação da pena privativa de liberdade e a pena pecuniária, dada a alternatividade constante do preceito secundário do art. 156 do Código Penal.

É do Juizado Especial Criminal a competência, pelo menos inicialmente, para o seu julgamento, tendo em vista a pena máxima cominada em abstrato, sendo cabível, ainda, proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

A ação penal é de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, conforme o § 1º do art. 156 do diploma repressivo.

Sócio que fura da pessoa jurídica

Existem duas correntes. A primeira, majoritária, entende que deverá responder pelo delito previsto no art. 155 do Código Penal, uma vez que os bens pertencentes à pessoa jurídica não se confundem com os bens de seus sócios. A segunda, esposada por Hungria, aduz que “o direito penal, essencialmente *realístico*, é infenso às ficções ou abstrações do direito civil ou comercial. Na realidade prática, não obstante o princípio de que *societas distat a singulis*, o patrimônio que serve ao fim social é *condomínio* ou *propriedade comum* dos sócios”.¹⁹ Neste caso, deveriam os sócios responder pelo delito tipificado no art. 156 do Código Penal.

Não se vislumbra, sequer em tese, o delito de furto de coisa comum atribuído ao sócio-gerente da firma a que pertencem os bens ditos subtraídos, máxime estando os sócios em litígio judicial (TACrim./SP, HC, Rel. Reis Freire, RT 493, p. 346).

União estável

Deverá ser aplicado, por analogia, o art. 181 do Código Penal.

Pessoas que vivem em regime de união estável. Necessidade de prova irrefutável de vida em comum. Inteligência do art. 226, § 3º, CF (RT 731, p. 593).

Subtração violenta

Para que se reconheça o crime de furto de coisa comum não será possível o emprego de grave ameaça ou violência contra a pessoa por parte do agente. Caso isso venha ocorrer, ou seja, se o agente, pretendendo subtrair coisa comum, utilizar, por exemplo, violência física

contra aquele que mantinha a coisa em seu poder, deverá ser responsabilizado pelo delito de roubo, entendendo-se a elementar coisa alheia, constante do art. 157 do Código Penal, como aquela parte que pertencia à vítima, que foi privada de seu patrimônio.

Coisa comum de que o agente tinha a posse

Para que se possa concluir pelo delito tipificado no art. 156 do Código Penal, faz-se mister que a coisa comum seja *subtraída* pelo agente. Isso significa que, se ela já estiver em seu poder, e se houver recusa por parte do agente na sua devolução, ou mesmo na hipótese em que dela vier a se desfazer, o delito praticado será o de apropriação indébita, entendendo-se, também aqui, a elementar *coisa alheia móvel* como aquela parte que pertencia ao outro condômino, coerdeiro ou sócio.

Capítulo II – Do Roubo e da Extorsão

Roubo

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II – se há o concurso de duas ou mais pessoas; III – se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; (*Incluído pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

(*Incluído pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) § 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa.

(Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.) Introdução

A figura típica do roubo é composta pela subtração, característica do crime de furto,

conjugada com o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa. Assim, o roubo poderia ser visualizado como um furto acrescido de alguns dados que o tornam especial.

São, portanto, os elementos que compõem a figura típica do roubo: *a) o núcleo subtrair; b) o especial fim de agir caracterizado pela expressão para si ou para outrem; c) a coisa móvel alheia;*

d) o emprego de violência (própria ou imprópria) à pessoa ou grave ameaça.

O núcleo *subtrair* diz respeito a retirar, tomar de alguém a coisa alheia móvel, que deve ser conjugado com a finalidade especial do agente de tê-la para si ou para outrem. Tais elementos já foram analisados quando do estudo do delito de furto, para onde remetemos o leitor.

O que torna o roubo especial em relação ao furto é justamente o emprego da violência à pessoa ou da grave ameaça, com a finalidade de subtrair a coisa alheia móvel para si ou para outrem.

O art. 157 do Código Penal prevê dois tipos de violência. A primeira delas, contida na primeira parte do artigo, é a denominada de *própria*, isto é, a violência física, a *vis corporalis*, que é praticada pelo agente a fim de que tenha sucesso na subtração criminosa; a segunda, entendida como *imprópria*, ocorre quando o agente, não usando de violência física, utiliza qualquer meio que reduza a possibilidade de resistência da vítima, conforme se verifica pela leitura da parte final do *caput* do artigo em exame.

A *violência (vis absoluta)* deve ser empregada contra a pessoa, por isso denominada *física*, que se consubstancia na prática de lesão corporal (ainda que leve) ou mesmo em vias de fato. As vias de fato podem ser entendidas como sendo aquelas agressões que não possuem gravidade suficiente para serem reconhecidas como lesão corporal, a exemplo dos empurrões, tapas *etc.*

Para a configuração do crime de roubo é necessário que a violência empregada seja direcionada à vítima e não à coisa, sendo certo que a configuração do delito previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal – na hipótese de violência dirigida ao objeto – ocorrerá apenas se a violência repercutir na pessoa, impedindo-a de oferecer resistência, o que não é a hipótese dos autos (STJ, AgRg no AREsp 742.765/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 24/06/2016).

Crime de roubo quando a subtração do bem é cometida mediante violência ou grave ameaça. Impossibilidade de desclassificação para o crime de furto. É desnecessário que a violência física perpetrada cause dano à integridade corporal da vítima, sendo suficiente, para a caracterização do roubo, imposição de força física, material ou simples vias de fato capazes de minar a possibilidade de resistência à subtração do bem. Precedentes (STF, HC 107147/MG, Rel^a Min^a Rosa Weber, 1^a T., DJe 3/5/2012).

Para a configuração do crime de roubo é necessário haver o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima. Entretanto, a violência não precisa ser de tal gravidade a ponto de ensejar lesões corporais (STJ, REsp. 1031249/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJe 16/3/2009).

A grave ameaça pode ser empregada de forma velada, configurando-se, isso sim, pelo temor causado à

vítima, o que leva a permitir que o agente promova a subtração sem que nada possa a pessoa lesada fazer para impedi-lo (STJ, HC 105066/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJe 3/11/2008).

A violência pode ser entendida, ainda, como *direta* ou *imediata* e *indireta* ou *mediata*. *Direta* ou *imediata* é a violência física exercida contra a pessoa de quem se quer subtrair os bens. Assim, por exemplo, o agente agride violentamente a vítima com socos, para que possa levar a efeito a subtração de seu relógio; *indireta* ou *mediata* é a violência empregada contra pessoas que são próximas da vítima ou, mesmo, contra coisas. Na verdade, a violência entendida como indireta se configura mais como *grave ameaça* do que propriamente como violência, pois que a sua prática interfere no espírito da vítima, fazendo com que se submeta, por medo, pavor, receio de também ser agredida, à subtração praticada pelo agente.

Além disso, podemos visualizar no tipo penal que traduz o delito de roubo duas modalidades de violência. A primeira delas, narrada anteriormente, pode ser reconhecida como *própria*; a segunda, prevista na última parte do *caput* do art. 157 do Código Penal, entendida como *imprópria*.

Violência própria seria, portanto, aquela de natureza física, dirigida contra a vítima, capaz de subjugá-la a ponto de permitir que o agente pratique a subtração de seus bens. Por outro lado, na violência entendida como imprópria, não existe uma conduta ostensiva violenta. Pelo contrário, conforme a descrição típica, o agente se vale de qualquer outro meio capaz de conduzir à redução de possibilidade de resistência da vítima.

Hungria, esclarecendo o significado da *violência imprópria*, diz: “Aos meios violentos é equiparado todo aquele pelo qual o agente, embora sem emprego de força ou incutimento de medo, consegue privar à vítima o *poder de agir*, v.g.: narcotizando-a à *son insu* ou dissimuladamente, hipnotizando-a, induzindo-a a ingerir bebida alcoólica até a embriaguez etc. Pressupõe-se que o outro ‘qualquer meio’, a que se refere o art. 157, *caput*, é empregado ardilosa ou sub-repticiamente, ou, pelo menos, desacompanhado, em sua aplicação, de violência física ou moral, pois, do contrário, se confundiria com esta, sem necessidade da *equiparação legal*”.²⁰

Além da violência (própria ou imprópria), também se caracteriza o crime de roubo quando, para fins de subtração da coisa alheia móvel, o agente se utiliza de grave ameaça (*vis compulsiva*).

Grave ameaça é aquela capaz de infundir temor à vítima, permitindo que seja subjugada pelo agente que, assim, subtrai-lhe os bens. Quando o art. 157 do diploma repressivo usa a locução *grave ameaça*, devemos entendê-la de forma diferenciada do *crime de ameaça*, tipificado no art. 147 do Código Penal. A ameaça, em si mesma considerada como uma infração penal, deve ser concebida como uma *promessa de mal futuro, injusto e grave*. No delito de roubo, embora a promessa do mal deva ser grave, ele, o mal, deve ser iminente,

capaz de permitir a subtração naquele exato instante pelo agente, em virtude do temor que infunde na pessoa da vítima.

A ameaça deve ser verossímil, vale dizer, o mal proposto pelo agente, para fins de subtração dos bens da vítima, deve ser crível, razoável, capaz de infundir temor. Dizer à vítima para entregar seus bens, pois, caso contrário, rogará aos céus que lhe caia um raio na cabeça, não se configura ameaça, mas uma encenação ridícula. Por outro lado, há pessoas que são extremamente sensíveis, principalmente quando envolvidas com o sobrenatural. Portanto, pode ser considerada como ameaça o fato de dizer à vítima que fará uma feitiçaria, uma magia negra a fim de causar-lhe a morte, subjugando-a, com isso, para fins de subtração de seus bens.

Para a configuração do delito de roubo, irrelevante que a violência utilizada pelos autores da infração represente ou não conduta propriamente grave, bastando que o meio violento empregado se revele idôneo ao fim desejado por eles, ou seja, desde que haja redução da capacidade de resistência dos sujeitos passivos para o cometimento da subtração patrimonial (TJMG, AC 1.0079.08.408353-8/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 15/5/2009).

Restando comprovado que a subtração foi operada com violência contra a pessoa da vítima, não há que se falar em desclassificação do roubo para furto, pois o que distingue o roubo do furto é a violência ou a grave ameaça empregada (TJMG, AC 1.0431.08.039124-3/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, DJ 24/7/2009).

Não há como se operar a desclassificação do crime de roubo para furto se ficou caracterizado o emprego de grave ameaça consistente no fato de os agentes abordarem a vítima e anunciam o assalto, simulando o porte de arma, suprimindo-lhe a capacidade de resistência (TJMG, AC 1.0525.03. 032251-1/001, Rel. Des. Vieira de Brito, DJ 12/5/2007).

No que diz respeito à coisa alheia móvel, aplica-se ao crime de roubo tudo o que foi dito quando do estudo do delito de furto, para onde remetemos o leitor.

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade culposa); material; comissivo (podendo ser praticado omissivamente, caso o agente goze do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (podendo também, em alguns casos, ser considerado como instantâneo de efeito permanente, caso haja destruição da *res furtiva*); de dano; monossubjetivo; plurissubsistente (podendo-se fracionar o *iter criminis*, razão pela qual é possível o raciocínio da tentativa).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de roubo protege, precipuamente, o patrimônio, a posse e, por conta da sua natureza complexa, também a detenção, não deixando, contudo, mesmo que mediamente, de proteger a integridade corporal ou a saúde, a liberdade individual, bem como a vida.

Trata-se, portanto, de um delito plurifensivo, em que são protegidos vários bens

jurídicos, não se podendo esquecer, contudo, da relação de precipuidade que o patrimônio exerce sobre os demais, mesmo sendo quase todos os outros de valor superior a ele, como é o caso da vida no delito de latrocínio.

O objeto material do roubo é a *coisa alheia móvel*, bem como a *pessoa* sobre a qual recai a conduta praticada pelo agente, em face de sua pluralidade ofensiva.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Crime comum com relação ao *sujeito ativo*, o roubo pode ser praticado por qualquer pessoa, à exceção do proprietário, uma vez que o tipo penal exige, como um de seus elementos, que a coisa móvel seja alheia. No entanto, veja-se a ressalva constante do delito de subtração de coisa comum, em que será possível que o condômino, coerdeiro ou sócio subtraia, violentamente, o bem que se encontra em poder do outro que possuía condição idêntica à sua. Nesse caso, entende-se que a parte pertencente ao outro integra-se ao conceito de alheia, pois que não lhe pertence.

Qualquer pessoa, também, pode ser considerada *sujeito passivo* do delito de roubo, vale dizer, o proprietário, o possuidor e, aqui, ao contrário do que dissemos no crime de furto, incluímos o mero detentor. Isso porque a natureza complexa do crime de roubo permite que visualizemos em sua figura típica, como já alertamos acima, a proteção de mais de um bem jurídico.

Roubo próprio e roubo impróprio

No que diz respeito ao *roubo próprio*, previsto no *caput* do art. 157 do Código Penal, havia no agente a intenção, o dolo, de praticar, desde o início, a *subtração violenta* (aqui abrangendo a violência contra pessoa ou a grave ameaça como meio para a prática do roubo). Ao contrário, no roubo denominado *impróprio*, tipificado no § 1º do art. 157 do Código Penal, a finalidade inicialmente proposta pelo agente era a de levar a efeito uma subtração patrimonial *não violenta* (furto), que se transformou em violenta por algum motivo durante a execução do delito.

Apelado que admitiu ter subtraído o celular do lesado, mas negou que o tenha agredido, versão esta que restou isolada no contexto probatório. Devidamente comprovado que o apelado subtraiu o aparelho de telefonia celular da vítima e, logo após, a agrediu, com o fim de assegurar a impunidade do crime e a detenção da coisa subtraída. Roubo impróprio consumado (TJ-RJ, AC 0084667-86.2015.8.19.0001, Rel.^a Des.^a Gizela Leitão Teixeira, DJe 17/10/2016).

A figura da cabeça do art. 157 do Código Penal revela o roubo próprio. O § 1º do mesmo dispositivo consubstancia tipo diverso, ou seja, o roubo impróprio, o qual fica configurado com a subtração procedida sem grave ameaça ou violência, vindo-se a empregá-las posteriormente contra a pessoa (STF, RHC 92430/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1^a T., DJe 21/11/2008, p. 384).

Quem simula estar armado, assim demonstrando à vítima, após efetuada a subtração, pratica roubo impróprio (TJRS, Ap. Crim. 70004266904, 7^a Câm. Crim., Rel. Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, j. 14/11/2002).

Consumação e tentativa

Para efeitos de reconhecimento do momento consumativo do roubo, a doutrina, de forma majoritária, faz a distinção entre as suas duas espécies, vale dizer, o *roubo próprio* e o *roubo impróprio*, a nosso ver sem o menor sentido.

Embora com algum dissenso, afirmam que o roubo próprio se consuma com a retirada violenta do bem da esfera de disponibilidade da vítima, passando o agente a exercer sobre ele a *posse tranquila*, mesmo que por curto espaço de tempo. Mesmo na hipótese de roubo próprio, nossos Tribunais Superiores têm modificado sua posição, passando a entender que a simples retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima já seria suficiente para efeitos de reconhecimento da consumação.

Nesse sentido, a Súmula nº 582 do STJ, publicada no DJe de 19 de setembro de 2016, que diz: **Súmula nº 582.** *Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.*

Nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, “consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada” (STJ, HC 166.152/ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T, DJe 12/08/2016).

De acordo com o entendimento jurisprudencial remansoso neste Superior Tribunal de Justiça, o delito de roubo, assim como o de furto, se consuma com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia, mesmo que haja imediata perseguição do agente, não sendo necessário que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. Incidência do Enunciado nº 83 da Súmula deste STJ (STJ, AgRg no REsp 1.505.160/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T, DJe 10/06/2015).

O crime de roubo consuma-se quando o agente, após subtrair coisa alheia móvel, mediante o emprego de violência, passa a ter a posse da *res furtiva* fora da esfera de vigilância da vítima, não se exigindo, todavia, a posse tranquila do bem (STF, RHC 119.611/MG, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, 1^a T., Rel. Min. Luiz Fux, DJe 13/02/2014).

Os tribunais superiores adotaram a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual o crime de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, pouco importando se por longo ou breve espaço temporal, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e/ou desvigiada (STJ, HC 222.888/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 02/02/2015).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, para a consumação do crime de furto ou de roubo, não se faz necessário que o agente logre a posse mansa e pacífica do objeto do crime, bastando a saída, ainda que breve, do bem da chamada esfera de vigilância da vítima (v.g.: HC 89.958/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence,

¹^a Turma, un., j. 3/4/2007, DJ 27/4/2007) (STF, HC 113563/SP, Rel^a Min^a Rosa Weber, 1^a t., DJe 19/3/2013).

O delito de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência. Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a *res* saia da esfera de

vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (Precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal, RTJ 35/161-192, Sessão Plenária e EREsp. 229.147/RS, 3^a Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 9/3/2005 – *Informativo 238/STJ*) Entendimento ainda prevalente no Pretório Excelso (*Informativo nº 469*) (STJ, HC 88284/ES, HC 2007/0180636-7, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 17/3/2008, p. 1).

Estamos com Weber Martins Batista quando, rechaçando a posição acima transcrita, assevera: “Não se pode falar em consumação antes que o poder de disposição da coisa se perca para o dono e passe para o agente. E isso acontece no momento em que este estabelece um estado *tranquilo*, embora transitório, de detenção da coisa.”²¹

O delito de roubo tem como momento consumativo aquele em que, depois de cessado o uso da violência ou da grave ameaça, o agente tenha invertido a seu favor a simples posse da coisa alheia móvel, ainda que por breve momento, sendo despiciendo que o objeto subtraído tenha sido restituído à vítima, em virtude da ação dos policiais (TJMG, APCR 1.0395.09.023044-6/0011, Manhumirim, 4^a Câm. Crim., Rel. Des. Fernando Starling, j. 17/3/2010, DJEMG 14/4/2010).

Tratando-se de crime material, é perfeitamente admissível a tentativa de roubo, sendo que, para nós, ocorrerá quando o agente não conseguir, mesmo que por curto espaço de tempo, a posse tranquila da *res furtiva*; para a corrente que entende não ser necessária a posse tranquila da coisa pelo agente, para efeitos de reconhecimento de consumação, ainda assim será possível a tentativa, a partir do instante em que, iniciada a execução, não conseguir retirar o bem da esfera de disponibilidade da vítima, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Por outro lado, no que diz respeito ao roubo impróprio, também de forma majoritária, a doutrina já se posicionava, tal como acontece hoje, no sentido de que a sua consumação ocorreria quando do emprego da violência ou da grave ameaça, depois da subtração, para assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa. Não conseguimos compreender a mudança de tratamento para efeitos de reconhecimento de momentos diferentes de consumação nas espécies de roubo – próprio e impróprio. Para nós, que entendemos que a consumação somente ocorre com a retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima e o ingresso na posse tranquila do agente, não há qualquer diferença no fato de ser a violência anterior ou posterior à subtração da coisa.

Em razão dessa afirmação, vale dizer, que no roubo impróprio a consumação ocorre com o simples emprego de violência ou grave ameaça depois da subtração da coisa, é que a doutrina e a jurisprudência têm se dividido com relação à possibilidade de reconhecimento da tentativa nessa modalidade de roubo.

Segundo as lições de Hungria, “no caso de violência subsequente à subtração, o momento consumativo é o do emprego da violência; e não há falar-se em tentativa: ou a violência é empregada, e tem-se a consumação, ou não é empregada, e o que se apresenta é o crime de furto”.²²

Para a configuração do crime do § 1º do art. 157, é essencial que a *res* já tenha sido subtraída, ou seja,

retirada da esfera de disponibilidade da vítima no momento em que o agente vem a praticar violência ou grave ameaça contra a pessoa. Se o agente não chegou a apossar-se da *res*, resta caracterizado o delito de furto tentado (TJMG, Ap. 1.0470.07.035271-6/001, 4ª Câm. Crim., Rel. Walter Pinto da Rocha, pub. 16/1/2008).

O crime previsto no art. 157, § 1º, do Código Penal consuma-se no momento em que, após o agente tornar-se possuidor da coisa, a violência é empregada, não se admitindo, pois, a tentativa. Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte (STJ, HC 39220/RJ, HC 2004/0154767-9, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 26/9/2005, p. 414).

O crime do art. 157, § 1º, do Código Penal não admite tentativa, tendo em vista que o momento consumativo é o emprego da violência (STJ, REsp. 693102/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 7/11/2005 p. 359).

Em ambas as espécies de roubo – próprio e impróprio –, a destruição da coisa, total ou parcialmente, tal como acontece no delito de furto, terá o condão de consumar a infração penal, haja vista que a coisa alheia móvel não poderá ser restituída da mesma forma com que foi subtraída.

Com relação ao roubo qualificado pela lesão corporal grave e pela morte, dadas suas especificidades, faremos a análise do seu momento consumativo, bem como da possibilidade de tentativa, quando do estudo em tópico próprio.

Elemento subjetivo

O crime de roubo somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão legal para a modalidade culposa.

Além do dolo, a doutrina majoritária aponta outro elemento subjetivo, que lhe é transcidente, chamado *especial fim de agir*, caracterizado na expressão *para si ou para outrem*, constante do art. 157 do Código Penal.

No *roubo impróprio*, o § 1º do art. 157 do Código Penal ainda exige outros dois elementos subjetivos, que dizem respeito à especial finalidade do agente, que atua no sentido de *assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa*, também para si ou para outrem.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *subtrair*, constante do art. 157 do Código Penal, pressupõe um comportamento comissivo, vale dizer, um fazer alguma coisa no sentido de conseguir a subtração.

Entretanto, se o agente vier a gozar do *status de garantidor*, poderá responder pelo delito de roubo via omissão imprópria.

Causas especiais de aumento de pena

O § 2º do art. 157 do Código Penal prevê cinco causas especiais de aumento de pena, também conhecidas como *majorantes*, que terão influência no terceiro momento do critério trifásico, previsto pelo art. 68 do mesmo diploma legal.

Dessa forma, segundo a posição por nós assumida, quanto maior a presença, no caso concreto, de hipóteses que dão margem à majoração, maior será o percentual de aumento, que poderá variar de um terço até a metade. Assim, a presença de mais de uma causa especial de aumento de pena permite ao julgador a fuga do patamar mínimo de aumento (um terço), levando-o em direção ao percentual máximo (metade), lembrando sempre que toda decisão deverá ser fundamentada, não se podendo aceitar, simplesmente, a determinação de um percentual de aumento acima do patamar mínimo sem que haja motivação suficiente.

Nesse sentido, o STJ manifestou o seu posicionamento quanto ao tema, editando a Súmula nº 443, publicada do *DJe* de 13 de maio de 2010, com o seguinte teor: **Súmula nº 443. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.**

Faremos, em seguida, o estudo individualizado de cada uma delas, de acordo com a ordem proposta pela lei penal.

Violência ou ameaça exercida com o emprego de arma A arma, mencionada pela lei penal, tanto pode ser a própria, ou seja, aquela que tem a função precípua de ataque ou defesa, a exemplo do que ocorre, como aponta Mirabete, com as “armas de fogo (revólveres, pistolas, fuzis etc.), as armas brancas (punhais, estiletes etc.) e os explosivos (bombas, granadas etc.),”²³ bem como aquelas consideradas impróprias, cuja função precípua não se consubstancia em ataque ou defesa, mas em outra finalidade qualquer, a exemplo do que ocorre com a faca de cozinha, taco de beisebol, barras de ferro etc.

Assim, responde pelo roubo com a mencionada causa especial de aumento de pena o agente que, valendo-se de um caco de vidro, o coloca no pescoço da vítima, ameaçando-a de morte para que possa levar a efeito a subtração.

O indivíduo que pratica o crime de roubo valendo-se de arma branca ou imprópria expõe o patrimônio e a incolumidade física da vítima a determinado risco, decorrente do nível de intimidação e possibilidade de resistência. Diversa é a situação na qual o delito em tela é cometido com o emprego de arma de fogo, pois dotada de maior potencial ofensivo, não só em relação à vítima, mas também em face de terceiros. Em tais casos, mesmo que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, não haverá contrariedade à Súmula 440 desta Corte, por força da gravidade concreta do delito, decorrente da utilização de instrumento dotado de maior poder letal. Precedentes (STJ, *HC 286077/SP*, Rel.^a Min.^a Regina Helena Costa, 5^a T., *DJe* 18/6/2014).

A utilização também de arma branca no delito de roubo é causa de aumento de pena prevista no inc. I, § 2º do art. 157 do Código Penal. Precedentes (STJ, *HC 174275/SP*, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., *DJe* 6/6/2013).

O emprego da arma agrava especialmente a pena em virtude de sua potencialidade ofensiva, conjugada com o maior poder de intimidação sobre a vítima. Os dois fatores, na verdade, devem estar reunidos para efeitos de aplicação da majorante. Dessa forma, não se pode permitir o aumento de pena quando a arma utilizada pelo agente não tinha, no momento da sua ação, qualquer potencialidade ofensiva por estar sem munição ou mesmo com um defeito

mecânico que impossibilitava o disparo. Embora tivesse a possibilidade de amedrontar a vítima, facilitando a subtração, não poderá ser considerada para efeitos de aumento de pena, tendo em vista a completa impossibilidade de potencialidade lesiva, ou seja, a de produzir dano superior ao que normalmente praticaria sem o seu uso.

Fragoso adverte: “O fundamento da agravante reside no maior perigo que o emprego de arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria) tenha idoneidade para ofender a incolumidade física. Arma fictícia (revólver de brinquedo), se é meio idôneo para a prática de ameaça, não é bastante para qualificar o roubo.

O mesmo não se diga, porém, da arma descarregada ou defeituosa em que a inidoneidade é apenas acidental”.²⁴

Embora concordemos com o raciocínio inicial de Fragoso, sua conclusão nos parece contraditória ao, inicialmente, exigir como fundamento da maior punição a idoneidade para ofender a integridade física, para, ao final, permitir a aplicação da majorante mesmo quando a arma não tinha essa potencialidade, como nas hipóteses citadas de arma descarregada ou defeituosa.

Entendendo pelo afastamento da majorante nas hipóteses de arma de fogo comprovadamente incapaz de efetuar disparos, seja por defeito mecânico, seja mesmo por ausência de munição, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: *A utilização de arma de fogo sem potencialidade para realização de disparo serve unicamente como meio de intimidação e caracterização da elementar grave ameaça, porém não se admite a sua utilização para o reconhecimento da causa de aumento de pena. Comprovado por meio de perícia que a arma era inapta para efetuar disparos, deve ser afastada a causa do aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal (STJ, HC 234893/MT, Rel^a Min^a Marilza Maynard, Des.^a convocada do TJ/SE, 5^a T., DJe 17/6/2013).*

O emprego de arma de fogo incapaz de efetuar disparos somente se presta a caracterizar a elementar da grave ameaça, necessária à configuração do crime de roubo, não sendo apta a configurar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal. Precedentes (STJ, HC 241475/SP, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 6/6/2013).

[...] o uso de arma de fogo inapta a efetuar disparos no crime de roubo não configura causa especial de aumento de pena (STJ, HC 95996/SP, HC 2007/0288827-8, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., pub. 6/3/2008).

É ilegal o aumento de pena pelo uso de arma no cometimento do roubo, se o objeto encontrar-se desmunicido, sendo instrumento incapaz de gerar situação de perigo à integridade da vítima. O emprego da arma desmuniada no delito de roubo não se presta para fazer incidir a causa especial de aumento prevista no Código Penal. Precedentes (HC 47995/SP, HC 2005/0154215-3, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 6/3/2006, p. 423).

Em sentido contrário já decidiu o Supremo Tribunal Federal: *Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo.*

Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. ordem denegada. I – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II – Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa. III – A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV – Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V – A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI – Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII – Precedente do STF. VIII – Ordem indeferida (STF, T. Pleno, HC nº 96099, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19/2/2009, DJ 4/6/2009).

A doutrina também se digladiava quanto à necessidade de ser a arma efetivamente empregada, para efeitos de se praticar a violência ou a grave ameaça, ou se bastaria o seu uso ostensivo, para fins de reconhecimento da causa especial de aumento de pena.

Empregar a arma significa utilizá-la no momento da prática criminosa. Tanto emprega a arma o agente que, sem retirá-la da cintura, mas com a mão sobre ela, anuncia o roubo, intimidando a vítima, como aquele que, após sacá-la, a aponta em direção a sua cabeça. O importante é que ela seja utilizada durante o roubo, mesmo que a ameaça seja levada a efeito implicitamente, como no exemplo acima fornecido. Conforme alerta Weber Martins Batista, também poderá ser reconhecida a majorante, “na circunstância do agente que, tendo consigo a arma, e mesmo sem manejá-la ou exibi-la à vítima, dá a entender que está armado e pretende fazer uso da arma, em caso de resistência”.²⁵

Em sentido contrário, preleciona Cezar Roberto Bitencourt: “Segundo a dicção do texto legal, é necessário o *emprego efetivo* de arma, sendo insuficiente o simples *portar*. [...] A tipificação legal condiciona a *ser a violência ou grave ameaça ‘exercida’* com o ‘*emprego de arma*’, e ‘*empregá-la*’ significa uso efetivo, concreto, real, isto é, a utilização da arma no cometimento da violência”.²⁶

Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EREsp 961.863/RS). O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência (STJ, HC 336.545/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 09/08/2016).

Exclusão da causa de aumento por emprego de arma que não merece ser provada. O fato de não ter sido apreendida a arma não enseja forçosamente a retirada da qualificadora, se a prova de sua existência pode ser feita através de indícios e dos depoimentos das testemunhas. Vítima do segundo roubo, Daniel, que descreveu até a arma como uma “pistola cor prata”. Prescindibilidade da apreensão de arma de fogo para comprovar a qualificadora do inciso I, § 2º, do art. 157. Precedentes nos Tribunais Superiores (TJ-RJ, AC 0034501-56.2013.8.19.0054, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 03/06/2015).

Nos termos da jurisprudência desta Corte, é prescindível a apreensão e perícia na arma, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização no roubo, como, *in casu*, o testemunho da vítima (STJ, HC 289.961/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6º T., DJe 21/05/2015).

A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula nº 174, deste Sodalício. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física. Ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento (STJ, HC 59350/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T., DJ 28/5/2007, p. 402).

Quando a arma empregada para o roubo é faca, prescinde-se, pela sua natural potencialidade lesiva, do exame pericial. Majorante de emprego de arma devidamente comprovada (TJRS, Ap. Crim. 70020082 814, 5ª Câm. Crim., Rel. Aramis Nassif, j. 11/7/2007).

Não há como reconhecer a majorante prevista no inc. I do § 2º do art. 157 do CPB, se não foi apreendida a arma utilizada na execução do delito, ficando prejudicada a realização de perícia para a comprovação da sua potencialidade lesiva (TJMG, AC 1.0024.05.797659-9/001, Rel. Des. Vieira de Brito, DJ 24/11/2006).

Enquanto que para a caracterização da figura típica do roubo é mister seja o meio empregado examinado subjetivamente, para a configuração da causa de aumento de pena pelo uso de arma, apenas se admite análise objetiva concernente à potencialidade lesiva do instrumento usado para o cometimento da conduta delituosa. Se a arma não é apreendida e devidamente periciada, não há que se falar na majorante do emprego de arma (TJMG, Processo 1.0024.98.135297-4/001[1], Rel. Alexandre Victor de Carvalho, pub. 6/10/2006).

Concurso de duas ou mais pessoas Ao contrário do crime de furto, no qual o concurso de pessoas torna a infração qualificada, no crime de roubo o concurso de pessoas encontra-se no rol das causas especiais de aumento de pena, gozando, aqui, do status de majorante, e não de qualificadora.

No entanto, embora possuindo naturezas diferentes, os raciocínios são idênticos, razão pela qual todas as discussões lançadas quanto ao estudo do crime de furto valem, também, para o delito de roubo. Por esse motivo, remetemos o leitor ao tópico correspondente no delito de furto.

O fato de o crime ter sido cometido por duas pessoas, sendo uma delas menor inimputável, não tem o condão de descharacterizar o concurso de agentes, de modo a excluir a causa de aumento prevista no inc. II do § 2º do art. 157 do Código Penal (STF, HC 110425/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., DJe 8/8/2012).

A Turma, entre outras questões, asseverou que, para caracterizar o concurso de agentes, basta que duas ou mais pessoas concorram para a prática delituosa, não sendo necessária a identificação dos corréus. Consignou-se, ainda, que essa causa de aumento pode ser reconhecida mesmo nas hipóteses em que o crime (*in casu*, roubo) tenha sido supostamente cometido na companhia de inimputável. Segundo o Min. Relator, os motivos que impõem o agravamento da punição são o maior risco que a pluralidade de pessoas proporciona à integridade física e ao patrimônio alheios e o maior grau de intimidação infligido à vítima. Precedentes

citados: HC 85.631/SP, DJe 23/11/2009; HC 169.151/DF, DJe 2/8/2010; HC 131.763/MS, DJe 14/9/2009; e HC 88.444/DF, DJe 13/10/2009 (STJ, HC 197.501/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6^a T., j. 10/5/2011, Informativo nº 472).

Para que se configure o concurso de pessoas no delito de roubo, só é necessário que os agentes, além da consciente vontade para a ação conjunta, estejam presentes (no mínimo dois) no local do crime, cooperando na execução do crime (TJRS, Ap. 70023081144, 7^a Câm. Crim., Rel. Sylvio Baptista Neto, pub. 31/3/2008).

Se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância Para que ocorra a causa especial de aumento de pena prevista pelo inc. III do § 2º do art. 157 do Código Penal, é preciso a conjugação de dois fatores. Primeiro, que a vítima esteja em serviço de transporte de valores; segundo, que o agente conheça tal circunstância.

Dessa forma, incide a majorante se o serviço da vítima era, no momento em que foi abordada pelo agente, o de transportar valores, que, segundo Hungria, “tanto podem ser representados por dinheiro, como por qualquer outro *efeito* que se costuma transportar (n.b.: *transportar*, e não *portar*), como sejam: pedras preciosas, ouro em pó ou em barra, selos, estampilhas, títulos ao portador etc.”²⁷

Não há necessidade, ainda, de que o serviço praticado pela vítima seja o de, especificamente, transportar valores, a exemplo do que ocorre com o transporte de dinheiro em carro-forte. Poderá, por exemplo, um *office-boy*, que, sempre no final da tarde, leva os valores arrecadados no local onde trabalha, a fim de que sejam depositados numa agência bancária. Nesse caso, podemos afirmar que, naquele momento específico, estava a serviço de transporte de valores.

Em sentido contrário: Em delito de roubo praticado contra funcionário de uma distribuidora de bebidas, que transportava valores pertencentes a esta, não se aplica a majorante do art. 157, § 2º, III, CP, tendo em vista que, nessa hipótese, a função da vítima de transporte de valores é meramente acessória e a causa de aumento de pena em questão exige que esta seja a finalidade específica do seu trabalho (TJMG, Ap. 1.0352.06. 032255-4/001, 5^a Câm. Crim. Rel. Pedro Vergara, pub. 5/4/2008).

A segunda exigência contida no inciso em estudo, necessária à caracterização da majorante, diz respeito ao fato de que, além de a vítima estar a serviço de transporte de valores, o agente deve *ter conhecimento dessa circunstância*. Conhecer essa circunstância, de acordo com a ilação legal, tem o sentido de que o agente sabia, efetivamente, que a vítima, naquele momento, estava a serviço de transporte de valores. Esse conhecimento deve, obrigatoriamente, fazer parte do seu dolo, sob pena de se afastar a majorante. Dessa forma, se o agente, por coincidência, aborda a vítima que, naquele instante, estava a serviço de transporte de valores e, mediante o emprego de grave ameaça, consegue subtrair tudo aquilo que ela trazia consigo, somente responderá pelo roubo, sem a causa especial de aumento de pena.

Discute-se, ainda, quanto à *expressão estar em serviço de transporte de valores*, que, se fosse o proprietário que estivesse transportando valores no momento da abordagem, se poderia

ser aplicada a majorante em exame. Tem-se entendido que não, uma vez que a expressão *estar em serviço* afasta o proprietário dos valores, pois ele não estaria em serviço para si mesmo, abrangendo, tão somente, terceiros que lhe prestam esse serviço. Nesse sentido, afirma Paulo José da Costa Júnior que a causa especial de aumento de pena “se refere ao transportador de valores, não se entendendo como tal o proprietário de jóias que estiver a levá-las do cofre do banco para sua casa”.²⁸

Se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior A Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, acrescentou dois incisos ao § 2º do art. 157 do Código Penal, sendo um deles relativo à subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, considerado como mais uma causa especial de aumento de pena, ao contrário do que ocorreu no delito de furto, quando o legislador, valendo-se do mesmo fato, criou outra modalidade qualificada de subtração sem violência.

Como as situações são idênticas – subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior –, somente se modificando a natureza jurídica da punição, pois que no furto tal fato qualifica a infração penal e no roubo considerase como uma majorante, a ser avaliada no terceiro momento de aplicação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal, tomamos a liberdade, evitando a desnecessária repetição, de remeter o leitor ao tópico próprio, quando do estudo do delito de furto.

Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade Também inserido no § 2º do art. 157 do Código Penal pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, o inc. V permite o aumento de um terço até metade se durante a prática do roubo o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. Antes da edição da mencionada lei, a solução era pelo concurso de crimes entre o roubo e o sequestro, caso houvesse, além da subtração patrimonial violenta, a privação da liberdade da vítima.

Tal majorante, entretanto, merece atenção especial, dadas suas peculiaridades.

Primeiramente, faz-se mister registrar o fato de que essa causa especial de aumento de pena foi inserida no Código Penal, basicamente, em virtude do chamado sequestro-relâmpago, no qual durante, por exemplo, a prática do crime de roubo, a vítima é colocada no porta-malas do seu próprio veículo e ali permanece por tempo não prolongado, até que os agentes tenham completo sucesso na empresa criminosa, sendo libertada logo em seguida.

Não podemos, entretanto, entender que toda privação de liberdade levada a efeito durante a prática do roubo se consubstanciará na majorante em estudo. Pode ser, até mesmo, que se configure como infração penal mais grave.

A doutrina tem visualizado duas situações que permitiriam a incidência da causa de aumento de pena em questão, a saber: *a) quando a privação da liberdade da vítima for um meio de execução do roubo; b) quando essa mesma privação de liberdade for uma garantia, em benefício do agente, contra a ação policial.*

Devemos concluir, ainda, que a vítima mencionada pela majorante é a do próprio roubo,

pois, caso contrário, o crime poderá se constituir em extorsão mediante sequestro, previsto pelo art. 159 do Código Penal.

Vale o alerta feito por Cezar Roberto Bitencourt, quando afirma: “Quando o ‘sequestro’ (manutenção da vítima em poder do agente) for praticado *concomitantemente* com o roubo de veículo automotor ou, pelo menos, como *meio de execução* do roubo ou como *garantia contra ação policial*, estará configurada a *majorante* aqui prevista. Agora, quando eventual ‘sequestro’ for praticado *depois da consumação do roubo* de veículo automotor, sem nenhuma conexão com sua execução ou garantia de fuga, não se estará diante da *majorante especial*, mas se tratará de concurso de crimes, podendo, inclusive, tipificar-se, como já referimos, a extorsão mediante sequestro: o extorquido é o próprio ‘sequestrado’”.²⁹

Além disso, para que seja aplicada a causa especial de aumento de pena, a privação da liberdade não poderá ser prolongada, devendo-se, aqui, trabalhar com o princípio da razoabilidade para efeitos de reconhecimento do *tempo* que, em tese, seria suficiente para ser entendido como majorante, e não como figura autônoma de sequestro, ou mesmo extorsão mediante sequestro.

A majorante prevista no inc. V do § 2º do art. 157 do CP exige, para a sua configuração, que a vítima seja mantida por tempo juridicamente relevante em poder do réu, sob pena de que sua aplicação seja uma constante em todos os roubos (STJ, AgInt no REsp 1.581.894/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 31/08/2016).

Asseverou que os crimes de sequestro e cárcere privado imputados ao recorrente na denúncia, na realidade, tiveram escopo único, exclusivamente voltado à consumação do crime de roubo de veículos automotores, ainda que a privação de liberdade das vítimas tivesse ocorrido por razoável período de tempo. Enfatizou que estas teriam sido colocadas espontaneamente em liberdade pelos criminosos, tão-logo assegurada a posse mansa e pacífica da *res furtiva*. Em razão disso, considerou não caracterizado o crime de sequestro por ausência do elemento subjetivo do tipo. Os Ministros Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia votaram pela não concessão, de ofício, do *writ* (STF, RHC 102984/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., 8/2/2011, *Informativo* nº 615).

Para a configuração da causa majorante de pena insculpida no inc. V do art. 157 do CP, mister que o agente mantenha a vítima em seu poder, em circunstâncias que extrapolem a grave ameaça elementar do tipo fundamental (TJMG, AC 1.0079.07.361663-7/001, Rel. Fortuna Grion, DJ 27/5/2009).

A qualificadora do inc. V do § 2º do art. 157 do Código Penal incide no delito de roubo quando o agente restringe a liberdade da vítima, ainda que por curto espaço de tempo (TJMG, Ap. 1.0433.06.192391-1/001, 3ª Câm. Crim., Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 9/1/2008).

Majorante da restrição à liberdade da vítima. Caracterização. Vítima levada pelos agentes no carro subtraído e immobilizada durante vinte minutos sob a mira de arma de fogo (TJRS, Ap. Crim. 70019983360, 6ª Câm. Crim., Rel. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 16/8/2007).

Impõe-se o reconhecimento da causa de aumento prevista no inc. V do § 2º do art. 157 do CPB, se verificado que os agentes restrinham a liberdade de ir e vir das vítimas, mantendo-as em poder deles, sob a mira de arma de fogo, sendo irrelevante o tempo que tal situação haja perdurado (TJMG, AC 1.0223.04.147021-0/001, Rel. Vieira de Brito, DJ 16/12/2006).

Sequestro relâmpago no crime de extorsão

Vide art. 158, § 3º, do Código Penal.

Roubo qualificado pela lesão corporal grave e pela morte (latrocínio)

Inicialmente, vale ressaltar que a lei penal exige que os resultados previstos no mencionado § 3º sejam provenientes da *violência* praticada pelo agente, entendida, no sentido do texto, como a *vis corporalis*, ou seja, a violência física empregada contra a pessoa. Se, por exemplo, durante a execução de um crime de roubo, cometido com o emprego de *grave ameaça*, a vítima vier a sofrer um colapso cardíaco, falecendo durante a ação criminosa, o agente não poderá responder pelo fato a título de latrocínio, porque o resultado morte da vítima não foi decorrente da violência por ele empreendida, mas, sim, de sua grave ameaça. Poderá, se for o caso, ser responsabilizado pelo roubo (sem a qualificadora do resultado morte), além do homicídio (doloso ou culposo, se o agente conhecia o problema cardíaco da vítima, variando de acordo com o seu elemento subjetivo).

No crime de latrocínio, é imperioso que a morte da vítima seja resultado da violência empregada pelo agente e não tenha relação causal com outro fator, como a imprudência na direção do veículo automotor. Se os agentes, após roubarem o veículo, se envolverem em acidente automobilístico que provoque a morte da vítima proprietária do automóvel roubado, devem responder pelo crime de roubo qualificado em concurso formal com o delito de homicídio culposo (TJMG, AC 1.0188.05.030945-2/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 23/10/2006).

Os resultados qualificadores especificados pelo § 3º do art. 157 do Código Penal são: *a) lesão corporal de natureza grave* (aqui compreendidos os §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal); *b) morte (latrocínio)*. Esses resultados podem ser imputados a título de dolo ou culpa, isto é, durante a prática do roubo, o agente pode ter querido causar, efetivamente, lesões graves na vítima, ou mesmo a sua morte, para fins de subtração de seus bens, ou tais resultados podem ter ocorrido durante a empresa criminosa sem que fosse intenção do agente produzi-los, mas causados culposamente. Assim, segundo a posição majoritária da doutrina, o § 3º cuida de um crime qualificado pelo resultado (lesão corporal grave ou morte) que poderá ser imputado ao agente a título de dolo ou culpa.

Em sentido contrário, afirma Israel Domingos Jorio que o resultado morte somente pode ser atribuído ao agente a título de culpa, cuidando-se, portanto, de um crime preterdoloso. Caso o agente, segundo o renomado autor, mesmo que com a finalidade de levar a efeito a subtração, viesse a causar, dolosamente, a morte da vítima, deveria ser aplicado o raciocínio correspondente ao concurso de crimes.³⁰

O roubo qualificado (CP, art. 157, § 3º) é crime qualificado pelo resultado, cujo resultado agravador, morte ou lesão corporal grave, pode ter sido provocado dolosa ou culposamente, contudo, a violência que causa o resultado deve ser necessariamente dolosa. De fato, se o resultado agravador é causado culposamente, não há

falar em tentativa, sendo necessária sua efetiva ocorrência; por outro lado, plenamente possível a tentativa do roubo qualificado em caso de *animus necandi* ou *animus laedandi*. Mais do que isso, essencial a existência de relação de causalidade entre a subtração patrimonial e a violência empregada, seja para possibilitar a subtração (conexão teleológica), seja para, após a subtração do bem, assegurar sua posse ou a impunidade do agente (conexão consequencial) (STJ, HC 226.359/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 12/08/2016).

O crime de roubo seguido de lesão corporal de natureza grave se consuma com a lesão grave, independentemente da efetiva subtração patrimonial (TJMG, AC 1.0439. 03.023472-8/001, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 1º/9/2007).

O latrocínio na modalidade preterdolosa não se admite a tentativa, somente sendo responsabilizado o agente por tal delito quando da conduta culposa resultar morte da vítima (TJMG, AC 1.0439.04.036711-2/001, Rel. Des. Vieira de Brito, DJ 10/11/2006).

O latrocínio é delito qualificado pelo resultado, sendo que o evento de maior gravidade (morte) pode ser imputado na forma de dolo ou de culpa (STJ, HC 37583/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 1º/7/2005, p. 573).

Importante frisar, ainda, que em hipótese alguma o agente poderá ser responsabilizado pela ocorrência de um resultado que não lhe era previsível, não se aceitando, pois, o raciocínio da chamada responsabilidade penal objetiva, conhecida, ainda, por responsabilidade penal sem culpa ou pelo resultado, uma vez que o art. 19 do estatuto repressivo determina expressamente: *Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.*

As qualificadoras acima mencionadas – lesão corporal grave e a morte – são aplicadas em ambas as espécies de roubo, vale dizer, o roubo próprio, bem como o roubo impróprio. O importante, como já registramos, é que tenha sido consequência da violência utilizada.

A morte, que qualifica o roubo, faz surgir aquilo que doutrinariamente é reconhecido por *latrocínio*, embora o Código Penal não utilize essa rubrica. Assim, se durante a prática do roubo, em virtude da violência empreendida pelo agente, advier a morte – dolosa ou mesmo culposa – da vítima, poderemos iniciar o raciocínio correspondente ao crime de latrocínio, consumado ou tentado, conforme veremos mais adiante.

Ao latrocínio e ao roubo qualificado pelas lesões corporais de natureza grave não se aplicam as causas de aumento de pena previstas no § 2º do art. 157 do Código Penal, em virtude de sua localização topográfica. Imagine-se, por exemplo, que a vítima esteja a serviço de transporte de valores (inc. III), quando é interceptada por dois agentes (inc. II) que, munidos com armas de fogo (inc. I), contra ela atiram, querendo a sua morte, para que possam realizar a subtração. Por intermédio desse exemplo, podemos perceber a ocorrência de três causas de aumento de pena. No entanto, nenhuma delas poderá ser aplicada ao latrocínio, a título de majorantes, uma vez que, se fosse intenção da lei penal aplicá-las às modalidades qualificadas, deveriam estar localizadas posteriormente ao § 3º do art. 157 do Código Penal. Assim, conclui-se, as majorantes previstas pelo § 2º do mesmo artigo somente são aplicadas àquilo

que as antecedem, isto é, às duas modalidades de roubo simples, seja ele próprio (*caput*) ou mesmo impróprio (§ 1º).

Tem-se afirmado, com razão, que a morte de qualquer pessoa, durante a prática do roubo, que não alguém do próprio grupo que praticava a subtração, caracteriza o latrocínio. Assim, por exemplo, se integrantes de uma associação criminosa ingressam em uma agência bancária e matam, imediatamente, o segurança que ali se encontrava, a fim de praticar a subtração, já se poderá cogitar do latrocínio, consumado ou tentado, dependendo do caso concreto, bem como da posição que se adote, conforme será explicado mais adiante. No entanto, conforme esclarece Weber Martins Batista, “não se pode falar em latrocínio, se é um dos agentes que morre, ferido por tiro disparado pela vítima, pela polícia, ou por qualquer pessoa que veio em socorro desta, pois tal morte *não* foi praticada por qualquer dos sujeitos ativos do crime. Mas se acontecer – hipótese que não é incomum nos roubos à mão armada – que um dos agentes dispare arma na direção de terceiro e atinja e mate um companheiro, o fato caracteriza o latrocínio”.³¹

Pode ocorrer, ainda, que, durante a prática do roubo, várias pessoas sejam mortas. Nesse caso, haveria *crime único* (latrocínio), devendo as várias mortes ser consideradas tão somente no momento de aplicação da pena-base, ou se poderia, no caso, cogitar de *concurso de crimes*, considerando-se cada morte como uma infração penal (consumada ou tentada)?

O Superior Tribunal de Justiça, modificando sua posição anterior, que entendia pelo crime único (REsp 15.701/SP), passou a se posicionar pela aplicação do concurso formal impróprio.

Prevalece, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido de que, nos delitos de latrocínio – crime complexo, cujos bens jurídicos protegidos são o patrimônio e a vida –, havendo uma subtração, porém mais de uma morte, resta configurada hipótese de concurso formal impróprio de crimes e não crime único (HC 185.101/SP, *Habeas Corpus* 2010/0170000-5, 6ª T., Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 16/04/2015).

Quando estivermos diante de várias subtrações, com vários resultados morte, nada impede o raciocínio do concurso de crimes. Assim, imagine-se que, durante a prática de um roubo em um prédio de apartamentos, os agentes acabem subtraindo os bens de várias pessoas, causando a morte de algumas delas. Poderá se cogitar, *in casu*, de concurso de latrocínios, com as discussões que lhe são pertinentes, que girarão em torno da natureza desse concurso de crimes (concurso material, concurso formal, ou, ainda, o crime continuado).

Hipótese de latrocínio em que os acusados, com uma única conduta, desdobrada em atos diversos, atuaram com desígnios autônomos, almejando dolosamente a produção de todos os resultados, no caso, ameaça voltada, individual e autonomamente, contra cada vítima, o que provocou a morte de duas pessoas, de modo a configurar o concurso formal impróprio, previsto na parte final do *caput* do art. 70 do Código Penal. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, no caso de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal), uma única subtração patrimonial, com desígnios autônomos e com dois resultados morte, caracteriza o concurso formal impróprio (artigo 70, *caput*, parte final, do Código Penal). ‘Tipifica-se a conduta do agente que, mediante uma só ação, dolosamente e com desígnios autônomos, pratica

dois ou mais crimes, obtendo dois ou mais resultados, no art. 70, 2^a parte, do Código Penal – concurso formal impróprio, aplicando-se as penas cumulativamente. Na compreensão do Superior Tribunal de Justiça, no caso de latrocínio (artigo 157, parágrafo 3º, parte final, do Código Penal), uma única subtração patrimonial, com quatro resultados morte, caracteriza concurso formal impróprio. Precedentes’ (STJ, HC 165.582/SP, Rel^a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 6/6/2013). Em igual sentido: STJ, HC 134.775/PE, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe de 8/11/2010; STJ, HC 56.961/PR, Rel^a Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJU de 7/2/2008 (STJ, HC 162604/SP; Habeas Corpus 2010/0027580-7, 6^a T., Rel^a Min^a Assunção Magalhães, j. 21/11/2013).

O latrocínio encontra-se previsto no rol das infrações penais consideradas hediondas pela Lei nº 8.072/1990.

Entendemos que não será possível a aplicação ao delito tipificado no art. 157, § 3º, do Código Penal da causa especial de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/1990, em virtude da revogação expressa do art. 224 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Com a devida *venia* das posições em contrário, não podemos raciocinar no sentido de que as hipóteses elencadas pelo art. 224 do Código Penal, a quem se remetia o art. 9º da Lei nº 8.072/1990, foram deslocadas para o art. 217-A do Código Penal, que prevê o delito de estupro de vulnerável.

Não podemos vagar pelo Código Penal a procura de tipos que se amoldem a remissões já revogadas. Caso seja do interesse do legislador manter o aumento de pena para o delito tipificado no art. 157, § 3º, do estatuto repressivo, deverá fazê-lo expressamente.

Nesse sentido, trazemos à colação os ensinamentos de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, que esclarece: “O art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos foi tacitamente revogado, vez que revogado expressamente o art. 224 do Código Penal, ao qual ele se referia. É certo que há semelhança entre a situação de vulnerabilidade, mencionada nos arts. 217-A e 218 e aquelas descritas no revogado art. 224 do Código, mas não se assemelha possível o emprego da analogia no caso – pois seria *in malam partem*. O necessário aumento da pena do roubo, da extorsão e da extorsão mediante sequestro, praticados contra vítimas menores de 14 anos, com doença mental ou que não poderiam oferecer resistência, fica, assim, prejudicado. É a dificuldade da *técnica do ‘tipo remetido’*: *revogado o artigo mencionado, fica sem aplicação o que o menciona*”.³²

No mesmo sentido, prelecionam Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha que o art. 224 do Código Penal foi Revogado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, “eliminando-se, tacitamente, também a majorante da Lei dos Crimes Hediondos (art. 9º), cuidando-se de alteração benéfica que deve retroagir para alcançar os fatos passados”.³³

Identificadas as elementares do crime de latrocínio, pelo vínculo operativo com o início da operação e seu resultado final, de forma consumada. Tratando-se de crime complexo – qualificado pelo resultado –, admite-

se, para que ocorra a incidência da norma incriminadora, tanto a presença do dolo quanto a constatação da culpa: exige-se dolo na conduta antecedente (roubo) e dolo ou culpa na conduta subsequente (aqui o objetivo morte) (TJRS, Ap. Crim. 70017112376, 5^a Câm. Crim., Rel. Aramis Nassif, j. 6/12/2006).

Consumação e tentativa no delito de latrocínio

O latrocínio, sendo uma modalidade qualificada do delito de roubo (art. 157, § 3º, do CP), é um crime complexo. Poderíamos afirmar que esse crime permaneceria na fase do *conatus* se não fossem preenchidos todos os elementos que o compõem, vale dizer, a subtração da coisa alheia móvel, mais o resultado morte. Quanto a essa infração penal, especificamente, a discussão não é tão simples assim. Se temos um homicídio consumado e uma subtração consumada, não hesitamos em afirmar que estamos diante de um latrocínio consumado.

Quando o agente pratica homicídio consumado e subtração patrimonial consumada, responde por latrocínio e não por homicídio (TJMG, Ap. 1.0567.06. 093729-7/001, 3^a Câm. Crim., Rel. Antônio Carlos Cruvine, pub. 16/1/2008).

Da mesma forma, se temos um homicídio tentado e uma subtração tentada, também somos convencidos de que houve um latrocínio tentado.

Prevalece nesta Corte o entendimento de que, sempre que caracterizado o dolo do agente de subtrair o bem pertencente à vítima e o dolo de matá-la, não ocorrido o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade, configura-se o latrocínio na modalidade tentada. Precedentes (STJ, REsp 1.282.171/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 29/06/2016).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que é plenamente possível a ocorrência de latrocínio em sua forma tentada, quando não se obtenha o resultado morte, bastando a comprovação de que, no decorrer da prática delitiva, o agente tenha atentado contra a vida da vítima, com a intenção de matá-la, não atingindo o resultado, por circunstâncias alheias à sua vontade. Precedentes (STJ, HC 161911/RJ, Rel. Min. Campos Marques, Des. convocado do TJPR, 5^a T., DJe 5/6/2013).

A figura típica do latrocínio se consubstancia no crime de roubo qualificado pelo resultado, em que o dolo inicial é de subtrair coisa alheia móvel, sendo que as lesões corporais ou a morte são decorrentes da violência empregada, atribuíveis ao agente a título de dolo ou culpa. Embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. Por esta razão, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o crime de latrocínio tentado se caracteriza independentemente da natureza das lesões sofridas pela vítima, bastando que o agente, no decorrer do roubo, tenha agido com o desígnio de matá-la. Precedentes do STJ e do STF (STJ, HC 201175/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 8/5/2013).

Agora, se há o homicídio consumado e a subtração tentada, ou se a subtração foi consumada e o homicídio tentado, as discussões doutrinárias e jurisprudenciais começam a surgir. Faremos, então, a análise das duas últimas situações isoladamente.

subtração consumada e homicídio tentado – Para Hungria,³⁴ haveria aqui uma tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, V), pois que, segundo o renomado autor, “se se admitisse

tentativa de latrocínio quando se consuma o homicídio (crime-meio) e é apenas tentada a subtração patrimonial (crime-fim) ou, ao contrário, quando é tentado o homicídio, consumando-se a subtração, o agente incorreria, no primeiro caso, em pena inferior à do homicídio simples (!) e, no segundo, em pena superior à da tentativa de homicídio qualificado pela conexão de meio a fim com outro crime (art. 121, § 2º, V), ainda que este ‘outro crime’ seja de muito maior gravidade que o roubo. A solução que sugiro, nas hipóteses formuladas, como menos subversiva dos princípios é a seguinte: o agente responderá, e tão somente, por consumado ou tentado o homicídio qualificado (121, § 2º, V), dada a relação de meio e fim entre o homicídio consumado e a tentativa de crime patrimonial ou entre homicídio tentado e a consumada lesão patrimonial”.³⁵

Fragoso³⁶ e Noronha,³⁷ analisando a mesma situação, discordando do posicionamento de Hungria, entendem que, havendo subtração consumada e homicídio tentado, resolve-se pela tentativa de latrocínio, posição à qual nos filiamos.

Nesta Corte, prevalece o entendimento de que o crime de latrocínio tentado está caracterizado quando, independente da natureza das lesões sofridas pela(s) vítima(s), há dolo de roubar e dolo de matar, e o resultado agravador somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente (STJ, REsp. 1414303/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 25/6/2014).

Para a configuração da tentativa de latrocínio, é irrelevante a ocorrência de lesão corporal, seja de natureza leve ou grave, sendo suficiente a comprovação de que o agente tinha a intenção de matar para subtrair coisa móvel de outrem e de que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade (STJ, HC 80491/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 3/11/2008).

É cediço que se a subtração foi consumada e o homicídio foi tentado, há o delito de latrocínio tentado. Se há relação de causalidade entre a subtração e a violência empregada com intuito de matar a vítima, resta caracterizado o crime de latrocínio, sendo indiferente que os disparos da arma de fogo tenham se dado contra vítima diversa do roubo (TJPR, AC 0388407-1, Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, 5ª Câm. Crim., Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, por maioria, j. 21/6/2007).

homicídio consumado e subtração tentada – Aqui, tentando elucidar o problema, surgiram, pelo menos, três correntes: A primeira delas, na esteira de Frederico Marques, citado por Damásio,³⁸ entende que houve latrocínio tentado em virtude de ser um crime complexo.

Na segunda posição, encabeçada por Hungria, conclui-se que, no caso de subtração tentada e homicídio consumado, deve o agente responder tão somente por homicídio qualificado, ficando afastada a punição pela tentativa de subtração, pois que, segundo o citado autor, “a única solução que nos parece razoável é a de, sem desrespeito à unidade jurídica do crime, aplicar exclusivamente a pena mais grave, considerados os crimes separadamente, ficando absorvida ou abstraída a pena menos grave. Tome-se, por exemplo, o crime de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*), e suponha-se que o homicídio (crime-meio) seja apenas tentado, enquanto a subtração da *res aliena*

(crime--fim) se consuma: deve ser aplicada tão somente a pena de tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, V), considerando-se absorvida por ela a do crime patrimonial. Se, ao contrário, o homicídio se consuma, ficando apenas tentado o crime patrimonial, a pena única a aplicar-se é a do homicídio qualificado consumado”.³⁹

Finalmente, hoje, como terceira e majoritária posição, temos aquela adotada pelo STF, o qual deixou transparecer seu entendimento por meio da Súmula nº 610, assim redigida:
Súmula nº 610 – Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.

Para essa corrente, basta que tenha ocorrido o resultado morte para que se possa falar em latrocínio consumado, mesmo que o agente não consiga levar a efeito a subtração patrimonial.

O latrocínio (CP, art. 157, § 3º, *in fine*) é crime complexo, formado pela união dos crimes de roubo e homicídio, realizados em conexão consequencial ou teleológica e com *animus necandi*. Estes crimes perdem a autonomia quando compõem o crime complexo de latrocínio, cuja consumação exige a execução da totalidade do tipo. Nesse diapasão, em tese, para haver a consumação do crime complexo, necessitar-se-ia da consumação da subtração e da morte, contudo os bens jurídicos patrimônio e vida não possuem igual valoração, havendo prevalência deste último, conquanto o latrocínio seja classificado como crime patrimonial. Por conseguinte, nos termos da Súmula nº 610 do STF, o fator determinante para a consumação do latrocínio é a ocorrência do resultado morte, sendo despicienda a efetiva inversão da posse do bem (STJ, HC 226.359/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 12/08/2016).

Consuma-se o latrocínio quando ocorre a morte da vítima, ainda que o agente não tenha logrado apossar-se da coisa que queria subtrair (TJMG, Processo 1.0251.06. 016550-2/001(1), Rel. Paulo Cesar Dias, DJ 31/8/2007).

Se os agentes matam a vítima com a intenção de subtrair objetos que supunham estar em poder dela, o crime é de latrocínio consumado e não de homicídio, ainda que a subtração não venha a acontecer (TJRS, Ap. Crim. 70016967473,

4ª Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 30/11/2006).

Por entendermos que, para a consumação de um crime complexo, é preciso que se verifiquem todos os elementos que integram o tipo, ousamos discordar das posições de Hungria e do STF e nos filiamos à posição de Frederico Marques, concluindo que, havendo homicídio consumado e subtração tentada, deve o agente responder por tentativa de latrocínio e não por homicídio qualificado ou mesmo por latrocínio consumado.

A posição assumida por nossa Corte Maior agride, frontalmente, a determinação contida no inc. I do art. 14 do Código Penal, que diz que o crime é *consumado* quando nele se reúnem *todos* os elementos de sua definição legal. A lei penal é clara ao exigir a presença de *todos* os elementos que compõem os tipos penais, para efeito de reconhecimento da consumação, exceto nos crimes formais, também reconhecidos por crimes de consumação antecipada (de resultado cortado), justamente porque sua consumação ocorre independentemente da produção naturalística do resultado, considerado como um mero exaurimento do crime, como acontece

com o delito extorsão mediante sequestro, tipificado no art. 159 do Código Penal, em que a simples privação da liberdade da vítima já permite o raciocínio da consumação, independentemente da obtenção da vantagem indevida pelo agente.

No latrocínio, ao contrário, estamos diante de um crime material, vale dizer, de conduta e produção naturalística de resultado. Para efeitos de reconhecimento de sua consumação, há necessidade inafastável do preenchimento das figuras que, juntas, formam a cadeia complexa. Assim, para que se configure o latrocínio (crime complexo), é preciso que ocorra a *subtração*, além da *morte* da vítima, ou mesmo de terceiro que se encontre numa relação de contexto com a prática da subtração violenta.

Dessa forma, a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, que se contenta com a morte da vítima, mesmo que não realize o agente a subtração de seus bens, para efeitos de reconhecimento do latrocínio consumado, é completamente *contra legem*, ofendendo a determinação contida no mencionado art. 14, I, do Código Penal.

Por isso, quando algum dos elementos que se configuram como infrações penais autônomas, que formam o crime de latrocínio, não estiver presente (seja a subtração dos bens ou a morte da vítima), a conclusão deverá ser, fatalmente, pela tentativa.

Merce destaque, ainda, a posição assumida pelo atual Ministro Marco Aurélio Bellizze, do Superior Tribunal de Justiça, quando, em decisão proferida em Recurso de Apelação, como Desembargador do TJRJ, se manifestou no sentido de priorizar o resultado produzido, em detrimento do dolo do agente, dizendo: *Roubo a residência praticado mediante o uso de arma branca (faca). Vítimas lesionadas – no número de três –, uma delas de forma grave.* Sentença que condenou o apelante pela prática, por três vezes, em concurso formal, do crime tipificado no art. 157 § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal. O latrocínio é crime de resultado, o que significa dizer que o resultado naturalístico ou fenomênico – no caso, as lesões corporais graves ou a morte –, indicará a correta adequação típica da conduta do agente, e não o elemento subjetivo envolvido na conduta causadora do resultado mais grave. Incompatibilidade entre a norma de extensão temporal da figura típica, prevista no art. 14, inc. II, do Código Penal, com a figura qualificada do § 3º do art. 157 do mesmo diploma legal, cuja adequação típica se realiza de forma direta e imediata em razão do resultado naturalístico, não do elemento subjetivo do agente, que já ensejou a adequação típica no crime antecedente, o crime de roubo. Dolo único do agente de subtração dos bens que garneciam a residência invadida. Crime único do art. 157, § 3º, primeira parte, do Código Penal, ainda que produzidas lesões físicas em mais de uma vítima. Classificação orientada pela conduta mais grave. Hipótese que se amolda, quanto à vítima que sofreu lesão grave, à conduta descrita no tipo do art. 157 § 3º, primeira parte, do Código Penal. Pena – Não há óbice em se considerar uma condenação transitada em julgado como circunstância judicial de aumento de pena (maus antecedentes) e a outra como agravante, a ser sopesada com a atenuante da confissão. Desprezo

da condenação já objeto de indulto. Provimento parcial do recurso defensivo para reclassificar a conduta para o crime do art. 157 § 3º, primeira parte, do Código Penal. Ajuste da pena (TJRJ, 1ª Câm. Crim, Ap. Crim. nº 584-50/2009).

Pena e ação penal

Ao roubo simples, seja ele próprio ou impróprio, é cominada uma pena de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

Para as modalidades qualificadas, se da violência resultar *lesão corporal grave*, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além de multa; se resulta *morte*, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, o crime de roubo cometido com uso de arma de fogo por exprimir maior periculosidade social do agente, exige por si só uma resposta penal mais severa para a repressão e prevenção do delito, justificando-se, a imposição do regime mais gravoso (STJ, HC 267393/SP, Rel^a Min^a Marilza Maynard, Des.^a convocada do TJ/SE) 5^a T., DJe 24/6/2013).

Vítima que se coloca em condições que a impossibilitam de oferecer resistência

Suponha-se que tenha a própria vítima, voluntariamente, se colocado nesse estado de impossibilidade de resistência, em decorrência, por exemplo, da quantidade excessiva de bebida alcoólica por ela ingerida. Se o agente, percebendo a situação em que ela se encontrava, dela subtrai seus pertences, deveria ser responsabilizado pelo delito de roubo com violência imprópria? A resposta só pode ser negativa, pois o próprio agente deve se valer de recursos para colocar a vítima em situação que impossibilite sua resistência. No caso, como a própria vítima se colocou nesse estado, estaríamos diante de um crime de furto, podendo ou não ser qualificado, conforme se viu anteriormente quando do estudo do tipo penal do art. 155.

Violência ou grave ameaça para escapar, sem a intenção de levar a coisa consigo

Imagine-se a hipótese daquele que, no interior de uma residência, quando agia com *animus furandi*, depois de ser descoberto, querendo tão somente escapar, deixando para trás os objetos que por ele já haviam sido selecionados, agride a vítima com a finalidade de fugir, almejando evitar sua prisão em flagrante. Nesse caso, pergunta-se: Estaríamos diante de um roubo com violência imprópria? A resposta só pode ser negativa. O que houve, na verdade, foi uma tentativa de furto, seguida do delito de lesão corporal (leve, grave ou gravíssima, dependendo do caso). O fato de o agente abandonar a coisa que seria furtada descharacteriza o roubo impróprio, passando-se a adotar o raciocínio correspondente ao furto, seguido da infração penal que lhe foi posterior.

Se, no caso em exame, em vez da vítima, o agente tivesse sido surpreendido pela autoridade policial que lhe deu voz de prisão e, agindo única e exclusivamente com a vontade

de fugir, não mais querendo realizar a subtração, viesse a agredi-la, opondo-se, violentamente à execução do ato legal, estaríamos diante de uma tentativa de furto, além do fato de também poder ser o agente responsabilizado pelo crime de resistência (art. 329 do CP), bem como pelo de lesões corporais (leves, graves ou gravíssimas, conforme determina o § 2º do art. 329 do CP).

Roubo de uso

Se houver violência na subtração levada a efeito pelo agente, que não atua com a vontade de ter a coisa para si ou para terceiro, mas tão somente de usá-la por um período curto de tempo, a fim de devolvê-la logo em seguida, poderíamos raciocinar com o tipo penal do art. 146 do diploma repressivo, que prevê o delito de constrangimento ilegal, pois, ao tomar a coisa à força, o agente impede que a vítima faça com ela aquilo que a lei permite, vale dizer, usá-la da forma que melhor lhe aprovou.

É típica a conduta denominada ‘roubo de uso’. De início, cabe esclarecer que o crime de roubo (art. 157 do CP) é um delito complexo que possui como objeto jurídico tanto o patrimônio como a integridade física e a liberdade do indivíduo. Importa assinalar, também, que o ânimo de apossamento – elementar do crime de roubo – não implica, tão somente, o aspecto de definitividade, pois se apossar de algo é ato de tomar posse, de dominar ou de assenhorar-

-se do bem subtraído, que pode trazer o intento de ter o bem para si, de entregar para outrem ou apenas de utilizá-lo por determinado período. Se assim não fosse, todos os acusados de delito de roubo, após a prisão, poderiam afirmar que não pretendiam ter a posse definitiva dos bens subtraídos para tornar a conduta atípica. Ressalte-se, ainda, que o STF e o STJ, no que se refere à consumação do crime de roubo, adotam a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual se considera consumado o delito no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja mansa e pacífica ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. Ademais, a grave ameaça ou a violência empregada para a realização do ato criminoso não se compatibilizam com a intenção de restituição, razão pela qual não é possível reconhecer a atipicidade do delito ‘roubo de uso’ (STJ, REsp. 1.323.275/GO, 5ª T., Rel.^a. Min^a. Laurita Vaz, j. 24/4/2014).

A figura do roubo de uso, como a de furto de uso, somente é aplicável quando a coisa é devolvida ao legítimo dono sem qualquer dano, o que não é a hipótese dos autos, onde efetivamente houve subtração patrimonial, sendo a coisa apreendida apenas por eficiência da polícia e não por vontade do réu (TJMG, AC 1.0534.05.000170-8/001, Rel.^a Des.^a Maria Celeste Porto, DJ 31/5/2008).

Uma vez comprovada no conjunto probatório a grave ameaça proferida pelo agente para subtrair os bens do ofendido, resta caracterizado o dolo indispensável à configuração típica, não havendo que se falar em espontaneidade na devolução dos objetos encontrados apenas em razão da diligência policial e, muito menos, em ‘roubo de uso’, figura inadmissível por se tratar de crime complexo (TJMG, AC 1.0433.07.214782-3/001, 4ª Câm. Crim., Rel. Walter Pinto da Rocha, pub. 23/1/2008).

Presença de mais de uma causa de aumento de pena

Três correntes se formaram a esse respeito.

A primeira delas entende que uma das majorantes servirá para a aplicação do percentual

de aumento previsto pelo § 2º do art. 157, sendo que as demais deverão ser consideradas para efeitos de fixação da pena-base, no momento em que serão avaliadas as chamadas circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal.

É pacífico na jurisprudência desta Corte Superior a possibilidade de, sendo mais de uma causa de aumento de pena, expressamente reconhecidas, utilizar uma para majorar a reprimenda na terceira fase da dosimetria e as outras como circunstâncias judiciais para exasperar a sanção inicial, desde que não seja utilizada a mesma circunstância em momentos distintos da fixação da pena, sob pena de incorrer no vedado *bis in idem*. No presente caso, foram 03 (três) causas de aumento reconhecidas, tendo o magistrado sentenciante utilizado duas delas para justificar o aumento da reprimenda na primeira fase, restando apenas uma para caracterizar a majorante do roubo (STJ, HC 347.737/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 1º/08/2016).

A jurisprudência desta Corte e do Colendo STF admite que, reconhecidas duas ou mais qualificadoras, uma enseje o tipo qualificado e a outra circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (REsp. 831.730/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJU 9/4/2007, e HC 71.293/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 18/5/1995) (STJ, HC 70594/DF HC 2006/025431-3, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., pub. DJ 19/11/2007, p. 252).

A segunda corrente assevera que o número de majorantes existentes no caso concreto é que permite ao julgador fugir do aumento mínimo de um terço, caminhando em direção ao aumento máximo de metade.

Consoante a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de duas causas especiais de aumento da pena no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima da fração mínima (STJ, HC 122240/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 16/3/2009).

Com o advento da Lei nº 9.426, de 24/12/1996, que introduziu duas novas causas de aumento de pena no art. 157 do CP, com o ingresso dos incs. IV e V no aludido dispositivo, as frações de acréscimo devem ser remodeladas, tendo em vista que a elevação de 1/3 até a metade deverá ser dividida por cinco. Assim, adotando o mesmo critério progressivo aplicado anteriormente, presente uma qualificadora, a elevação deve ser de 1/3; de duas, será de 3/8; de três, será de 5/12; de quatro, será de 11/24; e na hipótese de concorrência das cinco qualificadoras, a exacerbção deve suceder no seu patamar máximo (1/2). (TJMG, AC 1.0024.05.770040-3/001, Rel. Des. William Silvestrini, DJ 2/8/2007).

No roubo, a biqualificação, por si só, não enseja o aumento da pena em patamar superior a 1/3, podendo ser aplicado o percentual mínimo, na esteira do determinado pelo parágrafo único do art. 68 do Código Penal (TJMG, AC 1.0702.05. 228700-1/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 18/8/2006).

A terceira, conforme salienta Guilherme de Souza Nucci, aduz: “A existência de mais de uma causa de aumento por si só não significa a elevação necessária da pena. O juiz, se assim entender, ainda que presentes várias causas de aumento, poderia aplicar o aumento de apenas um terço, pois o que está em jogo é a gravidade do meio empregado, e não o número de incisos do § 2º que estejam configurados”.⁴⁰

Somos partidários da segunda posição, à qual nos filiamos. Isso porque o aumento baseado na quantidade de majorantes faz com que o critério não seja extremamente subjetivo, ficando

ao alvedrio do julgador a sua aplicação, tornando, por outro lado, melhor o controle sobre a escolha do percentual a ser aplicado.

O Superior Tribunal de Justiça – a quem compete, precipuamente, interpretar a lei federal (CR, art. 105, inc. III) e que “tem por função constitucional uniformizar o Direito Federal” (AgRg na MC nº 7.164, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon) –, vem decidindo que o roubo praticado mediante o emprego de arma de fogo, ainda que em concurso de agentes (CP, art. 157, § 2º, incs. I e II), não autoriza, por si só, a imposição do regime prisional fechado se, primário o réu, na sentença foram reconhecidas como favoráveis as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) e, por isso, fixada a pena-base no mínimo legal (CP, art. 33, §§ 2º e 3º; AgRg no HC 303.275/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., julg. 03/02/2015; HC 298.810/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., julg. 24/02/2015) (STJ, AgRg no REsp 1.446.771/SP, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5ª T., DJe 19/05/2015).

Diferença entre a tentativa de latrocínio e o roubo qualificado pelas lesões graves

Somente quando o agente tiver o dolo de produzir as lesões corporais graves na vítima, ou se estas forem produzidas a título de culpa, para efeito de subtração patrimonial, é que poderá ser responsabilizado pelo roubo com a qualificadora contida na primeira parte do § 3º do art. 157 do Código Penal, pois, caso contrário, se o seu dolo era o de matar para roubar, sobrevivendo a vítima, mesmo que nela tenha produzido lesões corporais graves, deverá responder pelo latrocínio tentado.

Desclassificação do latrocínio tentado

Imperativa se mostra a desclassificação do delito de latrocínio tentado para o crime de roubo majorado tentado quando as elementares daquele, especialmente o *animus necandi*, não estiverem devidamente caracterizadas (TJMG, AC 2.0000.00. 489776-7/000, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, DJ 20/8/2005).

Latrocínio e concurso de pessoas

A Turma entendeu, entre outras questões, que o paciente condenado por roubo armado seguido de morte responde como coautor, ainda que não tenha sido o responsável pelos disparos que resultaram no óbito da vítima. Na espécie, ficou demonstrado que houve prévio ajuste entre o paciente e os outros agentes, assumindo aquele o risco do evento morte. Precedentes citados: REsp. 622.741/RO, DJ 18/10/2004; REsp. 418.183/DF, DJ 4/8/2003, e REsp. 2.395/SP, DJ 21/5/1990 (STJ, HC 185.167/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 15/3/2011, Informativo nº 466).

Já decidiu esta Corte que: no roubo, mormente praticado com arma de fogo, respondem, de regra, pelo resultado morte, situado evidentemente em pleno desdobramento causal da ação delituosa, todos que, mesmo não agindo diretamente na execução da morte, contribuíram para a execução do tipo fundamental (Precedentes). Se assumiram o risco, pelo evento, respondem (HC 35.895/DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4/10/2004). E, ainda: HC 44.698/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 6/8/2007 e HC 39.243/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 5/12/2005) (STJ, HC 89506/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 6/10/2008).

Em tema de latrocínio não se deve reconhecer a cooperação dolosamente distinta, agasalhada pelo art. 29, § 2º, do CP, se o envolvido na empreitada criminosa dela participou ativamente, ainda que não tenha executado atos que culminaram na morte da vítima, mas assumiu o risco da produção do resultado mais grave (TJMG, Rel. Antônio Armando dos Anjos, AC 1.0372.05.014103-8/001, DJ 12/5/2007).

Em se tratando de crime de roubo, praticado com arma de fogo, todos os que contribuíram para a execução do tipo fundamental respondem pelo resultado morte, mesmo não agindo diretamente na execução desta, pois assumiram o risco pelo evento mais grave (STJ, HC 37583/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 1/7/2005, p. 573).

Desclassificação do latrocínio para homicídio

Não evidenciado o *animus furandi* dos réus, impõe-se a desclassificação do crime de latrocínio tentado para o delito de homicídio tentado, com a remessa dos autos ao Tribunal do Júri, que é juízo competente para o julgamento [TJMG, Apelação Criminal 1.0035.12.0043241/001 0043241-62.2012.8.13.0035 (1); Rel. Des^a Denise Pinho da Costa Val, 6^a C. Crim., j. 15/7/2014].

Inadmissível a desclassificação do crime de latrocínio para homicídio, comprovada a intenção de subtrair coisa alheia móvel mediante violência à pessoa, de que resultou a morte da vítima (TJMG, AC 1.0624.06.009619-2/001, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, DJ 14/6/2007).

Arma sem munição ou impossibilitada de disparar e exame de potencialidade ofensiva

Embora a questão também seja controvertida, entendemos que o fundamento da causa especial de aumento de pena relativa ao emprego de arma reside não somente no maior temor que é infundido à vítima, mas e principalmente na sua potencialidade ofensiva, isto é, na maior probabilidade, no maior risco de dano que o seu possível uso trará para a vida ou a integridade física da vítima.

São precisas, portanto, as lições de Álvaro Mayrink da Costa, quando afirma: “Não se admite a causa especial de aumento de pena quando se trata de arma *desmuniada* ou *defeituosa*, incapaz de colocar em risco o segundo objeto jurídico de tutela no tipo complexo de roubo, razão pela qual se exige a apreensão para a feitura da perícia, não sendo bastante a palavra da vítima que não é um experto em armas”.⁴¹

Conforme deixou entrever o ilustre desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, se é exigido que a arma possua potencialidade ofensiva para efeitos de reconhecimento da causa especial de aumento de pena, consequentemente, será fundamental o exame pericial, a fim de ser constatada tal potencialidade ofensiva. Caso contrário, não se podendo realizar o exame, por exemplo, por falta de apreensão da arma de fogo, na dúvida sobre a sua potencialidade ofensiva, esta deverá prevalecer em benefício do agente, aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*.

O tema é controvérsio.

Apreendido o armamento utilizado na empreitada criminosa e atestada a sua capacidade lesiva através de exame técnico pericial, incide a causa especial de aumento do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, ainda que desmuniado quando do seu emprego. Mesmo sem munição, a arma pode ser empregada, como *in casu*, como instrumento contundente apto a produzir lesões graves, o que imporia a manutenção da causa especial de aumento (STJ, REsp 1.489.166/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 02/02/2016).

A majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal deve ser afastada se o réu praticou o roubo com o

emprego de arma de fogo desmuniciada – fato reconhecido na sentença e no acórdão. Precedentes (STJ, HC 281.279/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 08/06/2015).

O emprego de arma de fogo, ainda que comprovadamente desmuniciada, tipifica o crime de roubo, pois, por si só, tem o condão de infligir à vítima “grave ameaça”. Todavia, porque inexistente a potencialidade lesiva, não há como aplicar a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal (STJ, HC 169.083/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., julg. 03/02/2011; HC 161.326/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., julg. 21/09/2010) (STJ, HC 303.800/SP, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5ª T., DJe 13/04/2015).

O emprego de arma de fogo, ainda que comprovadamente desmuniciada, tipifica o crime de roubo, pois, por si só, tem o condão de infligir à vítima “grave ameaça”. Todavia, porque ausente a potencialidade lesiva, não há como reconhecer a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal. Precedentes do STJ (TJ-RJ, AC 0000255-24.2012.8.19.0004, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 24/03/2015).

Possibilidade de arrependimento posterior no roubo

Será possível quando for praticado mediante violência imprópria.

O roubo, por sua própria natureza, praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, não é compatível com o instituto do arrependimento posterior. Inteligência do art. 16 do Código Penal (TJMG, AC 1.0105.02.064538-5/001, Rel. Ediwal José de Moraes, DJ 19/9/2006).

Princípio da insignificância

Existe discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de ser aplicado o raciocínio correspondente ao princípio da insignificância ao crime de roubo. O roubo encontra-se no rol dos crimes considerados complexos, uma vez que, para sua configuração, há necessidade de que o agente tenha a finalidade de praticar a subtração patrimonial e, para tanto, atue mediante o emprego de grave ameaça ou violência.

Assim, entendemos que, se todos os elementos que integram a cadeia complexa do roubo são insignificantes, será possível o reconhecimento e aplicação do mencionado princípio; ao contrário, se pelo menos um desses elementos que integram a cadeia complexa for grave o suficiente, descartado estará o princípio.

A título de exemplo, imagine-se a hipótese em que o agente, com a finalidade de praticar um delito de roubo no interior de um veículo coletivo, mediante o emprego de arma de fogo, anuncie o assalto ao trocador que, temeroso por sua vida, entregue ao agente todo o valor que trazia consigo, vale dizer, a importância de R\$ 5,00 (cinco reais).

À primeira vista, poderíamos considerar o valor de R\$ 5,00 (cinco reais) como insignificante o suficiente a fim de possibilitar o raciocínio do princípio em exame. No entanto, a ameaça exercida com emprego de arma de fogo é grave, razão pela qual a aplicação do princípio não seria viável.

Dessa forma, resumindo, se todos os elementos que compõem a cadeia complexa forem insignificantes, entendemos pela possibilidade de aplicação do princípio; caso um deles seja

grave, afastada estará a aplicação do princípio da insignificância, devendo o agente responder pelo roubo (consumado ou tentado).

A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar a impossibilidade de se reconhecer a insignificância dos crimes cometidos mediante violência e grave ameaça, como na hipótese (STJ, HC 136.059/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 18/04/2016).

Conforme orientação desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é inaplicável, ao crime de roubo, o princípio da insignificância – causa excludente da tipicidade penal –, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão (STJ, HC 238990/SP, Rel.^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 25/4/2013).

A iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça é no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo, exatamente por conta da violência ou grave ameaça, que afastam os requisitos de mínima ofensividade da conduta, de reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e de inexpressividade da lesão jurídica (STJ, HC 125993/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 5^a T., DJe 27/6/2012).

O crime de roubo se caracteriza pela apropriação do patrimônio de outrem mediante violência ou grave ameaça à sua integridade física ou psicológica. No caso concreto, ainda que o valor subtraído tenha sido pequeno, não há como se aplicar o princípio da insignificância, mormente se se considera que o ato foi praticado pelo paciente mediante grave ameaça e com o concurso de dois adolescentes, fato esse que não pode ser taxado como um comportamento de reduzido grau de reprovabilidade. A jurisprudência consolidada nesta Suprema Corte é firme no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo (HC 97190/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, 1^a T., j. 10/8/2010).

Em sentido contrário: Aplica-se o princípio da insignificância mesmo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Isso porque, sendo este um delito complexo, para se configurar sua tipicidade é imprescindível a significativa lesão aos dois valores tutelados pela norma, quais sejam, o patrimônio e a pessoa ou liberdade individual (TJMG, Processo 1.0024.06.122415-0/001[1], Rel.^a Maria Celeste Porto, DJ 16/10/2007).

Crime impossível

Nos termos da jurisprudência desta Corte, ainda que não exista nenhum bem com a vítima, o crime de roubo, por ser delito complexo, tem iniciada sua execução quando o agente, visando a subtração de coisa alheia móvel, realiza o núcleo da conduta meio (constrangimento ilegal/lesão corporal ou vias de fato), ainda que não consiga atingir o crime fim (subtração da coisa almejada) (STJ, REsp. 1340747/RJ, Rel.^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 21/5/2014).

Não há falar em crime impossível, mas em tentativa de roubo, quando a subtração não ocorre porque a vítima não traz consigo qualquer quantia em dinheiro, uma vez que, nesse caso, o objeto é apenas relativamente impróprio (TJMG, AC 1.0024.03.105914-0, Des. Hélcio Valentim, DJ 9/6/2006).

Para a configuração do crime de roubo, é irrelevante que a vítima não porte qualquer valor no momento da violência ou da grave ameaça, visto tratar-se de impropriedade relativa e não absoluta do objeto, o que basta para caracterizar o delito em sua modalidade (TJMG, AC, Rel. Lamberto Sant'Ana, RT 736, p. 693).

Palavra da vítima

Autoria e materialidade de crime contra o patrimônio baseado em depoimentos uníssonos e harmônicos das vítimas, que o reconheceu como um dos autores do crime de roubo duplamente qualificado. Palavra da vítima,

que adquire especial relevância como elemento probatório, podendo ser considerada suficiente para fundamentar o decreto condenatório, já que o único e exclusivo interesse do lesado é apontar o culpado. Conjunto probatório que demonstra de forma incontrovertida a dinâmica do delito perpetrado pelo apelante em companhia de um adolescente. Agente que, no caso concreto, retirou as *res furtivae* efetivamente da esfera de disponibilidade e vigilância das vítimas, cujos bens não foram recuperados, posteriormente (TJ-RJ, AC 0038543-76.2014.8.19.0002, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 25/06/2015).

Vítimas que reconheceram sem qualquer dúvida o apelante como autor dos roubos. Relevância da palavra da vítima no esclarecimento dos fatos. *In casu*, não se trata de duas versões que ensejam dúvida no julgador, mas sim da certeza dos depoimentos das vítimas e das testemunhas e do desacerto da versão do apelante. Condenação que se mantém (TJ-RJ, AC 0034501-56.2013.8.19.0054, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 03/06/2015).

Esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo: HC 116.487/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJe de 28/6/2010; REsp. 1.111.783/RS, Rel. Min Jorge Mussi, DJe de 21/6/2010; HC 135.663/RJ, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJe de 12/4/2010, v.g. (STJ, HC 181506/RJ, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 19/6/2012).

Laudo pericial e arma branca

Irrelevante a apreensão da arma para a caracterização da causa de aumento do artigo 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, quando provas robustas são hábeis a demonstrar a incidência. A potencialidade lesiva da faca dispensa perícia (TJDF, Rec. 2009.01.1.152348-5, Ac. 437.348, 1ª T. Crim., Rel.ª Des.ª Sandra de Santis, DJDFTE 17/8/2010, p. 310).

A Turma, denegou a ordem de *habeas corpus* ao entendimento (já consolidado na jurisprudência) de que, no crime de roubo, quando existem outros elementos comprobatórios que levam a admitir a autoria imputada ao réu, não é necessária a apreensão da arma ou sua perícia para o aumento da pena pelo seu uso, conforme previsto no art. 157, § 2º, I, do CP. Nas instâncias ordinárias, ficou comprovado que o ora paciente ingressou num vagão de trem armado de um estilete e que, sob ameaça, subtraiu dinheiro e o celular da vítima, a qual depois o reconheceu. Precedentes citados: HC 96.407-SP, DJ 4/8/2008, e HC 91.294-SP, DJ 23/6/2008 (STJ, HC 127.661/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., j. 14/5/2009).

O paciente, denunciado pela prática de roubo, insurge-se contra a aplicação da causa de aumento de pena por emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do CP), no caso, um garfo de cozinha, que não foi apreendido ou submetido à perícia. Neste Superior Tribunal, o Ministro Relator originário aplicou o entendimento de ser dispensável a apreensão da arma ou a realização de exame pericial para aplicar aquela causa de aumento quando presentes outros elementos probatórios que demonstrem seu efetivo uso no crime. Diante da dúvida, quanto ao material de fabrico do garfo e a seu potencial ofensivo, a Turma, no caso, entendeu, por maioria, conceder a ordem [STJ, HC 131.387/RJ, Rel. originário Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Celso Limongi (Des. convocado do TJ-SP), j. 21/5/2009].

Tendo a grave ameaça sido exercida com emprego de arma branca, dispensável o laudo de aferição de eficiência ou de potencialidade ofensiva, já que estas são óbvias nesse tipo de arma, pouco importando que a mesma tenha sido ou não apreendida, pois configura instrumento capaz de causar temor e dano à integridade física da vítima (TJMG, AC 1.0567. 05.087100-1/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, DJ 30/3/2007).

Continuidade delitiva

Os crimes de roubo e latrocínio, pelos quais o Paciente foi condenado, apesar de serem do mesmo gênero,

não são da mesma espécie. No crime de roubo, a conduta do agente ofende o patrimônio. No delito de latrocínio, ocorre lesão ao patrimônio e à vida da vítima, não havendo homogeneidade de execução na prática dos dois delitos, razão pela qual tem aplicabilidade a regra do concurso material. Precedentes (STJ, HC 240630/RS, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T, DJe 17/2/2014).

Os crimes de roubo e latrocínio, embora previstos no mesmo tipo penal, não pertencem a uma mesma espécie, se diferenciando quanto ao meio de execução, o que impossibilita o reconhecimento da continuidade delitiva entre eles. No delito de roubo, o agente se volta contra o patrimônio da vítima, enquanto que no crime de latrocínio, há uma ação dolosa que lesiona dois bens jurídicos distintos – o patrimônio e a vida –, o que revela que os meios de execução escolhidos pelo agente são propositadamente distintos. Não havendo homogeneidade de execução na prática dos dois delitos (roubo e latrocínio), inviável se falar em continuidade delitiva, devendo incidir à hipótese a regra do concurso material. Precedentes (STJ, HC 223711/SP, Rel^a Min^a Marilza Maynard, Des.^a convocada do TJSE, 5^a T, DJe 25/4/2013).

Não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio, eis que, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois possuem elementos objetivos e subjetivos distintos, não havendo, portanto, homogeneidade de execução. Precedentes desta Corte e do STF (STJ, HC 68137/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T, DJ 12/3/2007). No entanto, apesar da posição jurisprudencial, entendemos perfeitamente admissível o reconhecimento da continuidade delitiva entre o roubo e o latrocínio, que, por sinal, não deixa também de ser um crime de roubo, qualificado pelo resultado morte.

Roubo com arma de brinquedo

A utilização de arma de brinquedo para intimidar a vítima do delito de roubo não autoriza o reconhecimento da causa de especial aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, cuja caracterização está vinculada ao potencial lesivo do instrumento (STJ, HC 299.520/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T, DJe 07/05/2015).

Consoante pacífico entendimento desta Corte, a utilização de arma de brinquedo para intimidar a vítima do delito de roubo não autoriza o reconhecimento da causa de especial aumento de pena do inc. I do § 2º do art. 157 do CP, cuja caracterização está vinculada ao potencial lesivo do instrumento (STJ, HC 222410/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 5^a T, DJe 29/6/2012).

O anúncio do assalto com uma arma na cintura, mesmo que de brinquedo, é apto a gerar a grave ameaça exigida no tipo penal de *roubo*, restando impossível a desclassificação para o crime de furto, eis que a vítima não é capaz de diferenciá-la (TJMG, Ac. 1.0024.01.576460-8/001, 1^a Câm. Crim., Rel. Judimar Biber, pub. 28/3/2008).

Roubo com emprego de arma e associação criminosa

A jurisprudência, principalmente de nossos Tribunais Superiores, com a antiga redação do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, já tinha se manifestado no sentido da possibilidade de coexistência entre o roubo, com a causa especial de aumento de pena do emprego de arma, e a, atualmente, reconhecida como associação criminosa, de acordo com a nova rubrica constante do art. 288 do referido diploma repressivo, com a pena agravada quando essa associação for armada.

Assim, não se configura em *bis in idem* a condenação que tenha como fundamento a prática do roubo, com a causa especial de aumento de pena prevista no inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, com o crime de associação criminosa armada, nos termos do parágrafo único do

art. 288 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Roubo e bem ilícito

Trata-se de paciente condenado por crime de tentativa de roubo qualificado de duas máquinas caça-níqueis à pena de 2 anos e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado. Sustenta o impetrante a atipicidade da conduta porque a tentativa de roubo incidiu sobre duas máquinas caça-níqueis, que são bens ilícitos. Assim, busca a impetração, liminarmente e no mérito, a absolvição do paciente e, subsidiariamente, requer a fixação do regime inicial intermediário. Para a Ministra Relatora, ao contrário do que sustenta o impetrante, é típica a conduta de roubar as máquinas caça-níqueis porque, apesar da proibição à exploração do jogo de azar vigente em nosso ordenamento jurídico, a *res furtiva* tem relevância econômica, pois atinge o patrimônio da vítima, objeto jurídico tutelado pela lei penal. Por outro lado, reconhece que o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o semiaberto nos termos da Súmula nº 269-STJ, visto que a pena-base imposta ao paciente foi fixada no mínimo legal em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Daí asseverar a Min. Relatora que, tendo em vista o *quantum* da pena definitiva aplicada, apesar de reincidência, afigura-se possível o condenado iniciar o cumprimento de sua reprimenda no regime prisional semiaberto. Diante do exposto, a Turma concedeu parcialmente a ordem. Precedentes citados: *HC 132.817/SP, DJe 21/9/2009*; e *HC 120.039/SP, DJe 11/5/2009* (STJ, *HC 202.784/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., j. 21/6/2011, Informativo nº 478*).

Roubo no Código Penal Militar

Vide art. 242 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Roubo e Lei de Segurança Nacional

Se o agente vier a roubar por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas, será aplicado o art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983), que comina uma pena de reclusão, de 3 a 10 anos. Se o fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

Prioridade de tramitação do processo de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*)

A Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016, acrescentou o art. 394-A ao Código de Processo Penal, determinando, *verbis*: *Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.*

Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, Edição nº 51: Crimes Contra o Patrimônio – II 1) Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC. Tema 916).

- 2) O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes (Súmula nº 443/STJ) 3) Há concurso material entre os crimes de roubo e extorsão quando o agente, após subtrair bens da vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha para sacar dinheiro de sua conta-corrente.
- 4) Não é possível reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e de extorsão, pois são infrações penais de espécies diferentes.
- 5) O roubo praticado em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, enseja o reconhecimento do concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único.
- 6) É prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização de causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, quando evidenciado o seu emprego por outros meios de prova.
- 7) Cabe à defesa o ônus da prova de demonstrar que a arma empregada para intimidar a vítima é desprovida de potencial lesivo.
- 8) A utilização de arma sem potencialidade lesiva, atestada por perícia, como forma de intimidar a vítima no delito de roubo, caracteriza a elementar grave ameaça, porém, não permite o reconhecimento da majorante de pena.
- 9) O crime de porte de arma é absorvido pelo de roubo quando restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, o que caracteriza o princípio da consunção.
- 10) Agravidade do delito de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e/ou emprego de arma de fogo não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, na medida em que constituem circunstâncias comuns à espécie.
- 11) Não há continuidade delitiva entre roubo e furto, porquanto, ainda que possam ser considerados delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie.
- 12) Não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio pois, apesar de se tratarem de delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie, devendo incidir a regra do concurso material.
- 13) Há tentativa de latrocínio quando a morte da vítima não se consuma por razões alheias à vontade do agente.
- 14) Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima (Súmula nº 610/STF).
- 15) Há concurso formal impróprio no crime de latrocínio nas hipóteses em que o agente, mediante uma única subtração patrimonial provoca, com desígnios autônomos, dois ou mais resultados morte.
- 16) Nos crimes de roubo praticados em detrimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a fixação da competência é verificada de acordo com a natureza econômica do serviço prestado na forma de agência própria, cuja competência é da Justiça Federal; ou na forma de franquia, explorada por particulares, hipótese em que a Justiça Estadual terá competência para julgamento dos processos.

Extorsão Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa: Pena –

reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é cometido por 2 (duas) ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até metade.

§ 2º Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

(Incluído pela Lei nº 11.923, de 17/4/2009.) **Introdução**

O *núcleo* do tipo é o verbo *constranger*, que tem o significado de obrigar, coagir alguém a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. Esse *constrangimento*, da mesma forma que aquele previsto pelo art. 146 do Código Penal, deve ser exercido com o emprego de *violência* ou *grave ameaça*. Além disso, o agente, segundo o entendimento doutrinário predominante, deve atuar com uma finalidade especial, que transcende ao seu dolo, chamada de *especial fim de agir*, aqui entendida como o *intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica*. Dessa forma, o agente deve constranger a vítima, impondo-lhe um comportamento – positivo ou negativo –, determinando que faça, tolere que se faça, ou mesmo deixe de fazer alguma coisa, a fim de que, com isso, consiga, para ele ou para outrem, indevida vantagem econômica, que deve ser entendida em um sentido mais amplo do que a coisa móvel alheia exigida no delito de roubo. Qualquer vantagem de natureza econômica, gozando ou não do *status* de coisa móvel alheia, ou seja, passível ou não de remoção, poderá constituir a finalidade especial com que atua o agente.

Podemos, portanto, destacar os elementos que integram o delito de extorsão, a saber:

- a) constrangimento, constituído pela violência física (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*), obrigando a vítima a fazer, tolerar que se faça ou a deixar de fazer alguma coisa;
- b) especial fim de agir, caracterizado pela finalidade do agente em obter indevida vantagem econômica, para si ou para outrem.

O crime de extorsão previsto no art. 158 do Código Penal, este se caracteriza quando há o constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça, com o intuito de obter a vantagem indevida. Meros xingamentos em razão de resposta negativa ao pedido não são aptos a configurar a grave ameaça ou a violência (TJDF, Rec. 2009.03.1.016051-3, Ac. 437.064, 2ª T. Crim., Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, DJDFTE 16/8/2010, p. 424).

O constrangimento, seja exercido com o emprego de violência ou de grave ameaça, deve ter sempre uma finalidade especial: a obtenção de *indevida vantagem econômica*, para si ou para outrem. A ausência dessa finalidade especial descaracteriza o crime de extorsão, podendo

se configurar, por exemplo, no delito de constrangimento ilegal, tipificado no art. 146 do Código Penal.

Por *indevida* deve ser entendida aquela vantagem a que o agente não tinha direito, pois, caso contrário, se fosse devida a vantagem, poderia, dependendo do caso concreto, haver desclassificação para o delito de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). Além de indevida, a vantagem deve, obrigatoriamente, ser *econômica*, conceito muito mais amplo do que a simples posse ou propriedade, exigida para a configuração do crime de roubo.

Tal como ocorre no crime de roubo, quando houver o concurso de duas ou mais pessoas ou o emprego de arma no cometimento da extorsão, a pena será aumentada de um terço até metade.

Da mesma forma, se da violência praticada na extorsão resultar lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta a morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa, conforme determina o § 2º do art. 158 do Código Penal.

A extorsão qualificada pela morte encontra-se no rol das infrações penais consideradas hediondas pela Lei nº 8.072/90 (art. 1º, inc. III).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; de dano (embora Fragoso concluísse que “o crime se consuma com o resultado do constrangimento, isto é, com a ação ou omissão que a vítima é constrangida a fazer, omitir ou tolerar que se faça, e por isso pode-se dizer que, em relação ao patrimônio, este crime é de perigo”);⁴² doloso; formal; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, caso o agente goze do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (ou não transeunte, dependendo da possibilidade de realização de perícia no caso concreto).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Além do *patrimônio* (aqui entendido num sentido mais amplo do que a posse e a propriedade, pois que a lei penal fala em *indevida vantagem econômica*), também podemos visualizar a *liberdade individual*, a *integridade física e psíquica* da vítima, como os bens por ele juridicamente protegidos.

Objeto material do crime de extorsão é a *pessoa* contra a qual recai o constrangimento.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode figurar como *sujeito ativo* do delito de extorsão. Da mesma forma, qualquer pessoa pode ser considerada como *sujeito passivo* do delito em estudo. Também é possível que a pessoa jurídica goze do *status* de sujeito passivo do delito *sub examen*, uma vez que seus sócios, por exemplo, podem ceder ao constrangimento sofrido, fazendo com que

haja perda no patrimônio daquela.

Consumação e tentativa

Tendo em vista sua natureza de *crime formal*, consuma-se a extorsão no momento em que o agente pratica a conduta núcleo do tipo, vale dizer, o verbo *constranger*, obrigando a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, a tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. Nesse exato momento, vale dizer, quando a vítima assume um comportamento positivo ou negativo, contra a sua vontade, impelida que foi pela conduta violenta ou ameaçadora do agente, tem-se por consumado o delito.

A obtenção da indevida vantagem econômica, prevista no tipo do art. 158 do Código Penal como o seu especial fim de agir, é considerada mero exaurimento do crime, tendo repercussões, entretanto, para efeitos de aplicação da pena, quando da análise das chamadas circunstâncias judiciais, previstas pelo *caput* do art. 59 do mesmo diploma.

Adotando postura que demonstra a natureza formal do crime de extorsão, o STJ editou a Súmula nº 96, que diz: **Súmula nº 96. O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.**

O crime de extorsão tem natureza formal, não depende da obtenção de indevida vantagem econômica para sua consumação. A obtenção da indevida vantagem consiste apenas no exaurimento do delito. Súmula nº 96 do STJ (TJ-RJ, AC 0021566-53.2012.8.19.0204, Rel. Des. Cairo Ítalo França David, DJe 13/09/2016).

Mesmo se tratando de um crime formal, toda vez que pudermos fracionar o *iter criminis* será possível o raciocínio correspondente à tentativa.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha prelecionam: “A tentativa é perfeitamente possível, pois a extorsão não se perfaz num único ato, apresentando um caminho a ser percorrido (delito plurissubstancial)”.⁴³

O delito tipificado no artigo 158 do Código Penal se consuma independentemente da obtenção da vantagem indevida, bastando que a vítima faça, deixe de fazer ou tolere que o agente faça alguma coisa mediante violência ou grave ameaça. No caso dos autos, é impossível o reconhecimento da tentativa na segunda conduta, já que a ação policial não impediu que as vítimas agissem de modo a entregar a quantia exigida pelos réus, tendo obstado apenas que estes efetivamente recebessem o dinheiro, fase que caracteriza mero exaurimento do delito (STJ, HC 232062/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 25/3/2014).

A afirmação da Corte *a quo* de que não se chegou a realizar a retirada de dinheiro em caixa eletrônico, com o uso da senha da vítima, é irrelevante para a configuração do crime de extorsão, nos termos da Súmula 96/STJ (STJ, REsp. 1255559/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 25/6/2013).

Não se consuma o crime de extorsão quando, apesar de ameaçada, a vítima não se submete à vontade do criminoso, fazendo, tolerando que se faça ou deixando de fazer algo contra a sua vontade (STJ, REsp. 1094888/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 5/9/2012).

Aquaestio juris consistiu em saber se a competência para apurar suposto crime de extorsão na modalidade de comunicação por telefone de falso sequestro com exigência de resgate por meio de depósito bancário seria

o juízo do local onde a vítima teria sofrido a ameaça por telefone e depositado a quantia exigida ou aquele onde está situada a agência bancária da conta beneficiária do valor extorquido. Para a Ministra Relatora, como a extorsão é delito formal, consuma-se no momento e no local em que ocorre o constrangimento para que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa (Súmula nº 96-STJ). Assim, o local em que a vítima foi coagida a efetuar o depósito mediante ameaça por telefone é onde se consumou o delito. Por isso, aquele é o local em que será processado e julgado o feito independentemente da obtenção da vantagem indevida, ou seja, da efetivação do depósito ou do lugar onde se situa a agência da conta bancária beneficiada. Com esse entendimento, a Seção declarou competente o juízo suscitado. Precedentes citados: REsp. 1.173.239/SP, DJe 22/11/2010; AgRg. no Ag. 1.079.292/RJ, DJe 8/2/2010, e CC 40.569/SP, DJ 5/4/2004 (STJ, CC 115.006/RJ, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., j. 14/3/2011, S3, Informativo nº 466).

Não há falar em crime impossível, em tentativa e em flagrante preparado, pois devidamente evidenciada a extorsão consumada, com o constrangimento sofrido pela vítima, mediante ameaça, e o intuito da obtenção da indevida vantagem econômica. Ademais, a teor da Súmula nº 96 do STJ, o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção desta vantagem, porque se configura por ocasião do constrangimento mediante violência ou grave ameaça (TJRS, AC 70027499904, Rel.^a Des.^a Isabel de Borba Lucas, DJ 26/5/2009).

Cuidando-se de crime formal, sequestrada a vítima e exigido o resgate, ocorre a consumação, ainda que não se tenha conseguido a vantagem econômica almejada (Súmula nº 96/STJ) (STJ, HC 86127/RJ, HC 2007/0138842-3, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a T., pub. 17/3/2008).

Sendo a extorsão um crime formal e plurissubstancial, perfaz-se com o constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, independentemente da obtenção da indevida vantagem buscada (TJMG, AC 1.0245.06. 084470-2/001, 3^a Câm. Crim., Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 27/2/2008).

A tentativa somente é admitida quando a vítima não se submete à violência ou à grave ameaça, interrompendo, assim, o *iter criminis* (TJMG, AC 1.0245.06. 084470-2/001, 3^a Câm. Crim., Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 27/2/2008).

Na hipótese dos autos, as vítimas submetidas a ameaça de mal injusto e grave contra sua filha menor e sobrinhos, por parte dos réus, entregaram-lhe um pacote, que acreditaram ser dinheiro, quando foram presos por policiais civis, em disfarce. É o caso típico, embora excepcional, de tentativa de extorsão, crime de natureza formal (STJ, REsp. 16123/RJ, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, 6^a T., LEXSTJ 69, p. 343).

Elemento subjetivo

O crime de extorsão só pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Além do dolo, a doutrina majoritária aponta outro elemento subjetivo, que lhe é transcidente, chamado *especial fim de agir*, caracterizado, *in casu*, pela finalidade do agente em obter, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica.

Não incorre nas penas cominadas ao crime de extorsão o agente que exige o cumprimento de obrigação que entende legítima, por ausência da circunstância elementar do art. 158 do CP, no que concerne a indevida vantagem econômica (TJMG, AC 1.0188.04. 027 983-1/001, Rel. Eduardo Brum, DJ 14/2/2006).

No delito de extorsão (CP art. 158), a conduta é especificada com o elemento subjetivo do tipo ‘com o intuito de’. Basta, pois, a ação voltada contra o patrimônio. Os elementos constitutivos do crime não incluem o dano patrimonial. Se este ocorrer, configura exaurimento (STJ, REsp. 29587/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 2/8/1993, p. 14.287).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *constranger* pressupõe um comportamento comissivo do agente. Entretanto, aquele que se encontra na condição de garantidor e, dolosamente, nada faz para evitar o constrangimento sofrido pela vítima, também deverá ser responsabilizado pelo delito de extorsão.

Causas de aumento de pena

O § 1º do art. 158 do Código Penal prevê duas causas de aumento de pena, a saber: o *concurso de duas ou mais pessoas*, bem como o *emprego de arma no cometimento do crime*, que serão analisadas, isoladamente, a seguir.

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstaciado e, por analogia, no crime de extorsão, exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a suaexasperação a mera indicação do número de majorantes (TJ-MG, AC 0541944-64.2006.8.13.0231, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caires, DJE 1º/08/2016).

Para a fixação do percentual de aumento previsto no § 1º do art. 158 do CP, deve haver sempre medida de justo equilíbrio abstrato (pelo legislador) e concreto (pelo juiz da causa) entre a sanção a ser cominada e a gravidade do fato praticado, dosando o acréscimo de forma qualitativa e não quantitativa, justificando-se a majoração mínima quando estas não forem dotadas de excessiva gravidade (TJMG, AC 1.0245. 06.084470-2/001, 3^a Câm. Crim., Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 27/2/2008).

Concurso de duas ou mais pessoas no cometimento do crime: para que seja reconhecido o concurso de pessoas, quer como qualificadora, como acontece no crime de furto, quer como causa especial de aumento de pena, nas hipóteses de roubo e extorsão, será exigida a presença dos agentes durante a prática dos atos materiais de execução das respectivas infrações penais.

Com relação às demais situações, a exemplo do cômputo de inimputáveis no reconhecimento do concurso de pessoas, não identificação de todos os agentes, remetemos o leitor às discussões travadas quanto ao estudo da qualificadora do concurso de pessoas no crime de furto, que se aplicam, perfeita e identicamente, ao delito de extorsão.

Havendo participação de dois ou mais agentes na empreitada delituosa, com liame subjetivo os ligando, impossível expurgar da condenação a qualificadora do concurso de pessoas, não obstante o outro agente ser menor (TJMG, AC 1.0313.02.068254-5/001, Rel. Pedro Vergara, DJ 2/2/2007).

Se o crime é cometido com o emprego de arma: aplica-se à extorsão o raciocínio desenvolvido com relação à causa especial de aumento de pena relativa ao emprego de arma no crime de roubo.

Não emprega a arma o agente que, durante a prática do delito, a traz consigo, mas não permite que tal fato chegue ao conhecimento da vítima.

Para incidir as causas de aumento do crime de roubo pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, II, do CP) e da extorsão (art. 158, § 1º, do CP), mostra-se necessária a apreensão e a perícia no objeto utilizado, para verificar sua potencial eficácia para produzir disparos. Tal necessidade funda-se no mesmo argumento dada a

revogação da Súmula nº 174 do STJ. Jurisprudência minoritária, inclusive no STJ (TJRS, AC 70020483939, 8^a Câm. Crim., Rel. Mário Rocha Lopes Filho, pub. 16/11/2007).

Modalidades qualificadas

Diz o § 2º do art. 158 do Código Penal, *verbis*:

§ 2º Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

Todas as conclusões a que chegamos quando do estudo das modalidades qualificadas de roubo aplicam-se também à extorsão, à exceção do fato de que a extorsão qualificada pelo resultado morte não é reconhecida como *latrocínio*, sendo esse *nomen juris* específico para o roubo com resultado morte.

Sequestro Relâmpago

A Lei nº 11.923, de 17 de abril 2009, incluiu o § 3º ao art. 158 do Código Penal, criando, assim, mais uma modalidade do chamado sequestro relâmpago, além daquela prevista pelo inc. V do § 2º do art. 157 do mesmo diploma repressivo.

Em virtude da nova disposição legal temos que, *ab initio*, levar a efeito a distinção entre o sequestro relâmpago que configura o delito de extorsão, e aquele que se consubstancia em crime de roubo.

Infelizmente, a lei penal cedeu à pressão de parte de nossos doutrinadores que, ainda seguindo as orientações de Hungria, conjugadas com os ensinamentos de Luigi Conti, afirmava que a diferença entre os delitos de roubo e extorsão residiria, fundamentalmente, no fato de que, naquele, o agente podia, por si mesmo, praticar a subtração, sem que fosse preciso a colaboração da vítima; na extorsão, ao contrário, a consumação somente seria possível se a vítima cooperasse com o agente, entregando-lhe a vantagem indevida.

Assim, além de levarem a efeito a diferença entre a *contrectatio* e a *traditio*, procuram distinguir os delitos com base no critério da “prescindibilidade ou não do comportamento da vítima”, afirmando que se a obtenção da vantagem patrimonial fosse impossível sem a sua colaboração, estaríamos diante de um crime de extorsão; por outro lado, ou seja, se mesmo sem a colaboração da vítima fosse possível o sucesso da empresa criminosa, o crime seria o de roubo.

A fim de distinguir essas duas situações, tem-se exemplificado com os crimes praticados contra vítimas que se encontram em caixas eletrônicos. Assim, tendo em vista que, para que o agente tenha sucesso na obtenção da vantagem indevida, a vítima, obrigatoriamente, deverá efetuar o saque mediante a apresentação de sua senha, o fato, para a maioria de nossos doutrinadores, deveria ser entendido como extorsão.

Infelizmente, não se tem considerado a possibilidade de decisão da vítima, ou seja, não se tem levado em consideração se a vítima, na situação em que se encontrava, tinha ou não um tempo razoável, ou mesmo se podia resistir ao constrangimento que era praticado pelo agente. Weber Martins Batista analisando, com precisão, a distinção entre os crimes de roubo e extorsão, preleciona: “Se o agente ameaça a vítima ou pratica violência contra ela, visando a obter a coisa *na hora*, há roubo, sendo desimportante para caracterização do fato que ele tire o objeto da vítima ou este lhe seja dado por ela. É que, nesta última hipótese, não se pode dizer que a vítima agiu, pois, estando totalmente submetida ao agente, não passou de um instrumento de sua vontade. Só se pode falar em extorsão, por outro lado, quando o mal prometido é futuro e futura a obtenção da vantagem pretendida, porque neste caso a vítima, embora ameaçada, não fica totalmente a mercê do agente e, portanto, participa, ainda que com a vontade viciada, do ato de obtenção do bem”.⁴⁴

A Lei nº 11.923, de 17 de abril de 2009, como dissemos, criou outra modalidade qualificada de extorsão, acrescentando o § 3º do art. 158 do Código Penal, tipificando o delito de *sequestro relâmpago*, mesmo que não tenha consignado, expressamente, esse *nomen juris* como rubrica ao mencionado parágrafo, dizendo, *verbis*:

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

Dessa forma, para que se configure o delito em estudo, há necessidade de que a vítima tenha sido privada de sua liberdade e essa condição seja necessária para obtenção da vantagem econômica.

Essa privação da liberdade deverá ocorrer por tempo razoável, permitindo, assim, que se reconheça que a vítima ficou limitada em seu direito de ir, vir ou mesmo permanecer, em virtude do comportamento levado a efeito pelo agente.

Por outro lado, a privação da liberdade da vítima deve ser um *meio*, ou seja, uma *condição necessária* para que o agente obtenha sucesso na obtenção da vantagem econômica. Citam-se como exemplos dessa hipótese quando a vítima é obrigada a acompanhar o agente a um caixa eletrônico a fim de que possa efetuar o saque de toda a importância disponível em sua conta bancária, ou mesmo aquele que obriga a vítima a dirigir-se até a sua residência, a fim de entregar-lhe todas as joias existentes no seu cofre, que somente poderia ser aberto mediante a apresentação das digitais do seu proprietário.

Faz-se mister ressaltar que, para nós, os exemplos acima se configurariam como delito de roubo, com a causa especial de aumento de pena prevista no inc. V do § 2º do art. 157 do Código Penal, uma vez que a vítima não tinha liberdade de escolha. No entanto, para a maioria

de nossa doutrina, seria um exemplo de extorsão, com restrição de liberdade da vítima.

De acordo com nosso posicionamento, minoritário por sinal, dificilmente seria aplicado novo parágrafo do art. 158 do Código Penal, pois que a vítima, privada de sua liberdade mediante o constrangimento praticado pelo agente, não teria como deixar de anuir à exigência da entrega, por exemplo, da indevida vantagem econômica.

Ocorreria, por outro lado, o sequestro relâmpago, característico do crime de roubo, para a maioria de nossos doutrinadores, quando o agente pudesse, ele próprio, sem a necessidade de colaboração da vítima, subtrair os bens móveis que desejasse. Assim, por exemplo, pode ocorrer que o agente, ao se deparar com a vítima, que dirigia seu automóvel, anuncie o roubo e, ato contínuo, a coloque no porta-malas, e siga em direção a um lugar ermo, afastado, impedindo-a, dessa forma, de se comunicar imediatamente com a polícia.

Como se percebe, nesse último caso, o agente poderia, sem a colaboração da vítima, subtrair seu automóvel. No entanto, privou-a de sua liberdade, razão pela qual não haveria dúvida na aplicação do inc. V do § 2º do art. 157 do Código Penal, fazendo com que a pena aplicada ao roubo fosse aumentada de um terço até a metade.

Merece ser frisado que a Lei nº 11.923, de 17 de abril de 2009, desigualou o tratamento até então existente entre os crimes de roubo e extorsão, cujos arts. 157 e 158 do Código Penal, respectivamente, preveem as mesmas penas no que diz respeito à modalidade fundamental (reclusão, de 4 a 10 anos, e multa), bem como a majorante de 1/3 (um terço) até a metade para algumas hipóteses similares, e, ainda, penas idênticas se da violência resultar lesão corporal grave ou morte.

Agora, a privação da liberdade da vítima importará no reconhecimento de uma qualificadora (art. 158, § 3º, do CP), em vez de uma causa especial de aumento de pena, como havia sido previsto primeiramente para o crime de roubo (art. 157, § 2º, V do CP). Assim, fatos semelhantes terão penas diferentes, ofendendo-se, frontalmente, os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Além disso, como alerta, com precisão, Eduardo Luiz Santos Cabette: “nos casos de roubos qualificados por lesões graves ou morte, onde houve restrição da liberdade da vítima, e extorsões nas mesmas condições, estas serão sempre apenadas com mais rigor. Nestes casos, a Lei nº 11.923/2009 manda aplicar à extorsão com restrição da liberdade as mesmas penas do crime de extorsão mediante sequestro qualificado (art. 159, §§ 2º e 3º, do CP). Assim sendo, enquanto nos casos de roubo as penas variam entre ‘reclusão, de 7 a 15 anos’ (lesões graves) e ‘reclusão, de 20 a 30 anos’ (morte); nos casos de extorsão as sanções vão gravitar entre ‘reclusão, de 16 a 24 anos’ (lesões graves) e ‘reclusão, de 24 a 30 anos’ (morte). É realmente de se indagar: o que justifica essa discrepância?

Deixando um pouco de lado essas falhas grotescas da nova legislação, tem-se que, com o

advento do novo § 3º do art. 158 CP, dever-se-á verificar em cada caso concreto se ocorreu um roubo ou uma extorsão. Em se formando um juízo de roubo, aplica-se o art. 157, § 2º, V, do CP; caso contrário, concluindo-se pela ocorrência de extorsão, aplica-se o art. 158, § 3º, do CP.

Note-se que no caso do roubo a ocorrência de lesões graves ou morte afasta a aplicação do § 2º, V, do art. 157 do CP, prevalecendo o § 3º, do mesmo dispositivo. Já na extorsão deve-se atentar para que se houver lesões graves ou morte, sem que o agente tenha obrado com restrição da liberdade da vítima, aplica-se o § 2º, do art. 158 do CP, que remete às penas do art. 157, § 3º, do CP. Quando ocorrerem os mesmos resultados (lesões graves ou morte), mas o agente tiver atuado mediante restrição da liberdade da vítima, aplica-se o § 3º, *in fine*, do art. 158, do CP, que remete às penas do art. 159, §§ 2º e 3º, do CP”⁴⁵

Outro problema que deve ser enfrentado diz respeito à possibilidade de se raciocinar, também, com o delito de sequestro, previsto no art. 148 do Código Penal, em concurso com o delito de extorsão. Como dissemos, para que se caracterize a modalidade qualificada de extorsão, mediante a restrição da liberdade da vítima, esta, ou seja, a restrição da liberdade deve ser um *meio* para que o agente obtenha a vantagem econômica.

Assim, raciocinemos com o seguinte exemplo: imagine-se a hipótese em que o agente, depois de constranger a vítima, por telefone, a entregar-lhe determinada quantia, marque com ela um local para a entrega do dinheiro. Ao receber o valor exigido, o agente, acreditando que a vítima estivesse sendo seguida, a fim de assegurar-lhe a fuga, coloca-a no porta-malas de seu automóvel e, com ela, vai em direção a uma cidade vizinha, distante, aproximadamente, 50 quilômetros do local da entrega do dinheiro, onde, após assegurar-se de que não estava sendo seguido, a liberta.

Nesse caso, tendo em vista a sua natureza de crime formal, a extorsão já havia se consumado, quando da prática do constrangimento pelo agente. Ao privar a vítima de sua liberdade, nesse segundo momento, o agente pratica, outrossim, o delito de sequestro, que não serviu, como se percebe, para a prática da extorsão. Aqui, portanto, teríamos o concurso entre o delito de extorsão, tipificado no *caput* do art. 158 do Código Penal, e o delito de sequestro ou cárcere privado, previsto pelo art. 148 do mesmo diploma repressivo.

Se a finalidade da privação da liberdade da vítima for a obtenção, para si ou para outrem, de qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate, o fato se amoldará ao delito de extorsão mediante sequestro, tipificado no art. 159 do Código Penal.

Não há que se falar em constitucionalidade do preceito secundário do art. 158, § 3º, do Código Penal por suposta violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a extorsão qualificada atenta não apenas contra o patrimônio, mas também contra a liberdade individual, razão pela qual o legislador previu pena mais severa (STJ, HC 343.976/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJe 19/09/2016).

Pena e ação penal

As penas cominadas ao delito de extorsão, nas suas modalidades simples e qualificadas, são as mesmas previstas para o delito de roubo.

Assim, nos termos do *caput* do art. 158 do Código Penal, em sua modalidade fundamental, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

Para as modalidades qualificadas, se da violência resultar *lesão corporal grave*, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além de multa; se resulta a *morte*, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Diferença entre roubo e extorsão

São vários os critérios que procuram traçar as distinções entre o roubo e a extorsão, a saber: 1. Conforme lições de Hungria, a diferença reside entre a *contrectatio* e a *traditio*. Assim, se o agente subtrai, o crime é de roubo; se o agente faz com que a ele seja entregue pela vítima, estariámos diante da extorsão.

2. Noronha, citando Carrara, aponta a distinção entre os dois crimes considerando que “no roubo o mal é *iminente* e o proveito *contemporâneo*; enquanto, na extorsão, o mal prometido é *futuro e futura a vantagem a que visa46*
3. Luigi Conti⁴⁷ procura levar a efeito a distinção com base no critério da “prescindibilidade ou não do comportamento da vítima”. Assim, se sem a colaboração da vítima fosse impossível a obtenção da vantagem, o delito seria o de extorsão; por outro lado, se mesmo sem a colaboração da vítima fosse possível o sucesso da empresa criminosa, o crime seria o de roubo.
4. Weber Martins Batista, a seu turno, em nossa opinião acertadamente, afirma “Se o agente ameaça a vítima ou pratica violência contra ela, visando a obter a coisa *na hora*, há roubo, sendo desimportante para caracterização do fato que ele tire o objeto da vítima ou este lhe seja dado por ela. É que, nesta última hipótese, não se pode dizer que a vítima agiu, pois, estando totalmente submetida ao agente, não passou de um instrumento de sua vontade. Só se pode falar em extorsão, por outro lado, quando o mal prometido é futuro e futura a obtenção da vantagem pretendida, porque neste caso a vítima, embora ameaçada, não fica totalmente a mercê do agente e, portanto, participa, ainda que com a vontade viciada, do ato de obtenção do bem”.⁴⁸

Não caracteriza crime autônomo de extorsão quando o constrangimento para obtenção de indevida vantagem econômica ocorre durante a execução do crime de roubo, praticado mediante emprego de arma de fogo, embora o contexto da violência e da grave ameaça seja o mesmo (TJ-MG, AC 0015064-79.2015.8.13.0392, Rel. Des. Octavio Augusto de Nigris Boccalin, DJe 06/09/2016).

A conduta do agente, consistente em subtrair bens pertencentes à vítima mediante grave ameaça e, ainda, em exigir a entrega do cartão bancário e senha, embora realizada no mesmo contexto, caracteriza, de forma autônoma, os delitos de roubo e de extorsão. Precedentes (STJ, REsp. 1255559/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 25/6/2013).

Comprovado o elemento subjetivo dos réus de subtrair os objetos da vítima, bem como a ameaça praticada pelo emprego de arma de fogo, não há que se falar em extorsão, cujo verbo nuclear do tipo é *constranger*, e exige, para sua adequação típica, um ato da vítima no sentido de entregar ao agente a vantagem econômica indevida. Correta, pois, a tipificação penal pelo delito de roubo. (TJRS, AC 70028 386258, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, DJ 14/5/2009).

Os crimes de roubo e de extorsão mediante sequestro diferenciam-se porque, no segundo, exige-se a participação ativa da vítima, que deve fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa; destarte, a conduta admitida pelo próprio impetrante/paciente de restringir a liberdade da vítima e obrigá-la a fornecer o cartão do banco e a respectiva senha, para a obtenção de vantagem ilícita exigida como condição para a sua libertação, caracteriza o crime de extorsão mediante sequestro, e não roubo (STJ, HC 86127/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJ 17/3/2008, p. 1).

A distinção fundamental entre o roubo e a extorsão está em que no roubo a ação da vítima é prescindível, enquanto que na extorsão é imprescindível para a obtenção da indevida vantagem visada. Se o sujeito ativo utilizar-se de qualquer recurso, falso ou não, idôneo a incutir no espírito do ofendido temor de iminente e grave mal, físico ou moral, anulando-lhe, completamente, a capacidade de resistência, está caracterizada a infração do art. 157 do CP, ainda que não mencione o agente qualquer expressão reveladora do referido mal (TJMG, AC 1.0231.06. 055386-5/001, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 14/7/2007).

No roubo e na extorsão, o agente emprega violência, ou grave ameaça a fim de submeter a vontade da vítima. No roubo, o mal é ‘iminente’ e o proveito ‘contemporâneo’; na extorsão, o mal prometido é ‘futuro’ e ‘futura’ a vantagem a que se visa (Carrara). No roubo, o agente toma a coisa, ou obriga a vítima (sem opção) a entregá-la. Na extorsão, a vítima pode optar entre acatar a ordem ou oferecer resistência. Hungria escreveu: no roubo, há *contrectatio*; na extorsão, *traditio* (STJ, REsp. 90097/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., RSTJ 104, p. 480).

O réu, após roubar o carro da vítima, obrigou-a a entregar o cartão 24 horas e o talonário de cheques, além de coagi-la a assinar alguns desses cheques, o que caracteriza o crime de extorsão. Conclui-se que o réu praticou os crimes de roubo e extorsão em concurso material. Os crimes de roubo e extorsão não são crimes da mesma espécie, pelo que não ensejam continuidade delitiva, mas, sim, concurso material. Precedentes do STF (STJ, HC 10375/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., RT 775, p. 567).

Diferença entre concussão e extorsão

A concussão pode ser entendida como uma modalidade especial de extorsão praticada por funcionário público. A diferença entre ambas as figuras típicas reside no modo como os delitos são praticados.

Assim, na extorsão, a vítima é constrangida, *mediante violência ou grave ameaça*, a entregar a indevida vantagem econômica ao agente; na concussão, contudo, o funcionário público deve exigir a indevida vantagem sem o uso de violência ou de grave ameaça, que são elementos do tipo penal do art. 158 do diploma repressivo.

O emprego de violência ou grave ameaça é circunstância elementar do crime de extorsão tipificado no art. 158 do Código Penal. Assim, se o funcionário público se utiliza desse meio para obter vantagem indevida, comete o crime de extorsão, e não o de concussão (STJ, HC 198750/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 24/4/2013).

Comete crime de extorsão aquele que, mediante grave ameaça, com o intuito de obter para si vantagem econômica indevida, constrange alguém a fazer alguma coisa, ou seja, constrange a vítima a lhe entregar um veículo Santana, sob a ameaça de lavrar flagrante por tráfico de droga e ameaça de que poderia vir a sofrer abuso sexual na prisão. Não pode haver desclassificação do delito de extorsão para o de concussão quando evidenciada a grave ameaça desenvolvida pelo agente. A circunstância de a vantagem ilícita ser conseguida em razão da função do agente não é elemento integrante do tipo extorsão, mas, sim, do tipo penal de concussão, de forma que não há que se falar em absorção do delito de abuso de autoridade pelo delito de extorsão (TJPR, AC 0239502-8/Curitiba, 3^a Câm. Crim. [TA], Rel. Des. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, u.n., j. 27/5/2004).

Não basta ser o agente funcionário público e haver apregoados essa condição, com o intuito de intimidar a vítima, para converter em concussão o crime de extorsão, quando obtida a vantagem por meio de constrangimento, exercido mediante grave ameaça (HC 72.936-3, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU 6/10/1995, p. 33.132).

Além do modo como o delito é praticado, na extorsão, de acordo com a redação legal, a indevida vantagem deve ser sempre *econômica*; ao contrário, no delito de concussão, o art. 316 do Código Penal somente usa a expressão *vantagem indevida*, podendo ser esta de qualquer natureza.

Diferença entre exercício arbitrário das próprias razões e extorsão

Pela redação do art. 345 do Código Penal, percebe-se que a diferença fundamental entre a extorsão e o exercício arbitrário das próprias razões reside no fato de que, neste, a violência é empregada no sentido de satisfazer uma *pretensão legítima* do agente. Entretanto, como a Justiça é um monopólio do Estado, não pode o agente atuar por sua conta, mesmo a fim de satisfazer uma pretensão legítima.

Ao contrário, no delito de extorsão o agente constrange a vítima a fim de obter, para si ou para outrem, *indevida vantagem econômica*.

Restando comprovado que existia uma dívida entre o acusado e a vítima, resta afastada a vantagem indevida, elemento normativo do crime de extorsão, impondo-se a desclassificação para exercício arbitrário das próprias razões (TJMG, AC 1.0372.02.003251-5/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, DJ 18/2/2009).

Se os fatos narrados na denúncia, corroborados pela prova dos autos, levam à conclusão de que o fato típico praticado foi com a intenção de fazer justiça com as próprias mãos, não há que se falar em crime de extorsão, sobretudo por faltar a finalidade de obtenção de vantagem indevida (TJMG, AC 1.0522.03.001862-9/001, 5^a Câm. Crim., Rel. Adilson Lamounier, pub. 19/4/2008).

Restando caracterizada na denúncia e nos elementos probatórios produzidos nos autos que os réus pretendiam constranger a vítima a assinar cheque para o fim de quitar dívida dessa com um dos agentes, não resta caracterizado o intuito de obtenção de vantagem indevida, necessário à configuração do crime de extorsão qualificado pelo resultado morte, havendo, em tese, a prática do crime de exercício arbitrário das

próprias razões em concurso com crime de homicídio (TJPR, AC 0157909-3/Coronel Viveda, 3^a Câm. Crim., Rel. Des. Jesus Sarrão, un., j. 24/6/2004).

Prisão em flagrante quando do recebimento da vantagem

Considerando que o crime de extorsão é formal e instantâneo, que se consuma quando, com a prática da conduta núcleo do tipo, a vítima, constrangida pelo agente, faz, tolera que se faça ou deixa de fazer alguma coisa, não se prolongando no tempo seus atos de execução e consequente consumação, não entendemos ser possível a prisão em flagrante que ocorre posteriormente ao constrangimento exercido pelo agente, quando lhe estava sendo entregue a indevida vantagem econômica.

Paulo Rangel, embora exemplificando com o delito de concussão, cujo raciocínio se aplica também ao delito em estudo, esclarece: “Às vezes, é comum ouvirmos dizer que o policial X foi preso em ‘flagrante delito’, no momento em que recebia o dinheiro exigido da vítima, pois esta, alertada por terceiras pessoas, procurou as autoridades e relatou o fato. No dia determinado para a entrega do dinheiro, a vítima, acompanhada de policiais que estavam de atalaia no local, dirigiu-

-se ao policial X e lhe fez a entrega do dinheiro combinado, momento em que os policiais deram voz de prisão em flagrante ao policial X. Esse fato, inclusive, é noticiado pela grande imprensa. Nesta hipótese, não há prisão em flagrante delito, pois o que se dá é mero exaurimento do crime, ou seja, o crime já se consumou com a mera exigência da vantagem indevida. Trata-se, portanto, de prisão *manifestamente ilegal*, que deverá ser, imediatamente, *relaxada* pela autoridade judiciária, nos precisos termos do art. 5º, LXV, da CRFB.”⁴⁹

Concurso de pessoas no delito de extorsão

Será possível até a consumação do delito, isto é, quando o agente leva a efeito o constrangimento necessário a obter a indevida vantagem econômica. O crime de extorsão não é permanente, mas, sim, instantâneo, razão pela qual aquele que ingressa no plano depois da consumação do delito poderá responder pelo delito de favorecimento real e não ser reconhecido como coautor, mesmo que sucessivo. Em sentido contrário, afirma Nilo Batista que “pode ocorrer a coautoria sucessiva não só até a simples consumação do delito, e sim até o seu exaurimento, que Maurach chama de ‘punto final’. Dessa forma, o agente que aderisse à empresa delituosa na extorsão (art.158 CP) por ocasião da obtenção da indevida vantagem econômica (que está situada após a consumação, configurando mero exaurimento) seria coautor sucessivo”.⁵⁰

Não é admissível a coautoria após a consumação do crime, salvo se comprovada a existência de ajuste prévio. A pessoa que participa apenas no momento do exaurimento do crime comete crime de favorecimento real, se sabe prestar auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime (STJ, HC 39732/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza De Assis Moura, 6^a T, j. 26/6/2007, DJ 3/9/2007, p. 225).

Modalidade de sequestro relâmpago que não caracteriza a extorsão mediante sequestro, mas sim o delito de extorsão, majorado pelo concurso de pessoas. Desclassificação que se opera de ofício (TJPR, [TA], AC 0221288-8, Curitiba, Rel. Juiz Conv. Mário Helton Jorge, un., j. 12/6/2003).

Concurso de crimes – roubo e extorsão

Os crimes de roubo e extorsão, apesar de serem do mesmo gênero, são espécies delituosas diferentes, não se configurando, portanto, a continuidade delitiva, mas sim o concurso material (precedentes do STF e do STJ) (STJ, HC 343.976/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 19/09/2016).

A jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é firme em assinalar que se configuram os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair, mediante emprego de violência ou grave ameaça, bens da vítima, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta-corrente (STJ, AgRg no AREsp 323.029/DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 12/09/2016).

É possível a continuação delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois esses delitos foram colocados no CP sob mesmo capítulo, a indicar serem de mesma espécie (em sentido absoluto), além de ofenderem os mesmos bens juridicamente tutelados. Na hipótese dos autos, o agente subtraiu bens móveis da vítima e subsequentemente a coagiu para obter a senha de seu cartão magnético. Assim, todos os requisitos necessários à continuação estão presentes. Há pluralidade de condutas (a subtração e a imposição à adoção de determinado comportamento), sendo certo que, para a continuação delitiva, os crimes de mesma espécie não podem ser idênticos. Também existe homogeneidade das circunstâncias de tempo e lugar (o réu realizou o roubo e a extorsão no mesmo local e lapso temporal). Além disso, o agente utilizou-se do mesmo modo de execução (o sequestro momentâneo da vítima com uso de violência ou grave ameaça), afora a existência de conexão ocasional (aproveitou-se da ocasião antecedente para continuar a praticar o delito e obter maior lucro). Anote-se que a impossibilidade de caracterização da continuidade delitiva entre o furto e o roubo não pode servir de guia à solução da hipótese em apreço, visto que, diferentemente do furto, o roubo também tutela outros bens jurídicos além do patrimônio, que são os mesmos aos que a extorsão busca salvaguardar. Precedente citado: REsp. 190.534-SP, DJ 8/3/1999 [STJ, REsp 1.031.683-SP, Rel.^a Min.^a Jane Silva (Des.^a convocada do TJ-MG), julgado em 6/11/2008].

Extorsão no Código Penal Militar

Vide art. 243 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Extorsão e Lei de Segurança Nacional

Se o agente vier a extorquir alguém por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas, será aplicado o art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983), que comina uma pena de reclusão, de 3 a 10 anos. Se o fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

Prioridade de tramitação do processo de extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º)

A Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016, acrescentou o art. 394-A ao Código de Processo Penal, determinando, *verbis*: *Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.*

Extorsão mediante sequestro Art. 159. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

(Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25/7/1990.) § 1º Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha⁵¹.

(Redação dada pela Lei nº 10.741, de 1/10/2003.) Pena – reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

(Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25/7/1990.) § 2º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 16 (dezesseis) a 24 (vinte e quatro) anos.

(Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25/7/1990.) § 3º Se resulta a morte: Pena – reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.

(Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25/7/1990.) § 4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

(Redação dada pela Lei nº 9.269, de 2/4/1996.) **Introdução**

Verifica-se, pela redação do art. 159 do Código Penal, que a extorsão mediante sequestro encontra-se no catálogo daqueles crimes considerados complexos, sendo, pois, o resultado da fusão de várias figuras típicas, a exemplo do sequestro, que é utilizado como um meio para a prática da extorsão. Na verdade, trata-se de uma modalidade especializada de extorsão, justamente pelo meio utilizado, vale dizer, a privação da liberdade da vítima.

Para a concretização do crime do art. 159 do CPB é dispensável que a privação da liberdade da vítima seja superior a 24 horas. Tal só se exige para a incidência da qualificadora do § 1º do referido artigo (STJ, HC 86127/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJ 17/3/2008, p. 1).

Assim, podemos identificar os seguintes elementos que compõem o delito em estudo:
a) privação da liberdade de alguém; b) especial fim de agir, caracterizado pela finalidade do agente de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.

A privação da liberdade, utilizada como meio para a prática do crime de extorsão mediante sequestro, é a mesma referida no art. 148 do Código Penal, sendo que, aqui, possui uma finalidade especial: a obtenção de *qualquer vantagem*.

Poder-se-ia indagar a respeito da sua natureza, já que a lei penal faz menção genérica a *qualquer vantagem*, não exigindo expressamente, inclusive, que essa vantagem seja *indevida*. Hungria, analisando a redação legal, diz: “O art. 159 fala em ‘qualquer vantagem’, sem dizê-la

expressamente *indevida*, como faz quanto à extorsão *in genere*, pois seria isso supérfluo, desde que a sua ilegitimidade resulta de ser exigida como preço da cessação de um crime. Se o sequestro visa à obtenção da vantagem *devida*, o crime será o de ‘exercício arbitrário das próprias razões’ (art. 345), em concurso formal com o de *sequestro* (art. 148)”.⁵²

Dessa forma, embora o art. 159 do diploma repressivo não faça menção expressa à indevida vantagem, temos que compreendê-la como consignada implicitamente pelo mencionado tipo penal, sob pena de ser realizada, como propôs Hungria, a desclassificação para outra figura típica.

Além de indevida a vantagem, entendemos, também, que não é exatamente *qualquer uma* que permite o raciocínio do crime de extorsão mediante sequestro, mas tão somente a vantagem que tenha *valor econômico*, de natureza patrimonial, uma vez que o tipo do art. 159 está inserido no Título II do Código Penal, relativo aos crimes contra o patrimônio. Portanto, de acordo com uma interpretação sistêmica do Código Penal, devemos entender que a vantagem exigida como condição ou preço do resgate deve ter natureza patrimonial, pois, caso contrário, poderá se configurar em outra infração penal.

Em sentido contrário, assevera Damásio que “qualquer vantagem diz respeito a ‘qualquer vantagem’ mesmo, sendo irrelevante que seja devida ou indevida, econômica ou não econômica”.⁵³ Cesar Roberto Bitencourt, defendendo a interpretação ampla da expressão *qualquer vantagem*, acompanha Damásio, justificando que “a natureza econômica da vantagem é afastada pela elementar típica *qualquer vantagem*, que deixa clara sua abrangência. Quando a lei quer limitar a espécie de vantagem, usa o elemento normativo *indevida, injusta, sem justa causa* [...]. Assim, havendo *sequestro*, para obter *qualquer vantagem*, para si ou para outrem – não importando a natureza (econômica ou não) ou espécie (indevida ou não) –, como *condição ou preço* do resgate, estará caracterizado o crime de extorsão mediante sequestro”.⁵⁴

Tendo em vista a interpretação sistêmica, não há como aderir à tese segundo a qual a expressão *qualquer vantagem*, contida como elemento do art. 159 do Código Penal, diz respeito a toda e qualquer vantagem, tenha ou não natureza patrimonial, pois que isso ofenderia ao sistema no qual está inserido o crime de extorsão mediante sequestro, cujo bem precípuamente protegido é, efetivamente, o patrimônio.

Não há necessidade, ainda, que a vítima seja removida para outro local, podendo o delito ocorrer dentro de sua própria residência, desde que o agente a prive de sua liberdade com o fim de obter qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate para que possa voltar a exercer o seu direito de ir, vir e permanecer.

Não descaracteriza o crime de extorsão mediante sequestro o fato de o espaço físico ocupado pelas vítimas não ser oculto, i.e., se permaneceram confinadas em uma cela ou com livre circulação pelas dependências da

Delegacia, se estavam atemorizadas de modo que não se lhes poderia exigir a tentativa de fuga, ante o risco de cumprimento das ameaças contra elas perpetradas (TJPR, AC 0300110-7/Campo Mourão, 3^a Câm. Crim. Rel. Juíza Conv. Lilian Romero, un., j. 19/7/2006).

Evidenciado que os agentes mantiveram a vítima, acorrentada e amarrada, em seu poder por várias horas, valendo-se de arma de fogo, com o propósito de receber vantagem financeira como condição de resgate, acham-se tipificados os tipos objetivo e subjetivo do art. 159, *caput*, do Código Penal, sem qualquer possibilidade desclassificatória para os delitos dos arts. 148 e 345 do mesmo Estatuto (TJMG, AC 2.0000. 00.513372-6/000, Rel. William Silvestrini, DJ 30/8/2005).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; formal (pois que sua consumação ocorre com a prática da conduta núcleo do tipo, sendo a obtenção da vantagem um mero exaurimento do crime); permanente (tendo em vista que a sua consumação se prolonga no tempo, enquanto houver a privação da liberdade da vítima); de forma livre; comissivo ou omissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, caso o agente goze do *status* de garantidor); monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte ou não transeunte, dependendo de como o delito é praticado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Em virtude da redação constante do tipo penal do art. 159 do diploma repressivo, conseguimos visualizar a proteção de vários bens jurídicos, como o *patrimônio* (aqui entendido num sentido mais amplo do que a posse e a propriedade, pois que a lei penal fala em *qualquer vantagem*), podendo-se também apontar a *liberdade individual* (principalmente no que diz respeito ao direito de ir, vir e permanecer), bem como a *integridade física e psíquica*.

Embora todos esses bens formem a unidade complexa, não podemos deixar de esclarecer que entre eles o bem precípuamente protegido é o patrimônio.

Objeto material é a pessoa contra a qual recai a privação da liberdade, mediante o sequestro, e também aquela que sofre a perda patrimonial.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do delito de extorsão mediante sequestro.

Sujeito passivo, conforme preleciona Cesar Roberto Bitencourt, “também pode ser qualquer pessoa, inclusive quem sofre o constrangimento sem lesão patrimonial. Assim, a vítima do sequestro pode ser diversa da pessoa que sofre ou deve sofrer a lesão patrimonial. Haverá, nesse caso, duas vítimas, uma do *patrimônio* e outra da *privação de liberdade*, mas ambas do mesmo crime de extorsão mediante sequestro”.⁵⁵

Entretanto, embora com pluralidade de vítimas, estaremos diante de *crime único*, devendo

o agente responder, tão somente, por um único crime de extorsão mediante sequestro.

Também é possível que a pessoa jurídica goze do *status* de sujeito passivo do delito de extorsão mediante sequestro, uma vez que seus sócios podem, por exemplo, ser privados da sua liberdade, para que se efetue o pagamento do resgate por intermédio do patrimônio da pessoa jurídica a eles pertencente.

Sujeito ativo do crime de extorsão mediante sequestro é quem pratica qualquer dos elementos objetivos do tipo: sequestra, comunica o evento e exige o pagamento de resgate, negocia, vigia o refém, vai apanhar o resgate, entre outros (TJPR, AC 0300110-7/Campo Mourão, 3^a Câm. Crim. Rel. Juíza Conv. Lilian Romero, un., j. 19/7/2006).

Consumação e tentativa

Ocorre a consumação da extorsão mediante sequestro quando o agente pratica a conduta prevista no núcleo do tipo, vale dizer, quando realiza o sequestro, com a privação da liberdade ambulatorial da vítima, independentemente da obtenção da vantagem, como condição ou preço do resgate, que se configura como mero exaurimento do delito.

Cuidando-se de crime formal, sequestrada a vítima e exigido o resgate, ocorre a consumação, ainda que não se tenha conseguido a vantagem econômica almejada (Súmula 96/STJ) 4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial (STJ, HC 86127RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a T., DJ 17/3/2008, p. 1).

Embora seja um crime formal, a extorsão mediante sequestro também possui a natureza de delito plurissubsistente, ou seja, aquele que pode ser desdobrado em vários atos, fracionando-se, pois, o *iter criminis*, razão pela qual será possível a tentativa.

O pedido de reconhecimento da tentativa delitiva do crime de extorsão mediante sequestro não merece ser acolhido. É de curial conhecimento que o crime de extorsão mediante sequestro consuma-se, após o efetivo sequestro da vítima, quando se exige a vantagem indevida (TJ-RJ, AC 0192956-12.2012.8.19.0004, Rel. Des. Cairo Ítalo França David, DJe 11/10/2016).

Inviável a aplicação da causa de redução da tentativa, pois o crime de extorsão mediante sequestro é crime formal, o qual não exige o resultado para sua consumação (TJ-MG, AC 0175050-65.2012.8.13.0686, Rel. Des. Edison Feital Leite, DJe 23/09/2016).

Segundo ensina a melhor doutrina e jurisprudência, o crime de extorsão mediante sequestro se consuma no momento em que a vítima é privada de sua liberdade. Na hipótese, conforme bem demonstrou o conjunto probatório, os ofendidos já haviam sido privados da liberdade (TJRS, AC 70026866327, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, DJ 16/1/2009).

Cuidando-se de crime formal, sequestrada a vítima e exigido o resgate, ocorre a consumação, ainda que não se tenha conseguido a vantagem econômica almejada (Súmula 96/STJ) (STJ, HC 86127/RJ, HC 2007/0138842-3, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a T., pub. 17/3/2008).

Elemento subjetivo

O crime de extorsão mediante sequestro só pode ser praticado dolosamente, não existindo previsão para a modalidade culposa.

Além do dolo, a doutrina majoritária aponta outro elemento subjetivo, que lhe é transcendente, denominado *especial fim de agir*, caracterizado pela expressão *com o fim de obter, para si ou para outrem*, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.

A cláusula como condição ou preço do resgate, do *caput* do art. 159 do CP, é elemento subjetivo do tipo. No caso concreto, não se impôs nenhuma condição para soltar a vítima. Ela, ao contrário, foi sequestrada para ser morta. Sabia demais (queima de arquivo). Logo há pelo menos dois delitos: homicídio (art. 121) e sequestro e cárcere privado (art. 148) (STJ, REsp. 9922/PB, Rel. Min. Adhemar Maciel, 6ª T., *RSTJ* 48 p. 155).

O elemento subjetivo especial do tipo comprovado é o dolo, constituído pelo fim especial de obter vantagem como condição do resgate. Incogitação de modalidade culposa (TJPR, AC 0309673-5/ Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, 4ª Câm. Crim. Rel. Des. Antônio Martelozzo, un., j. 19/1/2006).

Inexiste, na espécie, a possibilidade de desclassificação do crime de extorsão mediante sequestro para os previstos nos arts. 146 ou 345 do Código Penal, uma vez que, compulsando o acórdão prolatado, resta evidenciada a existência do seu elemento objetivo, bem como do seu elemento subjetivo, consubstanciado na vontade consciente e livre do ora Paciente e de seus comparsas, em privarem as vítimas de suas liberdades, e assim permanecerem, até a obtenção da vantagem pretendida (entrega dos dólares) (STJ, HC 29476/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., *DJ* 29/11/2004, p. 355).

Modalidades comissiva e omissiva

Da mesma forma que o crime de sequestro, aqui, o delito pode ser praticado comissiva ou omissivamente. Assim, pode o agente fazer alguma coisa no sentido de privar a vítima de sua liberdade, levando-a até um cativeiro, com a finalidade de, posteriormente, exigir um pagamento de resgate para sua libertação, ou poderá deixar de colocar a vítima em liberdade, sendo essa sua obrigação, só o fazendo mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro.

Modalidades qualificadas

Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 159 do Código Penal preveem as modalidades qualificadas do delito. Tendo em vista as características que lhe são peculiares, faremos a análise individualizada de cada uma das qualificadoras elencadas.

Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas – A primeira qualificadora é de natureza objetiva, pois que a lei penal determina que, se a privação da liberdade durar mais do que 24 horas, a pena combinada será de reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

Faz-se mister observar que a contagem do prazo tem início a partir do momento em que a vítima se vê, efetivamente, privada de sua liberdade. Assim, por exemplo, se foi sequestrada às 15 horas e 30 minutos, a partir desse exato instante é que começa a contar o prazo de 24 horas determinado pelo § 1º do art. 159 do Código Penal.

Por outro lado, a existência da aludida qualificadora afasta, quase que totalmente, a possibilidade de alguém ser condenado pela modalidade fundamental do crime de extorsão mediante sequestro, pois que, como regra geral, a vítima permanece em poder dos sequestradores por tempo superior a 24 horas.

O tipo penal previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal exige, para a sua consumação, apenas que o agente proceda ao sequestro de pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate, por período superior a 24 (vinte e quatro) horas. (STJ, HC 54174/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 9/10/2006 p. 322).

Se o sequestrado é menor de 18 (dezesseis) ou maior de 60 (sessenta) anos – A idade daquele que foi privado de sua liberdade também é um dado de natureza objetiva.

Afirma Hungria que “a circunstância de ser a vítima *menor de 18 anos* (isto é, que ainda não completou tal idade) também justifica a agravação especial, porque torna mínima, quando não nenhuma, a possibilidade de eximir-se ao sequestro, ao mesmo tempo que é infringida a incolumidade especialmente assegurada à criança e ao adolescente”.⁵⁶

O § 1º do art. 159 teve sua redação modificada pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, fez acrescentar como mais uma modalidade qualificada o fato de ser o sequestrado maior de 60 (sessenta) anos de idade.

Merce registro o fato de que a idade das vítimas deverá ser conhecida, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo.

Se o crime é cometido por bando ou quadrilha (atualmente reconhecido como *associação criminosa*, nos termos da nova rubrica, e também da redação que foi conferida ao art. 288 do Código Penal pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013) – Para que se possa aplicar a qualificadora em estudo, é preciso que exista, efetivamente, a formação da associação criminosa, nos moldes preconizados pelo art. 288 do Código Penal. Portanto, deve haver a associação não eventual de pessoas, que exige certa *estabilidade* ou *permanência*, com o fim específico de cometer crimes, vale dizer, um número indeterminado de infrações penais. Caso ocorra a reunião eventual de três ou mais pessoas, com o fim específico de praticar um único crime de extorsão mediante sequestro, restará afastada a qualificadora.

Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave – O § 2º do art. 159 do Código Penal comina uma pena de reclusão de 16 (dezesseis) a 24 (vinte e quatro) anos, se *do fato* resulta lesão corporal de natureza grave.

Primeiramente, devemos observar que quando o § 2º inicia sua redação usando a expressão *se do fato resulta...* está querendo, segundo entendemos, dizer que se do sequestro, isto é, se da privação da liberdade da vítima resultar lesão corporal grave, o delito será reconhecido como qualificado. Em nossa opinião, portanto, somente qualificará o delito se o próprio sequestrado for a vítima das lesões corporais graves, e não outras pessoas, a exemplo do que ocorre com o latrocínio, em que o roubo, como vimos, será qualificado desde que haja a morte de qualquer pessoa que não alguém do próprio grupo.

Assim, não podemos concordar com Cesar Roberto Bitencourt quando afirma que a lesão corporal grave “tanto pode ser produzida na vítima do sequestro como na vítima da extorsão

ou em qualquer outra pessoa que venha a sofrer a violência”,⁵⁷ pois que, de acordo com a redação legal, a qualificadora somente incidirá se *do fato do sequestro*, quer dizer, se da privação da liberdade da vítima vier a ocorrer lesão corporal grave.

Trata-se, aqui, de crime qualificado pelo resultado, podendo este ser atribuído ao agente a título de dolo ou mesmo culpa. Assim, pode o agente querer e, efetivamente, produzir as lesões graves na vítima, ou elas podem ter ocorrido em razão de culpa, oportunidade em que se poderá levar a efeito o raciocínio correspondente ao crime preterdoloso.

Se as lesões corporais de natureza grave sofridas pela vítima forem provenientes de caso fortuito ou força maior, não poderão ser imputadas ao agente, por força do art. 19 do Código Penal.

A pena mínima cominada à extorsão mediante sequestro qualificada pela lesão corporal de natureza grave foi aumentada pela Lei nº 8.072/1990, passando de 12 (doze) para 16 (dezesseis) anos, mantendo-se, contudo, a pena máxima cominada em abstrato, que é de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, sendo, contudo, suprimida a pena de multa originalmente cominada a essa modalidade qualificada.

Se resulta morte – O § 3º do art. 159 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos, se do fato resulta a morte.

Vale, aqui, tudo o que dissemos com relação à qualificadora da lesão corporal de natureza grave, ou seja: a) que a qualificadora somente terá aplicação se ocorrer a morte da vítima do sequestro, isto é, aquela que teve cerceada a sua liberdade ambulatorial; b) a morte pode ter sido provocada dolosa ou culposamente, tratando-se, portanto, de crime qualificado pelo resultado que admite as duas modalidades; c) não poderá ser aplicada a qualificadora ao agente caso o resultado morte seja proveniente de caso fortuito ou força maior, em obediência ao art. 19 do Código Penal.

Restando incontrovertido que a intenção dos apelantes era praticar uma extorsão mediante sequestro, com uso de arma de fogo, conforme previamente ajustado entre eles, respondem todos pela morte da vítima, sendo irrelevante a autoria do disparo da arma de fogo ou mesmo o grau de participação deles na execução do crime (TJBA, AC 0302791-65.2011.8.05.0001, DJe 21/11/2013) O crime de extorsão mediante sequestro qualificado pelo resultado morte possui a maior pena cominada na Parte Especial do Código Penal, variando de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos de reclusão, após a modificação levada a efeito pela Lei nº 8.072/1990, que, a seu turno, eliminou a cominação da pena de multa.

Delação premiada

A Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996, fez inserir o § 4º ao art. 159 do Código Penal, criando a chamada *delação premiada* para o crime de extorsão mediante sequestro.

Assim, de acordo com a redação legal, são três os requisitos exigidos para que seja levada a efeito a redução de um a dois terços na pena aplicada ao agente, a saber: a) que o crime tenha

sido cometido em concurso;

b) que um dos agentes o denuncie à autoridade;

c) facilitação da libertação do sequestrado.

Merece ser ressaltado, contudo, que parte de nossa doutrina entende, corretamente em nossa opinião, que o § 4º do art. 159 do Código Penal foi tacitamente revogado pelo art. 13 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, que diz: *Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:*

I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Segundo as lições de Renato Brasileiro de Lima:

O disposto no art. 159, § 4º, do Código Penal, teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 9.807/99, que também tratou da delação premiada em seu art. 13, prevendo, todavia, vantagens mais benéficas que uma simples diminuição de pena – perdão judicial e consequente extinção da punibilidade. De fato, apesar de o art. 13 da Lei nº 9.807/99 não se referir expressamente ao art. 159 do Código Penal, quando se atenta para a redação de seus três incisos (I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime), é fácil deduzir que o único crime em que os três objetivos podem ser simultaneamente atingidos seria o de extorsão mediante sequestro. Logo, como se trata de lei posterior que tratou do assunto, temos que o art. 159, § 4º, do CP, encontra-se tacitamente revogado⁵⁸.

No mesmo sentido, afirmam Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix, dizendo: Embora diversos diplomas posteriores à Lei nº 9.269/96 apresentassem, com denominações diferentes, hipóteses bem ajustáveis ao instituto da delação premiada, força é convir que a amplitude atribuída a esse instituto pela Lei nº 9.807/99 dá suporte a afirmação de que se trata de norma legal revogadora da Lei nº 9.269/⁵⁹.

O legislador, influenciado principalmente pela legislação italiana, criou uma causa de diminuição da pena para o associado ou partícipe que revelar seus companheiros, batizada pela doutrina de delação premiada (Lei nº 9.807/99). O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, inclusive dos próprios réus, conceder perdão judicial, com a consequente extinção da punibilidade, desde que, sendo réus primários, tenham efetiva e

voluntariamente colaborado com a investigação e com o processo criminal e dessa colaboração tenha resultado a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime (Lei nº 9.807/99) (STJ, AgRg no REsp 1.538.372/CE, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6º T., DJe 22/06/2016).

A redução da pena de corréu, por força de acordo de delação premiada e de sua efetiva colaboração com a Justiça, tem natureza personalíssima e não se estende ao récorrente. O récorrente, que não estava obrigado a se autoincriminar nem a colaborar com a Justiça (art. 5º, LXIII, CF), exerceu seu direito constitucional de negar a prática dos ilícitos a ele imputados. Após adotar essa estratégia defensiva, por reputá-la mais conveniente aos seus interesses, não pode agora, à vista do resultado desfavorável do processo, pretender que lhe seja estendido o mesmo benefício reconhecido àquele que, desde o início, voluntariamente assumiu a posição de réu colaborador, arcando com os ônus dessa conduta processual, na expectativa de obter as vantagens dela decorrentes (STF, RHC 124.192/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª T., DJe 08/04/2015).

Tendo o agente facilitado a libertação do sequestrado, impõe-se o reconhecimento do benefício previsto no § 4º do art. 159 do CP. Quando a revelação do cativeiro não é espontânea, mas, sim, voluntária (após a prisão), a reprimenda é reduzida em grau mínimo (um terço) (TJRJ, AC 2007.050.00237, 6ª Câm. Crim., Rel. Des. Paulo de Tarso Neves, j. 14/2/2008).

Se um dos réus facilita a libertação do sequestrado, conduzindo a polícia até ao local do cativeiro, aplica-se a redução da pena prevista no art. 159, § 4º, do CP (TJRJ, AC 2005.050.05499, Rel. Sérgio de Souza Verani, j. 20/6/2006).

Pena e ação penal

À modalidade fundamental de extorsão mediante sequestro comina o *caput* do art. 159 do Código Penal uma pena de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos; se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por *associação criminosa* (nos termos da nova rubrica conferida ao art. 288 do Código Penal pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013), a pena é de reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos (§ 1º do art. 159 do CP); se do fato resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de 16 (dezesseis) a 24 (vinte e quatro) anos (§ 2º do art. 159 do CP); e, se resulta morte, a pena é de reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos (§ 3º do art. 159 do CP).

A ação, em todas as modalidades de extorsão mediante sequestro, é de iniciativa pública incondicionada.

Concorrência de mais de uma qualificadora

A maior das qualificadoras, ou seja, aquela que prevê as penas mais graves, afastará a aplicação das demais, pois que não se pode aplicar duas qualificadoras simultaneamente, haja vista que a pena-base encontrada depois da análise do art. 59 do Código Penal será de acordo com as suas balizas mínima e máxima.

Concurso entre a qualificadora do § 1º do art. 159 do Código Penal e o crime de associação criminosa

Há controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Fernando Capez, posicionando-se favoravel-

mente ao concurso de crimes, afirma: “A controvérsia reside em saber se a hipótese configura ou não *bis in idem*. Não há que se falar em *bis in idem*, uma vez que os momentos consumativos e a objetividade jurídica entre tais crimes são totalmente diversos, além do que a figura prevista no art. 288 do Código Penal existe independentemente de algum crime vir a ser praticado pela quadrilha ou bando (leia-se, atualmente, associação criminosa). Do mesmo modo que não há dupla apenação entre associação criminosa (art. 14 da Lei de Tóxicos) e o tráfico por ela praticado, aqui também incide a regra do concurso material”.⁶⁰

A segunda corrente, minoritária, entende pela impossibilidade de concurso material entre a modalidade qualificada de extorsão mediante sequestro e o crime de associação criminosa, sob a alegação, já mencionada por Fernando Capez, do chamado *bis in idem*, vale dizer, um mesmo fato, ou seja, a formação da associação criminosa, estar incidindo duas vezes em prejuízo do agente.

In casu, somos partidários da corrente que entende pela possibilidade do concurso de crimes, pois que a própria lei penal foi quem se referiu ao crime tipificado no art. 288 do Código Penal, já reconhecendo, anteriormente, sua existência. Assim, a maior gravidade residiria justamente no fato de ter sido praticado pelo grupo criminoso, não reunido eventualmente com esse propósito, mas sim unido, de forma duradoura, para a prática de um número indeterminado de crimes, podendo-se contar, entre eles, o delito de extorsão mediante sequestro.

Assumindo uma posição intermediária, em havendo concorrência de outra qualificadora com a associação criminosa, Yuri Carneiro Coelho argumenta: “Se existir mais de uma qualificadora, entre elas a de o crime ter sido cometido por quadrilha ou bando e, por exemplo, se o sequestrado é maior de 60 anos, pode-se qualificar pela idade da vítima (maior de 60) e a condição de quadrilha ou bando ser punida autonomamente, como delito do art. 288 do CP em concurso com o crime de extorsão mediante sequestro.”⁶¹

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, por se tratarem de delitos autônomos e independentes e por serem distintos os bens jurídicos tutelados, é possível a coexistência entre o crime de extorsão mediante sequestro, majorado pelo concurso de agentes, com o de formação de quadrilha ou bando (atualmente nomeado associação criminosa). (STJ, HC 289885/SP, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^aT., DJe 9/6/2014).

Aplicação do art. 9º da Lei nº 8.072/1990 ao delito de extorsão mediante sequestro

Entendemos que não será possível a aplicação ao delito tipificado no art. 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º do Código Penal da causa especial de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/1990, em virtude da revogação expressa do art. 224 do Código Penal pela Lei nº

12.015, de 7 de agosto de 2009.

Com a devida venia das posições em contrário, não podemos raciocinar no sentido de que as hipóteses elencadas pelo art. 224 do Código Penal, a quem se remetia o art. 9º da Lei nº 8.072/1990, foram deslocadas para o art. 217-A do Código Penal, que prevê o delito de estupro de vulnerável.

Não podemos vagar pelo Código Penal a procura de tipos que se amoldem a remissões já revogadas. Caso seja do interesse do legislador manter o aumento de pena para o delito tipificado no art. 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º do Estatuto Repressivo, deverá fazê-lo expressamente.

Nesse sentido, trazemos à colação os ensinamentos de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, que esclarece: “o art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos foi tacitamente revogado, vez que revogado expressamente o art. 224 do Código Penal, ao qual ele se referia. É certo que há semelhança entre a situação de vulnerabilidade, mencionada nos arts. 217-A e 218 e aquelas descritas no revogado art. 224 do Código, mas não se assemelha possível o emprego da analogia no caso – pois seria *in malam partem*. O necessário aumento da pena do roubo, da extorsão e da extorsão mediante sequestro, praticados contra vítimas menores de 14 anos, com doença mental ou que não poderiam oferecer resistência, fica, assim, prejudicado. É a dificuldade da técnica do ‘tipo remetido’: revogado o artigo mencionado, fica sem aplicação o que o menciona”.⁶²

No mesmo sentido, prelecionam Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha que o art. 224 do Código Penal foi Revogado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, “eliminando-se, tacitamente, também a majorante da Lei dos Crimes Hediondos (art. 9º), cuidando-se de alteração benéfica que deve retroagir para alcançar os fatos passados”.⁶³

Extorsão mediante sequestro no Código Penal Militar

Vide art. 244 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Prioridade de tramitação do processo de extorsão mediante sequestro simples e qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º)

A Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016, acrescentou o art. 394-A ao Código de Processo Penal, determinando, *verbis*: *Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.*

Extorsão indireta Art. 160. Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a

procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

Pela análise da figura típica, podemos verificar que o delito de extorsão indireta requer, para o seu reconhecimento, a presença dos seguintes elementos: *a)* a conduta de *exigir*, ou mesmo tão somente *de receber* documento que possa dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro; *b)* existência de uma dívida entre o sujeito passivo e o sujeito ativo; *c)* abuso da situação de inferioridade em que se encontra o sujeito passivo; *d)* a finalidade de, por meio do documento exigido, garantir o pagamento do sujeito passivo, sob a ameaça de um processo penal.

No que diz respeito aos núcleos do tipo, Hungria afirma: “A lei equipara a *exigência* ao *recebimento*, devendo este, como é claro, ser acompanhado da ciência e consciência de que o documento (particular ou público) pode dar lugar a processo penal. No primeiro caso, há a imposição de uma condição *sine qua non*; no segundo, há a aceitação de uma proposta ou a formação de um pacto de iniciativa do próprio devedor (que a lei protege contra si mesmo), segundo o qual é entregue e aceito o simulado *corpo de delito* representado pelo documento.”⁶⁴

Determina a lei penal, também, que o documento exigido ou aceito pelo sujeito ativo diga respeito a uma *garantia de dívida*, ou seja, faz-se mister a existência de uma dívida, e que o documento seja o modo pelo qual o agente ficará, em tese, garantido da sua quitação. Não tem, aqui, qualquer relevância o fundamento ou a razão de ser da dívida, conforme ressalta Fragoso,⁶⁵ podendo ser lícita ou ilícita, como acontece, neste último caso, com a agiotagem. A ilicitude, na verdade, reside na exigência ou entrega de um documento que poderá dar causa à instauração de um procedimento criminal contra a vítima ou mesmo contra terceiro.

Tal documento é exigido ou mesmo entregue pela vítima em razão de sua situação de desespero, fazendo com que aceite a exigência de forjar um documento que poderá comprometê-la criminalmente no futuro, caso não honre com o seu compromisso. Não tendo outra opção, a vítima se submete às exigências do agente ou mesmo se dispõe, volitivamente, a entregar-lhe um documento como garantia de dívida, que, se não for quitada, dará ensejo a um procedimento criminal contra ela. Entre o risco do procedimento criminal e a necessidade de ver resolvido imediatamente o seu problema financeiro, opta por este último, abusando, pois, o agente, da condição de inferioridade em que se encontra a vítima.

O art. 160 do Código Penal exige a presença de um *documento*, por meio do qual a vítima será ameaçada a quitar a dívida, sob pena de ser levado ao conhecimento da autoridade competente, a fim de que seja inaugurado procedimento criminal. O documento poderá ser *público* ou *particular*. Paulo José da Costa Júnior exemplifica dizendo que o mencionado

documento poderá “consistir em cheques sem suficiente provisão de fundos, em promissória contendo falsa assinatura, em confissão de autoria de um crime ou mesmo numa prova de ilícito penal inexistente”.⁶⁶

O procedimento criminal apontado pelo tipo tanto pode ser a instauração de inquérito policial ou mesmo a própria ação penal, haja vista que o Ministério Público poderá oferecer a denúncia sem a necessidade de estar amparada em inquérito policial, mas tão somente em peças de informação.

Classificação doutrinária

Crime comum (pois que o tipo não exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, bem como do sujeito passivo); doloso; comissivo; de forma vinculada (uma vez que a lei penal exige a confecção de um documento, hábil a dar causa a procedimento criminal); instantâneo; formal (quando disser respeito ao núcleo *exigir*) e material (quando diante da conduta de *receber*). [Guilherme de Souza Nucci posiciona-se contrariamente afirmando que, em ambas as modalidades o delito é formal, pois que “o resultado naturalístico previsto no tipo penal, que não se exige seja atingido, não é o mero recebimento do documento, mas sim a possibilidade de dar causa à instauração de um procedimento criminal”];⁶⁷ monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é o *patrimônio*. Entretanto, a *liberdade individual*, mesmo que mediatamente, também é tutelada pelo tipo penal que prevê a *extorsão indireta*.

Objeto material é o documento que poderá dar ensejo à instauração de procedimento criminal.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo, bem como sujeito passivo do delito em estudo.

Conforme bem observado por Paulo César Busato:

“Os titulares dos bens jurídicos atingidos podem ser distintos. Ou seja, é possível que o abuso econômico seja perpetrado tendo em vista um devedor, impondo uma ameaça para a quitação da dívida, que consista na oferta de um documento que pode levar não apenas à instauração de procedimento criminal contra a própria vítima, mas também eventualmente contra terceiro. Há possibilidade, assim, da existência de uma pluralidade de vítimas.”⁶⁸

Consumação e tentativa

Na modalidade *exigir*, o crime se consuma com a prática do mencionado comportamento, não importando que a vítima, efetivamente, anua para com a exigência, entregando ao agente o

documento que, com a finalidade de garantir a dívida, poderá dar causa a procedimento criminal contra ela ou contra terceiro.

Ao contrário, na modalidade *receber*, o crime somente se aperfeiçoa quando o sujeito ativo *recebe* o documento, tratando-se, aqui, de crime material.

Noronha discorda dessa solução, entendendo que o art. 160 do Código Penal somente previa um crime formal, “consumando-se tão só com a ação do agente, abstraída a realização do evento por ele querido. Não se trata de crime material, pois neste se exige a efetivação do evento antijurídico a que o agente se propôs: a produção de um resultado externo, que pode ser impedido ou obstado, ocorrendo então a tentativa”.⁶⁹

Não importando a natureza da infração penal, ou seja, se formal ou mesmo material, caberá a tentativa desde que se possa visualizar, no caso concreto, o fracionamento do *iter criminis*.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *exigir* e *receber* pressupõem um comportamento comissivo. No entanto, caso o sujeito goze do *status* de garantidor, poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo, via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 160 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, para o crime de extorsão indireta.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Poderá ser proposta suspensão condicional do processo, considerando-se a pena mínima cominada ao delito em estudo, vale dizer, um ano, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Cheque sem fundos e a Súmula nº 246 do STF

Súmula nº 246. *Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.*

A posição majoritária entende, de acordo com a Súmula nº 246 do STF, que o cheque emitido como garantia de dívida não se presta para efeitos de reconhecimento do crime de estelionato.

Dessa forma, se o agente exige da vítima a emissão de um cheque como garantia de dívida, tal documento poderia consubstanciar-se na exigência contida no art. 160 do Código Penal?

Embora haja posição contrária, entendemos que sim. Isso porque a lei penal não exige a condenação, nem mesmo a instauração de um processo penal em face da vítima ou de terceiros. Na verdade, a exigência diz respeito tão somente a um documento capaz de *dar causa a procedimento criminal*, e no conceito de procedimento criminal podemos incluir o *inquérito*.

policial.

Esclarece Noronha que, “satisfaz-se a lei com que o documento possa dar causa a procedimento-crime. Basta, então, potencialidade; é suficiente ser apto a esse fim”.⁷⁰

No entanto, em sentido contrário, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: Penal. Extorsão indireta. Para a configuração do delito de extorsão indireta, é necessário que o documento exigido ou recebido pelo credor se preste a instauração de procedimento criminal viável contra o devedor, o que não ocorre com o cheque pré-datado, dado em garantia de dívida, porquanto a sua emissão, em tais condições, não constitui crime (REsp. 1094/RJ, REsp. 1989/0010905-7, Rel. Min. Costa Leite, 6^a T., DJ 5/2/1990, p. 463).

O crime de extorsão indireta configura-se quando presente na conduta do agente o dolo específico exigido pelo tipo penal, ou seja, a consciência de que, ao exigir um cheque pós-datado como garantia de dívida, poderá vir a dar causa a um procedimento criminal contra a vítima. Ausente esse elemento, não há que se falar em crime. Ademais, o cheque dado em garantia de dívida, pós-datado, quando ausente provisão de fundos, não gera ilícito criminal, e sim mero inadimplemento contratual (TJMG, AC 2.0000.00. 443197-0/000, Rel. Vieira de Brito, DJ 4/12/2004).

Extorsão indireta no Código Penal Militar

Vide art. 246 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Capítulo III – Da Usurpação

Alteração de limites

Art. 161. Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem: **Usurpação de águas**

I – desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias; **Ebulho possessório**

II – invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 2º Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

§ 3º Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Introdução

A alteração de limites, a usurpação de águas e o esbulho possessório são infrações penais que se encontram inseridas no Capítulo III (Da Usurpação), do Título II (Dos Crimes contra o Patrimônio), do Código Penal, tendo como finalidade precípua a proteção do patrimônio de natureza *imóvel*.

Cada uma dessas infrações penais será analisada de forma isolada, a fim de que sejam evidenciadas, com mais clareza, suas características particulares. Seus dados comuns, entretanto, serão estudados conjuntamente, conforme veremos a seguir.

Alteração de limites

O tipo penal do art. 161 do diploma repressivo exige a presença dos seguintes elementos, necessários à sua configuração: a) a conduta de *suprimir* ou *deslocar* tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória; b) a finalidade de *apropriação*, no todo ou em parte, de *coisa imóvel* alheia.

O núcleo *suprimir* é utilizado pelo texto legal no sentido de eliminar, acabar com, fazer desaparecer, isto é, destruir tapume, marco ou qualquer sinal indicativo de linha divisória. *Deslocar* deve ser compreendido no sentido de que o tapume, o marco ou outro sinal indicativo de linha divisória foi preservado, sendo, contudo *removido, afastado* para lugar diferente do de origem, a fim de que o agente, com esse comportamento, se aproprie, total ou parcialmente, de coisa imóvel alheia.

O art. 1.297 do Código Civil diz que o proprietário tem o direito de cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural.

Nélson Hungria faz a distinção entre tapume e marco dizendo: “*Tapume*, no sentido estrito que lhe atribui o art. 161, *caput*, é toda cerca (sebe viva ou seca, cerca de arame, tela metálica etc.) ou muro (de pedra, tijolos, adobes, cimento armado) destinado a assinalar o limite entre dois ou mais imóveis.

Marco é toda coisa corpórea (pedras, piquetes, postes, árvores, tocos de madeira, padrões etc.) que, artificialmente colocada ou naturalmente existente em *pontos* da linha divisória de imóveis, serve, também, ao fim de atestá-la *permanentemente* (ainda que não *perpetuamente*). Não somente o tapume e o marco servem ao objetivo de indicação de limites, pois outros meios podem ser empregados ou utilizados, como, por exemplo, valas, regos, sulcos, trilhas, cursos d’água etc.”⁷¹

Quando o *caput* do art. 161 do Código Penal faz menção a *qualquer outro sinal indicativo de linha divisória*, está se referindo à necessidade de o intérprete levar a efeito a chamada interpretação analógica. Assim, primeiramente, a lei penal exemplifica dizendo que se configura a infração penal em exame suprimir ou deslocar *tapume* ou *marco* para, logo em

seguida, determinar que também se configurará como delito de usurpação de limites a supressão ou deslocamento de *qualquer outro sinal indicativo de linha divisória* que não se constitua em tapume ou marco. Assim, a uma fórmula casuística, exemplificativa, a lei faz seguir outra fórmula, de natureza genérica, configurando-se, portanto, a chamada interpretação analógica.

A supressão ou o deslocamento do tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória deve ter sido levada(o) a efeito com a finalidade de apropriação, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia. Dessa forma, somente se configurará na infração penal de alteração de limites quando o agente atuar com essa finalidade especial de apropriação. Caso contrário, não agindo motivado por esse fim, que se configura em elemento do tipo penal em estudo, o fato, aí, sim, poderá ser caracterizado como outra infração penal, a exemplo do dano ou mesmo do crime de furto.

A alteração de limites punível não é só a deslocação de marcos ou sinais demarcatórios, mas a que cause confusão e dificuldades de monta, para a sua restauração (RT 423, p. 428).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo, pois que somente o proprietário ou o possuidor podem figurar nessa condição; doloso; formal (não se exigindo a efetiva apropriação, mas tão somente a conduta de suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia); de dano; comissivo (excepcionalmente omissivo impróprio, desde que o agente goze do *status* de garantidor); de forma vinculada (uma vez que o tipo penal indica a forma pela qual a infração é praticada, isto é, *destruindo, deslocando* tapume, marco etc.); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A propriedade e a posse da coisa imóvel são os bens juridicamente protegidos pelo tipo penal que prevê o delito de alteração de limites.

Objetos materiais do delito em estudo são o *tapume, marco, ou qualquer outro sinal de linha divisória*.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o *proprietário* e o *possuidor* do imóvel limítrofe é que poderão figurar como *sujeito ativo* do delito de alteração de limites. O *sujeito passivo* é o proprietário ou/e o possuidor do imóvel no qual são suprimidos ou deslocados os tapumes, marcos ou quaisquer outros sinais indicativos de linha divisória.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito de alteração de limites quando o agente pratica os comportamentos típicos de *suprimir* ou *deslocar* tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, ou seja, no momento em que o destrói, elimina ou mesmo o modifica de lugar, com a finalidade de se apropriar, total ou parcialmente, de coisa imóvel alheia.

Sendo um crime plurissubstancial, entendemos perfeitamente admissível a tentativa.

Elemento subjetivo

O tipo penal do art. 161 do diploma repressivo só pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Assim, somente haverá o crime de alteração de limites se o agente, dolosamente, vier a suprimir ou deslocar tapumes, sabendo que se encontravam afixados em lugar correto.

Além do dolo de suprimir ou deslocar tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para a doutrina dominante o agente deve atuar com uma finalidade especial, que transcende ao dolo, caracterizada pelo *especial fim de agir* consistente na finalidade de se *apropriar*, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *suprimir* e *deslocar* pressupõem um comportamento comissivo do agente.

Entretanto, nada impede que se raciocine em termos de omissão imprópria, caso o agente goze do *status* de garantidor.

Usurpação de águas

Nos termos da redação constante do inc. I do § 1º do art. 161 do Código Penal, consideram-

-se como elementos do tipo penal de usurpação de águas: *a) desviar ou represar; b) em proveito próprio ou de outrem; c) águas alheias.*

O núcleo *desviar* deve ser entendido como modificar o curso normal, natural das águas, enquanto *represar* significa reter, ou seja, interromper o curso, impedindo-o de alguma forma, de fluir normalmente.

As condutas de desviar e represar devem ser praticadas no sentido de trazer algum proveito para o próprio agente ou para terceiro. Essa é a finalidade especial contida no delito em estudo. Pode acontecer, até mesmo, que o beneficiado pelo represamento ou pelo desvio sequer tenha tomado conhecimento da conduta praticada pelo agente, supondo que tal fato se deu por força da natureza. Com isso, queremos afirmar que, mesmo não sendo beneficiado com o desvio ou o represamento, o agente poderá ser responsabilizado pelo delito em tela, bastando que tenha dirigido finalisticamente sua conduta para beneficiar terceiros, mesmo que

estes sequer tomem conhecimento do seu comportamento.

O tipo penal exige, ainda, que as águas sejam alheias, isto é, não sejam de propriedade do agente, podendo, no entanto, ser públicas ou mesmo privadas. Esclarece Hungria que se o desvio ou represamento for “praticado pelo proprietário das águas, ainda quando arrendado a outrem o terreno em que se encontrem, inexiste o crime (haverá no caso mero ilícito civil). No caso, porém, de águas *comuns* ou em condomínio, poderá ser sujeito ativo do crime qualquer dos proprietários das terras atravessadas ou banhadas pelas águas ou qualquer dos condôminos, desde que, com o desvio ou represamento, seja impedida a utilização pelos demais proprietários ou condôminos. O específico elemento subjetivo do crime é o *lucri faciendi animus*, isto é, o fim de obter, para si ou para outrem, um proveito patrimonial ou econômico. Se o agente é movido, *in exemplis*, por vingança ou despeito, o crime será o de *dano*; se para satisfazer pretensão legítima ou supostamente tal, *exercício arbitrário das próprias razões*; se para inovar artificialmente, em processo judiciário ou administrativo, o estado de lugar, com o fim de induzir a erro o juiz ou perito, *fraude processual*”.⁷²

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, contudo, ser praticado na omissão imprópria, desde que o agente goze do *status de garantidor*); de dano; formal (pois que o tipo penal não exige que o agente tenha, efetivamente, tido algum proveito com o desvio ou represamento, bastando que pratique uma das mencionadas condutas); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bens juridicamente protegidos, de acordo com a ilação que pode ser feita do inc. I do § 1º do art. 161 do Código Penal, são, também, a posse e a propriedade imobiliárias, enfatizando-se, conforme salienta Cesar Roberto Bitencourt, “o direito sobre o uso das águas por seu titular. Protege-se aqui o direito real do proprietário, e não simplesmente um direito pessoal ou obrigacional”.⁷³

Objeto material são as águas, entendidas, aqui, como parte do solo, isto é, consideradas como imóveis. Nesse sentido, são as lições de Álvaro Mayrink da Costa quando afirma: “Objeto material da ação é o ato de desviar a massa líquida alheia, que se constitui em águas no estado natural, fluentes ou estagnadas, não importando que se trate de correntes contínuas ou intermitentes, superficiais ou subterrâneas, correntes ou paradas, públicas ou privadas. Não se incluem as *res nullius*”.⁷⁴

Sujeito ativo e sujeito passivo

O delito de usurpação de águas pode ser praticado por qualquer pessoa. Ao contrário, no

que diz respeito ao sujeito passivo, somente o proprietário e o possuidor é que podem figurar nessa condição.

Consumação e tentativa

O delito de usurpação de águas se consuma no momento em que ocorre o *desvio* ou o *represamento* de águas alheias, independentemente do fato de ter o agente conseguido auferir proveito desse comportamento para si ou para terceiro.

Tratando-se de crime plurissubstancial, sendo possível, pois, fracionar-se o *iter criminis*, é perfeitamente admissível a tentativa.

Elemento subjetivo

O tipo penal do inc. I do § 1º do art. 161 do estatuto repressivo somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade culposa. Assim, aquele que, culposamente, vier a desviar o curso natural de águas alheias, praticará um comportamento penalmente irrelevante, podendo, entretanto, se for o caso, ser responsabilizado na esfera civil.

Além do dolo de desviar ou represar águas alheias, a doutrina majoritária visualiza, ainda, outro elemento subjetivo que transcende ao dolo, vale dizer, o chamado especial fim de agir, caracterizado pela finalidade do agente de levar a efeito tais comportamentos *em proveito próprio ou de terceiros*.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *desviar* e *represar* pressupõem um comportamento comissivo do agente.

Entretanto, será perfeitamente possível o raciocínio em termos de omissão imprópria, desde que o agente goze do *status* de garantidor e atue com dolo de não impedir, mesmo devendo e podendo agir, que terceiro desvie ou represe, em proveito próprio ou de outrem, as águas pertencentes ao garantido.

Esbulho possessório

Pela análise da redação típica prevista no inc. II do § 1º do art. 161 do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos que integram o delito de esbulho possessório: *a) a invasão de terreno ou prédio alheio; b) o emprego de violência a pessoa ou grave ameaça; c) alternativamente, o concurso de pessoas; d) a finalidade especial de praticar o esbulho possessório.*

O núcleo *invadir* é utilizado no texto com o sentido de ingresso não autorizado em terreno ou prédio alheio mediante o emprego de violência à pessoa ou grave ameaça, ou mediante o concurso de mais de duas pessoas.

Isso significa que se a *invasão* se der às ocultas, ou seja, sem o conhecimento do

proprietário ou do possuidor, não havendo, obviamente, o emprego de violência, em face de sua clandestinidade, o fato somente se configurará em esbulho possessório se for praticado mediante o concurso de mais de duas pessoas, isto é, no mínimo, três pessoas.

O fato de o agente permanecer em terras da União, Estados e Municípios é atípico, não sendo possível desclassificá-lo para o delito de esbulho possessório tipificado no artigo 161, II, do Código Penal, uma vez que o tipo deste é o de invadir, com violência à pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório (TRF 2^a R., RSE 2004.50.01.008189-7, 2^a T. Especializada, Rel. Des. Fed. André Fontes, j. 24/6/2009, DJU 30/6/2009, p. 42).

A *violência à pessoa (vis corporalis)* é uma das formas pelas quais o crime pode ser praticado. A própria lei penal esclarece dizendo que a violência, considerada como o elemento do esbulho possessório, é aquela praticada contra a *pessoa*, não a simples violência contra a coisa (como acontece, por exemplo, quando o agente, para entrar no terreno que será objeto do esbulho, destrói a cerca que tinha a finalidade de impedir o acesso de pessoas não autorizadas naquele local). Além da violência contra a pessoa, poderá a infração ser levada a efeito com o emprego de grave ameaça, ou seja, a *vis compulsiva*, forma por meio da qual o agente intimida a vítima, a fim de que possa esbulhar o terreno ou edifício alheio.

Não havendo violência física, tampouco violência moral (grave ameaça), poderá ainda se configurar o delito em estudo na hipótese em que pelo menos três pessoas, agindo em concurso, invadirem terreno ou edifício alheio, com o fim de esbulhá-lo.

Alguns autores entendem ser dúbia a expressão *mediante concurso de mais de duas pessoas* utilizada no inc. II do § 1º do art. 161 do Código Penal, a exemplo de Luiz Regis Prado, que afirma: “A presença de duas ou mais pessoas é elemento controvertido na doutrina, em face de sua redação, que gera dúvidas acerca da interpretação do dispositivo. Assim, uma corrente entende ser preciso três pessoas além do autor, e outra acredita que é suficiente o número de três. Apoia-se a primeira corrente, pois a lei não diz (como no furto e no roubo) ‘se o crime é cometido mediante o concurso’ ou ‘se há concurso’, mas, sim, ‘invadir... mediante concurso’. Alguém invade mediante concurso de mais de duas pessoas, de modo que os autores ou partícipes são, no mínimo, quatro”.⁷⁵

Apesar do brilhantismo do renomado autor, ousamos dele discordar. A lei penal é clara no sentido de apontar que o concurso de mais de duas pessoas, ou seja, três, pode caracterizar o delito de esbulho possessório, se presente a finalidade especial contida no tipo penal em análise. Sabemos, sim, que o legislador parece gostar de inovar, pois que, ao invés de padronizar as redações legais, as modifica, desnecessariamente, em cada tipo penal. Veja-se o exemplo comparativo entre os arts. 155 e 157 do Código Penal. No primeiro, ao se referir ao objeto da infração penal, denomina-o de *coisa alheia móvel*, enquanto que no segundo passa a ser *coisa móvel alheia*. Ao contrário do que afirmou Luis Regis Prado, *concessa venia*,

embora o art. 155, § 4º, IV, ao mencionar o concurso de pessoas, utilize a expressão *se o crime é cometido*, isso não acontece com o crime de roubo, em que o inc. II do § 2º do art. 157 do mesmo diploma repressivo somente se vale da expressão *se há o concurso de duas ou mais pessoas*.

Portanto, embora haja controvérsia, entendemos que a lei penal é clara quando exige um mínimo de três pessoas para a possibilidade de configuração do crime de esbulho possessório.

Finalmente, para que se caracterize a infração penal em estudo, será preciso que o agente atue com a finalidade especial de esbulhar a posse de terreno ou edifício alheio, sem a qual o fato poderá se configurar como outra infração penal, ou mesmo ser considerado atípico.

Assim, de acordo com as lições de Hungria, o fim do agente “deve ser o de ocupação (total ou parcial) do terreno ou edifício alheio, para aí comportar-se *ut dominus*. A invasão sem tal escopo será mero ilícito civil, salvo no concernente à violência (contra a pessoa ou contra a coisa), se houver. Se o agente procede para satisfazer pretensão legítima ou putativamente tal, o crime será o de exercício arbitrário das próprias razões. Se o réu defender-se com tal pretensão, o próprio juiz penal poderá resolver a controvérsia ou, se já tiver sido provocado o juízo cível, aguardar a decisão deste (art. 93 do Cód. de Proc. Penal)”.⁷⁶

Dessa forma, se a invasão se der pacificamente, ou seja, sem o emprego de violência contra a pessoa, sem o recurso à grave ameaça, e não tendo sido levada a efeito mediante o concurso de mais de duas pessoas, o fato será atípico com relação à figura do esbulho possessório.

A prática ilícita do esbulho possessório que compromete a racional e adequada exploração do imóvel rural qualifica-se, em face do caráter extraordinário que decorre dessa anômala situação, como hipótese configuradora de força maior, constituindo, por efeito da incidência dessa circunstância excepcional, causa inibitória da válida edição do decreto presidencial consubstanciador da declaração expropriatória, por interesse social, para fins de reforma agrária, notadamente naqueles casos em que a direta e imediata ação predatória desenvolvida pelos invasores culmina por frustrar a própria realização da função social inherente à propriedade. Precedentes. – O esbulho possessório, além de qualificar-se como ilícito civil, também pode configurar situação revestida de tipicidade penal, caracterizando-se, desse modo, como ato criminoso (CP, art. 161, § 1º, II; Lei nº 4.947/66, art. 20). – A União Federal, mesmo tratando-se da execução e implementação do programa de reforma agrária, não está dispensada da obrigação, que é indeclinável, de respeitar, no desempenho de sua atividade de expropriação, por interesse social, os postulados constitucionais que, especialmente em tema de propriedade, protegem as pessoas e os indivíduos contra eventual expansão arbitrária do poder. Essa asserção – ao menos enquanto subsistir o sistema consagrado em nosso texto constitucional – impõe que se repudie qualquer medida que importe em arbitrária negação ou em injusto sacrifício do direito de propriedade, notadamente quando o Poder Público deparar-se com atos de espoliação ou de violação possessória, ainda que tais atos sejam praticados por movimentos sociais organizados, como o MST. – A necessidade de observância do império da lei (*rule of law*) e a possibilidade de acesso à tutela jurisdicional do Estado – que configuram valores essenciais em uma sociedade democrática – devem representar o sopro inspirador da harmonia social, significando, por isso mesmo, um voto permanente a qualquer tipo de comportamento cuja motivação resulte do intuito deliberado de praticar atos inaceitáveis de violência e de ilicitude, como os atos de invasão da

propriedade alheia e de desrespeito à autoridade das leis e à supremacia da Constituição da República perpetrados por movimentos sociais organizados, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST). – O Supremo Tribunal Federal, em tema de reforma agrária (como em outro qualquer), não pode chancelar, jurisdicionalmente, atos e medidas que, perpetrados à margem da lei e do direito por movimentos sociais organizados, transgridem, comprometem e ofendem a integridade da ordem jurídica fundada em princípios e em valores consagrados pela própria Constituição da República. Precedentes (STF, MS 32.752 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 10/08/2015).

Não caracteriza o crime de esbulho possessório a conduta do Prefeito Municipal e de seus secretários que notificam a querelante sobre a necessidade de remoção da cerca do seu terreno que avançava pelo traçado da via pública, objetivando regularizar e pavimentar as ruas do loteamento, sem, contudo, gerar a diminuição da área da propriedade da querelante e sem emprego de violência e grave ameaça (TJMG, PCO-CR 1.0000.07.454077-4/000, 3^a Câm. Crim., Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 9/1/2008).

Classificação doutrinária

Crime comum, com relação ao sujeito ativo; próprio no que diz respeito ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, contudo, ser praticado via omissão imprópria, desde que o agente goze do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; formal; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bens juridicamente protegidos pelo inc. II do § 1º do art. 161 do Código Penal são a posse e a propriedade imobiliária. Cesar Roberto Bitencourt alerta para o fato de que no tipo penal que prevê o crime de esbulho possessório “são tuteladas igualmente a integridade e a saúde física e mental do sujeito passivo, na medida em que o crime pode ser praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. O *modus operandi* ofende, paralelamente, esses aspectos da pessoa humana, que são abundantemente protegidos no Título que cuida dos crimes contra a pessoa. Essa proteção múltipla de bens jurídicos distintos permite que se possa classificá-lo como espécie de *crime complexo*”.⁷⁷

Objeto material é o terreno ou o edifício alheio.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O esbulho possessório permite que qualquer pessoa possa figurar como sujeito ativo dessa infração penal, exceto se for o proprietário ou mesmo o possuidor do terreno ou edifício.

Ao contrário, com relação ao sujeito passivo, somente o proprietário e o possuidor é que podem figurar nessa condição.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito de esbulho possessório com a efetiva invasão do terreno ou prédio alheio, mesmo que por curto espaço de tempo, não havendo necessidade, dada a sua natureza formal, de o agente permanecer na posse do imóvel, como se fosse o legítimo proprietário ou

possuidor, pois, caso isso venha a acontecer, será considerado mero exaurimento do crime.

Tratando-se de crime plurissubsistente, é admissível a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de esbulho possessório só pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

A doutrina dominante visualiza, ainda, outro elemento subjetivo, transcendente ao dolo, denominado *especial fim de agir*, caracterizado pela expressão *para o fim de esbulho possessório*.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *invadir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, não se descarta a hipótese de o crime ser praticado via omissão imprópria, desde que o omitente goze do *status* de garantidor, atuando com dolo no sentido de permitir o esbulho do terreno ou prédio de propriedade do garantido.

Emprego de violência na usurpação

O § 2º do art. 161 do Código Penal determina, *verbis*:

§ 2º Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

Isso significa que, em qualquer das três modalidades de usurpação previstas pelo art. 161 do Código Penal – *alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório* –, o agente deverá também responder pela violência praticada em concurso formal de crimes, embora aplicando-

-se a regra relativa ao cúmulo material, em razão do fato de ter atuado com o chamado desígnio autônomo, previsto na última parte do *caput* do art. 70 do Código Penal.

Se qualquer das infrações penais for praticada com o emprego de grave ameaça, esta, na qualidade de crime-meio, será absorvida pelo crime-fim, uma vez que não existe ressalva legal para que possa levar a efeito a punição do agente por esse fato, considerado, também, como delito.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena para as três modalidades de usurpação previstas no art. 161 e seu § 1º do Código Penal, vale dizer, *alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório*, é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

Se houver o emprego de violência na prática de qualquer dos delitos apontados, será aplicado o raciocínio do concurso formal de crimes, aplicando-se a regra do cúmulo material

de penas.

A competência para julgamento dos crimes previstos pelo art. 161 do Código Penal será do Juizado Especial Criminal, a não ser na hipótese de concurso formal com a lesão corporal de natureza grave, resultante do emprego de violência, sendo viável, ainda, a possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, caso os delitos não tenham sido praticados mediante o emprego de violência ou, se esta tiver ocorrido, a soma das penas não ultrapassar o limite de um ano, determinado pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95, como seria o caso, v.g., da soma das penas mínimas dos crimes de esbulho possessório (um mês), com as lesões corporais leves (três meses).

Nos termos do § 3º do art. 161 do Código Penal, *se a propriedade é particular, e não há o emprego de violência, somente se procede mediante queixa*. Interpretando-se o mencionado parágrafo, a contrario sensu, se a propriedade é pública, a ação penal será, consequentemente, de iniciativa pública incondicionada.

Sendo o delito de usurpação de águas considerado de menor potencial ofensivo, já que punido com pena não superior a 6 (seis) meses de detenção, e multa, a competência para julgar é agora das Turmas Recursais do Juizado Especial Criminal (TJMG, AC 2.0000.00.404126-3/000, Rel. Antônio Armando dos Anjos, DJ 15/11/2003).

Esbulho possessório em imóveis de propriedade da Caixa Econômica Federal. Competência da Justiça Federal. Configurada a prática de delito em detrimento de bem de empresa federal, compete à Justiça Federal o processo e julgamento da respectiva ação penal (art. 109, inc. IV, da Constituição da República) (STJ, CC 47687/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, S3, DJ 28/11/2005, p. 185).

Proprietário como sujeito ativo dos crimes de alteração de limites e esbulho possessório

Há controvérsia doutrinária no que diz respeito à possibilidade de o proprietário ser considerado sujeito ativo dos delitos de alteração de limites e esbulho possessório, uma vez que o *caput* do art. 161 do estatuto repressivo menciona expressamente que a supressão ou o deslocamento do tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória deve ser levada(o) a efeito com a finalidade de apropriação, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia, bem como o inc. II do § 1º do referido artigo diz caracterizar-se o esbulho possessório quando a invasão, mediante violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, ocorrer em terreno ou edifício alheio.

Assim, portanto, as elementares coisa imóvel alheia e terreno ou edifício alheio, constantes dos mencionados artigos, impediriam a prática dos delitos pelos proprietários do imóvel.

Noronha, analisando detidamente a questão, conclui: “Cremos que no condomínio pro indiviso, onde há indivisão de direito e de fato, onde há composse sobre todo o imóvel, não é admissível o delito. Não assim, na comunhão pro diviso, onde há indivisão de direito, porém não de fato. Por contrato ou modo tácito, os condôminos delimitam suas partes, passando cada

um deles a possuir na coisa comum parte certa e determinada. Tem, nesta hipótese, o condômino direito ao uso e gozo dessa parte com exclusão dos outros, tendo, aliás, direito aos interditos possessórios, quer contra estranhos, quer contra os outros condôminos, conforme se deduz dos arts. 623, 634 e 488 do Código Civil.⁷⁸ Há comunhão *sine compossessione*, pois cada coproprietário tem posse sobre parte certa do imóvel.

Pode então o condômino remover sinais divisórios no condomínio, para se apropriar da parte sobre a qual o vizinho exerce sua posse".⁷⁹

O mesmo raciocínio aplica-se, também, ao delito de esbulho possessório.

Violência contra pessoa praticada após o sucesso da invasão

A violência à pessoa pode ser praticada não somente como um meio para a invasão, como também para a manutenção daquele que já havia invadido terreno ou prédio alheio. Nesse último caso, a violência para a manutenção do agente em terreno ou prédio alheio transforma um fato que, antes, era considerado um indiferente penal, no crime de esbulho possessório.

Esbulho de imóvel do Sistema Financeiro de Habitação

Vide art. 9º da Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971, e art. 20 da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966.

Incorrendo o esbulho possessório de unidade do Sistema Nacional de Habitação, eis que a ocupação se deu naturalmente por força de contrato celebrado com a CEF, mesmo ante a circunstância de ter, o ocupante, se tornado, posteriormente, inadimplente, não há se falar na existência das figuras do art. 161 e parágrafos do CP, nem do art. 9º da Lei nº 5.741/1971. Matéria eminentemente da esfera civil que ali deve ser tratada (STJ, RHC 1636/SP, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, 5ª T., DJ 18/5/1992, p. 6.986).

Alteração de limites, usurpação de águas e invasão de propriedade (esbulho possessório) no Código Penal Militar

Vide art. 257 e parágrafos do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Supressão ou alteração de marca em animais Art. 162. Suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebanho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

No capítulo correspondente à usurpação, no art. 162 do Código Penal, houve previsão para a figura típica relativa à *supressão ou alteração de marca em animais*, cominando uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa, para aquele que suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebanho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade.

Portanto, para efeito de configuração típica, faz-se mister a presença dos seguintes elementos: *a)* a conduta de suprimir ou alterar marca ou sinal indicativo de propriedade; *b)* que essa supressão ou alteração ocorra em marca ou sinal existente em gado ou rebanho alheio; *c)* que seja indevida essa supressão ou alteração.

Inicialmente, deve ser ressaltado que o núcleo *suprimir* é utilizado no texto legal no sentido de fazer desaparecer, ou seja, acabar com a marca anteriormente existente; *alterar* significa, a seu turno, modificar, transformar, desfigurar a marca ou o sinal indicativo de propriedade, tornando-o irreconhecível.

Hungria faz distinção entre *marca* e *sinal*, dizendo: “*Marca* é o assinalamento a ferro candente ou substância química. *Sinal* é todo distintivo artificial, diverso da marca (ex.: argolas de determinado feitio nos chifres ou focinhos dos animais)”.⁸⁰

Exige o tipo penal que a conduta seja a de *suprimir* ou *alterar* marca ou sinal já existente. Isso significa que, se o animal não possuir qualquer marca ou sinal indicativo de seu proprietário, caso o agente o marque, o fato será atípico com relação ao delito do art. 162 do Código Penal, podendo, dependendo da sua finalidade, consubstanciar-se em outra figura, a exemplo do crime de dano ou, mesmo, furto.

Não há necessidade, entretanto, que a marca ou sinal tenha sido objeto de registro pelo seu proprietário, bastando que esteja presente nas *reses*.

Determina a lei penal que a conduta do agente seja dirigida a suprimir ou alterar marca ou sinal de propriedade alheia em *gado* ou *rebanho*, sendo essas expressões sinônimas, dizendo respeito às *reses* em geral. O gado pode ser dividido em *grosso* (equinos ou bovinos) e *miúdo* (suínos, caprinos e os ovinos ou ovelhuns).⁸¹ Hungria, a seu turno, os distinguia dizendo que “quando os animais são de grande porte (bois, cavalos, muares), fala-se em *gado*; quando de pequeno porte (carneiros, cabritos, porcos etc.), prefere-se o termo *rebanho*”.⁸² Mirabete, a seu turno, afirma que “*gado* é o conjunto de quadrúpedes de grande porte, geralmente empregados nos serviços de lavoura, para fins industriais, comerciais ou consumo doméstico (bois, cavalos, muares etc.). *Rebanho* significa gado, lanígero ou não, de pequeno porte (carneiros, cabritos, porcos etc.)”.⁸³

Deverá, ainda, ser *indevida*, isto é, *ilícita*, a supressão de marca ou sinal indicativo de propriedade alheia em gado ou rebanho. Dessa forma, aquele que adquire gado de terceiro poderá, a seu critério, modificar a marca anteriormente existente, a fim de identificar os animais por meio daquela que lhe for característica, não se podendo, sequer, visualizar a tipicidade do seu comportamento, em face da exclusão do elemento normativo *indevidamente* contido no tipo penal do art. 162.

O item 58 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, buscando

esclarecer o delito de *supressão ou alteração de marcas em animais*, principalmente tentando traçar a sua distinção para com o crime de furto, dispõe: **58.** *Também constitui crime de usurpação o fato de suprimir ou alterar marca ou qualquer sinal indicativo de propriedade em gado ou rebanho alheio, para dele se apropriar no todo ou em parte. Não se confunde esta modalidade de usurpação com o abigeato, isto é, o furto de animais: o agente limita-se a empregar um meio fraudulento (supressão ou alteração de marca ou sinal) para irrogar-se a propriedade dos animais. Se esse meio fraudulento é usado para dissimular o anterior furto dos animais, já não se tratará de usurpação: o crime continuará com o seu nomen juris, isto é, furto.*

Nélson Hungria, na mesma linha de raciocínio, preleciona: “Diferencia-se ele do furto, porque não há subtração da *res*; da apropriação indébita (ainda quando o gado ou rebanho esteja confiado ao agente), porque ainda não há efetiva apropriação; do estelionato, porque à fraude, que o informa, não se segue a efetiva captação do lucro ilícito. Se a supressão ou alteração da marca ou sinal é meio para dissimular o furto anterior, ou assegurar o continuado êxito de uma apropriação indébita, ou tiver servido como ardil num estelionato, qualquer desses crimes absorverá o de que ora se trata, segundo a regra *ubi major minor cessat*”.⁸⁴

A marca não constitui prova incontestável da propriedade, não só porque há animais não marcados, cuja propriedade ninguém contesta, como outros marcados que podem não pertencer ao dono da marca. A marca simbólica em animais só vale como ‘tomada da posse’, jamais como ‘crimes de propriedade’. Daí a razão pela qual, se forem encontradas letras de duas marcas e a perícia não chega a dizer qual das duas fora alterada, somente mediante a prova efetiva da origem do animal será possível atribuir a propriedade a um ou outro dono da marca (TJMG, Rel. Sebastião Maciel, *ADV COAD* 150).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, desde que o agente goze do *status* de garantidor); de mera conduta; de forma livre; instantâneo (pois que a sua consumação ocorre no exato instante em que é realizada a supressão ou alteração da marca ou sinal indicativo de propriedade em gado ou rebanho alheio); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

No tipo penal do art. 162 do diploma repressivo, busca-se proteger a propriedade e a posse de *gado ou rebanho* alheio.

A conduta do agente é dirigida finalisticamente a suprimir ou alterar, indevidamente, marca ou sinal indicativo de propriedade em *gado ou rebanho alheio*, sendo este, portanto, considerado *objeto material* do delito em estudo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito de *supressão ou alteração de marca em animais*. Ao contrário, o *sujeito passivo* do delito será o proprietário ou possuidor do gado ou rebanho, não importando se pessoa física ou mesmo jurídica.

Consumação e tentativa

De acordo com a redação contida no art. 162 do Código Penal, consuma-se o delito quando da prática de uma das condutas núcleo, vale dizer, quando o agente, efetivamente, *suprime ou altera*, indevidamente, marca ou sinal indicativo de propriedade em gado ou rebanho alheio.

Se, em virtude da supressão ou alteração da marca, o agente vier a subtrair o animal, por exemplo, o fato se amoldará ao tipo penal do art. 155, § 4º, II, segunda figura, do Código Penal, uma vez que tal comportamento se configura na fraude utilizada pelo agente, a fim de lhe facilitar a subtração.

Tratando-se de crime plurissubstancial, é admissível a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido para a configuração do delito tipificado no art. 162 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade culposa.

De acordo com as lições de Álvaro Mayrink da Costa, é preciso que o agente, suprimindo ou alterando, indevidamente, em gado ou rebanho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade, atue com a finalidade de “estabelecer confusão quanto à propriedade do animal marcado. O autor sempre obra objetivando a futura apropriação ou subtração do animal”,⁸⁵ pois, não fosse assim, deveria ser responsabilizado por outra infração penal, a exemplo do crime de dano, uma vez que os animais se amoldam ao conceito jurídico de coisa, previsto pelo art. 163 do Código Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas típicas de *suprimir* e *alterar* nos induzem a um comportamento positivo por parte do agente, vale dizer, um *fazer algo* no sentido de apagar ou modificar marca ou sinal anteriormente existente, podendo-se visualizar, portanto, um comportamento comissivo.

No entanto, será possível o raciocínio correspondente à omissão imprópria, desde que o agente goze do *status* de garantidor.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada para o delito de supressão ou alteração de marca em animais, tipificado no art. 162 do Código Penal, é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Considerando a pena mínima cominada ao delito, será possível o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público.

Supressão ou alteração de marca ou sinal indicativo de propriedade em um único animal

Embora exista divergência doutrinária, entendemos que quando a lei penal utiliza os termos *gado* e *rebanho* quer, na verdade, dizer que a supressão ou alteração deve ser realizada em *res* que participe dessa *aglomeração animal*, não impedindo, contudo, que apenas um deles sofra a modificação levada a efeito pelo agente.

Animal sem qualquer marcação

A lei penal exige, para efeitos de configuração do delito tipificado no art. 162 do Código Penal, que as condutas de suprimir e alterar refiram-se a marcas ou sinais anteriores em gado ou rebanho alheio indicativos de sua propriedade.

Dessa forma, aquele que, por exemplo, marca, indevidamente, um animal pertencente a um rebanho alheio, com o fim de subtraí-lo, deverá ser responsabilizado por outra infração penal, vale dizer, o delito de furto qualificado pelo emprego de fraude.

Aposição, supressão ou alteração de marca no Código Penal Militar

Vide art. 248 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Capítulo IV – Do Dano

Dano

Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único. Se o crime é cometido: I – com violência à pessoa ou grave ameaça; II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave; III – contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (*Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3/11/1967.*) IV – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Introdução

O art. 163 do Código Penal, em sua modalidade fundamental, comina pena de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, para aquele que *destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia*.

Assim, podemos destacar os seguintes elementos que compõem o delito de dano: *a)* a conduta de destruir, inutilizar ou deteriorar; *b)* que qualquer um desses comportamentos tenha como objeto a coisa alheia.

O núcleo *destruir* é empregado no texto legal no sentido de eliminar, aniquilar, extinguir; *inutilizar* significa tornar inútil, imprestável a coisa para os fins originais a que era destinada, mesmo que não destruída; *deteriorar* é estragar, arruinar a coisa.

Hungria, em lapidar lição, distingue as condutas nucleares do dano dizendo: “Na *destruição*, a coisa cessa de subsistir na sua individualidade anterior, ainda mesmo que não desapareça a matéria de que se compõe (ex.: matar uma rês, reduzir a cacos uma vidraça, cortar uma árvore). Em se tratando de coisas compostas (ex.: uma casa, uma ponte), sua *demolição* ou *derribamento* é destruição. Como tal também se estende, por força de compreensão, o fazer desaparecer uma coisa, de modo a tornar inviável a sua recuperação (ex.: atirando-a a um abismo impraticável). A destruição parcial, desde que acarrete a total imprestabilidade da coisa, é equiparada à destruição completa. Na *inutilização* (no sentido restrito com que a lei emprega o vocábulo), a coisa não perde inteiramente a sua individualidade, mas é reduzida, ainda que temporariamente, à inadequação ao fim a que se destina (ex.: desarranjar as peças de um maquinismo, dispersar os tipos de uma caixa de composição). Finalmente, com a *deterioração*, a coisa sofre um *estrago* substancial, mas sem desintegrar-se totalmente, ficando apenas diminuída na sua utilidade específica ou desfalcada em seu valor econômico (exemplo: mutilar os olhos de um cavalo, partir um *solitário*, tirar os ponteiros de um relógio).”⁸⁶

Dos ensinamentos trazidos a público pelo grande penalista brasileiro, ousamos discordar de uma afirmação contida no texto acima transcrito. Hungria afirma que *fazer desaparecer* também se entende compreendido no núcleo *destruir*. Na verdade, *permissa venia*, tal

interpretação nos conduziria a uma verdadeira analogia *in malam partem*, completamente proibida em Direito Penal, em virtude do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Destruir, como afirmado, tem o significado de eliminar, extinguir, o que não acontece quando alguém faz desaparecer alguma coisa pertencente à vítima. A coisa, em si, existe, razão pela qual não podemos entendê-la como destruída. Aquele que abre a portinhola de uma gaiola querendo que o canário que ali se encontra, pertencente à vítima, ganhe a liberdade não o destrói, inutiliza ou o deteriora. Aqui, embora não exista infração penal, o sujeito poderá ser responsabilizado no juízo cível pelos prejuízos por ele causados à vítima.

O dano poderá ser total ou mesmo parcial. Ressaltamos, contudo, a necessidade de ser apontada a perda econômica sofrida na coisa, uma vez que estamos ainda no Título correspondente aos crimes contra o patrimônio.

Objeto material da ação do agente deverá ser a *coisa alheia*. Coisa consiste nos bens corpóreos móveis ou imóveis. Assim, pratica o crime de dano aquele que dolosamente destrói, por exemplo, o relógio da vítima, bem como aquele que derruba uma das paredes de sua casa.

A coisa, obrigatoriamente, deverá gozar do *status* de alheia, isto é, deve pertencer a alguém que não o próprio agente, pois, caso contrário, o comportamento, como regra, será atípico. Assim, não pratica o crime de dano aquele que destrói *res nullius* (coisa de ninguém), ou mesmo a *res derelicta* (coisa abandonada). Ao contrário, se o agente destrói *res desperdicia* (coisa perdida), poderá ser responsabilizado criminalmente.

O erro sobre a elementar *alheia* afasta o dolo, impedindo, consequentemente, a punição do agente a qualquer título, haja vista não existir previsão do dano na modalidade culposa.

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; doloso; material; comissivo (podendo, contudo, ser praticado via omissão imprópria, considerando-se a posição de garantidor do agente); de ação múltipla ou conteúdo variado (uma vez que se o agente pratica as várias condutas previstas pelo tipo penal somente responderá por uma única infração penal); de dano; de forma livre; instantâneo (podendo, em algumas situações, como no caso da destruição da coisa, ser instantâneo de efeitos permanentes); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é o patrimônio, seja ele público ou privado, móvel ou imóvel, tutelando-se, consequentemente, tanto a propriedade quanto a posse.

O objeto material é a coisa alheia, móvel ou imóvel, desde que seja corpórea, haja vista que somente essas são passíveis de serem danificadas fisicamente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser o *sujeito ativo* do crime de dano, haja vista sua natureza de crime comum, excetuando-se, como regra, o proprietário, uma vez que a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente a destruir, inutilizar ou deteriorar *coisa alheia*.

Rogério Sanches Cunha aduz que se o proprietário

“Deteriora bem próprio que se encontra no legítimo poder de terceiro, responderá, conforme o caso, pelo delito previsto no art. 346 do CP, apenado com maior rigor e perseguido mediante ação penal pública incondicionada (crime contra a administração da justiça).”⁸⁷

Qualquer pessoa pode ser o *sujeito passivo* do delito em estudo, desde que proprietário ou mesmo possuidor da coisa. No caso do possuidor, embora haja crime único, estaremos diante de dois sujeitos passivos, ou seja, tanto o possuidor quanto o proprietário da coisa.

Consumação e tentativa

O dano se consuma quando o agente, efetivamente, destrói, inutiliza ou deteriora coisa alheia, seja ela móvel ou imóvel. Por se tratar de crime material e plurissubsistente, admite-se a possibilidade de tentativa. Merece ser ressalvado, entretanto, o fato de que o resultado, mesmo que *parcial*, consuma a infração penal em estudo. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, embora tendo o dolo de destruir a coisa alheia, somente consegue inutilizá-la ou deteriorá-la. Nesse caso, deverá responder por dano consumado, e não tentado.

Elemento subjetivo

O crime de dano só pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade culposa.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de dano ao patrimônio público, quando praticado por preso para facilitar a fuga do estabelecimento prisional, demanda a demonstração do dolo específico de causar prejuízo ao bem público (Precedentes) (STJ, RHC 56.629/AL, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 1º/08/2016).

O preso que destroi a cela da cadeia pública para empreender fuga pratica o crime de dano qualificado previsto no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, sendo dispensável qualquer elemento subjetivo específico, bastando o dolo genérico (TJMG, AC 1.0332.03.005825-6/001, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJ 27/7/2009).

Não comete o crime de dano qualificado o detento que, objetivando empreender fuga da cela, serra as grades da mesma, pois o seu objetivo centra-se na conquista da liberdade, faltando, portanto, o dolo específico de causar dano ao patrimônio do Estado (TJMG, AC 1.0525.07.124628-0/001, Rel. Des. Vieira de Brito, DJ 19/6/2009).

Modalidades qualificadas

O parágrafo único do art. 163 do Código Penal prevê as modalidades qualificadas de

dano. Para melhor visualização, faremos a análise de cada uma delas isoladamente.

A conduta de destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa alheia, restrita ao tipo simples do crime de dano, afronta unicamente o patrimônio privado, sendo plenamente possível o reconhecimento de sua atipicidade material. Entretanto, nos termos do art. 163, parágrafo único, do Código Penal, o crime de dano qualificado porta acréscimo substancial de reprovabilidade, diante da maior periculosidade dos meios utilizados (incs. I e II), a maior relevância social de seu objeto atingido (inc. III) ou pelas consequências para a vítima e mesquinhez do motivo (inc. IV). Nas hipóteses de dano qualificado, independente do valor patrimonial do bem, havendo transcendência do bem jurídico patrimonial, atingindo bens jurídicos outros, de relevância social, incabível a aplicação da bagatela, diante da evidente periculosidade social da ação e maior grau de reprovabilidade da conduta (STJ, HC 324.550/MT, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 28/06/2016).

Violência à pessoa ou grave ameaça – a primeira modalidade qualificada de dano diz respeito ao modo como o delito é praticado. Assim, diz a lei penal que, se o crime é cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, a pena será de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Percebe-se, portanto, que a violência à pessoa e a grave ameaça são, na verdade, meios utilizados pelo agente para a prática do dano. Dessa forma, somente poderemos raciocinar em termos de dano qualificado se a violência à pessoa ou a grave ameaça for empregada com o fim de destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia, ou, pelo menos, durante a prática das condutas previstas no tipo do art. 163 do Código Penal.

Assim, se a violência à pessoa ou a grave ameaça for empregada depois da consumação do delito de dano, não poderá ser aplicada a qualificadora.

Portanto, enquanto não consumado o crime, será possível a aplicação da qualificadora em exame.

Por violência à pessoa podemos entender tanto as lesões corporais (leves, graves e gravíssimas) como ainda as vias de fato. A violência que qualifica o dano deverá ser sempre contra a *pessoa*, e não aquela praticada contra a *coisa*. A ameaça que qualifica o crime de dano deverá ser grave. É a denominada *vis compulsiva*, que influencia a vontade da vítima, permitindo ao agente levar a efeito o seu comportamento dirigido finalisticamente a destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia. Se o dano for praticado com o emprego de violência, haverá concurso de crimes (formal ou material, dependendo do caso concreto), aplicando-se, também, a pena correspondente à violência. Não haverá concurso de crimes, entretanto, se o dano for praticado mediante vias de fato ou grave ameaça, que serão por ele absorvidas.

Somente restará configurada a qualificadora prevista no art. 163, parágrafo único, inc. I, do CP, se for empregado violência ou grave ameaça à pessoa para a consecução do delito de dano. Vale dizer, a violência ou grave ameaça deve ser um meio para a prática do delito de dano, hipótese em que este será qualificado pelo modo no qual foi levado a efeito (STJ, Apn. 290/PR, Rel. Min. Felix Fischer, CE, DJ 26/9/2005, p. 159).

Com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave – Da mesma forma que a qualificadora anterior, a substância inflamável ou explosiva

deve ter sido utilizada como *meio* para a prática do dano, ressaltando a lei penal, contudo, a sua natureza subsidiária, pois que somente atuará como qualificadora do dano se o fato não constitui crime mais grave, a exemplo do que ocorre com o crime de *explosão*, tipificado no art. 251 do Código Penal.

Álvaro Mayrink da Costa, levando a efeito a distinção entre substância inflamável e explosiva, assevera: “Substância explosiva é a que atua com maior ou menor detonação ou estrondo, ocorrendo deslocamento de ar, e inflamável são os materiais sólidos, líquidos e gasosos que, por força da composição ou natureza, proporcionam a chama rápida e violenta (v.g.: gasolina, álcool, benzina, nafta etc.). Diferencia-se o explosivo, combustível ou inflamável, em razão da capacidade de inflamar, mas não de alimentar a combustão (v.g.: folhas secas e capim não são inflamáveis)”.⁸⁸

Contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista – Também qualifica o dano se cometido contra *patrimônio* da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista.

Primeiramente, deve ser observado que não foram incluídas as empresas públicas ou mesmo as fundações instituídas pelo Poder Público no inc. III do parágrafo único do art. 163 do Código Penal.

Além disso, somente os bens de propriedade dessas pessoas jurídicas, se forem objeto de destruição, inutilização ou deterioração, é que poderão qualificar o dano, ficando excluídos aqueles que, de alguma forma, a exemplo do que ocorre com as locações, estiverem por elas sendo utilizados, preservando-se, assim, o princípio da legalidade que exige que o bem faça parte do *patrimônio* de qualquer uma delas.

O patrimônio das autarquias, por serem estas pessoas jurídicas de direito público com capacidade exclusivamente administrativa, se danificado, dá ensejo à aplicação da qualificadora.

Tem-se entendido que se o dano for praticado contra qualquer bem público, seja ele de uso comum, especial e dominical, conforme previsão dos incs., I, II e III do art. 99 do Código Civil, o crime será qualificado.

Na espécie, os presos danificaram as celas 1 e 2, retirando barra de ferro do banheiro com o objetivo de arrombar a grade que ligava o corredor ao pátio do estabelecimento prisional. Os termos da denúncia e os depoimentos coletados durante a investigação policial demonstram que o dano ao patrimônio público fora praticado pelo recorrente com o objetivo único de evadir-se do estabelecimento prisional. Desse modo, não havendo elementos a demonstrar o dolo específico necessário à configuração do delito descrito no art. 163, parágrafo único, inc. III, do Código Penal, impõe-se o reconhecimento da atipicidade da conduta (STJ, RHC 56.629/AL, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª T, DJe 1º/08/2016).

Responde por dano qualificado ao patrimônio público o detento que, após a evasão, danifica cadeado de outra

cela para permitir a fuga de preso (TJMG, AC 1.0000. 00.186082-4/000, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, DJ 31/8/2000).

Celso Antônio Bandeira de Mello, com a precisão que lhe é peculiar, define a concessão de serviço público “como sendo o ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o *exercício* de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se com a própria exploração do serviço, geralmente pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro”.⁸⁹

Assim, por exemplo, praticaria crime de dano qualificado o agente que destruísse um telefone público ou mesmo um ônibus, desde que pertencentes a empresas prestadoras de serviços públicos.

José dos Santos Carvalho Filho, traduzindo o conceito de *sociedade de economia mista*, esclarece que são “pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos.

Citem-se como exemplos mais conhecidos de sociedades de economia mista, também no plano federal, a Telebrás – Telecomunicações Brasileiras S.A.; o Banco do Brasil S.A.; o Banco da Amazônia S.A.; o Instituto de Resseguros do Brasil; a Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A. e outras tantas vinculadas a administrações estaduais e municipais”.⁹⁰

Assim, praticaria também o crime de dano qualificado aquele que, irritado por alguma razão, destruísse ou, mesmo, danificasse um dos caixas eletrônicos pertencentes ao Banco do Brasil, dada sua natureza de sociedade de economia mista.

A simples locação da coisa pelo Poder Público não serve para caracterizar a qualificadora prevista no inc. III do art. 163 do Código Penal (STJ, CC 20387/SP, Rel. Min. Vicente Leal, S3, JBC 38, p. 280).

Dano ao patrimônio municipal. Ausência de dolo específico. Imprescindibilidade de configuração do dolo específico para a caracterização do crime de dano qualificado. Precedentes (STJ, REsp. 493148/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 25/2/2004, p. 210).

No crime de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, inc. III, do Código Penal) o pagamento antes do recebimento da denúncia não importa em extinção da punibilidade, mas, apenas, de causa obrigatória e especial de diminuição de pena. A extinção da punibilidade ocorre tão somente quando prevista expressamente na lei, como, por exemplo, no caso do peculato culposo (art. 312, § 3º, do Código Penal) (STJ, HC 10165/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., DJ 27/3/2000, p. 136).

Por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima – O inc. IV do

parágrafo único do art. 163 do Código Penal arrola, ainda, duas *circunstâncias* que permitirão o reconhecimento de mais uma modalidade qualificada de dano, vale dizer, *o motivo egoístico e o prejuízo considerável para a vítima*.

A primeira – motivo egoístico – é de natureza subjetiva, não se comunicando ao eventual coparticipante, nos termos preconizados pelo art. 30 do Código Penal.

Definir motivo egoístico não é tarefa das mais fáceis. Hungria diz: “*Motivo egoístico*, no sentido do texto legal, não é o que se liga à satisfação de qualquer sentimento pessoal (ódio, inveja, despeito, prazer da maldade, desprezo pela propriedade alheia etc.), pois, de outro modo, não haveria como distinguir entre o dano qualificado em tal caso e o dano simples (sempre informado de algum sentimento pessoal na sua motivação). *Egoístico* é o motivo quando se prende ao desejo ou expectativa de um ulterior *proveito* pessoal *indireto*, seja econômico ou moral. Exemplo: o ás automobilístico, na esperança de assegurar-se o prêmio do *Circuito da Gávea* ou manter a sua reputação esportiva, destrói o carro em que iria correr um competidor perigoso”.⁹¹

A segunda das circunstâncias previstas no inc. IV do parágrafo único do art. 163 do Código Penal diz respeito ao fato de ter o agente causado *prejuízo considerável para a vítima*.

A lei penal determina, expressamente, portanto, que se leve em consideração o patrimônio da vítima, a fim de se concluir se o prejuízo sofrido foi de relevo. Como as pessoas têm capacidade econômica diferente, aquilo que pode importar em considerável prejuízo para uma já não terá o mesmo significado para outra.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas núcleo do tipo, vale dizer, os verbos *destruir*, *inutilizar* e *deteriorar*, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, será possível o raciocínio correspondente à omissão imprópria, caso o agente, gozando do *status* de garantidor, devendo e podendo agir para evitar o resultado, dolosamente, nada faça para impedi-lo.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

Para a modalidade simples de dano é cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa; para as modalidades qualificadas, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa; no caso do dano cometido com emprego de violência, aplica-se, também, a pena a ela correspondente.

A ação penal é de iniciativa privada nas hipóteses de dano simples (*caput* do art. 163 do Código Penal) e dano qualificado pelo motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima (inc. IV do parágrafo único do art. 163 do Código Penal), sendo de iniciativa pública

incondicionada quando o dano for qualificado nos termos dos incs. I, II e III do parágrafo único do art. 163 do Código Penal, conforme se verifica no art. 167 do mesmo diploma repressivo.

Compete ao Juizado Especial Criminal o julgamento do dano simples. Será possível a proposta de suspensão condicional do processo em ambas as modalidades de dano (simples e qualificado), uma vez que as penas mínimas a eles cominadas não ultrapassam o limite de 1 (um) ano, determinado pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95.

O delito previsto no inc. I do parágrafo único do art. 163 do Código Penal é de ação penal pública incondicionada, consoante o disposto no art. 167 do referido diploma legal. Desse modo, tratando-se de delito perseguido mediante ação pública incondicionada, não há que se falar em necessidade de representação da vítima, ou em prazo para a propositura da queixa-crime (STJ, RHC 30.930/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 23/08/2013).

A ação penal do crime de dano qualificado por violência à pessoa (art. 163, parágrafo único, inciso I) é pública incondicionada à representação. A legitimidade para oferecer a ação penal é, portanto, do Ministério Público. Assim, não há que se falar em decadência do direito de propor queixa-crime na hipótese, pois inaplicável tal instituto, ante a atuação do Ministério Público. O ato de representação não exige formalidades, basta que a vítima manifeste sua intenção de processar o autor do fato. Assim, a ausência de menção expressa a um dos artigos de lei supostamente violados pelo autor é totalmente irrelevante, uma vez que o suposto agente defende-se dos fatos e não de sua tipificação. (TJBA, AC 0000732-09.2012.8.05.0272, Rel. Des. Carlos Roberto Santos Araújo, DJe 18/10/2013) A legislação impõe que a *persecutio criminis* em razão do crime de dano simples seja iniciada pelo ofendido. Como foi a denúncia do *Parquet* quem deu início ao presente feito que culminou com a condenação dos apelantes por infração ao inc. IV do art. 163 do Código Penal, é certo que a regra do art. 167 do CPP foi inadvertidamente descumprida. Por tal motivo, é nula a condenação dos apelados por infração ao inc. IV do art. 163 do Código Penal (TJPE, APL 0191021-2, Garanhuns, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Gustavo Augusto Rodrigues de Lima, j. 14/7/2010, DJEPE 27/7/2010).

Dano simples é crime de ação penal privada e, quando praticado contra ascendente, não é punível (TJRS, Ap. Crim. 70013322896, 6ª Câm. Crim. Rel. João Batista Marques Tovo, j. 4/5/2006).

Por se tratar de delito de dano qualificado, em que a pena máxima, em abstrato, é de 3 (três) anos de reclusão, é competente o juízo comum (TJRS, Ap. Crim. 70014292510, 8ª Câm. Crim., Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 3/5/2006).

Compete à Justiça Estadual Comum julgar e processar crime de dano cometido contra empresas concessionárias de serviços públicos, por inexistente prejuízo da União (STJ, CC 40865/PB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, S3, DJ 19/4/2004, p. 152).

Prescindibilidade de *animus nocendi* à caracterização do dano

Por *animus nocendi* deve ser entendida a finalidade especial com que atua o agente no sentido de causar, com o seu comportamento, um *prejuízo patrimonial* à vítima.

Embora haja controvérsia doutrinária e jurisprudencial, entendemos que se objetivamente, com o seu comportamento doloso, o agente destruiu, inutilizou ou deteriorou coisa alheia, não importa que tenha ou não agido com a finalidade específica de causar prejuízo à vítima, deve, pois, responder pelo crime de dano, não havendo necessidade, dessa forma, de se evidenciar o

seu *animus nocendi*.

Consoante entendimento firmado por esta Corte, o delito de dano ao patrimônio público, quando praticado por preso para facilitar a fuga da prisão, exige o dolo específico (*animus nocendi*) de causar prejuízo ou dano ao bem público. Precedentes (STJ, HC 162.662/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 03/08/2015).

É considerada atípica a conduta do agente que causa dano ao presídio se configurado que o intuito da ação era para concretizar a fuga, face a não restar demonstrado o *animus nocendi*, devendo responder em caráter disciplinar, administrativo ou civil (TJMS, ACR-DetMul 2010.017206-5/0000-00, Rio Verde de Mato Grosso, Segunda Turma Criminal, Rel. Juiz Manoel Mendes Carli, DJEMS 14/7/2010, p. 38).

Dano qualificado. Delito não configurado. Preso que serra a grade do xadrez para evadir-se. Ausência de *animus nocendi*. Absolvição. Inteligência do art. 163, parágrafo único, III, do CP. A conduta física desenvolvida pelo preso para ganhar a liberdade não está acompanhada do dado anímico exigido pela figura criminosa do dano. E se a evasão não é punível desde que o agente, ao realizá-la, não usa de violência contra a pessoa, não se comprehende como a violência contra a coisa possa traduzir-se em infração penal autônoma. O dano só existe quando for um fim em si mesmo, não enquanto meio para a prática de outro fato criminoso (RT 560/342) (TJMG, AC 1.0637.05.028265-5/001, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caires, DJ 24/6/2009).

Em sentido contrário, os detentos que danificam parede da cela da Cadeia Pública com o intuito de empreender fuga cometem o delito de dano tipificado no artigo 163 do Código Penal, restando caracterizado o dolo genérico (TJMG, APCR 0083554-57.2005.8.13.0408, Matias Barbosa, 5ª Câm. Crim., Rel. Des. Pedro Vergara, j. 7/7/2010, DJEMG 21/7/2010).

Preso ou condenado que danifica cela para fugir da cadeia ou penitenciária

Com relação ao dano produzido com essa finalidade, duas correntes se formaram. A primeira, seguindo a orientação segundo a qual não se exige, para efeitos de configuração do crime de dano, o chamado *animus nocendi*, entende pela responsabilidade penal do preso que destrói patrimônio público, nos termos do art. 163, parágrafo único, III, conforme já decidiu o STF, em acórdão relatado pelo Min. Carlos Velloso: *Penal. Processo penal. Habeas corpus. Crime de dano. Preso que danifica a cela para fugir.* Exigência apenas do dolo genérico. CP, art. 163, parágrafo único, III. 1. Comete o crime de dano qualificado o preso que, para fugir, danifica cela do estabelecimento prisional em que está recolhido. Cód. Penal, art. 163, parágrafo único, III. 2. O crime de dano exige, para sua configuração, apenas o dolo genérico. III – HC indeferido (HC 73189/MS, 2^a T., DJU 29/3/1996, p. 9.346).

A fuga nem sempre importa em necessária destruição ou danificação do bem público, necessário avaliar com mais rigor a conduta daqueles que optam por destruir parte do patrimônio público, sustentado pelos contribuintes, não se exigindo dolo específico, bastando conduta genérica que engloba o risco de produzir o resultado gravoso (art. 18, inc. I, do CP) (Des. Ediwal José de Moraes) (TJMG, AC 1.0049. 04.005907-0/001, 4ª Câm. Crim., Rel. Delmival de Almeida Campos, pub. 30/1/2008).

A segunda corrente, ao contrário, posiciona-se pela exigência de constatação do *animus nocendi*, vale dizer, a finalidade com que atua o agente no sentido de causar prejuízo patrimonial à vítima.

Consoante entendimento firmado por esta Corte, o delito de dano ao patrimônio público, quando praticado por preso para facilitar a fuga da prisão, exige o dolo específico (*animus nocendi*) de causar prejuízo ou dano ao bem público. Precedentes (STJ, HC 226021/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 28/6/2012).

Não cometem o crime de dano qualificado os presos que, objetivando empreender fuga de cela, serram as grades de ferro e quebram cadeado de portão, pois o seu objetivo centra-se na conquista da liberdade e não no propósito de causarem prejuízo ao Estado. Precedentes deste TJMG e do STJ (TJMG, AC 1.0220.06. 000715-4/001,

1ª Câm. Crim., Rel. Márcia Milanez, pub. 4/4/2008).

Habeas corpus. Crime de dano. Destrução de cela. Ausência de *animus nocendi*. Ordem concedida. 1. Para a configuração do crime de dano, imprescindível o *animus nocendi*, ou seja, o dolo específico de causar prejuízo ao dono da coisa. 2. *In casu*, conforme se depreende da denúncia [...], os pacientes destruíram parte da cela em que se encontravam presos, com o intuito deliberado de alcançar a liberdade. Seu objetivo primordial não era destruir o patrimônio para prejudicar o Estado. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal movida em desfavor dos pacientes (STJ, HC 48284/MS, Rel. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., HC 2005/0159273, DJ 13/3/2006, p. 383).

Entendemos que não se exige para a configuração do crime de dano o chamado *animus nocendi*. Basta que o agente tenha conhecimento de que com o seu comportamento está destruindo, inutilizando ou deteriorando coisa alheia, para que possa ser responsabilizado pelo delito em estudo, uma vez que o tipo não exige essa finalidade especial.

Pichação

A pichação, que se traduz no ato por meio do qual o agente, com a utilização de tintas, leva a efeito a pintura de desenhos, palavras, assinaturas etc., em partes constantes de imóveis, não se coaduna, como regra, com o núcleo destruir. Da mesma forma, também como regra, não importa em inutilização da coisa alheia objeto da pichação. Assim, embora não seja pacífico, tem-se entendido que a pichação se amolda ao núcleo deteriorar, uma vez que produz na coisa alheia um estrago parcial, alterando o seu estado original, posição à qual nos filiamos.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.408, de 25 de maio de 2011, dispôs sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, criou um tipo penal específico para as pichações realizadas em edificação ou monumento urbano, conforme se verifica pela redação de seu art. 65.

Dano culposo

Embora o Código Penal não preveja a modalidade culposa para o crime de dano, existe previsão legal para sua punição nos arts. 266, parágrafo único, e 383, ambos do Código Penal Militar, bem como nos arts. 38 e 62 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

O crime de dano só é punível a título de dolo e, assim, em caso de culpa, configura-se apenas o ilícito civil (TJMG, AC 2.0000.00.504761-4/000 [1], Rel.ª Maria Celeste Porto, DJ 1º/10/2005).

Presença de mais de uma qualificadora

Deverão ser consideradas na fixação da pena-base.

Exame pericial

Tratando-se de infração penal que deixa vestígios, faz-se necessária a realização de exame pericial para efeitos de constatação do crime de dano, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal.

O crime do art. 163 do Código Penal, que consiste em destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia é crime material que sempre deixa vestígios, sendo indispensável o exame de corpo de delito para comprovar a materialidade delitiva. Precedentes (STJ, HC 274431/SE, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T, DJe 1º/7/2014).

A configuração do crime de dano qualificado, descrito no artigo 163, parágrafo único, II, do Código Penal, exige prova pericial comprovando que houve utilização de substância inflamável ou explosiva. À minguia dessa comprovação técnica, consoante dispõe o artigo 173 do Código de Processo Penal, deve o agente ser condenado no crime de dano simples, descrito no *caput* do artigo 163 do Código Penal (TJDF, Rec. 2008.10.1.004591-6, Ac. 437.165, 2^a T. Crim., Rel. Des. Silvânia Barbosa dos Santos, DJDFTE 16/8/2010, p. 416).

O delito de dano é daqueles que deixa, obrigatoriamente, vestígios, não prescindindo de exame pericial para demonstrar materialmente sua existência, sequer podendo ser suprido pela confissão e, assim, por extensão, por prova testemunhal. Em se tratando de crime que deixa vestígio, o dano requer comprovação pericial, nos termos da lei processual (TJRS, Ap. Crim. 70017873985, Crim., Rel. Aramis Nassif, 5^a Câm. j. 4/4/2007).

Embriaguez

Crime de Dano. Danificação de orelhão. Embriaguez. Dolo ausente. Absolvição. Embora demonstrada a materialidade e a autoria do delito, ausente está o elemento subjetivo, imprescindível à tipificação do crime de dano. Absolvição decretada (TJRS, AC 70028583268, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, DJ 14/4/2009).

O agente que, legitimamente preso, provoca danos na viatura policial, responde pelo crime de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, III, CP). O fato de o réu estar embriagado por si só não ilide sua responsabilidade criminal (TJPR, AC 0399050-9, Pitanga, 4^a Câm. Crim., Rel. Des. Miguel Pessoa, un., j. 16/8/2007).

A embriaguez não isenta o réu da responsabilidade pelos danos que causou (TJRS, AC 70014281190, 8^a Câm. Crim., Rel. Marlene Landvoigt, pub. 2/10/2007).

Dano qualificado e princípio da insignificância

É de ser considerada insignificante a conduta do paciente em rasgar o lençol que lhe foi oferecido no presídio pela Secretaria de Segurança Pública local, porquanto a lesão ao patrimônio público foi mínima em todos os vetores. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reconhecer a atipicidade da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância, e absolver o paciente da prática do delito previsto no art. 163, parágrafo único, inc. III, do Código Penal (STJ, HC 245.457/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 10/03/2016).

Conforme definido pelos tribunais superiores, para a aplicação do princípio da insignificância como causa supralegal de exclusão da tipicidade, deve-se observar os seguintes vetores: a) conduta minimamente ofensiva;

b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) lesão jurídica inexpressiva, os quais devem estar presentes, concomitantemente, para a incidência do referido instituto. Hipótese em que o comportamento do agente transcende o mero prejuízo financeiro sofrido pela Administração Pública, porquanto o bem danificado possui valor de relevância social, sendo instalado em rodovia de alta velocidade para a proteção dos condutores de veículos, com o intuito de preservar vidas no trânsito, afetando, assim, toda a coletividade (STJ, AgRg no REsp 1.467.909/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 03/08/2015).

Dano no Código Penal Militar

O Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), prevê várias modalidades de dano, no capítulo VII (Do dano), do Título V (Dos crimes contra o Patrimônio), a saber: Art. 259 (dano simples);

Art. 260 (dano atenuado);

Art. 261 (dano qualificado);

Art. 262 (dano em material ou aparelhamento de guerra);

Art. 263 (dano em navio de guerra ou mercante em serviço militar); Art. 264 (dano em aparelhos e instalações de aviação e navais, e em estabelecimentos militares); Art. 265 (desaparecimento, consunção ou extravio);

Art. 266 (modalidades culposas).

Dano e Lei de Segurança Nacional

Se o agente vier a depredar, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas, será aplicado o art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983), que comina uma pena de reclusão, de 3 a 10 anos. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia Art. 164.

Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa.

Introdução

Ao crime de introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo, o Código Penal, em seu art. 164, comina pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa.

Pela análise da mencionada figura típica, podemos extrair os seguintes elementos:

- a) a conduta de introduzir ou deixar animais em propriedade alheia; b) a ausência de consentimento de quem de direito; c) o prejuízo resultante desses comportamentos.

O núcleo *introduzir* é utilizado pelo texto legal no sentido de fazer entrar, penetrar. Acrescenta Bento de Faria que a introdução “pode realizar-se por qualquer forma, pouco importando que os animais entrem sozinhos ou acompanhados, pelo próprio agente ou por seus prepostos ou empregados”.⁹² *Deixar* tem o significado de fazer permanecer, não retirar o animal que pode até ter sido inicialmente introduzido licitamente pelo agente. Assim, aquele que, com o consentimento do proprietário, introduz animal em propriedade alheia, mas não o retira quando solicitado por quem de direito, havendo prejuízo, pratica o delito em estudo.

Por se tratar de crime de ação múltipla, de conteúdo variado, o agente que introduz e, depois disso, deixa animal em propriedade alheia sem o consentimento de quem de direito, causando prejuízo, responderá por um único delito.

O tipo penal não delimita a espécie animal que, se introduzida ou deixada em propriedade alheia, causando prejuízo, importará na infração penal em estudo, podendo ser quadrúpedes ou bípedes. Dessa forma, poderia cometer o delito em questão aquele que introduzisse suas galinhas em propriedade alheia, fazendo com que estas se alimentassem de uma plantação ali existente.

A *propriedade* na qual os animais são introduzidos, por questões de ordem lógica, só pode ser a *imóvel*, seja ela urbana ou rural. Aquele que, por exemplo, introduz um cão em um apartamento alheio sem o consentimento de quem de direito, causando-lhe prejuízo, responde pelo mencionado artigo, mesmo que o imóvel esteja localizado no centro da cidade, e não na zona rural.

O art. 164 do Código Penal esclarece que somente ocorrerá a infração penal *sub examen* se o ato de introduzir ou deixar o animal for realizado *sem o consentimento de quem de direito*, apontado, nesse caso, como o *proprietário* ou mesmo *possuidor* do imóvel. O consentimento do ofendido exerce, aqui, o poder de afastar a tipicidade do fato, tal como ocorre no crime de violação de domicílio, previsto pelo art. 150 do Código Penal.

O dissenso da vítima pode ser expresso ou mesmo tácito. Assim, o agente pode ter sido advertido expressamente pela vítima a respeito da proibição da introdução de animais em sua propriedade, como também poderá ser presumida essa proibição.

Por último, essa introdução deve resultar em *prejuízo* para a vítima. Por *prejuízo* devemos entender aquele de natureza econômica, pois que estamos, ainda, no Título relativo aos crimes contra o patrimônio. O agente, entretanto, não pode ter agido finalisticamente no sentido de

querer causar prejuízo, pois que, segundo Cezar Roberto Bitencourt, se “objetivar especificamente a produção de dano, o crime será aquele capitulado no art. 163 (dano). Se, por fim, pretender alimentar seus animais com a pastagem da propriedade alheia, deixará de existir o dano em si mesmo, passando a caracterizar-se o crime de furto, com verdadeira subtração de coisa alheia”.⁹³

Será perfeitamente admissível a aplicação do princípio da insignificância ao delito em estudo, quando da introdução ou abandono de animal em propriedade alheia resultar prejuízo irrisório à vítima.

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio com relação ao sujeito passivo; doloso; comissivo, na modalidade *introduzir* (podendo ser praticado mediante omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); omissivo próprio, na modalidade *deixar*; de forma livre; de dano; material; instantâneo (como regra, podendo, no entanto, ser entendido como permanente quando o agente pratica a conduta de *deixar*); monossubjetivo; plurissubsistente (embora não admitindo a tentativa); condicionado (pois que para a sua caracterização exige-se, efetivamente, a ocorrência de prejuízo para a vítima); não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O crime tipificado no art. 164 tem como bens juridicamente protegidos a *posse e a propriedade*.

Embora a lei não mencione a espécie de propriedade – se móvel ou imóvel –, devemos entender que ambas mereceram a sua proteção, sendo estes os objetos materiais do delito.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo desse crime, à exceção do proprietário do imóvel. *Sujeito passivo* poderá ser tanto o proprietário do imóvel quanto o seu possuidor, que sofre o prejuízo produzido pela introdução de animais em seu imóvel.

Consumação e tentativa

No caso em exame, ou existe o prejuízo, e o crime se consuma, ou, embora tenha havido a introdução ou mesmo o abandono de animais em propriedade alheia, o fato será atípico, não se admitindo, pois, o reconhecimento da tentativa.

Em sentido contrário à posição doutrinária amplamente majoritária, Cezar Roberto Bitencourt assevera: “A exigência do prejuízo para consumar-se a infração não inviabiliza o reconhecimento da *tentativa*; pelo contrário, facilita sua identificação, pelo menos na

modalidade de *introduzir* animais em propriedade alheia. Assim, por exemplo, se o agente é surpreendido, e interrompido, por alguém no momento em que está efetuando a introdução de animais em propriedade alheia, não se pode negar que já iniciou o *iter criminis*, cuja intervenção, circunstância alheia à vontade do agente, impede a consumação. Na verdade, o que caracteriza a figura da tentativa não é a existência ou inexistência de condição objetiva de punibilidade, mas a *interrupção do processo executório por circunstâncias alheias à vontade do agente*".⁹⁴

Comprovada a invasão da lavoura pelo gado do querelado, que não o retirou quando avisado, tendo os animais causado dano de monta na plantação do querelante, caracterizado o tipo previsto no art. 164 do Código Penal (TJRS, RCr 71002326080, Rio Pardo, Turma Recursal Criminal, Rel.^a Des.^a Laís Ethel Corrêa Pias, j. 14/12/2009, DJERS 18/12/2009, p. 103).

Elemento subjetivo

O crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Entretanto, o dolo deverá limitar-se ao fato de *introduzir* ou de *deixar* animais em propriedade alheia, não se podendo visualizar a finalidade do agente no sentido de causar, efetivamente, *prejuízo* para a vítima.

Caso a conduta do agente, ao introduzir ou deixar os animais em propriedade alheia, seja dirigida a causar dano, o crime será aquele tipificado no art. 163 do Código Penal, sendo os animais, portanto, um instrumento utilizado pelo agente na prática do delito. Se for sua finalidade que os animais se alimentem de pasto alheio, o crime poderá ser o previsto no art. 155 do Código Penal.

Dessa forma, o prejuízo não pode ter sido querido pelo agente, não fazendo, outrossim, parte do seu dolo.

Se os animais, em virtude, por exemplo, de conduta negligente do agente, ingressarem em propriedade alheia causando prejuízos, o fato não poderá ser resolvido na esfera penal, pois que atípico em virtude da ausência do elemento subjetivo exigido pelo tipo, vale dizer, o dolo, restando, pois, a responsabilidade do agente na esfera civil, em face da inexistência de previsão da modalidade culposa.

Não há crime de dano e de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia sem a intenção dolosa de prejudicar (TJSP, AC 28220, Rel. Olavo Guimarães, RT 185, p. 669).

Modalidades comissiva e omissiva

O crime é comissivo na modalidade *introduzir*, bem como omissivo próprio no que diz respeito à conduta de *deixar* animais em propriedade alheia, sem o consentimento de quem de direito, causando-lhe prejuízo.

Será possível, ainda, o raciocínio correspondente à omissão imprópria, desde que o agente goze do *status* de garantidor, quando, dolosamente, devendo e podendo impedir, por exemplo, a introdução de animais em propriedade alheia, nada fizer para evitar esse comportamento que, a final, resultará em prejuízo para a vítima.

O que o agente não pode querer mediante sua inação é a produção de efetivo prejuízo para a vítima, pois, caso contrário, seria considerado autor do crime de dano, via omissão imprópria.

Se por omissão os animais invadem propriedade alheia e destroem a plantação, caracterizado resta o delito do art.164 do CP (TJMG, AC 8041, Rel. Sebastião Maciel, RT 567, p. 379).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada para o delito de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia é de detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa, sendo de competência do Juizado Especial Criminal o seu julgamento.

Em razão da pena mínima cominada, admite-se, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995, proposta de suspensão condicional do processo.

A ação penal é de iniciativa privada, conforme determinação contida no art. 167 do Código Penal.

O delito de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, com pena máxima cominada de seis meses de detenção ou multa, é considerado, entre outros, como infração de menor potencial ofensivo. Portanto, a competência recursal para o conhecimento do presente recurso é da turma recursal (TARGS, AC 297025363, Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 24/9/1997).

Introdução de somente um animal

Embora a lei faça menção a *animais* no plural, poderá o delito ser cometido com o ingresso de somente um, sem o consentimento de quem de direito, causando prejuízo.

Natureza jurídica do prejuízo – elementar típica ou condição objetiva de punibilidade

Embora exista controvérsia doutrinária, entendemos que *prejuízo* é um elemento que integra a definição típica, e a sua ausência conduzirá, fatalmente, à *atipicidade do fato*, não dizendo respeito, pois, a qualquer condição objetiva de punibilidade.

Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico Art. 165.

Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Introdução

O art. 165 do Código Penal cominava uma pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, para aquele que destruísse, inutilizasse ou deteriorasse coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico.

No entanto, em 12 de fevereiro de 1998, foi editada a Lei nº 9.605, disposta sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

O novo diploma legal, por intermédio de seu art. 62, I, revogou tacitamente o art. 165 do Código Penal, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942), haja vista ter regulado inteiramente a matéria originalmente cuidada pelo Código Penal.

Faz-se mister ressaltar que, depois da entrada em vigor da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, todas as revogações passaram a ser expressas, evitando-se interpretações contraditórias, a fim de trazer a necessária segurança jurídica. Nesse sentido, o seu art. 9º, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001, determina: *Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.*

Embora levada a efeito tacitamente, a doutrina entende, de forma pacífica, pela revogação do art. 165 do Código Penal, que ocorreu por intermédio do art. 62, I, da Lei nº 9.605/98, que diz: *Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:*

I – bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II – [...].

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. *Se o crime for culposo, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, sem prejuízo da multa*

Dessa forma, não teria sentido comentarmos o revogado art. 165 do Código Penal, diante de sua pouca aplicação, a não ser nos casos ocorridos durante sua vigência, por se tratar de *lex mitior*, devendo, portanto, ser ultra-ativa, haja vista que a lei posterior recrudesceu as penas cominadas àqueles que praticarem dano aos bens que foram protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial, dada a sua importância artística, arqueológica, histórica etc.

Entretanto, faremos, mesmo que sucintamente, a análise dos elementos que integram a nova infração penal, tipificada no inc. I do art. 62 da Lei nº 9.605/1998, a saber: *a) conduta dirigida finalisticamente a destruir, inutilizar ou deteriorar bem; b) que o bem, objeto da ação praticada pelo agente, tenha sido protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.*

O núcleo *destruir*, como tivemos oportunidade de esclarecer quando do estudo do crime de dano, tipificado no art. 163 do Código Penal, tem o sentido de eliminar, aniquilar, extinguir; *inutilizar* significa tornar inútil, imprestável a coisa para os fins originais a que era destinada, mesmo que não destruída; *deteriorar* é estragar, arruinar a coisa.

Nos termos preconizados pelo inc. I do art. 62 da Lei nº 9.605/1998, o agente pratica a conduta de destruir, inutilizar ou deteriorar contra *bem* de qualquer natureza, vale dizer, *móvel* ou *imóvel*.

Entretanto, somente poderá ser considerado como objeto da ação do agente aquele bem que, dada sua importância (histórica, cultural, artística, arqueológica etc.), foi especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

A legislação brasileira qualifica com a nota de tipicidade penal a conduta daquele que transgride a inviolabilidade do patrimônio artístico, arqueológico ou histórico nacional (CP, arts. 165 e 166). Esses preceitos do Código Penal brasileiro objetivam tomar mais efetiva a proteção estatal destinada a resguardar a integridade do acervo cultural do País (STF, HC 73.499-9, Rel. Celso de Mello, DJ 7/2/1997, p. 1.338).

Crime contra o patrimônio. Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico e alteração de local especialmente protegido. Caracterização. Agente que, livre e conscientemente, destrói imóvel tombado e pertencente ao patrimônio cultural da humanidade, sem autorização dos órgãos competentes – Irrelevância da alegação de que o bem se encontrava em estado precário, em via de desabar. Inteligência dos arts. 165 e 166 do CP (TRF, 3^a Reg.) (RT 785, p. 727).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio com relação ao sujeito passivo, haja vista que somente o proprietário e o possuidor (podendo-se, aqui, também incluir as pessoas jurídicas de direito público) de bens que foram especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial é que poderão figurar nessa condição; doloso ou culposo; de dano; material; instantâneo (dependendo do resultado, poderá ser considerado como instantâneo de efeitos permanentes); de forma livre; comissivo (podendo ser praticado omissivamente, desde que o agente goze do *status* de garantidor); de ação múltipla ou conteúdo variado; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O art. 62 está inserido na Seção IV do Capítulo V da Lei nº 9.605/1998, cuja finalidade é proteger o *ordenamento urbano* e o *patrimônio cultural*, de acordo com uma visão ampla de *meio ambiente*, sendo estes, portanto, os bens que se buscam tutelar.

A Constituição Federal, por intermédio de seu art. 216, esclareceu os contornos da expressão *patrimônio cultural*.

Para efeitos de reconhecimento do delito, somente poderá ser objeto do dano os bens *materiais*, sejam eles *móveis* ou *imóveis*.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do crime de dano, tratando-se, pois, nesse caso, de *crime comum*. Para aqueles que conseguem visualizar a possibilidade de sua incriminação sem que se tenha, ainda, uma necessária e peculiar estrutura jurídica do crime, o delito tipificado no inc. I do art. 62 da Lei nº 9.605/1998 poderá ser praticado, até mesmo, por pessoas jurídicas, com fundamento nos arts. 225, § 3º, da Constituição Federal, e 3º da Lei nº 9.605/1998.

Não se afasta a possibilidade, ainda, de o proprietário do bem ser sujeito ativo dessa infração penal, haja vista que a lei de crimes ambientais não exige, como no delito de dano, tipificado no art. 163 do Código Penal, que a coisa seja *alheia*.

Podem ser compreendidos como *sujeitos passivos* da infração penal em estudo a pessoa jurídica de Direito Público (União, Estado ou Município), bem como o proprietário ou, mesmo, o possuidor do bem merecedor de proteção legal, administrativa ou judicial.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito no instante em que o agente destrói, inutiliza ou deteriora o bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Por se tratar de crime plurissubstancial, será possível o raciocínio correspondente à tentativa.

Elemento subjetivo

O crime tipificado no art. 62 da Lei nº 9.605/1998 pode ser praticado dolosa ou culposamente, tendo em vista a previsão contida no seu parágrafo único que diz que *se o crime for culposo, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, sem prejuízo da multa*.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas núcleo do tipo, vale dizer, os verbos *destruir*, *inutilizar* e *deteriorar*, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, será possível o raciocínio correspondente à omissão imprópria caso o agente, gozando do *status* de garantidor, devendo e podendo agir para evitar o resultado, nada faça para impedi-lo.

Pena, ação penal, competência para julgamento, transação penal e suspensão condicional do processo

Para a modalidade dolosa, prevê o preceito secundário do art. 62 da Lei nº 9.605/1998 uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, sendo que o parágrafo único do mesmo artigo comina uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo da

multa, se o delito for culposo.

Será possível a realização de proposta de suspensão condicional do processo nas hipóteses dolosa e culposa, haja vista que as penas mínimas cominadas não são superiores a 1 (um) ano, conforme determina o art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Tratando-se de dano culposo, a competência, pelo menos inicialmente, será do Juizado Especial Criminal, considerando-se a pena máxima cominada pelo parágrafo único do art. 62 da Lei de Crimes Ambientais.

Determina o art. 27 da referida lei ambiental:

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada, nos termos do art. 26 da Lei nº 9.605/1998.

A cabal reparação do dano pela Pessoa Jurídica, que, inclusive, alienou o bem à Municipalidade após satisfazer as exigências estabelecidas por este ente público, exclui a justa causa para o prosseguimento da Ação Penal, que deve ser extinta sem o julgamento do mérito (TJMG, AC 1.0024.01.547365-5/001, Rel. Antônio Carlos Cruvinel, DJ 12/3/2008).

Não sendo a reparação do dano causado ao patrimônio artístico e cultural causa de exclusão de ilicitude, mas tão somente causa de extinção de punibilidade (art. 28, I, da Lei nº 9.605/1998), desde que reparado o dano, inexiste questão prejudicial a determinar a suspensão do processo penal. Recurso provido para determinar o prosseguimento do processo penal (TJMG, RESE 1.0461.05.029229-5/001, Rel. Antônio Armando dos Anjos, DJ 2/3/2007).

Conhecimento de que o bem foi protegido legal, administrativa ou judicialmente

Para que o agente possa ser responsabilizado por essa modalidade especial de dano, é fundamental que tenha efetivo conhecimento de que o bem que ele destruiu, inutilizou ou deteriorou havia sido objeto de proteção legal, administrativa ou judicial.

Caso contrário, a ausência desse conhecimento faz com que o agente responda pelo dano comum, previsto no art. 163 do Código Penal, em virtude da ocorrência do chamado *erro de tipo*.

Incabível o reconhecimento de dolo eventual quando o agente desconhecia o bem jurídico protegido, condição que afasta a realização do tipo penal denunciado. O delito de dano exige a consciência e a vontade de destruir, restando impunível a conduta culposa. A prova judicializada não contém elementos para demonstrar que o acusado conhecia a existência de sítio arqueológico no local das obras sob sua responsabilidade. A inexistência de marcos visuais conforta as alegações do réu. Solução absolutória que se impõe (TRF, 4ª Reg., AC 950417622-4/RS, Rel.^a Tânia Escobar).

Competência da Justiça Federal

O foro competente para o processamento e julgamento de ilícito penal contra o patrimônio histórico-cultural nacional é o da Justiça Federal (TJMG, REsE 1.0461. 015891-1/001, 2^a Câm. Crim., Rel. Hyparco Immesi, pub. 13/11/2007).

Alteração de local especialmente protegido Art. 166. Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Introdução

O art. 166 do Código Penal cominava uma pena de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, àquele que alterasse, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei.

Tal dispositivo, contudo, da mesma forma que o artigo anterior, foi revogado tacitamente pelo art. 63 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que diz, *verbis*: *Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:*

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Assim, tal como fizemos quando do estudo do artigo anterior, faremos a análise, mesmo que sucintamente, dos elementos que integram a nova figura típica prevista pelo art. 63 da Lei de Crimes Ambientais.

Luiz Regis Prado, em trabalho específico sobre o tema, resumiu, com perfeição, todas as características da nova infração penal, dizendo: “Pune-se a conduta representada pelo verbo *alterar* (modificar, transformar, desfigurar, mudar) aspecto ou estrutura de edificação ou de local especialmente protegido, como tal declarado por lei, ato administrativo ou decisão. *Aspecto* é a aparência, são as características externas peculiares do local. Por *estrutura* entendem-se a disposição e a ordem das partes componentes de um conjunto – representado por uma edificação ou um local. *Edificação* é um edifício, prédio, obra, construção; enquanto *local* é o lugar, o sítio, abrangendo esse dispositivo não apenas a paisagem natural, mas também os monumentos construídos pelo homem (museus, teatros, igrejas etc.). A expressão ‘sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida’ constitui elemento normativo do tipo, referente à ausência de uma causa de justificação; presente a autorização, a conduta será lícita. Faz-se necessário, porém, que o aspecto ou a estrutura da edificação ou local seja especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”.

– frequentemente através de tombamento – em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental”.⁹⁵

O réu, voluntária e conscientemente, alterou a estrutura e o aspecto de local especialmente protegido pelo Patrimônio Histórico e Cultural, realizando obras em imóvel de sua propriedade, em desacordo com a autorização do Poder Público. Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos casos que versem sobre a prática, em tese, de crime ambiental, dada a indisponibilidade do bem jurídico tutelado (TRF-1^a Reg., ACR 2006.36.00.003476-1/MT, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, DJe 18/9/2013).

O art. 166 do CP pune os atentados a bens que o Poder Público cumpre proteger em nome dos interesses nacionais e que são coisas tombadas ou aquelas outras que, por seu valor histórico ou predicado artístico, se encontrem, por lei, submetidas à proteção especial da autoridade (TJSP, AC, Rel. Fernando Prado, RT 542, p. 305).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio com relação ao sujeito passivo, haja vista que somente o proprietário e o possuidor (podendo-se, aqui, também incluir as pessoas jurídicas de direito público) de bens que foram especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão do seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, é que poderão figurar nessa condição; doloso; de dano; material; instantâneo (dependendo do resultado, poderá ser considerado como instantâneo de efeitos permanentes); de forma livre; comissivo (podendo ser praticado omissivamente, desde que o agente goze do *status* de garantidor); monossubjetivo; plurissubstancial; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O art. 63 está inserido na Seção IV do Capítulo V da Lei nº 9.605/1998, cuja finalidade é proteger o *ordenamento urbano* e o *patrimônio cultural*, de acordo com uma visão ampla de *meio ambiente*, sendo esses, portanto, os bens que se busca tutelar, da mesma forma que no art. 62 da Lei Ambiental.

Aqui, no entanto, procura-se ainda resguardar o *aspecto* e a *estrutura* de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, sendo estes – *edificação* e *local* – os objetos materiais da ação do agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser o *sujeito ativo* do delito, tratando-se, pois, nesse caso, de *crime comum*, podendo ser praticado até mesmo por pessoas jurídicas, para aqueles que conseguem visualizar a possibilidade de sua incriminação, conforme esclarecemos quando do estudo do art. 62, I, da Lei nº 9.605/1998.

Não se afasta a possibilidade, ainda, do proprietário da edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial ser sujeito ativo dessa infração penal,

haja vista que a lei de crimes ambientais não exige, como no delito de dano, tipificado no art. 163 do Código Penal, que a coisa seja *alheia*.

Podem ser compreendidos como *sujeitos passivos* da infração penal em estudo a pessoa jurídica de direito público, bem como o proprietário ou, mesmo, o possuidor do bem merecedor de proteção legal, administrativa ou judicial.

Consumação e tentativa

Crime material, consuma-se o delito no instante em que o agente altera o aspecto ou a estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, sem a necessária autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

Por se tratar de crime plurissubstancial, será possível o raciocínio correspondente à tentativa **Elemento subjetivo**

O delito tipificado no art. 63 da Lei nº 9.605/1998 somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Sem a vontade livre e consciente de alterar o patrimônio histórico, protegido por lei, não há o crime previsto no art. 166 do Código Penal (TRF, 1^a Reg., AC 95.01. 17666-5/BA, Rel. Juiz Tourinho Neto, 3^a T., DJ 16/10/1995, p. 70.167).

Alteração de local especialmente protegido. Erro de tipo. Ocorrência. Agentes que não tinham conhecimento de que o terreno onde estavam construindo uma casa era especialmente protegido por lei – Conduta atípica, pois inexistente dolo – Inteligência do art. 166 do CP (TRF, 1^a Reg.) (RT 793, p. 698).

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta núcleo do tipo, vale dizer, o verbo *alterar*, pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, será possível o raciocínio correspondente à omissão imprópria, caso o agente, gozando do *status* de garantidor, devendo e podendo agir para evitar o resultado, dolosamente, nada fizer para impedi-lo.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

O conceito secundário do art. 63 da Lei de Crimes Ambientais comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Será possível a realização de proposta de suspensão condicional do processo, haja vista que a pena mínima cominada não é superior a 1 (um) ano, conforme determina o art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada, nos termos do art. 26 do mencionado diploma legal.

Ação penal

Art. 167. Nos casos do art. 163, do inciso IV do seu parágrafo e do art. 164, somente se procede mediante queixa.

Ação penal

O crime de dano por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima somente se procede mediante queixa, decaindo o direito de ação no prazo de seis meses (TJMG, RESE 106613-3, Rel. Lucena Pereira, *RJTAMG* 46, p. 437).

Sendo o crime de dano simples contra bens patrimoniais de particular, carece o Ministério Público de legitimidade para dar início a ação penal, que é privativa do ofendido (STJ, *RHC* 3486/PB, Rel. Min. Anselmo Santiago, 6^aT., *RT* 729, p. 492).

Não tendo em momento algum tanto a exordial acusatória como os laudos periciais e o v. acórdão condenatório demonstrado se realmente foi utilizada uma substância inflamável ou explosiva, capaz de justificar a imputação de dano qualificado e não de dano simples que, nos termos do art. 167 do Código Penal, somente se procede mediante queixa é de se reconhecer a ilegitimidade *ad causam* do *Parquet* (STJ, *HC* 39377/PB, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., *DJ* 20/3/2006 p. 312).

Capítulo V – Da Apropriação Indébita

Apropriação indébita Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço), quando o agente recebeu a coisa: I – em depósito necessário;

II – na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial; III – em razão de ofício, emprego ou profissão.

Introdução

Sob o *nomen iuris* de apropriação indébita, o Código Penal comina uma pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, para aquele que se apropria de coisa alheia móvel, da qual tem a posse ou a detenção.

Analizando a figura típica da apropriação indébita, podemos destacar os seguintes elementos: *a)* a conduta de se apropriar de coisa alheia móvel; *b)* a existência de posse ou mesmo de detenção sobre a coisa por parte do agente; *c)* o surgimento do dolo, ou seja, do *animus rem sibi habendi*, após a posse ou a detenção da coisa.

O núcleo *apropriar* deve ser entendido no sentido de *tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-se* indevidamente de uma coisa alheia móvel, de que tinha a posse ou a detenção.

Quem se apropria de coisa alheia móvel, de que tem a posse, mesmo que temporariamente, incide no tipo penal tipificado pelo artigo 168 do Código Penal (TJDF, Rec. 2008.01.1.082051-8, Ac. 436.623, 1^a T. Crim., Rel. Des. Mario Machado, DJDFTE 17/8/2010, p. 301).

Será de extrema importância, para efeito de reconhecimento do crime de apropriação indébita, que se chegue à conclusão de que o agente exercia a posse ou, pelo menos, que detinha a coisa alheia móvel, mesmo que em nome de outrem, sendo a característica fundamental dessas duas situações o tipo de liberdade que o agente exercia sobre a coisa, vale dizer, uma *liberdade desvigiada*.

O tipo objetivo do crime de apropriação indébita exige que a detenção da coisa seja desvigiada (TJPR, AC 0443279-7, 4^a Câm. Crim., Rel. Luiz Cesar Nicolau, DJ 7.530).

Por *coisa alheia móvel* podemos compreender qualquer bem, passível de remoção, pertencente a outrem que não o próprio agente.

Bento de Faria alerta para o fato de que “a *preexistência da posse* do sujeito ativo é uma condição que constitui o *pressuposto de fato* do delito de apropriação indébita.

A coisa deve se achar com o agente, legalmente, *antes da apropriação*, isto é, sem subtração, fraude ou violência, pois se houvesse de recorrer a esses meios para obtê-la, ou a sua disponibilidade, praticaria delito diverso”.⁹⁶

A apropriação de coisa alheia móvel deverá ser, portanto, *indébita*, ou seja, *indevida*, conforme alerta a indicação marginal ao art. 168 do Código Penal, não sendo, pois, de alguma forma, amparada pelo ordenamento jurídico.

Faz-se necessário esclarecer que o delito somente se configurará se o dolo de se apropriar surgir *depois* de ter o agente a posse ou a detenção sobre a coisa alheia móvel. Caso contrário, poderá se configurar como outra infração penal.

É assente na jurisprudência desta Corte o entendimento segundo o qual a restituição do bem ou o resarcimento do dano não são hábeis a excluir a tipicidade do crime ou afastar a punibilidade do agente. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 828.271/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 03/05/2016).

Embora comprovado nos autos que o réu, na condição de possuidor de suínos de propriedade de Cooperativa, vendeu os animais para terceiro sem autorização, não se caracteriza o delito de apropriação indébita, quando ausente o *animus rem sibi habendi*. A prova contida nos autos demonstra que a intenção do réu se dirigiu apenas no sentido de contornar os prejuízos que entendia ter sofrido por conta de desacertos contratuais com a Cooperativa, o que, em tese, poderia caracterizar o delito de exercício arbitrário das próprias razões (TJPR, AC 0251621-2/Salto do Lontra, 5^a Câm. Crim., Rel.^a Juíza Conv. Rosana Andriguetto de Carvalho, un., j. 21/9/2006).

Pratica apropriação indébita circunstaciada o sujeito que, encarregado de receber pagamentos de clientes, em vez de destinar o numerário à sua finalidade, inverte o *animus* da posse dos valores, apropriando-se destes indevidamente (TJSC, AC 2005.031413-1, Rel. Solon d'Eça Neves, j. 31/1/2006).

O delito de apropriação indébita não reclama, por certo, que a coisa apropriada venha à posse ou detenção do agente por força de contrato escrito, sendo desinfluente a norma legal que determina seja o depósito voluntário provado, na esfera civil, por instrumento escrito (STJ, REsp. 531485/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJ 1º/8/2006, p. 560).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo, haja vista que somente aqueles que tiverem a posse ou a detenção legítima sobre a coisa é que poderão praticar a infração penal e, consequentemente, somente aqueles que dispuserem da posse e propriedade da coisa móvel é que poderão sofrer as consequências do comportamento levado a efeito pelo agente;⁹⁷ doloso; comissivo e omissivo (podendo, inclusive, ser praticado via omissão imprópria, caso o agente goze do *status* de garantidor); material; de forma livre; instantâneo (podendo ser, em algumas situações, instantâneo de efeitos permanentes, se ocorrer, por exemplo, a destruição da coisa); monossubjetivo; unissubsistente e plurissubsistente (dependendo da forma como o delito é praticado); transeunte ou não transeunte (variando de acordo com a possibilidade, no caso concreto de ser realizada perícia).

O crime de apropriação indébita é próprio, por exigir do agente uma qualidade especial, a saber, a de possuidor ou detentor, a qual, ainda, deve ter origem lícita (STJ, REsp. 1218043/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 16/5/2013).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O direito de propriedade é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 168 do Código Penal.

Objeto material da apropriação indébita é a coisa alheia móvel que se encontra na posse ou sob a detenção do agente.

O fato de a coisa indevidamente apropriada ser bem fungível não impede a caracterização do crime de apropriação indébita (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso) (STJ, REsp. 880870/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 23/4/2007, p. 307).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente aquele que tiver a posse ou a detenção sobre a coisa móvel é que poderá ser considerado sujeito ativo da apropriação indébita. *Sujeito passivo*, como regra, será o proprietário da coisa móvel. Contudo, conforme as lições de Hungria, se a coisa “foi entregue por titular da posse direta decorrente de direito real (usufruto, penhor), também ele será sujeito passivo (pois o direito real gravita na órbita da propriedade)”.⁹⁸

Consumação e tentativa

Conforme preleciona Álvaro Mayrink da Costa, podemos visualizar a consumação da apropriação indébita quando o agente, exteriorizando o seu *animus rem sibi habendi*, atua: “a) *por consumo* – no qual há alteração ou transformação da coisa, o que impossibilita a sua restituição; b) *por retenção* – recusa na devolução ou em dar a coisa; c) *por alheação* – passar a coisa a terceiro por venda, doação ou permuta, destinação que fora especificada no recebimento; d) *por ocultação* – que é uma forma de consumo; e) *por desvio* – aplicar um fim distinto trazendo prejuízo patrimonial (v.g.: Caio coloca à venda o relógio recebido em custódia; Tício retém dinheiro referente a comissões recebidas na mediação na venda de bens). Consoante tal visão, pode-se sintetizar que, na tipificação, o ilícito comportamental se caracteriza diante da recusa da devolução da coisa, pois o autor possui um dever jurídico de restituir”.⁹⁹

Identificar o momento e o local exatos em que se consumou o delito de apropriação indébita reclama, em última instância, a observação do lapso temporal em que houve a exteriorização da inversão do *animus* da posse, transformando-a em domínio (STJ, AgInt no HC 353.803/SC, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 12/05/2016).

Consuma-se o crime de apropriação indébita no momento em que o agente inverte o título da posse, passando a agir como dono, recusando-se a devolver a coisa ou praticando algum ato externo típico de domínio, com o ânimo de apropriar-se da coisa (STJ, RHC 1216/SP, Rel. Min. Assis Toledo, 5^a T., RT 675, p. 415).

Embora exista controvérsia doutrinária, tratando-se, como regra, de um crime plurissubsistente, será perfeitamente admissível o raciocínio correspondente à tentativa.

Pratica a tentativa de apropriação indébita réu que, na qualidade de *office boy* do Escritório de Advocacia, depositou na sua conta bancária, em proveito próprio, cheque de terceiro destinado a custear o registro de escritura pública, mas que não foi compensado em face da sustação efetuada pelo emitente (TJMG, ACR 1.0024.02. 724786-5/001, 1ª Câm. Crim., Rel. Eduardo Brum, pub. 11/10/2007).

Elemento subjetivo

O delito de apropriação indébita somente pode ser praticado dolosamente, não existindo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente, portanto, para que possa praticar a infração penal em estudo, deve agir com o chamado *animus rem sibi habendi*, ou seja, a vontade de ter a coisa para si, como se fosse dono. Para que se possa configurar o dolo correspondente ao crime de apropriação indébita, ele deverá surgir, obrigatoriamente, após o agente ter a posse ou a detenção da coisa alheia móvel, pois, caso contrário, o fato poderá se consubstanciar em outra infração penal, a exemplo do crime de estelionato.

A ré, na qualidade de procuradora da vítima, devidamente constituída, após ter licitamente levantado, mediante alvará, quantia depositada pela ex-empregadora da ofendida em reclamatória trabalhista, deixou de repassar imediatamente a quantia que cabia à vítima, invertendo a qualidade da posse exercida sobre os valores, dela se apropriando indevidamente, o que fez com a intenção clara e direta de fazer uso de todo o valor levantado, tanto assim, que mesmo após ter sido procurada, pessoalmente, não lhe devolveu, de imediato, a importância que não lhe pertencia. Então indiscutível a presença do dolo no fato da denúncia (TJ-RS, AC 70067677898, Rel.^a Des.^a Bernadete Coutinho Friedrich, j. 06/10/2016).

O réu, na qualidade de tesoureiro de associação, valendo-se de cartão bancário, retirou, sem conhecimento do presidente da entidade, quantias em dinheiro e esquivou-se de prestar contas de seus atos, causando prejuízos à pessoa jurídica. Dolo específico demonstrado, consistente na intenção de inverter a posse dos valores, em proveito próprio. Justificativas apresentadas pelo réu em juízo e prestação de contas tardia, que não se mostram aptas a arredar a convicção de sua intenção de se apropriar das quantias sacadas. Inaplicável a Súmula nº 554 do STF ao caso concreto. Descabimento da aplicação analógica do dispositivo, mormente quando a devolução dos valores foi efetuada após o recebimento da denúncia. Arrependimento posterior não evidenciado (TJRS, Ap. Crim. 70047981600, Rel. Ícaro Carvalho de Bem Osório, j. 30/8/2012).

A figura de apropriação indébita pressupõe o dolo específico, ou seja, tomar para si a coisa de quem tem posse, com a vontade de não restituí-la, ou desviá-la da finalidade para qual a recebeu, não sendo punível a título culposo (STJ, *RHC*, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, 5^a T., *RT* 737, p. 563).

O dolo da apropriação indébita consiste na vontade de apropriar-se de coisa alheia móvel, vontade de ter, como proprietário, a coisa para si ou para outrem, com o intuito de não restituí-la, enquanto que, no exercício arbitrário das próprias razões, o dolo incide sobre a vontade de employar o meio (violência, ameaça, fraude etc.) com a finalidade de satisfazer a pretensão real ou supostamente legítima (TJMG, ACR 1.0024.04. 324693-3/001, 1ª Câm. Crim., Rel. Fernando Starling, pub. 15/4/2008).

Constatado que o recorrente não revelou a intenção de apoderar-se de bem alheio, que temporariamente permaneceu na sua posse, a simples mora na sua entrega ao proprietário, consoante orientação consignada pela teoria finalista da ação e adotada pela sistemática penal pátria, não configura o crime de apropriação indébita descrito no art. 168 do CP, em razão da ausência do dolo – *animus rem sibi habendi* –, elemento subjetivo do tipo e essencial ao prosseguimento da imputação criminal (STJ, *RHC* 22914/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T.,

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *apropriar* pode ser praticado comissiva ou omissivamente pelo agente. Assim, comete o crime de apropriação indébita, praticando um comportamento comissivo, aquele que se desfaz da coisa alheia móvel, agindo como se fosse dono, vendendo-a a terceiro. Da mesma forma, comete o delito em estudo o agente que se recusa a devolver a coisa quando solicitada por seu legítimo dono, praticando, outrossim, uma conduta negativa.

Causas de aumento de pena

O art. 168 do Código Penal elenca, nos três incisos de seu § 1º, algumas majorantes que terão o condão de fazer com que a pena seja obrigatoriamente aumentada em um terço, em razão do maior juízo de censura, de reprovação que recai sobre aqueles que se encontram nas condições por ele catalogadas.

Interessante ressaltar que, embora o mencionado parágrafo seja apontado pela lei penal como o *primeiro*, na verdade ele é o *único* parágrafo constante do art. 168 do diploma repressivo, sendo essa mais uma de nossas “desorganizações legislativas”.

Para melhor visualização, faremos a análise de cada um dos incisos, isoladamente.

Depósito necessário – Os incs. I e II do art. 647 do Código Civil traduzem as hipóteses do chamado *depósito necessário*, que poderá ser dividido em: a) *legal*, na primeira hipótese, b) *miserável*, quando é levado a efeito por ocasião de alguma das calamidades arroladas no inc. II.

Hungria esclarece que a majorante prevista no inc. I do § 1º do art. 168 do Código Penal somente se aplica às hipóteses do chamado *depósito miserável*, argumentando, com precisão: “*Depósito necessário*, de que cuida o inc. I é, exclusivamente, o chamado *miserável*, isto é, imposto pela necessidade de pôr a salvo a coisa, na iminência ou no curso de algum acontecimento calamitoso, ou, como diz o art. 1.¹⁰⁰ do Cód. Civil, ‘o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque’. Não está incluído o depósito *legal*, de que é subespécie o depósito *judicial* (que a lei civil também considera *necessário*). A infidelidade do depositário legal (*stricto sensu*), que é sempre um funcionário público, recebendo a coisa ‘em razão do cargo’, constitui o crime de peculato (art. 312). Quanto ao depositário judicial, é ele contemplado no inc. II, de modo que sua infidelidade é apropriação indébita qualificada, e não peculato; mas isto, bem entendido, quando seja um *particular*”.¹⁰¹

Na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial – *Tutor*, é aquele a quem compete cuidar da pessoa do menor, em virtude do falecimento de seus pais, ou na hipótese de serem eles declarados ausentes, bem como

quando tiverem decaído do poder familiar. Nos termos do art. 1.741 do Código Civil, *incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.*

Curador é aquele que, em virtude de designação judicial, deverá cuidar dos que, de acordo com os incisos I a V do art. 1.767 do Código Civil, com a nova redação que lhes foi conferida pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015: I – por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; II – (Revogado); III – são ebrios habituais e os viciados em tóxico; IV – (Revogado); V – são pródigos.

É fundamental assinalar que somente gozarão dos *status de tutores e curadores* aqueles que assim forem nomeados mediante sentença judicial.

Síndico é, atualmente, o chamado *administrador judicial*, de acordo com a Lei nº 11.101/2005, sendo nomeado pelo juiz e responsável pelo processo de falência ou de recuperação judicial, conforme prelecionam Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Marta Saad.^{[102](#)}

A figura do síndico a que se refere o inc. II do § 1º do art. 168 do Código Penal diz respeito ao síndico da massa falida, hoje denominado administrador judicial (Lei 11.101/2005), e não ao síndico de condomínio edilício (STJ, REsp 1.552.919/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 1º/06/2016).

A figura do liquidatário foi abolida, razão pela qual não será considerada.

Inventariante é aquele a quem compete, desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, a administração da herança, de acordo com as disposições contidas no art. 1.991 do Código Civil.

Testamenteiro, por seu turno, é aquele que tem a função de cumprir as disposições de última vontade do *de cuius*, formalizadas em seu testamento.

Depositário judicial é o encarregado, conforme o art. 159 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), de guardar e conservar os bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados não dispondo a lei de outro modo. Luiz Regis Prado esclarece, ainda, que, “se é funcionário público, responde por peculato; sendo, porém, particular nomeado pelo juiz, incorre na majorante em estudo”.^{[103](#)}

Evidenciadas a materialidade e a autoria porque comprovado ter a síndica ré feito o pagamento de despesas pessoais e depósito em conta particular com verbas do condomínio, impõe-se a manutenção da sentença condenatória (TJPR, AC 0335790-4/Maringá, 4ª Câm. Crim. Rel. Des. Rogério Coelho, u.n., j. 3/8/2006).

Em razão de ofício, emprego ou profissão – Hungria resume as três situações dizendo: “Por *ofício* se entende qualquer ocupação habitual consistente em prestação de serviços manuais; por *emprego*, toda ocupação em serviço particular, mas existindo uma relação de *dependência* (preposição) ou certa *hierarquia* entre o locado e o locatário do serviço; por *profissão*, finalmente, toda e qualquer atividade habitual remunerada.

A profissão é um gênero, de que são espécies o ofício e o emprego".¹⁰⁴

Tendo o acusado recebido a quantia a título de caução devido a sua profissão de corretor de imóveis e proprietário da imobiliária, resta configurada a hipótese de aumento de pena previsto no art. 168, § 1º, inc. III, do Código Penal (TJDF, Rec. 2008.01.1.133848-7, Ac. 434.538, 1ª T. Crim., Rel. Des. Luciano Moreira Vasconcellos, DJDFTE 13/8/2010, p. 172).

Tendo o agente se apropriado, em razão de ofício, emprego ou profissão, de coisa alheia móvel que recebeu para guardar ou conservar, caracterizado está o delito previsto no art. 168, § 1º, III, do Código Penal (TRF, 1ª Reg., ACR 1999.35. 00.016099-6/GO, Rel. Des. Fed. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, 4ª T., DJ 28/11/2007, p. 45).

O crime de apropriação indébita consuma-se quando o agente, por ato voluntário e querido, inverte o título da posse exercida sobre a coisa, passando dela a dispor como proprietário; uma vez operada a inversão, o crime está consumado. A causa de aumento de pena prevista no inc. III do § 1º do art. 168 do CP configura-se quando o agente exerce função que requer confiança da empregadora, tal como é encarregado de vender mercadorias e receber valores de clientes, função, evidentemente, que não lhe seria conferida caso não inspirasse uma confiança especial na vítima. (TJSC, AC 99.012624-2, Rel. Nilton Macedo Machado, j. 31/8/1999).

Pratica o delito de apropriação indébita o advogado que levanta valor de alvará judicial expedido em seu nome, na condição de procurador da vítima, porém se recusa a devolvê-lo sob a alegação infundada de que tal quantia se refere a honorários acertados verbalmente (TJSC, AC nº 98.006566-6, Rel. José Roberge, j. 29/9/1998).

Primariedade do agente e pequeno valor da coisa apropriada

O art. 170 do Código Penal determina seja aplicado ao delito de apropriação indébita o § 2º do art. 155 do mesmo diploma legal. Assim, se o criminoso for *primário* e for de *pequeno valor a coisa apropriada indebitamente*, o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou aplicar somente a pena de multa.

Malgrado o valor irrisório do bem e a primariedade da paciente, inviabiliza-se o reconhecimento do crime bagatilar, porquanto o crime de apropriação indébita é majorado por ter sido cometido em razão do ofício, emprego ou profissão, circunstância concreta desabonadora, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, suficiente para impedir a aplicação do referido brocado, pois fomenta exponencialmente a prática de outros crimes (STJ, HC 351.173/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, DJe 20/09/2016).

O reconhecimento do privilégio legal relativo ao crime de apropriação indébita exige a conjugação de dois requisitos objetivos, consubstanciados na primariedade e no pequeno valor da coisa apropriada indevidamente, que, na linha do entendimento pacificado neste Superior Tribunal, deve ter como parâmetro o valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos (STJ, REsp 1.382.316/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 19/11/2015).

A apropriação indébita é delito instantâneo e, portanto, a devolução posterior do bem não afasta a tipicidade da conduta. A ação reprovável impede a aplicação do princípio da insignificância ao delito de apropriação indébita, mesmo que o valor retido seja pequeno. Deve ser reconhecida a forma privilegiada do delito praticado por réu primário que se apropria indevidamente de pequeno valor em dinheiro, nos termos dos arts. 170 c/c 155, § 2º, do Código Penal (TJPR, AC 0384010-2, Cornélio Procópio, 5ª Câm. Crim., Rel. Des. Jorge Wagih Massad, un., j. 5/7/2007).

Devolução dos valores apropriados. Forma privilegiada. Inaplicabilidade. Confusão acerca dos conceitos de pequeno valor com o de ausência de prejuízo, esta última, não contemplada como condição privilegiadora aplicável aos delitos de apropriação indébita (STJ, REsp. 628147/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 3/11/2004, p. 237).

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 168 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, que deverá ser aumentada em um terço caso ocorra qualquer uma das hipóteses previstas pelo seu § 1º.

A ação penal, como regra, será de iniciativa pública incondicionada. Entretanto, será de iniciativa pública condicionada à representação, nos termos do art. 182, se o crime for cometido em prejuízo: I – do cônjuge judicialmente separado; II – de irmão; III – de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Se a vítima contar com 60 anos de idade (ou mais), mesmo que se amolde a uma das situações anteriores, a ação será de iniciativa pública incondicionada, de acordo com a determinação contida no inc. III do art. 183 do Código Penal.

Será possível a realização de proposta de suspensão condicional do processo desde que não sejam aplicadas quaisquer majorantes previstas no § 1º do art. 168 do estatuto repressivo, haja vista que a pena mínima, nessa hipótese, ultrapassaria o limite de um ano, conforme determinado pelo art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

A Justiça Federal é competente para julgar ação penal que imputa ao agente, na condição de advogado com poderes especiais, a prática, em concurso formal, de patrocínio infiel e apropriação indébita de créditos decorrentes de ação previdenciária movida por seu cliente (art. 109, IV, da CRFB) (TRF 2ª R., ACR 6829, Proc. 2007.51.17.004811-5, 1ª T. Especializada, Rel.^a Des.^a Fed. Maria Helena Cisne, j. 9/6/2009, DEJF2 9/8/2010).

Compete à Justiça Estadual processar e julgar a apropriação indevida de verbas que, embora repassadas pela União, já estavam incorporadas ao patrimônio da empresa privada (STJ, HC 53273/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 14/8/2006, p. 307).

No delito de apropriação indébita, a devolução da quantia apropriada antes do recebimento da denúncia não enseja a extinção da punibilidade (Precedentes do STJ e do STF) (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 12/2/2007, p. 297).

Liberdade desvigiada. Diferença entre a apropriação indébita e furto

Um dos pontos fundamentais ao reconhecimento do delito de apropriação indébita diz respeito à liberdade que o agente exerce sobre a coisa. Em muitas situações, pode o fato até assemelhar-se ao delito de apropriação indébita, mas se consubstanciará em outra infração penal caso o agente não exerça sobre a coisa uma *liberdade desvigiada*.

Para a configuração do delito de apropriação indébita, mister que o possuidor ou detentor da *res*, dela havendo livre disponibilidade, faça sua coisa alheia móvel. Caracteriza furto qualificado pelo abuso de

confiança, nunca apropriação indébita, a conduta do agente que, não possuindo livre disponibilidade desvigiada da *res* pertencente ao empregador, dela se apossa com ânimo definitivo (TJMG, AC 1.0525.07.122299-2/001, Rel. Des. Fortuna Grion, *DJ* 8/7/2009).

A despeito de existir exclusão expressa do risco, em caso de apropriação indébita, o vigia noturno que, valendo-se de sua condição, subtrai coisa alheia móvel no estabelecimento de sua empregadora, não pratica crime previsto no art. 168 do Código Penal, já que não detém a posse dos bens de propriedade ou sob custódia da empregadora, tratando-se mesmo de furto qualificado pelo abuso de confiança (TJMG, Ap. 2.0000.00.489853-9/000, Rel. Tarcísio Martins Costa, *DJ* 4/2/2006).

Caracteriza crime de apropriação indébita, e não furto, a conduta de agente que, na condição de caixa de uma empresa, recebe dinheiro de cliente e dele se apropria, pouco importando a forma como foi efetuado o pagamento, bastando a existência do ânimo próprio da acusada em desviar em seu proveito tal quantia (TJPR, AC 0405139-4,

3^a Câm. Crim., Rel. Rogério Kanayama, *DJ* 7.460).

Momento de surgimento do dolo – diferença entre apropriação indébita e estelionato

O que diferencia a apropriação indébita do estelionato é o momento em que surge o dolo. Se antes de ter a posse ou a detenção sobre a coisa, o delito será o de estelionato; se após a posse ou detenção da coisa, será o de apropriação indébita.

Na apropriação indébita o dolo é subsequente, enquanto no estelionato é *ab initio*. No primeiro, o agente recebe a posse ou a detenção de quem de direito, e, em momento posterior inverte esse título, passando a dispor da coisa como se dono fosse, enquanto no estelionato o agente a recebe de má-fé, mantendo em erro quem a entrega (TJMG, AC 1.0440.05.001424-8/001, Rel. Des. Paulo Cesar Dias, *DJ* 6/3/2009).

O delito previsto no art. 168 do CP difere do capitulado no art. 171, pois no primeiro o dolo deve ser subsequente, isto é, posterior ao recebimento lícito da coisa, ao passo que no segundo deve ser antecedente e visando à obtenção do desejado. O agente que vende a *res* que lhe foi entregue sob a condição de aliená-la e repassar a importância apurada na venda, mas não o faz, aperfeiçoa a conduta do crime de apropriação indébita prevista no art. 168 do CP. Tipifica-se o delito de apropriação indébita quando o agente reverte a posse, até então lícita, que mantinha sobre os objetos não devolvidos, para então considerá-los como de sua propriedade, deles dispondo livremente (TJMG, AC 1.0209.03. 023564-9/001, 2^a Câm. Crim., Rel. Beatriz Pinheiro Caires, pub. 29/1/2008).

Comete o crime de estelionato e não apropriação indébita, o agente, funcionário da empresa, que se identifica como cobrador e solicita ao cliente que seja depositado, em sua conta particular, dinheiro devido àquela e não o repassa a quem de direito (TJMG, AC 1.0079.04. 122485-2/001, 5^a Câm. Crim., Rel. Pedro Vergara, pub. 10/5/2008).

Apropriação indébita de uso

Da mesma forma como ocorre com a subtração de uso, pode o agente, por exemplo, não devolver, momentaneamente, a coisa que se encontrava em sua posse, a fim de usá-la por mais algum tempo.

Nesse caso, não restaria configurado o delito de apropriação indébita, em virtude da ausência do *animus rem sibi habendi*, vale dizer, o dolo de se apropriar da coisa, de tê-la para si como se fosse dono, invertendo o título da posse.

No entanto, devemos considerar, para efeito de reconhecimento da apropriação de uso, o princípio da razoabilidade, evitando-se, pois, que a apropriação da coisa alheia móvel se perpetue no tempo, sob o falso argumento do simples uso.

No caso, não há confundir-se a excludente de ilicitude do estado de necessidade com a dificuldade financeira do réu que, aproveitando-se de sua profissão, utilizou-se de dinheiro alheio para pagamento de suas próprias dívidas e para tratamento de saúde da mãe, mormente quando não restou esclarecidos a doença, o tipo de tratamento e o efetivo dispêndio de valores para tal fim (TJRS, Ap. Crim. 70020250254, 8^a Câm. Crim., Rel. Mário Rocha Lopes Filho, j.18/7/2007).

Se o empregado, fora do horário de serviço, contra a ordem expressa de seu patrão, aproveita-se de sua posição de guardião da coisa e se apropria dela, está-se diante de um caso de apropriação indébita de uso, não punível, é certo, mas suficiente para gerar repercussão na esfera cível, como, no caso, a isenção de responsabilidade do proprietário. O fato de ser funcionário/preposto não muda a natureza da sua conduta senão que, furtivamente, aproveitando-se da confiança depositada em si e do horário avançado (21 horas), apodera-se de bem alheio a que tinha o dever de, tão somente, vigiar (TJPR, Ap. Cível 0181889-1, 10^a Câm. Cív., Rel. Arquelau Araújo Ribas, *DJ* 7.377).

Arrependimento posterior

O delito de apropriação indébita se encontra no rol daqueles aos quais será possível a aplicação da causa geral de diminuição de pena relativa ao arrependimento posterior, uma vez que, em sua figura típica, não há previsão de violência ou grave ameaça à pessoa, podendo o agente, por exemplo, até o recebimento da denúncia ou da queixa, mediante seu ato voluntário, restituir ao seu legítimo dono a coisa de que ele se apropriou.

É assente na jurisprudência desta Corte o entendimento segundo o qual a restituição do bem ou o ressarcimento do dano não são hábeis a excluir a tipicidade do crime ou afastar a punibilidade do agente. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 828.271/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 03/05/2016).

Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, a devolução do ‘bem’ na apropriação indébita, mesmo que antes do recebimento da denúncia, não afasta o dolo, tampouco ilide a justa causa do tipo do art. 168 do CP, devendo ser tal fato ser considerado como arrependimento posterior e, portanto, servir aos parâmetros da individualização penal (STJ, HC 200135/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 8/6/2011).

Consumado o delito de apropriação indébita, o ressarcimento posterior servirá, se for o caso, de causa de diminuição da pena. Precedentes do STJ (STJ, REsp. 493866/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJe 16/3/2009).

A devolução forçada da *res furtiva* obsta o reconhecimento do arrependimento posterior que, para sua caracterização, exige seja a restituição da coisa integral e voluntária (TJMG, AC 1.0525.07.122299-2/001, Rel. Des. Fortuna Grion, *DJ* 8/7/2009).

A restituição do dinheiro apropriado deveria ter sido feita de modo integral com o objetivo de que a vítima se desse por satisfeita totalmente, para que pudesse ser reconhecido o arrependimento posterior (TJMG, ACR. 1.0024.04.324 693-3/001, 1^a Câm. Crim., Rel. Fernando Starling, pub. 15/4/2008).

A reparação do dano após o recebimento da denúncia não pode ser considerada para os fins do art. 16 do

Apropriação indébita por procurador legalmente constituído

Para que se constitua alguém como procurador é preciso, antes de mais nada, que se deposite uma dose considerável de confiança nessa relação. Às vezes, essa confiança é quebrada, com o cometimento de alguma traição. Pode ocorrer que alguém, constituído pela própria vítima para exercer as funções de seu procurador, recebendo determinada importância em dinheiro, não a repasse para o seu legítimo dono. Nesse caso, poderíamos cogitar de apropriação indébita?

A questão deverá ser resolvida em sede de elemento subjetivo, vale dizer, em cada caso deveremos analisar a intenção do agente – sua finalidade em não efetuar o repasse dos valores pertencentes à vítima –, para que possamos chegar à conclusão da prática do delito de apropriação indébita.

Assim, imagine-se a hipótese do advogado que, depois de receber os valores correspondentes a uma indenização pertencente à vítima, depositando-os em sua conta bancária e deles fazendo uso, é procurado por ela, que busca informações a respeito do desfecho do processo, sendo informada pelo profissional do Direito que o feito aguardava decisão de um Tribunal Superior, o que demandaria, ainda, tempo considerável.

Percebe-se, aqui, que o aludido profissional, em virtude dos poderes que lhe foram outorgados no instrumento de mandato, podia sacar qualquer valor pertencente à vítima. Assim, a posse de tais valores, *ab initio*, era lícita. No entanto, quando informa ardilosamente à vítima, dizendo-lhe que nada ainda havia sido pago, uma vez que seu processo aguardava pauta para julgamento pelo Tribunal, acreditamos que, nesse instante, tenha se configurado o delito de apropriação indébita, podendo-se visualizar o seu dolo de ter a coisa para si, invertendo o título da posse.

Seria possível, *in casu*, o raciocínio referente à apropriação de uso, caso fosse sua intenção devolver a quantia apropriada em curto prazo, o que afastaria o *animus rem sibi habendi*. Imagine-

-se, agora, o fato de que, procurado por seu cliente na segunda-feira, embora já tendo recebido todo o dinheiro que lhe pertencia em razão de uma indenização judicial, o advogado retarde a sua devolução, dizendo-lhe que o pagamento sairia na sexta-feira, oportunidade em que poderia aproveitar esse curto espaço de tempo para saldar algumas dívidas, já vencidas, pois que somente teria algum crédito em sua conta bancária na quinta-feira, por exemplo. Nesse caso, não conseguimos visualizar o dolo de ter a coisa para si, como se fosse dono, invertendo o título da posse. Queria, sim, utilizar, por curto período, o dinheiro já recebido licitamente, pertencente à vítima, caracterizando-se, assim, como apropriação de uso, fato indiferente ao

Direito Penal.

Comete o delito do art. 168, § 1º, inc. III, do Código Penal a advogada que, em razão de seu ofício, recebe numerário em ação proposta em nome do cliente e deixa de repassá-lo ao mesmo (TJPR, AC 0277750-8, Curitiba, 5ª Câm. Crim., Rel. Des. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, un., j. 7/4/2005).

Prescindibilidade da prestação de contas à configuração do delito

O delito de apropriação indébita prescinde da prestação de contas para efeitos de seu reconhecimento.

Apropriação indébita. Elemento subjetivo do tipo. Especial fim de agir. Prestação de contas. Prescindibilidade. Consoante pacífico entendimento desta Corte, é inexigível a prévia prestação de contas para a caracterização do delito de apropriação indébita (Precedentes) (STJ, HC 34400/MG, HC 2004/0038289-4, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJ 3/11/2004, p. 214).

Habeas corpus. A jurisprudência desta Corte (assim, a título exemplificativo, no RHC 53.713 e no RHC 68.132) é no sentido de que, em tratando-se de apropriação indébita, não é necessária a prévia prestação de contas, a não ser em casos excepcionais, o que não ocorre na hipótese. Também é pacífico que, depois de consumado esse crime, o pagamento não é causa de extinção da punibilidade por falta de previsão legal (STF, HC 74965/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T, DJU 1º/8/1997).

Absorção do crime de estelionato pela apropriação indébita

O princípio da consunção é aplicado para resolver o conflito aparente de normas penais quando um crime menos grave é meio necessário ou fase de preparação ou de execução do delito de alcance mais amplo, de tal sorte que o agente só será responsabilizado pelo último, desde que se constate uma relação de dependência entre as condutas praticadas (Precedentes STJ) (STJ, REsp. 1060902/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, DJe 28/6/2012).

De acordo com o princípio da consunção, existindo mais de um ilícito penal, em que um deles – menos grave – represente apenas o meio para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado apenas por este último, sendo, contudo, imprescindível a constatação da existência de um nexo de dependência das condutas (STJ, HC 206274/SP, Rel. Gilson Dipp, 5ª T, DJe 23/4/2012).

Descabe condenação por apropriação indébita e estelionato em concurso formal se o agente se apropria de numerário da empresa que trabalhava, mas efetuando o pagamento da conta com cheque falso de forma a efetivar a consumação do primeiro crime. Nesse caso, o crime-fim de apropriação indébita absorve o crime-meio de estelionato em nome do princípio da consunção, devendo a sentença ser reformada (TJMG, AC 1.0433.02.060462-8/001, Rel. Maria Celeste Porto, DJ 31/1/2007).

Em sentido contrário, não há de se falar em aplicação do princípio da consunção, haja vista a impossibilidade de ser a apropriação indébita absorvida pelo estelionato, por tratar-se de delitos autônomos praticados contra vítimas diferentes e em momentos distintos. Na valoração da *res furtiva*, deve-se ter em conta a condição econômica da vítima, pois o bem jurídico tutelado é o seu patrimônio. Porém, para se reconhecer o chamado ‘crime de bagatela’ é indispensável, em cada caso concreto, análise aprofundada do desvalor da culpabilidade, da conduta e do dano, para apurar-se a irrelevância deste último (o dano) (TJMG, ACR 1.0223.02.100207-4/001, 2ª Câm. Crim., Rel. Hyparco Immesi, pub. 1º/5/2008).

Prova pericial

Em se tratando do delito de apropriação indébita, a doutrina e a jurisprudência, de há muito, vêm entendendo que, em se tratando de infração que nem sempre deixa vestígios, torna-se dispensável a prova pericial, pois além de o fato delituoso poder ser apurado por outros meios de prova, o julgador forma a sua convicção pela livre apreciação das provas (TJMG, AC 1.0433.05.156600-1/001, 3^a Câm. Crim., Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 16/1/2008).

Mero inadimplemento de obrigação de restituir não configura apropriação indébita

Ação penal. Denúncia. Imputação do crime de apropriação indébita. Art. 168, § 1º, inc. I, do CP. Não devolução de veículo objeto de contrato de compra e venda, depois da desconstituição amigável deste. Fato absolutamente atípico. Caso de mero inadimplemento de obrigação de restituir, oriunda do desfazimento do negócio jurídico. Simples ilícito civil. Inexistência de obrigação original de devolver coisa alheia móvel e, sobretudo, de depósito necessário, inconcebível na hipótese. Caso de posse contratual. Inépcia caracterizada. Absolvição do réu. Votos vencidos. Não pratica apropriação indébita, segundo o tipo do art. 168, § 1º, inc. I, do Código Penal o ex-comprador que, depois de amigavelmente desfeito contrato de compra e venda de veículo, deixa de o restituir incontinenti ao ex-vendedor (STF, AP 480/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. para o acórdão Min. Cesar Peluso, j. 11/3/2010, DJe 173, div. 16/9/2010, pub. 17/9/2010).

Apropriação indébita no Código Penal Militar

Vide art. 248 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Apropriação indébita no Estatuto do Idoso

O art. 102 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), prevê uma modalidade especial de apropriação indébita, punindo com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, quando alguém se apropria ou desvia bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da sua finalidade.

Apropriação indébita e Sistema Financeiro Nacional

O art. 5º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, comina pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, quando a apropriação de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, é cometida por quaisquer das pessoas mencionadas em seu art. 25 ou é desviado em proveito próprio ou alheio.

Apropriação indébita previdenciária (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) **Art. 168-A.** Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

(*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra

importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*)

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

(*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) § 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

(*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) § 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) Introdução

O art. 168-A, juntamente com seus parágrafos, foi inserido no Código Penal, por intermédio da Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, revogando expressamente o art. 95 e parágrafos da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispunha, de forma confusa, sobre algumas condutas consideradas criminosas, que poderiam se configurar em apropriação indébita.

Portanto, sob o *nomen juris* de *apropriação indébita previdenciária*, o Código Penal passa a punir, mediante previsão contida no *caput* do seu art. 168-A, com pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa, aquele que *deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional*.

No § 1º do mencionado artigo houve previsão de formas assemelhadas, que serão analisadas, mesmo que sucintamente, em tópicos próprios.

Assim, para que se possa configurar o delito em estudo é preciso que, no caso concreto, sejam verificados os seguintes elementos integrantes do tipo penal do art. 168-A do diploma repressivo: *a) a conduta núcleo de deixar de repassar à previdência social; b) as contribuições já anteriormente recolhidas dos contribuintes; c) no prazo e forma legal ou convencional*.

Deixar de repassar deve ser entendido no sentido de não levar a efeito o recolhimento aos cofres da previdência social as contribuições previamente recolhidas dos contribuintes. Isso significa que, embora tendo efetuado os descontos pertinentes aos valores cabidos à

previdência social, o agente não os repassa, não os recolhe em benefício de quem de direito, isto é, a previdência social, que, de acordo com a arrecadação que lhe for pertinente, nos termos preconizados pelo art. 201 da Constituição Federal, deverá atender, nos termos da lei, a: *I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.*

Tais contribuições, destinadas à manutenção da previdência social, já devem ter sido recolhidas pelo agente, isto é, em tese, pelo menos inicialmente, o raciocínio é construído no sentido de que foram efetivamente descontadas dos contribuintes, não sendo, entretanto, repassadas à previdência.

Destaca Luiz Regis Prado: “As contribuições aludidas no texto também constituem elementos normativos do tipo de valoração jurídica (Direito de Seguridade Social), assim como o termo *contribuintes*, que integra esse ramo do Direito como o Direito Tributário.

Saliente-se que as contribuições referidas no tipo referem-se tão somente àquelas destinadas ao custeio da Seguridade Social, sendo contribuintes aqueles erigidos pela legislação previdenciária como responsáveis tributários (contribuintes de direito).

A arrecadação da receita destinada ao custeio da Previdência Social ordinariamente é feita pela rede bancária, embora possa concretizar-se de outra forma, mediante prévia decisão do Conselho Nacional de Seguridade Social (art. 60 da Lei nº 8.212/1991)”.¹⁰⁵

Finalmente, somente se caracterizará o delito de apropriação indébita previdenciária uma vez decorrido o prazo legal ou convencional concedido para que fosse realizado o repasse à previdência. Antes de esgotado o prazo, que se encontra previsto na Lei nº 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, o fato deve ser considerado um indiferente penal.

A Lei nº 9.983/2000, com a inserção no Código Penal do art. 168-A, abrandou a punição pela conduta de apropriação indébita previdenciária, anteriormente tipificada no art. 95, d, da Lei nº 8.212/91. Neste contexto, é possível afirmar que a lei mais nova, por ser mais benéfica, retroage em prol do corrente, nos termos do art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, sendo adequada, a princípio, a denúncia formulada com base no art. 168-A, § 1º, inc. I, do Código Penal (STJ, RHC 66.437/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 1º/08/2016).

Este Superior Tribunal de Justiça permite a exasperação da pena-base do delito de apropriação indébita previdenciária quando é elevado o valor não recolhido aos cofres da Previdência Social. Precedentes (STJ, HC 352.133/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 1º/08/2016).

O tipo do art. 168-A do Código Penal, embora tratando de crime omissivo próprio, não se esgota somente no ‘deixar de recolher’, isto significando que, além da existência do débito, haverá a acusação de demonstrar a

intenção específica ou vontade deliberada de pretender algum benefício com a supressão ou redução, já que o agente ‘podia e devia’ realizar o recolhimento (STJ, AgRg. no Ag. 1388275/SP, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 5/6/2013).

O simples fato de a ré figurar no quadro associativo de uma pessoa jurídica que teria suprimido contribuição previdenciária, não autoriza a instauração de processo criminal por crime previsto no art. 168-A do Código Penal, se não restar comprovado o vínculo entre a conduta e o agente, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva (STJ, HC 166659/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 1º/3/2012).

Na linha de orientação recentemente adotada pelo Pretório Excelso, e seguida por esta Corte, também em relação ao delito de apropriação indébita previdenciária se exige a constituição definitiva do crédito tributário para que se dê início à persecução criminal (Precedentes do STF e do STJ) (STJ, REsp. 1028984/MT, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 3/11/2008).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão legal para a modalidade culposa); omissivo próprio; de mera conduta; instantâneo; de forma vinculada; monossubjetivo; monossubsistente; não transeunte.

No que tange ao delito de apropriação indébita previdenciária, este Superior Tribunal considera que constitui crime omissivo próprio, que se perfaz com a mera omissão de recolhimento da contribuição previdenciária dentro do prazo e das formas legais, prescindindo, portanto, do dolo específico. (STJ, AgRg. no REsp. 1400958/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6^a T., DJe 19/8/2014) O Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão do Min. Marco Aurélio, que determinara o arquivamento de inquérito, do qual relator, em que apurada a suposta prática do delito de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A: ‘Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:’). Salientando que a apropriação indébita previdenciária não consubstancia crime formal, mas omissivo material – no que indispensável a ocorrência de apropriação dos valores, com inversão da posse respectiva –, e tem por objeto jurídico protegido o patrimônio da previdência social, entendeu-se que, pendente recurso administrativo em que discutida a exigibilidade do tributo, seria inviável tanto a propositura da ação penal quanto a manutenção do inquérito, sob pena de preservar-se situação que degrada o contribuinte (STF. Inq. 2537 AgR./GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/3/2008).

Modalidades assemelhadas de apropriação indébita previdenciária

O § 1º do art. 168-A do Código Penal prevê as modalidades assemelhadas de apropriação indébita previdenciária, dizendo, *verbis*: § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já

tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

Cesar Roberto Bitencourt, fazendo a distinção entre a figura constante do *caput* e as do § 1º do art. 168-A do Código Penal, ressalta: “A conduta tipificada no *caput* tem a finalidade de punir o *substituto tributário*, que deve recolher à previdência social o que arrecadou do contribuinte, e deixou de fazê-lo (ver art. 31 da Lei nº 8.212/1991). Já as figuras descritas no § 1º destinam-se ao *contribuinte-empresário*, que deve recolher a contribuição que arrecadou do contribuinte.”¹⁰⁶

Objeto material e bem juridicamente protegido

Conforme salienta Antonio Monteiro Lopes, “na verdade esse novo artigo protege o patrimônio não de uma pessoa ou de algumas pessoas, como nos demais crimes previstos nesse Título, mas o patrimônio de todos os cidadãos que fazem parte do sistema previdenciário. Ademais, embora se fale em crime contra a Previdência Social, no fundo é a Seguridade Social tal como descrita no art. 194 da Constituição da República que está sendo tutelada”.¹⁰⁷

Objeto material é a contribuição que foi recolhida do contribuinte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

A apropriação indébita previdenciária somente pode ser praticada por aquele que tinha a obrigação legal de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional, não se podendo, contudo, no tipo penal em estudo, abranger, também, a pessoa jurídica, por ausência de norma expressa nesse sentido, tal como acontece com a Lei nº 9.605/98, que cuida das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Aqui, portanto, somente os representantes legais da pessoa jurídica, a exemplo dos sócios que exercem a sua administração, é que poderão ser considerados *sujeitos ativos* do delito *sub examen*.

Salienta Cesar Roberto Bitencourt que “sujeito ativo, nas figuras descritas no § 1º, é o titular de firma individual, os sócios solidários, os gerentes, diretores ou administradores que efetivamente hajam participado da administração da empresa, concorrendo efetivamente na prática da conduta criminalizada”.¹⁰⁸

O *sujeito passivo* é a previdência social, que representa o Estado por intermédio do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O delito de apropriação indébita previdenciária não exige qualidade especial do sujeito ativo, podendo ser cometido por qualquer pessoa, seja ela agente público ou não. Precedente (STJ, AgRg. no REsp. 1323088/MA, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 19/5/2014).

Consumação e tentativa

Na qualidade de modalidade especializada de apropriação indébita, o crime de apropriação indébita previdenciária se consuma no momento em que o agente decide deixar de recolher as contribuições ou outras importâncias, depois de ultrapassado o prazo legal ou convencional para tanto.

Na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior, o crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, ostenta natureza de delito material. Portanto, o momento consumativo do delito em tela corresponde à data da constituição definitiva do crédito tributário, com o exaurimento da via administrativa (STJ, RHC 36.704/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 26/02/2016).

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.207.466/ES, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, pacificou o entendimento no sentido de que “a intenção específica ou vontade de se beneficiar com a ausência do recolhimento nada tem a ver com a consumação do fato que ocorre no momento que ele deixa de recolher as contribuições no prazo legal” (STJ, AgRg nos EAg 1.388.275/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ/PE, S3, DJe 18/05/2015).

A conduta descrita no tipo penal do art. 168-A do Código Penal é centrada no verbo “deixar de repassar”, sendo desnecessária, para a consumação do delito, a comprovação do fim específico de apropriar-se dos valores destinados à Previdência Social. Precedentes (STJ, REsp. 1172349/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJe 24/5/2012).

O delito previsto no art. 168-A, § 1º , I, do Código Penal, configura-se apenas com o não recolhimento das contribuições previdenciárias, no prazo e forma legais, não sendo necessária a presença do elemento volitivo apropriar-se do montante não recolhido (TRF 1ª R., ACR 2005.35.00.015908-0, GO, 3ª T., Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Carvalho Veloso, j. 29/6/2009, DJFI 30/7/2010, p. 16).

O crime de apropriação indébita previdenciária não exige, para sua consubstanciação, a efetiva demonstração do dolo específico de fraudar a previdência social, bastando a ausência de repasse das contribuições descontadas (TRF, 5ª Reg., ACR 2003.84.00.004208-3, Rel. Des. Federal César Carvalho, 1ª T., pub. 28/3/2008).

Por se tratar de crime omissivo próprio, torna-se complicado o raciocínio correspondente à tentativa, pois que, se depois de ultrapassado o prazo o agente não praticar os comportamentos determinados pelo tipo penal, o crime estará, nesse momento, consumado; caso contrário, se realiza as determinações típicas, efetuando os repasses, recolhendo as contribuições etc., o fato será um indiferente penal.

A doutrina, no entanto, é vacilante com relação a esse ponto.

Cesar Roberto Bitencourt afirma que o crime se consuma “com a inversão da natureza da posse, caracterizada por ato demonstrativo de disposição da coisa alheia ou pela negativa em devolvê-

-la. Como crime material, a tentativa é possível, embora de difícil configuração”.¹⁰⁹

Em sentido contrário, e a nosso ver com acerto, Luiz Regis Prado preleciona que a “consumação delitiva se dá com a omissão do agente em repassar a contribuição na forma e no prazo estabelecidos pela lei previdenciária. Dessa forma, vencido o prazo do repasse,

consumstancia-se o delito”. E conclui o raciocínio, dizendo que a “tentativa é inadmissível, por se tratar de delito omissivo próprio”.¹¹⁰

Elemento subjetivo

O delito de apropriação indébita previdenciária só pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão, pois, para a modalidade de natureza culposa.

Em crimes de sonegação fiscal e de apropriação indébita de contribuição previdenciária, este Superior Tribunal de Justiça pacificou a orientação no sentido de que sua comprovação prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos (STJ, AgRg no AREsp 493.584/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 08/06/2016).

É assente nesta Corte Superior o entendimento de que “o delito de apropriação indébita previdenciária constitui crime omissivo próprio, que se perfaz com a mera omissão de recolhimento da contribuição previdenciária dentro do prazo e das formas legais, prescindindo, portanto, do dolo específico” (HC 269.084/DF, *Habeas Corpus* 2013/0117967-0, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJe 02/02/2015).

O dolo do agente, conforme se extrai do art. 168-A do Código Penal, direciona-se à ausência de repasse ou de recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social. E os juros e a multa não podem ser incluídos em tal conceito, para fins penais, pois constituem meros consectários civis decorrentes do pagamento extemporâneo. Precedentes. (STJ, REsp. 1226719/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 1º/7/2014) A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp. 1296631/RN, da relatoria da ilustre Ministra Laurita Vaz, acolheu a tese segundo a qual o delito de apropriação indébita previdenciária prescinde do dolo específico, tratando-se de crime omissivo próprio, que se perfaz com a mera omissão de recolhimento da contribuição previdenciária dentro do prazo e das formas legais. Ressalva do entendimento da relatora (STJ, AgRg. no REsp. 1265636/SP, Rel.^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 18/2/2014).

O tipo penal previsto no art. 168-A do CP é crime omissivo próprio (ou omissivo puro), isto é, aquele em que não se exige necessariamente nenhum resultado naturalístico, esgotando-se o tipo subjetivo apenas na transgressão da norma incriminadora, no dolo genérico, sem necessidade de comprovação do fim especial de agir, ou dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de tomar a coisa para si (*animus rem sibi habendi*) (TRF 1^a R., ACR 1997.38.00.0354281, MG, 3^a T., Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, j. 22/03/2010, DJFI 30/7/2010, p. 9).

Modalidades comissiva e omissiva

Em todas as modalidades de apropriação indébita previdenciária, verifica-se a chamada omissão própria, haja vista que a inação criminosa vem narrada expressamente pelo tipo penal do art. 168-A, não se podendo cogitar, outrossim, da modalidade comissiva.

Os delitos dos arts. 168-A e 337-A, ambos do CP, não podem ser equiparados aos delitos da Lei nº 8.137/90, pois são crimes de omissivos próprios, que se aperfeiçoam independentemente da existência de dano patrimonial efetivo à Previdência Social. A constituição definitiva do crédito nos casos dos crimes omissivos contra a Previdência Social não é condição objetiva de procedibilidade para o inquérito (TRF 2^a R.; HC 2009.02.01.017037-5; Rel.^a Des.^a Fed. Liliane Roriz, DJU 8/2/2010, p. 104).

O delito de apropriação indébita previdenciária é crime omissivo puro, caracterizado pelo não repasse à

previdência das contribuições recolhidas dos empregados da empresa (TRF, 5^a Reg., ACR 2006.05. 00.058046-0, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, 4^a T., pub. 16/4/2008).

Trata-se de crime omissivo próprio, em que o tipo objetivo é realizado pela simples conduta de deixar de recolher as contribuições previdenciárias aos cofres públicos no prazo legal, após a retenção do desconto (STJ, REsp. 761.907/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJ 7/5/2007, p. 359).

Extinção da punibilidade

O § 2º do art. 168-A do Código Penal determina a declaração de extinção da punibilidade, nos seguintes termos: § 2º É extinta a unibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

São vários os requisitos necessários que dão ensejo à declaração da extinção da punibilidade. Inicialmente, o agente deverá *declarar*, por exemplo, aquilo que efetivamente recolheu dos contribuintes e, ato contínuo, *confessar* que não levou a efeito o repasse das contribuições recolhidas à previdência social.

Em seguida, deverá efetuar o pagamento, tanto do principal quanto dos acessórios, das contribuições, importâncias ou valores, prestando todas as informações à previdência social relativas a seu débito.

Conforme salienta Antonio Lopes Monteiro, “além da confissão de dívida, prestação de informações etc., o pagamento é essencial para a extinção da punibilidade. A forma desse pagamento e demais elementos é que ficou para ser regulamentada em lei ou regulamento, o que não foi bom, pois pode ficar ao sabor de tendências políticas de cada momento, já que regulamentos podem suceder-se com enorme facilidade, como aliás tem sido em matéria de Seguridade Social. Por outro lado, há um marco, que nós chamariamos de temporal, qual seja, o início da ação fiscal. Também não foi feliz o legislador ao usar essa locução. É que o termo ‘ação’ é equívoco e pode levar a diversos entendimentos. Não resta dúvida, contudo, que pelo contexto em que foi empregada, ‘ação fiscal’ corresponde à fiscalização. Outro entendimento, como processo administrativo ou até judicial, não teria sentido, pois não haveria confissão e muito menos seria espontânea, como exige o dispositivo”.¹¹¹

Luiz Flávio Gomes complementa o raciocínio anterior, afirmando que, “sem a científicação pessoal do contribuinte não se pode considerar iniciada formalmente a ação fiscal. Com isso a nova disciplina do pagamento extintivo muito se aproxima da denúncia espontânea do art. 138 do CTN”.¹¹²

Atualmente, os arts. 67, 68 e parágrafo único, e 69 e parágrafo único da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, dizem, respectivamente, *verbis*: **Art. 67.** Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na

superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia.

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

Merecem ser registradas as lições de Fábio Zambitte Ibrahim quando, apontando a diferença de tratamento entre sonegadores e demais praticantes de crimes contra o patrimônio, assevera: “Pode-se dizer que os tipos penais tributários, em especial os previdenciários, passam por uma crise de identidade, pois, de modo cada vez mais evidente, deixam de transparecer condutas dotadas de reprovabilidade social, para, efetivamente, revelarem-se meros instrumentos arrecadatórios do Estado.

Antes pelos Tribunais, e cada vez mais pelo legislador ordinário, os delitos de ordem tributária tornam-se pseudocrimes, que permitem, magicamente, a extinção da punibilidade com o pagamento, que, cada vez mais, tem sido admitido em qualquer tempo.

Usualmente se afirma que um contribuinte, após o pagamento integral do crédito, não deva permanecer encarcerado, pois já adimpliu sua obrigação. Todavia, o crime de furto, por exemplo, não tem sua punibilidade extinta pelo singelo fato de agente repor o bem ou indenizar a vítima.

Na situação atual, há claro favorecimento a sujeitos passivos com patrimônio mais elevado, os quais, independente do dolo em fraudar o sistema e apoderar-se de tributos devidos, podem, facilmente, quitar suas dívidas e escapar, tranquilamente, da responsabilidade penal, enquanto empresários de menor porte e parcos recursos, mesmo que tenham deixado de recolher os tributos para salvar suas atividades, terão de ingressar no incerto caminho da inexigibilidade de conduta diversa, contando com a boa-vontade do julgador em admitir a

conduta necessária do agente como único instrumento de salvação para sua atividade.

Certamente, algo deve ser feito pelo legislador, seja pela descriminalização pura e simples dos ilícitos tributários, ou pela exclusão das salvaguardas que permitem uma verdadeira imunidade penal para contribuintes mais poderosos. A opção atual somente amplifica as desigualdades nacionais na esfera penal, em detrimento do objetivo constitucional da igualdade, o que é particularmente alarmante em crimes previdenciários, os quais garnecem um subsistema da seguridade social que é fundado na justiça social (art. 193, CF/988)."¹¹³

Consoante dispõe o art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003, nos crimes contra a ordem tributária e de apropriação indébita previdenciária, extingue-se a punibilidade do agente que efetua o pagamento integral do débito em questão (STJ, EDcl no AgRg no AREsp 320.281/SE, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe 16/09/2016).

Apropriação indébita previdenciária. Processo administrativo pendente

A teor do disposto na Lei nº 10.684/2003, em seu art. 9º, a inclusão no regime de parcelamento enseja a suspensão da pretensão punitiva do Estado, no que tange ao delito do art. 168-A do CP, “durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento” (STJ, HC 246.372/MS, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 18/05/2015).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido da possibilidade de suspensão da pretensão punitiva e de extinção da punibilidade nos crimes de apropriação indébita previdenciária, admitindo a primeira se a inclusão do débito tributário em programa de parcelamento ocorrer em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a segunda quando o débito previdenciário for incluído – e pago – no programa de parcelamento ordinário de débitos tributários. Precedentes (STF, AP 613 QO/TO, Rel^a Min^a Carmen Lúcia, Pleno, DJe 4/6/2014).

É nula a instauração de ação penal que versa sobre o cometimento do delito de apropriação indébita previdenciária se procedida enquanto suspensa a pretensão punitiva do contribuinte, em razão de sua adesão ao programa de parcelamento instituído pela Lei nº 9.964/2000 (TRF 4^a R., ACr 0003744-88.2000.404.7102, RS, 8^a T., Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 28/7/2010, DEJF 11/8/2010, p. 977).

A turma concedeu a ordem para suspender o inquérito policial até o julgamento definitivo do processo administrativo, por entender que, enquanto houver processo administrativo questionando a existência, o valor ou a exigibilidade de contribuição social, é atípica a conduta prevista no art. 168-A do CP, que tem, como elemento normativo do tipo a existência da contribuição devida a ser repassada. Não importa violação da independência das esferas administrativa e judiciária o aguardo da decisão administrativa, a quem cabe efetuar o lançamento definitivo (STJ, HC 128.672/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, j. 5/5/2009).

Perdão judicial e pena de multa

O § 3º do art. 168-A do Código Penal deixa à disposição do julgador duas opções – perdão judicial ou aplicação da pena de multa – que podem ser aplicadas ao agente primário de bons antecedentes que tenha promovido, depois do início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive os acessórios, ou se o valor das contribuições devidas, inclusive os acessórios, for igual ou inferior àquele

estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para ajuizamento de suas execuções fiscais.

Pena, ação penal e competência para o julgamento

O art. 168-A (*caput* e § 1º) do Código Penal prevê a pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

De acordo com o art. 109, I, da Constituição Federal, os crimes contra a previdência social são de competência da Justiça Federal, haja vista ser o INSS uma autarquia federal.

A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a decisão definitiva do processo administrativo-fiscal constitui condição objetiva de punibilidade, consistindo elemento fundamental à exigibilidade da obrigação tributária, tendo em vista que os crimes previstos nos arts. 1º da Lei nº 8.137/1990 são materiais ou de resultado (Tribunal Pleno, *HC 81.611/DF, DJ 13/5/2005*) tem sido aplicado por esta 3ª Turma também ao crime de apropriação indébita (RCCR 2005.39.00.005677-3/PA, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª T., *DJ 12/5/2006*,

p. 12 e *HC 2003.01.00. 030496-0/PA*, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, 3ª T., *DJ 26/3/2004*, p. 134). De fato, o prévio exaurimento da instância administrativa é, portanto, condição para a propositura de ação penal ou instauração de inquérito policial em que se apura a prática de apropriação indébita previdenciária e de sonegação previdenciária (TRF, 1ª Reg., *HC 2006.01. 00.039386-4, MG*, Rel. Olindo Menezes, 3ª T., *DJ 17/11/2006*, p. 43).

Nos crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária, por serem crimes formais (não exigem para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a previdência, restando caracterizado com a simples supressão ou redução do desconto da contribuição), o não esgotamento da via administrativa não é condição de procedibilidade, existindo, nesse caso, total independência das esferas administrativa e penal (STJ, *RHC 20.096/SC*, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., *DJ 13/8/2007*, p. 389).

Prova pericial

Tratando-se do crime tipificado no art. 168-A do Código Penal, é desnecessária a prova pericial, especialmente se a sentença está baseada em provas documentais (STJ, REsp. 897782/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., *DJ 4/6/2007*, p. 425).

Princípio da insignificância

Definindo o parâmetro de quantia irrisória para fins de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de descaminho, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.112.748/TO, pacificou o entendimento no sentido de que o valor do tributo elidido a ser considerado é aquele de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, raciocínio que se aplica também aos delitos de apropriação indébita previdenciária (STJ, AgRg no REsp 1.588.990/PR, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., *DJe 12/05/2016*).

No julgamento do REsp nº 1.112.478/TO, a 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que é possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho desde que o total do tributo devido não ultrapasse o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002. Por sua vez, a Lei nº 11.457/2007 considerou como dívida ativa da União os débitos decorrentes

de contribuições previdenciárias, conferindo-lhes tratamento semelhante ao que é dado aos créditos tributários, motivo pelo qual a Quinta e a Sexta Turmas têm entendido que não há por que distinguir, na esfera penal, os crimes de descaminho, de apropriação indébita e de sonegação de contribuição previdenciária, aos quais se aplica o princípio da insignificância desde que o valor da dívida seja inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes (STJ, RHC 55.468/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 11/03/2015).

I – A Terceira Seção desta *eg. Corte Superior* firmou orientação, no julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia nº 1.112.748/TO, de minha relatoria, que, no crime de descaminho, o princípio da insignificância somente afasta a tipicidade da conduta se o valor dos tributos elididos não ultrapassar a quantia de dez mil reais, estabelecida no art. 20 da Lei nº 10.522/2002.

II – A publicação da Portaria MF 75/2012, por não possuir força legal, não tem o condão de modificar o patamar para aplicação do princípio da insignificância (REsp nº 1.393.317/PR, 6ª T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 2/12/2014).

III – “A Lei nº 11.457/2007 considerou como dívida ativa da União também os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias, conferindo-lhes tratamento semelhante ao que é dado aos créditos tributários. Dessa forma, não há porque fazer distinção, na esfera penal, entre os crimes de descaminho, de apropriação indébita ou de sonegação de contribuição previdenciária, razão pela qual é admissível a incidência do princípio da insignificância a estes últimos delitos, quando o valor do débito não for superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” (AgRg no REsp n. 1348074/SP, 5ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 26/8/2014). Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no REsp 1.447.953/SP, Agravo Regimental no Recurso Especial 2014/0084019-7, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJe 18/02/2015).

A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. No caso sob exame, não há falar em reduzido grau de reprovabilidade da conduta, uma vez que o delito em comento atinge bem jurídico de caráter supraindividual, qual seja, o patrimônio da previdência social ou a sua subsistência financeira. Precedente. Segundo relatório do Tribunal de Contas da União, o déficit registrado nas contas da previdência no ano de 2009 já supera os quarenta bilhões de reais. Nesse contexto, inviável reconhecer a atipicidade material da conduta do paciente, que contribui para agravar o quadro deficitário da previdência social (STF, HC 98021/SC, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22/6/2010).

Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza Art. 169. Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre: Apropriação de tesouro

I – quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio; Apropriação de coisa achada

II – quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de 15 (quinze) dias.

Introdução

O art. 169 e incisos do Código Penal preveem os delitos de *apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza; apropriação de tesouro e apropriação de coisa achada*, cominando uma pena de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano ou multa.

Como se trata de figuras típicas diferentes, embora constantes do mesmo artigo, faremos a análise de cada uma delas, isoladamente, naquilo que for preciso. O que for comum a todas as infrações penais será avaliado conjuntamente.

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

Para que se possa configurar o delito em estudo é preciso que se constate a presença dos seguintes elementos: *a) a conduta de se apropriar de coisa alheia; b) o fato de que a mencionada coisa alheia tenha vindo ao poder do agente por erro, caso fortuito ou força da natureza.*

O núcleo *apropriar* é utilizado no sentido de *tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-*

-se de uma coisa alheia móvel. No entanto, ao contrário do que ocorre com a apropriação indébita, o agente não tinha, licitamente, a posse ou a detenção da coisa. Aqui, ela vem ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza.

O conceito de coisa alheia móvel é o mesmo adotado para o delito de apropriação indébita, vale dizer, qualquer bem passível de remoção não pertencente ao próprio agente.

Como já destacado, a coisa alheia deverá vir ao poder do agente em virtude de *erro, caso fortuito ou força da natureza*.

O erro poderá ocorrer em três situações:

a) quanto à pessoa; b) quanto ao objeto; c) quanto à obrigação. Assim, conforme exemplos de Hungria,¹¹⁴ João recebe do carteiro um registrado de valor destinado a seu homônimo (erro quanto à pessoa); o agente recebe da vítima um colar de pérolas autênticas no lugar do colar de pérolas falsas que realmente comprara (erro quanto ao objeto); no que diz respeito à existência de uma obrigação, o agente recebe da vítima o pagamento de uma dívida já paga ou quantia maior que a devida (erro quanto a obrigação). Não é incomum a hipótese, nos dias de hoje, de recebermos, em nossa conta corrente, o crédito de importância que nos era indevida, tendo a instituição bancária agido com erro no que diz respeito à pessoa que devia ter sido beneficiada com o depósito. Caso o agente retenha o valor, deixando de restituí-lo, querendo dele se apropriar, deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no *caput* do art. 169 do Código Penal.

Salienta Luiz Regis Prado, com acerto: “Só ocorrerá erro se o sujeito ativo recebeu a coisa de boa-fé, caso contrário, poder-se-á configurar o delito de estelionato (art. 171 do CP) ou

peculato mediante erro de outrem, se o agente é funcionário público e recebe a coisa em razão da função exercida (art. 313 do CP). Ademais, é necessário que o erro seja da vítima. Se for do sujeito ativo, ao adquirir a posse, inexiste crime, salvo se este agiu com dolo superveniente, hipótese em que responderá por apropriação indébita comum".¹¹⁵

Caso fortuito e força da natureza são situações semelhantes que demonstram a ocorrência de um fato que não era dominado ou, pelo menos, dominável pela vontade humana. Assim, aquele que, depois de perceber que um animal que não lhe pertencia havia ingressado em suas terras, passando pelo buraco existente numa cerca, o vende a terceira pessoa, agindo como se fosse dono, responde pelo delito de apropriação de coisa achada, que veio a seu poder mediante caso fortuito; também não é incomum que a coisa alheia móvel chegue ao poder do agente trazida pela correnteza de uma enchente ou mesmo carregada por uma intensa ventania, oportunidade em que se configuraria a situação legal entendida como força da natureza.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O *direito de propriedade* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza, não se descartando a proteção da *posse*, uma vez que o legítimo possuidor pode ter perdido, temporariamente, a posse do bem, em virtude, por exemplo, de força da natureza.

Objeto material é a coisa alheia móvel que veio ao poder do agente mediante erro, caso fortuito ou força da natureza.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser o *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 169, *caput*, do Código Penal.

Sujeito passivo é aquele que se viu prejudicado com o desapossamento da coisa, que chegou ao sujeito ativo por erro, caso fortuito ou força da natureza. Poderá ser o proprietário ou mesmo o possuidor, pessoa física ou pessoa jurídica.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito em estudo quando o agente, depois de tomar conhecimento de que a coisa alheia móvel chegou ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza, resolve, mesmo assim, com ela permanecer, agindo como se fosse dono.

A tentativa é admissível.

Tratando-se de crime permanente, eis que a sua consumação se prolonga no tempo, tem-se que o prazo prescricional inicia-se na data da cessação da indevida apropriação da coisa havida por erro (STJ, HC 15403/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., RT 799, p. 549).

Elemento subjetivo

O delito de apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *apropriar* pode ser praticado comissiva ou omissivamente pelo agente. Assim, comete o crime previsto pelo *caput* do art. 169 do Código Penal, praticando um comportamento comissivo, aquele que se desfaz da coisa alheia móvel, que veio ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza, agindo como se fosse dono, vendendo-a a terceiro. Da mesma forma, comete o delito em estudo o agente que se recusa a devolver a coisa quando solicitado por seu legítimo dono, praticando, outrossim, uma conduta negativa.

Impossibilidade de concurso material com o crime de furto

Não há concurso material dos crimes de apropriação de coisa havida por erro com o delito de furto com emprego de fraude, uma vez que para a consecução deste se faz necessário o dolo, a vontade de subtrair a coisa alheia para si ou para outrem, enquanto no caso em tela o sujeito passou a movimentar uma conta poupança, como se esta lhe pertencesse, a partir de erro da própria instituição bancária e da agência dos Correios (TRF, 5^a Reg., Ap. Crim. 3316/PE [2001.83.00.017635-0], Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, 3^a T., j. 16/5/2007,

DJ 133, p. 626, 12/7/2007).

Apropriação de tesouro

O inc. I do parágrafo único do art. 169 do Código Penal prevê o delito de *apropriação de tesouro*, cominando uma pena de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, para aquele que acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio.

De acordo com a redação legal, podemos destacar os seguintes elementos necessários à configuração típica: *a*) a conduta de se apropriar de tesouro achado em prédio alheio; *b*) a apropriação poderá ser parcial ou total; *c*) deverá incidir sobre a quota a que tem direito o proprietário do prédio.

Os arts. 1.264, 1.265 e 1.266 do Código Civil cuidam do *achado do tesouro*.

De acordo com as determinações contidas na lei civil, devemos entender como *tesouro* as coisas antigas, preciosas e ocultas, de cujo dono não se haja memória. Isso significa que uma das características do tesouro é o fato de ser desconhecido o seu proprietário. Nesse caso, aquele que descobriu o tesouro deve dividi-lo em partes iguais com o proprietário do prédio, pois, caso contrário, poderá ser responsabilizado pelo delito tipificado no inc. I do parágrafo único do art. 169 do Código Penal.

Dessa forma, o núcleo *apropriar* diz respeito ao fato de que, embora achando o tesouro em

prédio alheio, o agente toma como sua propriedade parte que não lhe cabia, ultrapassando, assim, aquilo a que legalmente tinha direito, tomando para si, total ou parcialmente, a quota que pertencia ao proprietário do imóvel.

Esclarece Hungria: “A partilha do tesouro entre o achador e o dono do prédio é condicionada à *casualidade* da descoberta. Entenda-se: a casualidade do achado influi, não para qualificar o tesouro, mas para atribuir em partes iguais a sua propriedade *pro indiviso*. Se o tesouro é encontrado, não por obra do acaso (*fortuito casu*), mas *opera ad hoc data*, posto que sem prévia determinação ou sem assentimento do dono do prédio, sua propriedade é exclusivamente deste (art. 608),¹¹⁵ de modo que sua apropriação pelo achador é furto, e não o crime de *apropriação de tesouro*. ”¹¹⁶

E arremata o grande penalista: “Pode o tesouro achar-se escondido no solo ou em qualquer outro local, mesmo dentro de um móvel (ex.: moedas depositadas no escaninho secreto de uma velha arca). Não é, porém, tesouro o depósito natural de pedras preciosas (pois tal depósito, diversamente do tesouro enterrado, é *accessorium* do solo e, como tal, ainda que descoberto casualmente por terceiro, é propriedade inteira do dono do solo, desde que *dominus soli, dominus est coeli et inferiorum*, salvo as exceções legais).”¹¹⁷

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de apropriação de tesouro tem por finalidade proteger o *patrimônio*, ainda desconhecido, mas pertencente ao dono do prédio em que se encontrava escondido. Na verdade, protege-se, aqui, o direito de propriedade à quota a que tem direito o proprietário do prédio com a descoberta do tesouro. Também se encontra sob essa proteção não somente o direito do proprietário do prédio, como também do enfiteuta, nos termos do art. 1.266 do Código Civil.

Objeto material é o tesouro, vale dizer, o depósito antigo de coisas preciosas, oculto e de cujo dono não haja memória.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de apropriação de tesouro.

Sujeito passivo é o proprietário do prédio onde foi encontrado o tesouro que, nos termos do art. 1.264 do Código Civil, terá direito à metade do tesouro achado casualmente. Conforme salienta Magalhães Noronha, esclarecendo o art. 1.266 do Código Civil, *achando-se em terreno aforado, o tesouro será dividido por igual entre o descobridor e o enfiteuta, ou será deste por inteiro quando ele mesmo seja o descobridor*, “reserva ao enfiteuta o mesmo direito conferido ao proprietário à metade do tesouro. Neste caso, o titular do aforamento exclui o proprietário. Dando-se a invenção, o tesouro será dividido em duas partes iguais entre o inventor e enfiteuta, e consequentemente, se o primeiro se apodera do tesouro, apropria-se da

parte que compete ao segundo”.¹¹⁸

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito no momento em que, descoberto o tesouro, o agente dele se apropria, agindo com *animus rem sibi habendi*.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O delito de apropriação de tesouro somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo contido no tipo penal que prevê a apropriação de tesouro poderá ser levado a efeito comissiva ou omissivamente, dependendo da situação concreta analisada.

Apropriação de coisa achada

O delito de *apropriação de coisa achada* encontra-se previsto no inc. II do parágrafo único do art. 169 do Código Penal.

Dessa forma, podemos destacar os seguintes elementos contidos na mencionada infração penal: *a) a conduta de se apropriar de coisa alheia perdida; b) a apropriação pode ser total ou parcial; c) não restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou não entregá-la à autoridade competente no prazo de 15 (quinze) dias.*

A conduta de se apropriar agora é dirigida finalisticamente à *coisa alheia perdida*. Dessa forma, não comete o delito em estudo se o agente estiver diante de *res nullius* (coisa de ninguém) ou, ainda, de *res derelicta* (coisa abandonada). Merece ser levada a efeito a distinção entre *coisa perdida* e *coisa esquecida*, pois que *coisa perdida* é aquela que seu dono ou possuidor não sabe onde efetivamente se encontra, e *coisa esquecida* é aquela que, temporariamente, foi esquecida em algum lugar conhecido pelo dono ou possuidor. Bento de Faria esclarece que “coisas perdidas são as que se encontram em lugar público ou de uso público, em condições tais que façam presumir, fundadamente o seu extravio”.¹¹⁹

É de extrema importância à configuração do delito em exame que a coisa seja *perdida*, e não esquecida ou mesmo deixada voluntariamente em algum lugar pela própria vítima. É que, nesses últimos casos, se o agente que as encontra resolve tê-las para si, o delito praticado será o de furto, e não o de apropriação de coisa achada.

O fato de o animal estar à beira da estrada não significa, tão somente por isso, que se tratava de coisa perdida ou abandonada; ademais, a própria natureza da *res furtiva*, um animal de criação, isto é, coisa semovente, impede que se possa inferir se trate de coisa perdida. Por outro lado, aquele que encontra coisa perdida tem a

obrigação de restituí-la ao dono, ou ao legítimo possuidor, ou, não logrando êxito em localizá-lo, de entregar à autoridade competente, e não simplesmente dela se apoderar para algum tempo para depois, dizendo-se proprietário do animal, vendê-la para terceiro (TJPR, ACR 0394359-7, 3^a Câm. Crim., Rel. Rogério Coelho, pub. DJ 7.502).

Aquele que perde a coisa não perde o seu domínio. Continua a ser seu dono, mesmo não tendo sua posse direta.

O fato de encontrar a coisa perdida, como se percebe com clareza, não se configura em infração penal, mas, sim, a vontade de dela se apropriar, tendo conhecimento de que se encontra perdida, ou seja, possui um dono que não abriu mão do seu domínio sobre ela.

Não importa que essa apropriação seja total ou parcial. Assim, aquele que acha coisa perdida e devolve, tão somente, metade daquilo que encontrou ao seu legítimo dono deve responder pela infração penal em estudo.

O Código Civil, em seu art. 1.233, parágrafo único, possui dispositivo semelhante, que obriga ao descobridor a entregar a coisa perdida por ele encontrada.

O Código Penal determina, contudo, que essa devolução ocorra no prazo de 15 dias. Portanto, se o agente for surpreendido com a coisa perdida ainda no prazo legal, não se poderá concluir pelo delito de apropriação de coisa achada, visto que, para a sua configuração, deverá ter decorrido o prazo estipulado pela lei penal. O reconhecimento da infração penal, outrossim, está condicionado ao decurso do prazo legal. Antes dele, mesmo já existindo no agente a vontade de se apropriar da coisa, o fato será atípico. Nesse sentido, afirma Cesar Roberto Bitencourt que “somente se configura a *apropriação de coisa achada* após ultrapassado o prazo legal de quinze dias sem que o *achador* devolva a coisa ao dono ou a entregue à Polícia. Assim, não excedida a faixa legal de quinze dias, nem se tipifica o crime”.¹²⁰

A entrega poderá ser realizada diretamente ao dono ou legítimo possuidor da coisa perdida ou, sendo desconhecidos, deverá ser entregue à autoridade competente. Pode ocorrer, e não é incomum, que o agente encontre uma carteira que, além de documentos e determinada importância em dinheiro, contenha, também, o endereço de seu dono. Nesse caso, poderá o agente entregá-la diretamente a ele.

O art. 1.234 do Código Civil, cuidando do tema, determina: *Art. 1.234. Aquele que restituir a coisa achada, nos termos do artigo antecedente, terá direito a uma recompensa não inferior a 5% (cinco por cento) do seu valor, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la.*

A autoridade a quem deverá ser entregue a coisa perdida, mencionada no tipo penal que prevê o delito de apropriação de coisa achada, é a *judiciária* ou *policial*.

Condenam-se os réus pelo crime de apropriação de coisa achada (CP 169, parágrafo único, II, do CP), se

suas confissões judiciais, confirmadas pelos depoimentos judiciais da vítima e do agente de polícia que os prenderam em flagrante, provam que eles acharam o animal atropelado, na estrada, e que se apropriaram de seus restos mortais, que não lhes pertencia, para fazer um churrasco (TJDF, Rec. 2008.08.1.001107-4, Ac. 438.189, 2^a T. Crim., Rel. Des. Sérgio Rocha, DJDFTE 16/8/2010, p. 415).

Apropriação de coisa achada. Acusado que deixa de entregá-la à Polícia dentro dos 10 dias subsequentes. Pessoa simples e analfabeta. Restituição da coisa realizada assim que intimado a fazê-lo pela autoridade. Decisão absolutória mantida. Inteligência dos arts. 169, II, do CP e 386, III, do CPP (RT 578/360).

Apropriação de coisa achada. Devolvida a *res* ao legítimo proprietário, antes de decorrido o quindênio legal, o delito não se configura (TJRS, Ap. Crim. 296047632, 3^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 27/2/1997).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O direito de propriedade e a posse são os bens juridicamente protegidos pelo tipo penal que prevê o delito de apropriação de coisa achada, haja vista a menção expressa não só ao *dono* da coisa perdida, como também ao seu *legítimo possuidor*.

Objeto material do delito é a coisa alheia perdida.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeito ativo é aquele que acha a coisa alheia perdida e dela se apropria.

Sujeito passivo é o dono ou o legítimo possuidor, que não perde seus direitos sobre a coisa em decorrência de sua perda.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito de apropriação de coisa achada quando o agente, agindo com o dolo de sua apropriação, não a restitui ao dono ou legítimo possuidor ou não a entrega à autoridade competente no prazo de 15 dias. Assim, a consumação da infração penal somente ocorrerá após o decurso do mencionado prazo legal. Mesmo que o agente já tenha decidido não devolvê-la, se ainda estiver no prazo legal, seu comportamento será considerado um indiferente penal, pois que o tipo penal, para sua configuração, encontra-se *condicionado* ao decurso do prazo de 15 dias.

Em razão desse raciocínio, entendemos que não é possível o reconhecimento da tentativa, uma vez que, mesmo tendo resolvido psiquicamente não devolver a coisa achada, mas se ainda estiver no prazo legal, se for descoberto o agente, o fato será atípico; ao contrário, se, agindo com *animus* de se apropriar da coisa achada, deixar ultrapassar o prazo de 15 dias, o delito já estará consumado.

Elemento subjetivo

O delito de apropriação de coisa achada somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, aquele que, tendo achado coisa perdida, retarda, negligentemente, a dela, devolução permitindo que o prazo de 15 dias seja ultrapassado, não poderá ser responsabilizado criminalmente pelo delito em estudo.

Demonstrado que o réu não se conduziu com dolo, mas com negligência, no fato de não entregar a coisa achada à autoridade policial [...], não há crime a punir. [...] o delito previsto no art. 169, II, do CP, somente ocorre na forma dolosa, sendo, portanto, indispensável para a sua configuração, que a eventual omissão quanto à entrega do bem se faça com *animus rem sibi habendi*. [...] (TJPR, ApCr 0593359-7, Toledo, 5^a Câm. Crim., Rel. Juiz Conv. Rogério Etzel, DJPR 25/3/2010, p. 316).

Modalidades comissiva e omissiva

O delito de apropriação de coisa achada, de acordo com a redação legal, deverá ser praticado omissivamente (omissão própria), haja vista que o próprio tipo penal, de forma expressa, prevê o comportamento negativo do agente, quando se vale da expressão *deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de 15 (quinze) dias*.

Classificação doutrinária

Crime comum; doloso; comissivo (podendo, em algumas hipóteses, ser considerado como omissivo próprio, como ocorre com a apropriação de coisa achada); de dano; material; de forma livre; instantâneo (não se descartando a possibilidade de ser considerado como instantâneo de efeitos permanentes, caso ocorra, por exemplo, a destruição da coisa apropriada); monossubjetivo; plurissubstancial (como regra, pois que, em algumas situações, os atos poderão ser concentrados, devendo, pois, ser considerados unissubstancialentes).

Primariedade do agente e pequeno valor da coisa apropriada havida por erro, caso fortuito ou força da natureza, do tesouro e da coisa achada

O art. 170 do Código Penal determina seja aplicado ao delito de apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza, apropriação de tesouro e de coisa achada o § 2º do art. 155 do mesmo diploma legal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 169 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, para as três infrações penais por ele previstas: 1) *apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza*; 2) *apropriação de tesouro*; 3) *apropriação de coisa achada*.

A ação penal é de natureza pública incondicionada.

Compete ao Juizado Especial Criminal o julgamento das infrações penais tipificadas no art. 169 do Código Penal, haja vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o

limite de 2 (dois) anos, sendo possível, ainda, a realização de proposta de suspensão condicional do processo, pois que a pena mínima cominada não supera o limite determinado pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95, vale dizer, um ano.

Aplicam-se ao art. 169 do Código Penal as disposições contidas nos arts. 181, 182 e 183 do mesmo diploma repressivo, naquilo que lhe forem pertinentes.

Apropriação de coisa achada e estelionato

Apropriação de coisa achada. Agente que acha folhas de cheque e preenche-as, dando-as em pagamento de compras realizadas, responde apenas por estelionato, pois a apropriação constitui-se crime-meio para a consecução do crime-fim, o estelionato (TJRS, Ap. Crim. 298000787, 3^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 5/3/1998).

Apropriação de coisa havida accidentalmente, apropriação de coisa achada no Código Penal Militar

Os crimes de apropriação de coisa havida accidentalmente, que equivale ao delito de apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza (art. 169, *caput*, do CP), e de apropriação de coisa achada também vieram previstos no Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), conforme se verifica pela leitura do seu art. 249 e parágrafo único.

Art. 170. Nos crimes previstos neste Capítulo, aplica-se o disposto no art. 155, § 2º.

Vide comentários ao art. 155, § 2º, do Código Penal.

Capítulo VI – Do Estelionato e Outras Fraudes

Estelionato Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º Nas mesmas penas incorre quem: **Disposição de coisa alheia como própria**

I – vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia

como própria; **Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria II** – vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias; **Defraudação de penhor**

III – defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado; **Fraude na entrega de coisa**

IV – defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém; **Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro V** – destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro; **Fraude no pagamento por meio de cheque**

VI – emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço), se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Estelionato contra idoso

§ 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso. (NR) **Introdução**

Sendo a fraude o ponto central do delito de estelionato, podemos identificá-lo, outrossim, por meio dos seguintes elementos que integram sua figura típica: *a)* conduta do agente dirigida finalisticamente à obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio; *b)* a vantagem ilícita pode ser para o próprio agente ou para terceiro; *c)* a vítima é induzida ou mantida em erro; *d)* o agente se vale de um artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento para a consecução do seu fim.

Não existe diferença entre a fraude civil e a fraude penal. Só há uma fraude. Trata-se de uma questão de qualidade ou grau, determinado pelas circunstâncias da situação concreta. Elas são que determinaram se o ato do agente não passou de apenas um mau negócio ou se neles estão presentes os requisitos do estelionato, caso em que o fato será punível penalmente. Na hipótese em julgamento, a ação do apelante, fingindo intermediar a venda de um imóvel, recebeu grande quantia da vítima. Mais tarde, descoberta a impossibilidade do negócio, fraudou aquela mais uma vez, restituindo-lhe o valor pago com um cheque falso. Situações, sem sombra de dúvida, que mostram a existência do delito do art. 171, *caput*, do Código Penal, na ação do recorrente (TJRS, Ap. Crim. 70013151618, 7ª Câm. Crim., Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 22/12/2005).

O crime de estelionato é regido pelo binômio *vantagem ilícita/ prejuízo alheio*. A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida a obter *vantagem ilícita*, em *prejuízo alheio*. Assim, de

acordo com a redação legal, a primeira indagação seria no sentido de saber o significado da expressão *vantagem ilícita*. Ilícita é a vantagem que não encontra amparo no ordenamento jurídico, sendo, na verdade, contrária a ele. Se a vantagem perseguida pelo agente fosse lícita, o fato poderia ser desclassificado para outra infração penal, a exemplo do crime de exercício arbitrário das próprias razões.

Além disso, discute-se a respeito da natureza dessa vantagem ilícita. A doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que a expressão *vantagem ilícita* abrange qualquer tipo de vantagem, tenha ou não natureza econômica. Nesse sentido, afirma Luiz Regis Prado: “Prevalece o entendimento doutrinário de que a referida vantagem não necessita ser econômica, já que o legislador não restringiu o seu alcance como o fez no tipo que define o crime de extorsão, no qual empregou a expressão *indevida vantagem econômica*”.¹²¹

Permissa venia, não podemos concordar com essa posição, amplamente majoritária, assumida por nossa doutrina. Isso porque, conforme já esclarecemos ao levar a efeito o estudo do delito tipificado no art. 159 do Código Penal, não podemos analisar os tipos penais isoladamente, como se fossem estrelas perdidas, afastadas de qualquer constelação. Por isso, não podemos abrir mão, conforme já assinalado naquela oportunidade, da chamada *interpretação sistêmica*. Dessa forma, encontrando-se o tipo penal que prevê o delito de estelionato inserido no Título II do Código Penal, correspondente aos crimes contra o patrimônio, o raciocínio não poderia ser outro senão o de afirmar que a vantagem ilícita, obtida pelo agente, deve ter natureza econômica. Assim, qualquer vantagem *economicamente apreciável* poderá se amoldar ao delito em estudo, seja ela a obtenção de coisa móvel, imóvel, direitos pertencentes à vítima, enfim, qualquer vantagem em que se possa apontar a sua essência econômica. Caso contrário, ou o fato será atípico, ou poderá se consubstanciar em outras infrações penais em que a fraude faça parte do tipo penal, tal como ocorre nos crimes contra a dignidade sexual, com o delito de violação sexual mediante fraude, tipificado no art. 215 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Além da vantagem ilícita obtida pelo agente com seu comportamento, a vítima sofre prejuízo, também, de natureza econômica. Assim, poderá tanto perder aquilo que já possuía, a exemplo daquele que entrega determinada quantia ao estelionatário, ou mesmo deixar de ganhar o que lhe era devido, como no caso da vítima que, enganada pelo agente, não comparece, sendo obrigatória a sua presença, ao local onde receberia uma premiação, perdendo tal direito, que foi transferido ao agente, segundo beneficiado na lista de premiações.

O *caput* do art. 171 do Código Penal determina que a vantagem ilícita seja para o próprio agente ou para terceiro. Nesse caso, o terceiro pode, até mesmo, não saber que aquilo que recebe do agente é produto de crime, não podendo ser responsabilizado pelo delito de estelionato, a não ser que atue mediante o concurso de pessoas, previsto pelo art. 29 do Código

Penal.

A utilização da fraude pelo agente visa induzir ou manter a vítima em erro. *Erro* significa a concepção equivocada da realidade, é um conhecimento falso do que ocorre no mundo real. Assim, aquele que atua movido pelo erro acredita numa coisa, enquanto a realidade é outra.

Induzir a erro é fazer nascer a representação equivocada na vítima. O agente, mediante sua fraude, cria no espírito da vítima um sentimento que não condiz com a realidade. Pode ocorrer, entretanto, que a vítima já tenha incorrido, sem qualquer influência do agente, em erro. Nesse caso, se a representação distorcida da realidade já existia, não se poderá falar em induzimento. No entanto, a lei penal também considera como uma das formas de praticar o estelionato a *manutenção em erro*, vale dizer, o agente, mesmo sabendo que a vítima tinha um conhecimento equivocado da realidade, a mantém nessa situação, com a finalidade de obter vantagem ilícita, em seu prejuízo.

O *caput* do art. 171 do Código Penal aponta, exemplificativamente, os meios pelos quais o delito poderá ser praticado, vale dizer, o artifício e o ardil. Estes podem ser considerados como espécies de fraudes, já que o mencionado artigo determina seja levada a efeito a chamada interpretação analógica, significando que a uma fórmula casuística (artifício, ardil) a lei faz seguir uma fórmula genérica (qualquer outro meio fraudulento).

A doutrina procura distinguir o *artifício* do *ardil*, embora façam parte do gênero *fraude*. Explica Noronha: “Artifício, lexicologicamente, significa produto de arte, trabalho de artistas. Nesse sentido, portanto, pode-se dizer haver artifício quando há certo aparato, quando se recorre à arte, para mistificar alguém.

Pode o artifício manifestar-se por vários modos: consistir em palavras, gestos ou atos; ser ostensivo ou tácito; explícito ou implícito; e exteriorizar-se em ação ou omissão.

Quanto ao ardil, dão-nos os dicionários os sinônimos de astúcia, manha e sutileza. Já não é de natureza tão material quanto o artifício, porém mais intelectual. Dirige-se diretamente à psique do indivíduo, ou, na expressão de Manzini, à sua inteligência ou sentimento, de modo que provoque erro mediante *falsa aparência lógica ou sentimental*, isto é, excitando ou determinando no sujeito passivo convicção, paixão, ou emoção, e criando destarte motivos ilusórios à ação ou omissão desejada pelo sujeito ativo”.¹²²

Na verdade, conforme se verifica pela interpretação analógica determinada pelo *caput* do art. 171 do Código Penal, artifício e ardil fazem parte do gênero *fraude*, isto é, o engano, a artimanha do agente, no sentido de fazer com que a vítima incorra em erro ou, pelo menos, nele permaneça. Qualquer meio fraudulento utilizado pelo agente, seja mediante dissimulações, seja até mesmo uma *reticência maliciosa*, que faça a vítima incorrer em erro, já será suficiente para o raciocínio relativo ao delito de estelionato. No que diz respeito à reticência maliciosa,

Hungria fornece o exemplo do colecionador que adquiria de alguém, sem qualquer experiência no ramo de antiguidades ou raridades, uma peça de grande valor, por preço irrisório, por desconhecer a importância dela, fazendo com que a vítima permanecesse em erro com relação ao valor do bem que estava sendo vendido.

Concluindo, a palavra estelionato se origina de *stellio*, ou seja, camaleão, justamente pela qualidade que tem esse animal para mudar de cor, confundindo sua presa, facilitando, assim, o bote fatal, bem como para poder fugir, também, dos seus predadores naturais, que não conseguem, em virtude de suas mutações, perceber a sua presença, tal como ocorre com o estelionatário que, em razão de seus disfarces, sejam físicos ou psíquicos, engana a vítima com sua fraude, a fim de que tenha êxito na sua empresa criminosa.

Nos termos do art. 171 do Código Penal, o crime de estelionato configura-se quando o agente obtém, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, caracterizado pelo duplo resultado: benefício para o agente e lesão ao patrimônio da vítima. Consequentemente, constatada a absoluta ineficácia do meio empregado pelo agente para a consecução da empreitada criminosa, cuja utilização jamais poderia repercutir em decréscimo patrimonial para a vítima, impõe-se a ratificação da absolvição do agente. Em razão do princípio da subsidiariedade, não comprovados o dolo e a fraude empregada em obter a vantagem ilícita sobre a vítima, o fato constitui mero ilícito civil, não demandando a intervenção do Direito Penal (TJ-MG, AC 0792307-28.2012.8.13.0145, Rel. Des. Catta Preta, DJe 30/11/2015).

Para sua configuração, o ilícito penal do estelionato exige a presença de três requisitos fundamentais, ou seja, a obtenção de vantagem ilícita, a utilização de artifícios, ardil ou outro meio fraudulento e o induzimento ou manutenção da vítima em erro. Se, no caso concreto, o infrator vende veículos embarqueados por gravame judicial e dos quais nem tinha a propriedade, recebendo ele, antecipadamente, os respectivos pagamentos, caracterizada fica a figura jurídico-penal do estelionato (TJMG, AC 1.0702.03.069086-2/001, Rel. Hyparco Immesi, DJ 8/8/2008).

Restando absolutamente claro, pela harmoniosa prova documental e testemunhal, que os acusados, em conluio, induziram a sua empregadora em erro, utilizando meio fraudulento, realizando testes (*try out*) não autorizados de moldes, estranhos à relação comercial, em benefício próprio e favorecendo outra empresa, para a qual prestavam assessoria remunerada, utilizando tecnologia, maquinário, energia elétrica, matéria-prima e mão de obra da vítima, causando-lhe evidentes prejuízos, devem ser condenados por estelionato (TJMG, AC 1.0596.03.015426-1/001, Rel. William Silvestrini, DJ 22/5/2007).

Comete crime de estelionato, em sua modalidade fundamental, o agente que, ciente da origem ilícita da cártyula, adquire bens dando como pagamento cheque furtado, induzindo a vítima em erro e auferindo, com isso, ilícita vantagem patrimonial em prejuízo alheio (TJPR, AC 0326689-7, Joaquim Távora, Rel. Des. Roberto de Vicente, un., j. 14/9/2006).

Classificação doutrinária

Analizando a figura típica fundamental, podemos concluir que o estelionato é um crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; material; comissivo e omissivo (tendo em vista ser possível esse raciocínio através da conduta de manter a vítima em erro); de forma livre (pois que qualquer fraude pode ser usada como meio

para a prática do crime); instantâneo (podendo, ocasionalmente, ser reconhecido como instantâneo de efeitos permanentes, quando houver, por exemplo, a perda ou destruição da coisa obtida por meio de fraude); de dano; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte ou não transeunte (dependendo da forma como o delito é praticado).

A natureza jurídica do crime de estelionato previdenciário depende da pessoa que pratica a conduta. Tratando-se de terceiro, o crime é instantâneo de efeitos permanentes, cuidando-se do próprio beneficiário, o crime é permanente (STJ, AgRg no REsp 1.497.147/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ-PE, 5^a T., DJe 13/05/2015).

A depender do agente que praticou o ilícito contra a Previdência Social, a natureza jurídica do estelionato previdenciário será distinta: se o agente for o próprio beneficiário, será um delito permanente, que cessará apenas com o recebimento indevido da última parcela do benefício; se o agente for um terceiro não beneficiário ou um servidor do INSS, será um crime instantâneo de efeitos permanentes. Nesse caso, o delito terá se consumado com o pagamento da primeira prestação indevida do benefício (STJ, AgRg no REsp 1.112.184/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 06/04/2015).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Conforme destaca Muñoz Conde, “*bem jurídico protegido* comum a todas as modalidades de estelionato é o patrimônio alheio em qualquer de seus elementos integrantes, bens móveis ou imóveis, direitos etc., que podem constituir o objeto material do delito”.¹²³

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* no crime de estelionato. Da mesma forma, qualquer pessoa pode figurar como *sujeito passivo*. Merece ser ressaltado que além do proprietário, aquele que, mesmo não sendo o *dominus*, sofre prejuízo com o comportamento levado a efeito pelo agente pode ser considerado sujeito passivo da ação criminosa.

Há necessidade, entretanto, de que o sujeito passivo seja pessoa determinada, pois, caso contrário, se o delito for praticado contra um número indefinido de pessoas, poderá ser desclassificado para uma das hipóteses previstas na Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular, ou mesmo uma das infrações penais contra a relação de consumo previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

O sujeito passivo do crime de estelionato deverá possuir *capacidade de discernimento* para que possa, de acordo com os elementos do tipo penal em estudo, ser induzido ou mantido em erro. Se lhe falta essa capacidade, tal como ocorre com alguns incapazes, o fato poderá ser desclassificado, por exemplo, para o delito tipificado no art. 173 do Código Penal.

O sujeito passivo do delito é aquele que sofre a lesão patrimonial, devendo ser certo e determinado (TJMG, HC 1.0000.08. 476183-2/000, Rel. Des. Adilson Lamounier, DJ 2/8/2008).

No crime de estelionato, a pessoa que é iludida, mantida em erro ou enganada pode ser diversa da que sofre a lesão patrimonial (TJMG, ACr. 1.0133.02.005534-8/001, 1^a Câm. Crim., Rel. Eduardo Brum, pub. 11/1/2008).

Consumação e tentativa

Tem-se por consumado o estelionato, em sua modalidade básica, quando o agente consegue obter a vantagem ilícita, em prejuízo da vítima. Há necessidade, para efeitos de reconhecimento de consumação do estelionato, da afirmação do binômio *vantagem ilícita/prejuízo alheio*. Assim, quando o agente consegue auferir a vantagem ilícita em prejuízo da vítima, o delito chega à sua consumação.

Se, no entanto, depois de iniciados os atos de execução configurados na fraude empregada na prática do delito, o agente não conseguir obter a vantagem ilícita em virtude de circunstâncias alheias à sua vontade, o crime restará tentado.

O estelionato, crime tipificado no art. 171 do CP, consuma-se onde ocorreu o efetivo dano à vítima. *In casu*, o efetivo dano se deu no local onde foi obtida a vantagem ilícita, ou seja, na agência bancária onde foi depositado o cheque adulterado, e onde a vítima possuía a conta bancária (STJ, CC 126781/CE, Rel^a Min^a Alderita Ramos de Oliveira, Des.^a convocada do TJPE, S3, DJe 17/4/2013).

O delito de estelionato consuma-se com a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio. Desde que o sujeito ativo desfrute, durante algum tempo, da vantagem indevida, em prejuízo alheio, consuma-se o crime, que não desaparece pelo resarcimento do dano (STF, RT 605/422) (STJ, RHC 17106/BA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJ 22/4/2008, p. 1).

A falsificação de assinatura em cheque que não é colocado em circulação e, portanto, não traz prejuízo a ninguém, deve ser considerada simples ato preparatório impunível do delito de estelionato (TJMG, ACr. 1.0388.06.011370-0/001, 1^a Câm. Crim., Rel. Eduardo Brum, pub. 9/5/2008).

Há tentativa quando o agente utiliza-se de meio fraudulento e procura induzir a vítima em erro, mas esta, ao perceber o engodo, desfaz a negociação que propiciaria a obtenção de vantagem ilícita em seu prejuízo (TJMG, ACr. 1.0145. 00.006950-3/001, 34^a Câm. Crim., Rel. Walter Pinto da Rocha, pub. 12/12/2007).

Afasta-se a almejada tentativa diante da consumação do crime de estelionato com a obtenção da vantagem, ainda que por curto espaço de tempo (TJMG, AC 1.0223. 06.185651-2/001, Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, DJ 3/5/2007).

A ausência de prejuízo à vítima não torna atípica a conduta. A efetiva obtenção da vantagem ilícita é condição exigida para a consumação do delito. Hipótese em que restou plenamente caracterizada a tentativa do estelionato, uma vez que o acusado somente não logrou a obtenção da vantagem indevida, por circunstâncias alheias à sua vontade, tendo em vista o procedimento adotado pela seguradora, no sentido de conferir a veracidade dos dados constantes nos documentos apresentados (TJRS, Ap. Crim. 70010715019, 8^a Câm. Crim. Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 15/6/2005).

Elemento subjetivo

O delito de estelionato somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

As consequências dos crimes não desbordam do resultado típico do delito de estelionato, cujo dolo consiste em obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, não sendo exigível o resarcimento do prejuízo (STJ, HC 168746/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJe 14/4/2011).

Configura-se o dolo do crime de estelionato quando o agente, mediante ardil, solicita prestação de serviço, tomando, ainda, dinheiro ‘emprestado’ da vítima, com o intuito de obter vantagem econômica em detrimento do patrimônio alheio (TJMG, ACr. 1.0024.01.045672-1/001, 4^a Câm. Crim., Rel. Eli Lucas de Mendonça, DJ 18/4/2008).

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta típica de obter vantagem ilícita em prejuízo alheio é praticada mediante a fraude do agente, que *induz* ou *mantém* a vítima em erro.

A *indução* pressupõe um comportamento comissivo, vale dizer, o agente faz alguma coisa para que a vítima incorra em erro.

Por outro lado, a conduta de manter a vítima em erro pode ser praticada omissivamente, isto é, o agente, sabedor do erro em que está incorrendo a vítima, aproveita-se dessa oportunidade, silenciando a fim de obter a vantagem ilícita em prejuízo dela.

Nesse sentido, preleciona Nélson Hungria: “Há uma analogia substancial entre o *induzimento em erro* e o *doloso silêncio em torno do erro preexistente*. Praticamente, tanto faz ministrar o veneno como deixar *scienter* que alguém o ingira por engano [...].”

A inércia é uma *species* do *genus* ‘ação’: é a própria atividade que se refrange sobre si mesma, determinando-se ao *non facere*. Tanto usa de fraude quem *ativamente* causa o erro para um fim ilícito, quanto quem *passivamente* deixa-o persistir e dele se aproveita.”¹²⁴

Primariedade do agente e pequeno valor do prejuízo

O § 1º do art. 171 do Código Penal determina, *verbis*: § 1º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

Como se percebe pela redação do parágrafo antes transcrito, em comparação com o § 2º do art. 155 do Código Penal, a lei penal, embora mantendo a exigência da primariedade do agente, modificou o segundo requisito necessário à sua aplicação.

No crime de furto, exige a lei que a *coisa furtada seja de pequeno valor*, dado este de natureza eminentemente objetiva, tendo os Tribunais convencionado, conforme dissemos quando do estudo do art. 155 do Código Penal, ser aquele em torno de um salário mínimo, vigente à época dos fatos.

Na hipótese do crime de estelionato, a redação legal faz menção a *prejuízo de pequeno valor*, devendo-se levar em consideração, aqui, a pessoa da vítima, ao contrário do que ocorre no delito de furto.

No entanto, a redação legal não podia ser outra, uma vez que, diferentemente do objeto material do furto, que é a *coisa alheia móvel*, no estelionato, de abrangência maior, o art. 171

utiliza a expressão *prejuízo alheio*, que pode se estender não somente às coisas móveis, como também imóveis, direitos economicamente apreciáveis *etc.*

Assim, se o criminoso for primário e de pequeno valor o prejuízo, que também deve girar em torno de um salário mínimo, o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou aplicar somente a pena de multa.

Para maiores informações a respeito dos critérios de aplicação das alternativas legais, remetemos o leitor aos comentários produzidos quando do estudo do crime de furto.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, tratando-se de crimes em continuidade delitiva, o valor a ser considerado para fins de concessão do privilégio (arts. 155, § 2º, e 171, § 1º, do CP) é a soma da vantagem obtida pelo agente do crime. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 712.222/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, DJe 09/11/2015).

Esta Corte Superior é refratária à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de estelionato cometido em detrimento de entidade de direito público (art. 171, § 3º, do Código Penal), haja vista a maior reprovabilidade da conduta, que atenta contra o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública (STJ, AgRg no REsp 1.335.363/ES, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, DJe 25/03/2015).

A aplicabilidade do princípio da insignificância no estelionato, assim como ocorre no delito de furto, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. A conduta perpetrada pelo Agravante – fraude no pagamento por meio de cheque no valor de R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais) – não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. Não se pode confundir bem de pequeno valor com de valor insignificante. Este, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilégio insculpido no § 1º do art. 171 do Código Penal, que prevê a possibilidade de pena mais branda, compatível com a pequena gravidade da conduta (STJ, AgRg. no REsp. 1187172/RS, Rel^a Min^a Laurita Vaz,

5ª T, DJe 19/8/2011).

Modalidades especiais de estelionato

O § 2º do art. 171 do Código Penal, cuidando das modalidades especiais de estelionato, prevê os delitos de: I – *disposição de coisa alheia como própria*; II – *alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria*; III – *defraudação de penhor*; IV – *fraude na entrega de coisa*; V – *fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro*; VI – *fraude no pagamento por meio de cheque*.

Como subespécies de estelionato, devemos interpretá-las levando-se em consideração os elementos informadores daquela figura típica. Assim, a fraude será o meio utilizado pelo agente, em todas essas figuras típicas, a fim de que obtenha uma vantagem ilícita em prejuízo alheio. O dolo é o elemento subjetivo característico de todas as infrações penais catalogadas pelos incisos do § 2º do art. 171 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Em razão de suas particularidades, faremos a análise, isoladamente, de cada uma dessas modalidades.

Disposição de coisa alheia como própria O inc. I do § 2º do art. 171 do Código Penal diz que incorrerá nas mesmas penas combinadas à modalidade fundamental de estelionato aquele que vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria, atribuindo a esta figura típica o nomen iuris de disposição de coisa alheia como própria.

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo, pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo nenhuma qualidade ou condição especial.

Como se percebe pela redação legal, os comportamentos *vender, permutar, dar em pagamento, em locação ou em garantia* pressupõem, como regra geral, que sejam praticados por quem não é proprietário da coisa. Assim, o agente, objetivando obter a vantagem ilícita, utiliza fraude, fazendo-se passar pelo proprietário do bem, causando prejuízo à vítima.

A coisa alheia mencionada pelo tipo penal pode ser móvel ou imóvel.

A consumação ocorre quando, efetivamente, consegue a vantagem ilícita em prejuízo alheio, sendo possível, como acontece com a modalidade fundamental de estelionato, o raciocínio correspondente à tentativa.

Para que se tipifique o estelionato, na modalidade disposição de coisa alheia como própria (art. 171, § 2º, I, do CPB), exige-se a demonstração da obtenção, para si ou para outrem, da vantagem ilícita, do prejuízo alheio, do artifício, do ardil ou do meio fraudulento empregado com a venda, a permuta, a dação em pagamento, a locação ou a entrega, em garantia, da coisa de que não se tem a propriedade (STJ, REsp. 1094325/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 4/5/2009).

Pratica o crime de estelionato aquele que vende como próprio veículo apreendido, registrado em nome de terceiro, cuja posse detinha apenas na condição de depositário fiel (TJMG, ACR. 1.0024.99.110192-4/001, 2ª Câm. Crim., Rel. José Antonino Baía Borges, pub. 15/1/2008).

Venda de terreno a vítima, induzindo-a em erro. Omissão de que o imóvel anteriormente havia sido objeto de doação para o filho do réu. Escritura pública de doação que não havia sido averbada no registro de imóveis. Alegação de que não cometeu o crime, eis que era o único e exclusivo proprietário, tendo recebido o bem de herança de seus pais – Não acolhimento. Prova que demonstra que o réu havia adquirido o imóvel, juntamente com sua ex-esposa, de outras pessoas. Fraude configurada. Condenação mantida. Adequação de ofício, da tipificação do art. 171, § 2º, II, para o art. 171, caput, do código penal, porém sem consequências práticas, eis que a pena é igual para ambos os casos (TJPR, AC 0416784-6, Paranavaí, 4ª Câm. Crim. Rel. Juiz Conv. Tito Campos de Paula, un., j. 16/8/2007).

Responde pelo delito do art. 171, § 2º, I, do CP, e, não por apropriação indébita, o agente que aliena objeto adquirido com reserva de domínio (TACrim./SP, AC, Rel. Onei Raphael, JTACrim./SP 47, p. 239).

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria O inc. II do § 2º do art. 171 do Código Penal previu como subespécie de estelionato o comportamento daquele que vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias.

Aqui, ao contrário da infração penal analisada, a coisa é própria, vale dizer, pertence

mesmo ao agente. O inciso, que prevê o delito de *alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria*, contém duas partes distintas, ligadas pelos comportamentos de *vender, permitar ou dar em pagamento ou em garantia*, praticados pelo agente. A primeira parte diz respeito a *coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa*. A coisa, mencionada pelo tipo penal, pode ser *móvel ou imóvel*. A segunda parte refere-se, especificamente, a *imóvel que prometeu vender a terceiro*.

A fraude, no delito em estudo, é caracterizada pelo *silêncio*, ou seja, o agente vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia aqueles bens que lhe pertencem, omitindo, no entanto, que estão gravados de ônus, ou que existe litígio pendente sobre a coisa, ou mesmo que o imóvel já foi prometido a terceiro, mediante pagamento em prestações.

A *promessa de compra e venda* não se encontra no rol dos comportamentos tipificados pela lei penal, que somente previu as condutas de *vender, permitar, dar em pagamento ou em garantia*. Nesse sentido, esclarece Cesar Roberto Bitencourt: “A *promessa de venda* não é abrangida como forma de crime nos conceitos de venda, permuta, dação em pagamento do art. 171, § 2º, do CP. Assim, o silêncio do promitente vendedor sobre o fato de estar o imóvel arrestado em execução, por exemplo, não tipifica o crime de alienação fraudulenta de coisa própria. Essa proibição tipificada refere-se expressamente ao ato de *vender*, que não se confunde com o *mero compromisso de compra e venda* (este não passa de *obrigação de fazer*). Só recorrendo à analogia seria possível enquadrar a promessa de venda no art. 171, § 2º, II, do CP, mas a *incriminação analógica* é vedada pelo direito penal moderno”.¹²⁵

Apesar da precisão de raciocínio do renomado professor gaúcho, embora o fato de prometer vender não se amolde ao inc. II do § 2º do art. 171 do Código Penal, dependendo do caso concreto, poderá se subsumir à figura típica fundamental do estelionato, se com essa promessa de venda o agente obteve vantagem ilícita em prejuízo alheio.

Somente poderá ser *sujeito ativo* o proprietário da coisa própria inalienável ou do imóvel prometido a terceiro, sendo, portanto, nesse caso, considerado como próprio. Ao contrário, qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito passivo*, sendo, aqui, considerado sob esse enfoque, um delito comum.

A consumação ocorre com a prática efetiva de qualquer um dos comportamentos típicos, vale dizer, quando o agente vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia. Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o raciocínio correspondente à tentativa.

Se na transação civil o agente esclarece que a coisa inalienável está gravada de ônus ou é objeto de litígio, o fato será atípico com relação a esse delito, podendo, dependendo da situação concreta, configurar-se em outra infração penal, a exemplo do art. 179 do Código Penal, que prevê o delito de fraude à execução.

Para que se configure a prática do crime de estelionato é necessário que o agente atue de forma a induzir ou manter alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, obtendo, com isso, vantagem patrimonial ilícita. É atípica a conduta do denunciado que dá coisa própria em garantia à promessa de compra e venda, não auferindo vantagem nem propiciando prejuízo alheio (STJ, HC 36619/PE, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJ 16/5/2005, p. 421).

Oneração fraudulenta de coisa própria. A fraude de que cogita o art. 171, § 2º, II, do Código Penal, pressupõe ignorância do lesado sobre a condição da coisa dada em garantia (STJ, REsp. 906/RS, Rel. Min. Paulo Costa Leite, RSTJ 13, p. 259).

Defraudação de penhor *O crime de defraudação de penhor veio tipificado no inc. III do § 2º do art. 171, que diz: defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado.*

O art. 1.431 do Código Civil define o penhor.

Pela redação do art. 1.431 do Código Civil, verifica-se que é da natureza do penhor a transferência efetiva da posse de uma coisa móvel de propriedade do devedor, como garantia do débito ao credor.

No entanto, o parágrafo único do mencionado artigo prevê os efeitos da chamada *cláusula constituti*, dizendo: **Parágrafo único.** *No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar.*

Nesses casos, quando não houver transferência da posse da coisa móvel ao credor pignoratício, permanecendo, outrossim, com o devedor, é que se poderá levar a efeito o raciocínio correspondente ao delito de *defraudação de penhor*.

A conduta de defraudar pode se configurar quando o agente aliena a coisa móvel que está em seu poder, como ocorre nas hipóteses de venda, doação, troca etc., como também, de acordo com a regra genérica contida no aludido inciso, quando a consome, desvia, enfim, pratica qualquer comportamento que venha fraudar a garantia dada em penhor, sendo esses os momentos de consumação do delito, ou seja, com a efetiva defraudação. Por se cuidar de um crime plurissubstancial, será possível o raciocínio correspondente à tentativa, a exemplo daquele que, ao tentar vender a terceira pessoa o bem móvel penhorado, é surpreendido e impedido de levar a efeito a transação criminosa.

O consentimento do credor pignoratício na alienação da coisa afasta a tipicidade do fato.

Sujeito ativo, conforme salienta Alberto Silva Franco, “é o devedor que conserva em sua posse o objeto empenhado e o vende, desvia, oculta, ou, de algum outro modo, o subtrai ao vínculo de garantia da dívida”.¹²⁶ *Sujeito passivo* é o credor pignoratício.

O delito do art. 171, § 2º, III, do CP é crime formal que ocorre no momento da alienação sem autorização do credor, sendo desnecessária a obtenção de efetiva vantagem pelo autor. Precedentes (STJ, AgRg. no REsp. 489389/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 30/3/2009).

O delito de defraudação de penhor consuma-

-se com a alienação dos bens dados em garantia sem a autorização do credor. O dolo necessário para a configuração da figura típica está na ciência inequívoca de que não poderia vender os objetos sem a devida autorização. É irrelevante se o apelante não auferiu vantagem econômica com a venda, podendo ser considerada tal circunstância por ocasião da dosimetria da pena (TJMG, ACR 1.0143.02.001772-7/001, 4^a Câm. Crim., Rel. Eduardo Brum, pub. 9/5/2008).

Não se tipifica o delito de defraudação de garantia pignoratícia se o devedor, premido por dificuldades financeiras promove a alienação do bem (coisa fungível) sem o consentimento do credor, mas repõe o produto empenhado, e, no tempo devido, quita a obrigação, sem qualquer dano ou prejuízo para aquele. Nesta hipótese falta à tipificação do delito o elemento subjetivo consistente na efetiva defraudação da garantia (STJ, REsp. 143243/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6^a T., *RSTJ* 117, p. 548).

A existência ou não de tradição real é irrelevante no delineamento do crime de defraudação de penhor, cujo tipo objetivo versa sobre a hipótese em que há tradição ficta da coisa oferecida como garantia, permanecendo a posse com o devedor (STJ, REsp. 304915/SP, Rel. Min. Paulo Medina., 6^a T., *DJ* 25/8/2003 p. 377).

O resarcimento do prejuízo, no delito do art. 171, § 2º, inc. III, do CP não afeta a tipicidade e nem extingue a punibilidade (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., *RHC* 6995/RS, *DJ* 3/11/1998, p. 179).

Fraude na entrega de coisa O inc. IV do § 2º do art. 171 do Código Penal prevê o delito de fraude na entrega de coisa, responsabilizando criminalmente aquele que defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém.

Esclarece Álvaro Mayrink da Costa: “O ato de defraudar *substância* significa alterar a natureza da coisa corpórea, ou a sua *qualidade* (importa que o objeto entregue seja *inferior*, pois se for de espécie superior inexiste ilícito penal), ou *quantidade* (refere-se a número, peso e dimensões)”.¹²⁷

A coisa defraudada pode ser móvel ou imóvel.

Consuma-se o delito no momento em que a coisa defraudada é entregue à vítima, sendo que a defraudação em si, modificando a substância, a qualidade ou a quantidade da coisa, antes da sua efetiva entrega ao agente, é considerada ato preparatório.

No entanto, pode ocorrer que, depois de defraudada a coisa, o agente dê início à execução do delito, tentando entregá-la ao sujeito passivo, quando é interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade, podendo, portanto, ser responsabilizado pela tentativa.

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de fraude na entrega da coisa, desde que tenha a obrigação de entregá-la a alguém, não se exigindo nenhuma qualidade ou condição especial ao seu reconhecimento; *sujeito passivo*, que pode também ser qualquer pessoa, é aquele que tinha o direito de receber a coisa em perfeito estado, sem que fosse defraudada a sua substância, qualidade ou quantidade.

Tratando-se de substância ou produto alimentício destinado a consumo, o delito será aquele tipificado no art. 272 do Código Penal; se houver alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, a infração penal será a prevista no art. 273 do diploma repressivo; se o agente fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica, será

responsabilizado pelo delito tipificado no art. 280 do Código Penal.

O estelionato consistente na fraude na entrega de coisa não se configura com a simples defraudação, mas com a efetiva tradição da coisa ao destinatário. Assim, inexistindo esta, responde pelo delito do art. 275 e não do art. 171, § 2º, IV, ambos do CP, quem monta estabelecimento destinado a encher garrafas de uísque estrangeiro com produto nacional para vendê-las como mercadoria importada (TACrim./SP, AC, Rel. Edmond Acar, *JTA.Crim./SP* 31, p. 34).

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro O delito de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, muito comum nos dias de hoje, encontra-se previsto no inc. V do § 2º do art. 171 do Código Penal, responsabilizando criminalmente aquele que destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro.

Pela redação contida no mencionado inciso, podemos destacar dois comportamentos distintos, que atingem objetos materiais diversos. No primeiro deles, o agente destrói, total ou parcialmente, ou oculta *coisa própria*, a exemplo daquele que, almejando receber o valor do seguro, faz com que seu automóvel caia em um precipício, destruindo-o completamente. Nesse caso, o veículo contra o qual foi dirigida a conduta do agente é o objeto material de sua ação.

A conduta do agente poderá ser dirigida contra sua própria pessoa, causando lesão ao seu corpo ou à sua saúde, podendo, ainda, agravar as consequências da lesão ou da doença. Nesse caso, o agente somente será punido em virtude da finalidade especial com que atua, vale dizer, com o *intuito de haver indenização ou valor de seguro*, pois, caso contrário, se fosse sua intenção, tão somente, o autoflagelo, seu comportamento seria atípico, uma vez que a autolesão encontra-se no rol das condutas consideradas um *indiferente penal*, ou seja, não gozam do *status* que o Direito Penal exige a fim de merecer a sua proteção.

A expressão *com o intuito de haver indenização ou valor de seguro* demonstra a natureza formal da infração penal. Dessa forma, basta que o agente, por exemplo, destrua uma coisa de sua propriedade, que pode ser móvel ou imóvel, a fim de receber o valor correspondente ao seguro para que o crime reste consumado. Aqui, no entanto, temos que fazer uma observação importante, pois que o fato de destruir uma coisa ou mesmo de mutilar-se com a intenção de receber, por exemplo, a indenização ou o valor do seguro, não tem o condão de consumar, por si só, a infração penal, pois que, para nós, são considerados como atos preparatórios. Entendemos que o início da execução ocorre quando o agente, efetivamente, leva a efeito o pedido de indenização ou pagamento do seguro, mesmo que não o receba, pois que o seu recebimento seria considerado mero exaurimento do crime.

Embora possuindo a natureza de crime formal, tratando-se, também, de um delito plurissubsistente, cujo *iter criminis* poderá ser fracionado, entendemos possível o reconhecimento da tentativa, embora haja discussão doutrinária, pois que, conforme esclarece Noronha, “a admissibilidade da tentativa não é assunto pacífico, pois muitos acham que o delito de perigo não a comporta. Ainda que o tenhamos como tal, cremos perfeitamente

configurável à tentativa. Com efeito, o crime, em uma das hipóteses, consiste na *danificação* de coisa, e o dano admite tentativa, pois é um crime material, suscetível de fracionamento. O agravar as consequências da lesão ou doença exigirá muitas vezes uma série de atos, até que produza o evento buscado pelo delinquente e que lhe proporcionará vantagem indevida. Nem sempre, portanto, se tratará de delito de execução simples, que se completa com um único ato (*unico actu perficiuntur*), pois pode apresentar execução material prolongada, que admite fracionamento”.¹²⁸

Sujeito ativo é o proprietário da coisa móvel ou imóvel, ou aquele que pratica a autolesão, que possui um contrato de seguro com o sujeito passivo. Sujeito passivo é o segurador, responsável pelo pagamento da indenização, pois que a fraude tem por finalidade atingir o seu patrimônio.

A fraude para recebimento de seguro é crime formal, que não requer a ocorrência de efetivo dano em prejuízo da vítima para sua consumação, o que ocorre pela simples conduta de ocultar (TAPR, Rel. Oswaldo Espíndola, *RT 572*, p. 383).

Não se aplica o princípio da insignificância nas fraudes contra o programa de seguro-desemprego, uma vez que, ainda que ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, deve ser levado em consideração, nesses casos, o risco de desestabilização do referido programa (STJ, *HC 43474/MG*, Rel. Min. Laurita Vaz, 5^a T., *DJ* 1º/10/2007, p. 301).

Fraude no pagamento por meio de cheque O inc. VI do § 2º do art. 171 do Código Penal prevê o comportamento daquele que emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

De todas as subespécies de estelionato, talvez essa seja a mais comum nos dias de hoje. A primeira observação a ser feita, antes mesmo de levarmos a efeito a análise sucinta dos elementos que informam o delito em estudo, é no sentido de que somente poderá ser responsabilizado pelo delito de estelionato, na modalidade de fraude no pagamento por meio de cheque, o agente que tiver agido *dolosamente* quando da sua emissão. Isso significa que aquele que por *descuido*, pelo fato de controlar mal o saldo em sua conta-corrente, emitir um cheque acreditando na suficiência de fundos quando, na realidade, não possuía, não poderá responder pelo delito em questão, pois que não há previsão para a modalidade culposa dessa infração penal.

O tipo penal em estudo prevê dois comportamentos distintos. No primeiro, o agente emite cheque conhecendo de antemão a insuficiência de fundos em poder do sacado. O cheque, na qualidade de título de crédito, entendido como ordem de pagamento à vista, permite que o beneficiário dirija-se até o banco sacado a fim de efetuar o levantamento da importância nele consignada ou mesmo que leve a efeito o depósito em conta-corrente.

O cheque pós-datado perde a natureza de ordem de pagamento à vista, pois que seu emitente, ao determinar o seu depósito em data futura, implicitamente, afirma não ter suficiência de fundos no momento de sua emissão. Assim, desnatura-se essa modalidade de estelionato em

virtude da ausência de fraude, pois que, na verdade, a emissão do cheque pós-datado somente fez o papel de nota promissória, com a característica da possibilidade de ser depositado ou sacado diretamente na instituição financeira.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal, a emissão de cheque como garantia de dívida não configura o crime do art. 171, § 2º, VI, do Código Penal (estelionato) (STJ, RHC 20600/GO, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª T., pub. DJ 25/2/2008, p. 360).

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sufragou o entendimento de ser atípica a conduta de emitir cheque pré-datado cujo pagamento restou frustrado, porquanto, nesta hipótese, a cártyula deixa de ser uma ordem de pagamento à vista, transformando-se em uma espécie de garantia da dívida. Assim, não há que se falar em prática de estelionato, seja na modalidade prevista no *caput* do art. 171 do CP, seja na modalidade inscrita no § 2º da aludida regra (STJ, AgRg no REsp. 953222/RS, Rel. Min. Jane Silva, 6ª T., DJe 8/9/2008).

Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula nº 246: **Súmula nº 246. Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.**

A ausência de provisão suficiente de fundos deve ocorrer no momento da emissão do cheque, ou seja, a partir do momento em que o agente o coloca em circulação, entregando-o a terceiro, e não com o seu simples preenchimento. Conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, “se possuir provisão de fundos, mas esta for alterada antes da apresentação do título, recorre-se à segunda figura (frustrar o pagamento). Por outro lado, se o agente possuir cheque especial, é natural que o pagamento feito pelo banco, ainda que resulte em saldo negativo, não configura o delito. E mais: contando o emitente com seu limite de cheque especial – e emitido o cheque com valor que não ultrapasse o referido limite –, caso o banco recuse o pagamento, por razões de política institucional, o crime também não se configura”.¹²⁹

Aqui, podemos acrescentar que se o agente emite cheque com valor superior ao seu limite de cheque especial, sabedor de que não seria pago pelo banco sacado, deverá responder pelo delito em exame.

Se a cártyula preenchida disser respeito à conta-corrente já encerrada, o crime será aquele previsto no *caput* do art. 171 do Código Penal, e não no do inc. VI de seu § 2º, da mesma forma que aquele que falsifica a assinatura em cheque de terceiro que chegou ilicitamente a seu poder.

A segunda modalidade característica desse delito diz respeito à frustração ilegítima do pagamento. Conforme salientado, para que se configure o delito por meio dessa modalidade, é preciso que o emitente tenha fundos suficientes em poder do sacado, pois, caso contrário, o fato se subsumirá ao primeiro comportamento, vale dizer, emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos.

Pode-se frustrar o pagamento mediante diversas formas, a exemplo daquele que determina a sua *sustação* perante o sacado, ou mesmo encerrando sua conta-corrente, ou retirando,

depois da emissão do cheque, os valores depositados, tornando insuficientes os fundos *etc.*

Embora exista controvérsia no que diz respeito ao momento de consumação do delito, a posição doutrinária majoritária, amparada no entendimento esposado pela Súmula nº [130](#) do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de reconhecê-la no momento em que ocorre a recusa do sacado em efetuar o pagamento do cheque, seja em virtude da ausência de suficiência de fundos, seja, por exemplo, à contraordem determinada pelo agente.

É admissível a tentativa, principalmente se nos valermos de exemplos construídos em “laboratório”. Assim, nos exemplos fornecidos por Damásio de Jesus, pode ocorrer que, “não obstante a ausência ou insuficiência de provisão de fundos, o banco sacado honra o cheque, pagando-o. Pode ocorrer também que um terceiro deposite na conta do emitente a quantia constante do título”.[131](#) Esses casos, como se percebe sem muito esforço, dificilmente redundarão em ação penal, haja vista que a suposta vítima sequer terá conhecimento das intenções do agente em não honrar com o pagamento. No entanto, não afastam o raciocínio relativo à possibilidade do *conatus* (tentativa).

Sujeito ativo é o emitente do cheque sem suficiente provisão de fundos, bem como o emitente que lhe frustra o pagamento. *Sujeito passivo* é o tomador do cheque, vale dizer, aquele em favor de quem foi emitido, podendo se tratar de pessoa física ou jurídica.

Sedimentou-se na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a emissão de cheques pós-datados pode caracterizar o crime previsto no art. 171 do Código Penal quando restar comprovado que as cártyulas não foram fornecidas como garantia de dívida, mas sim com o intuito de fraudar. Precedentes do STJ e do STF (STJ, HC 336.306/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 02/02/2016).

A discussão sobre a possibilidade de existir ou não delito, quando o cheque é dado em garantia de dívida, só tem valor se a imputação fosse pelo crime previsto no art. 171, § 2º, inc. VI, do Código Penal. Contudo, se a denúncia e, em consequência, a condenação é pela prática do delito definido no *caput* do art. 171 do Código Penal, tal argumento se torna irrelevante. O uso do cheque nesta modalidade de crime se constitui apenas no instrumento para induzir a vítima em erro ou assim mantê-la. É de somenos importância, para a configuração da infração penal, tenha o documento sido emitido para pagamento imediato ou futuro (TJRS, Ap. Crim. 70018818674, 7ª Câm. Crim., Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 19/4/2007).

Não cabe a absolvição do réu quando há prova de que ele pessoalmente fez as compras no supermercado e após passados os cheques frustrou o pagamento através da contraordem bancária (TJRS, Ap. Crim. 70010182392,

5ª Câm. Crim., Rel. Genacéia da Silva Alberton,
j. 16/11/2005).

O fato de se utilizar de cheque pré-datado não descaracteriza o delito de estelionato se o mesmo foi objeto de furto. A emissão de cheques como garantia de dívida (pré-datados), e não como ordem de pagamento à vista, afasta a fraude específica prevista no art. 171, § 2º, inc. VI, do Código Penal e não aquela tomada em sua forma fundamental (STJ, REsp. 693804/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 4/4/2005, p. 347).

Causas especiais de aumento de pena

Diz o § 3º do art. 171 do Código Penal, *verbis*:

§ 3º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Verifica-se, portanto, que a majorante leva em consideração o sujeito passivo da infração penal, entendendo ser mais reprovável o comportamento daquele que pratica o delito de estelionato, previsto no *caput* do art. 171 do Código Penal, bem como em suas demais modalidades tipificadas no § 2º do mesmo artigo, quando couber, em detrimento de: *a)* entidade de direito público; *b)* instituto de economia popular; *c)* instituto de assistência social; *d)* instituto de beneficência.

A razão de ser do aumento de pena diz respeito ao fato de que todas as entidades arroladas pelo parágrafo prestam serviços fundamentais à sociedade. Assim, o comportamento do agente, causando prejuízo a essas entidades, atinge, reflexamente, a sociedade. Na verdade, embora a entidade prejudicada seja determinada, o número de pessoas que sofre com a conduta do agente é indeterminado.

Entidades de direito público interno são a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal, suas autarquias e entidades paraestatais. *Instituto de economia popular*, conforme esclarece Hungria, “é todo aquele que serve a direto interesse econômico do povo ou indeterminado número de pessoas (bancos populares, cooperativas, caixas Raiffeisen, sociedades de mutualismo etc.). *Instituto de assistência social ou de beneficência* é o que atende a fins de filantropia, de solidariedade humana, de caridade, de altruístico socorro aos necessitados em geral, de desinteressado melhoramento moral ou educacional”.¹³²

Em 28 de dezembro de 2015, foi publicada a Lei nº 13.228, inserindo o § 4º ao art. 171 do Código Penal, criando, outrossim, mais uma causa especial de aumento de pena ao crime de estelionato, dizendo, *verbis*: § 4º. Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso.

De acordo com a redação legal, trata-se de majorante que deverá ser aplicada no terceiro momento do critério trifásico previsto pelo art. 68 do Código Penal.

Idoso, para fins de reconhecimento e aplicação da causa especial de aumento de pena em estudo, é aquele com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, conforme preconiza o art. 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

Para a aplicação da majorante, é preciso que haja prova nos autos da idade da vítima, que pode ser produzida através de certidão de nascimento, carteira de habilitação de motorista, documento de identidade etc., conforme determina o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, que diz que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas pela lei civil.

Além disso, para que o aumento seja aplicado, é preciso que o agente saiba, efetivamente, a idade da vítima, pois, caso contrário, poderá ser reconhecido o erro de tipo.

O STJ, por intermédio da Súmula nº 24, consolidou seu entendimento nesse sentido:
Súmula nº 24. *Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora¹³³ do § 3º do art. 171 do Código Penal.*

Mostra-se válido o agravamento da pena-base pelo delito do art. 171, § 3º, do CP (estelionato praticado em detrimento de entidade de direito público), dada a maior reprovabilidade do comportamento de falsificar escritura pública de compra e venda de imóvel para caucionar dívida tributária, em processo judicial (STJ, EDcl no REsp 1.205.698/ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 14/05/2015).

A Terceira Seção – no julgamento do REsp 1.206.105/RJ – pacificou entendimento de que o estelionato praticado contra a Previdência Social (art. 171, § 3º, do CP), em relação ao beneficiário, é crime permanente, que se consuma a cada saque feito indevidamente, e não no recebimento da primeira parcela da prestação previdenciária (STJ, HC 247.408/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 16/04/2015).

Não se aplica, em regra, o princípio da insignificância ao delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, porquanto a conduta delituosa tipificada no aludido dispositivo – estelionato praticado contra a entidade de direito público – ofende o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, sendo altamente reprovável. Precedentes. (STJ, AgRg. no AREsp. 463149/RJ, Rel^a Min^a Regina Helena Costa, 5ª T., DJe 10/6/2014).

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que ‘no delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, não se aplica o princípio da insignificância para o trancamento da ação penal, uma vez que a conduta ofende o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, bem como é altamente reprovável’. (RHC 21670/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 5/11/2007) Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ (STJ, AgRg. no REsp. 1323659/ES, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 28/3/2014).

O termo inicial do prazo prescricional do crime de estelionato previdenciário, praticado por terceiro não beneficiário, tem início com o pagamento da primeira prestação do benefício. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (STJ, REsp. 1304767/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 10/6/2013).

A Suprema Corte já se pronunciou no sentido de que ‘o crime de estelionato contra a Previdência Social, quando praticado pelo próprio beneficiário das prestações, tem caráter permanente, o que fixa como termo inicial do prazo prescricional a data da cessão (*sic*) da permanência’ (RHC 105.761/PA, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 1º/2/11) (STF, HC 114573/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., DJe 19/3/2013).

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de estelionato, seja para o *caput* ou para as modalidades previstas pelo § 2º do art. 171 do Código Penal, é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Se o criminoso for primário e de pequeno valor o prejuízo, terá aplicação o § 2º do art. 155 do Código Penal, podendo o juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou aplicar somente a pena de multa.

A pena será aumentada em um terço se o crime for cometido em detrimento de entidade de

direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, conforme determinação contida no § 3º do art. 171 do Código Penal. Será também aplicada em dobro se o crime for praticado contra idoso, de acordo com o § 4º do mesmo artigo, inserido pela Lei nº 13.228, de 28 de dezembro de 2015.

Aplica-se ao crime de estelionato a imunidade penal de caráter pessoal prevista no art. 181 do diploma repressivo.

Não se aplicará o mencionado artigo ao crime de estelionato, nos termos dos incs. II e III do art. 183 do Código Penal: *a) ao estranho que participa do crime; b) se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.*

A ação penal, como regra, é de iniciativa pública, salvo nas hipóteses previstas no art. 182 do Código Penal, que exige a representação do ofendido se o crime for cometido em prejuízo: *a) do cônjuge judicialmente separado; b) de irmão; c) de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.*

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo desde que o crime não tenha sido cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, uma vez que, sendo aplicada a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal, a pena mínima ultrapassará o limite de um ano, estipulado pelo art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

***Súmula nº 521 do STF.** O foro competente para o processo e o julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.*

***Súmula nº 48 do STJ.** Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.*

***Súmula nº 107 do STJ.** Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia Federal.*

***Súmula nº 244 do STJ.** Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.*

Na esteira da jurisprudência desta Corte, a competência territorial para a persecução penal relativa ao estelionato mediante clonagem e alteração do numerário de cheque é fixada pelo local onde se encontra o banco sacado, porquanto lá se consuma o delito, com o efetivo prejuízo à vítima (STJ, CC 143.621/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, S. 3, DJe 07/06/2016).

Mutatis mutandis, havendo prejuízos aos interesses do INSS, o Juízo Federal se torna o competente para processar e julgar o feito. Ainda que o recolhimento referente às guias falsificadas tenha sido posteriormente feito pela contribuinte, os obstáculos criados com a suposta ação delitiva à autarquia federal denotam os prejuízos por ela suportados. Competência da Justiça Federal (STJ, CC 89539/SP, 3ª S., Rel. Min. Jane Silva, pub. DJ 18/10/2007, p. 262).

Constatado que o imóvel ilegalmente parcelado é da União e sabendo-se que os delitos de alienação de coisa

alheia como própria e esbulho de bem da União absorvem o delito de loteamento clandestino, deve ser fixada a competência na Justiça Federal (STJ, CC 35634/DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, S3, *DJ* 20/9/2004, p. 183).

Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crimes praticados em detrimento de bens do Banco do Brasil, sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica (Súmula 42-STJ) (STJ, CC 22356/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, S3, *DJ* 17/2/1999, p. 118).

A ação penal não há de ir para a frente em caso que tal, mesmo que o pagamento do cheque se tenha verificado após o recebimento da denúncia. Ainda em caso tal, bem como em casos assemelhados, é lícito entender que se extingue a punibilidade pelo pagamento da dívida (por exemplo, *RHC*—21.489). Segundo o Relator, lícito ainda é se invoque o princípio da insignificância diante da reparação do dano, de modo que se exclua da tipicidade penal fatos penalmente insignificantes. (STJ, *HC* 93893/SP, Rel. Min. Nilson Naves, 6^aT., *RMDPP*, vol. 24, p. 106).

Torpeza bilateral

Existe controvérsia doutrinária no que diz respeito à punição do agente pelo delito de estelionato quando ocorrer, no caso concreto, a chamada *torpeza bilateral*. Hungria, com seu brilhantismo e imaginação, oferece uma coleção de exemplos nesse sentido, a saber: “Um indivíduo, inculcando-se *assassino profissional*, ardilosamente obtém de outro certa quantia para matar um seu inimigo, sem que jamais tivesse o propósito de executar o crime: um falso vendedor de produtos farmacêuticos impinge, por bom preço, a uma *faiseuse d’anges*, como eficiência abortiva, substâncias inócuas; a cafetina recebe dinheiro do velho libertino, prometendo levar-lhe à alcova uma *virgem*, quando na realidade o que lhe vem a proporcionar é uma jovem meretriz; o simulado falsário capta o dinheiro de outrem, a pretexto de futura entrega de cédulas falsas ou em troca de máquina para fabricá-las, vindo a verificar-se que aquelas não existem ou esta não passa de um *truque (conto da guitarra)*; o vigarista consegue trocar por bom dinheiro o *paco* que o otário julga conter uma fortuna, de que se vai locupletar à custa da ingenuidade daquele; o cliente da prostituta não lhe paga o *preium carnis*, tendo ocultado não dispor de dinheiro para fazê-lo”.¹³⁴

Entendemos que, nesses casos, não seria possível a punição do agente pelo crime de estelionato, sob pena de incorrermos em absurdos jurídicos. Assim, por exemplo, somente ficaria livre da punição pelo estelionato o agente que, no exemplo fornecido por Hungria, viesse, efetivamente, a matar a pessoa para qual havia sido contratado ou que fornecesse a substância efetivamente abortiva *etc.*

Se o próprio Direito Civil não se ocupa dessas questões que envolvem a torpeza da suposta vítima, conforme se verifica pela leitura do art. 883 do Código Civil, que dirá o Direito Penal!

Ainda seguindo as lições de Hungria, “o patrimônio individual cuja lesão fraudulenta constitui o estelionato é o *juridicamente protegido*, e somente goza da proteção do direito o patrimônio que serve a um fim legítimo, dentro de sua função econômico-social. Desde o

momento que ele é aplicado a um fim ilícito ou imoral, a lei, que é a expressão do direito como *mínimo ético* indispensável ao convívio social, retira-lhe o arrimo, pois, de outro modo, estaria faltando a sua própria finalidade".¹³⁵

Dessa forma, filiamo-nos à posição assumida por um dos maiores penalistas que nosso país já conheceu.

No entanto, a posição hoje majoritária entende pela existência do delito de estelionato, não importando a má-fé do ofendido, ou seja, se a sua finalidade também era torpe (ilegal, imoral etc.). Fernando Capez, adepto dessa segunda corrente, resume suas ideias argumentando que a punição do agente que obteve a vantagem deve ser levada a efeito pelo Direito Penal porque: "a) o autor revela maior temibilidade, pois, ilude a vítima e lhe causa prejuízo; b) não existe compensação de condutas no Direito Penal, devendo punir-se o sujeito ativo e, se for o caso, também a vítima; c) a boa-fé do lesado não constitui elemento do tipo do crime de estelionato; d) o dolo do agente não pode ser eliminado apenas porque houve má-fé, pois a consciência e vontade finalística de quem realiza a conduta independe da intenção da vítima".¹³⁶

Deve-se frisar, no entanto, que nem sempre que a vítima quiser "levar vantagem" sobre o agente, profissional do crime e, com isso, vier a ser prejudicada, o fato poderá ser considerado hipótese de torpeza bilateral.

Imagine-se o exemplo daquele que, afirmando morar em uma cidade distante da capital, aborda a vítima trazendo consigo um bilhete que dizia estar premiado. Sob o argumento de que não poderia esperar a abertura da instituição bancária responsável pelo pagamento do prêmio, pois que deveria viajar imediatamente, estando até mesmo com sua passagem já comprada, indaga se a vítima quer comprá-lo por um preço inferior ao que seria efetivamente pago. Buscando o lucro fácil, a vítima, supondo estar aproveitando "uma oportunidade", anui ao pedido e compra o *bilhete falso*. Nesse caso, não vemos torpeza na conduta da vítima, a ponto de afastar-lhe a proteção do Direito Penal. Havia, sim, é óbvio, a intenção de lucrar em virtude da suposta necessidade pela qual passava o estelionatário. Não houve, aqui, qualquer comportamento ilícito, razão pela qual, embora almejando o lucro fácil, estaria afastada a torpeza bilateral, permitindo-se a punição do agente pelo crime de estelionato.

Ao contrário, imagine-se alguém sendo julgado pelo delito de estelionato porque a vítima havia sido por ele enganada, pagando por uma remessa de substâncias entorpecentes que nunca chegou. Seria um absurdo jurídico, com a devida *venia* das posições em contrário.

Embora o Código Civil englobe a finalidade imoral do agente como impeditiva da repetição, entendemos que a torpeza bilateral somente se aplica aos atos considerados ilícitos. Assim, por exemplo, se o agente contrata os serviços de uma prostituta e, depois do ato sexual, confessa que não possui condições financeiras para pagar-lhe, como a prostituição em si pode ser considerada um comportamento lícito, isto é, que não contraria o ordenamento jurídico-

penal, entendemos ser possível, aqui, a sua punição pelo crime de estelionato, ao contrário, como vimos, daquele que paga por uma remessa de substância entorpecente, que nunca chegará, pois que, se efetivamente recebesse a “mercadoria”, estaria praticando um comportamento penalmente ilícito.

O tipo penal previsto no art. 171 do CP não exige a idoneidade do ofendido como condição a sua consumação, sendo irrelevante, portanto, a boa-fé da vítima, subsistindo o delito de estelionato ainda que elas tenham agido para se beneficiar da situação (TJ-MG, AC 1735091-14.2006.8.13.0433, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, DJe 19/08/2016).

No estelionato, a possível torpeza da vítima não desconfigura o tipo penal, visto que não prevista a boa-fé do ofendido como elementar do crime (TJMG, AC 2.0000. 00.507303-4/000, Rel. Eli Lucas de Mendonça, DJ 17/2/2005).

A torpeza bilateral não afasta o delito de estelionato, pois o tipo penal não exige que a vítima tenha boas intenções, mas, apenas, que o agente obtenha vantagem ilícita, em prejuízo alheio, em razão do engano provocado na mesma. Dessa feita, se as vítimas foram enganadas pelo agente, que, se fazendo passar por policial civil, prometeu às mesmas a facilitação na obtenção da carteira de motorista, mediante o pagamento prévio de determinada quantia, não há que se falar em atipicidade do fato, presentes que estão os elementos subjetivos e normativos do tipo (TJMG, AC 2.0000.00. 350321-5/000, Rel.^a Maria Celeste Porto, DJ 9/2/2002).

Estelionato e falsidade documental

Não é incomum que o agente, a fim de obter a vantagem ilícita, em prejuízo alheio, utilize falsidade documental, sendo esta, portanto, o meio hábil para que possa ter êxito na empresa criminosa.

Nesse caso, indaga-se: Deveria o agente responder pelas duas infrações penais, em concurso de crimes? Na verdade, aqui se formaram cinco posições.

A primeira, defendida por Hungria, entende que, em virtude da natureza formal do delito de falso, o agente deveria ser tão somente por ele responsabilizado, afastando-se, outrossim, a punição pelo delito de estelionato, pois que, segundo o renomado penalista, “quando a um crime formal se segue o dano efetivo, não surge novo crime: o que acontece é que ele se *exaure*, mas continuando a ser único e o mesmo (à parte a sua maior *punibilidade*, quando a lei expressamente o declare). A obtenção de lucro ilícito mediante *falsum* não é mais que um estelionato qualificado pelo meio (Impalomeni). É um estelionato que, envolvendo uma ofensa à *fé pública*, adquire o *nomen juris* de ‘falsidade’. Se alguém se limita, ao enganar outrem numa transação, a pagar, por exemplo, com cédulas falsas, ou a servir-se de uma falsa cambial de terceiro, o crime único que comete é o de introdução de moeda falsa ou de uso de documento falso”.¹³⁷

A segunda posição entende pelo concurso material de crimes, haja vista que, no momento anterior à sua utilização, como meio para a prática do estelionato, já estava consumada a falsidade documental, sem falar que as mencionadas infrações penais ofendem bens jurídicos

diferentes, vale dizer, o delito de falsidade documental atinge a fé pública, enquanto o estelionato atinge o patrimônio. Poderá ainda ser considerada a distância temporal entre a prática do falso e a sua utilização no crime de estelionato.

A terceira posição adota a tese do concurso formal de crimes quando o falso é um meio para a prática do crime de estelionato.

A quarta posição, em nossa opinião a que melhor atende às exigências de política criminal, afirma que o crime-fim (estelionato) deverá absorver o crime-meio (falsidade documental). Na verdade, o agente somente levou a efeito a falsidade documental para que pudesse ter sucesso na prática do crime de estelionato, razão pela qual deverá responder tão somente por esta última infração penal. O maior problema nesse raciocínio é que, em muitas situações, as penas previstas para o crime-meio serão maiores do que aquelas previstas para o delito-fim. Assim, considerando que a gravidade da infração penal é medida pela pena a ela cominada que, consequentemente, deverá variar de acordo com a importância do bem jurídico protegido, o agente seria punido, algumas vezes, por infração de menor gravidade, enquanto a de maior gravidade ficaria impune, a exemplo do que ocorre com o estelionato praticado mediante a falsificação de um documento público, prevista no art. 297 do Código Penal, que comina uma pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, enquanto o estelionato, considerado como o fim último do agente, tipificado no art. 171 do Código Penal, comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Podemos considerar, ainda, como quinta posição, aquela assumida pelo Superior Tribunal de Justiça, constante da Súmula nº 17, que diz: *Súmula nº 17. Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.*

Assim, de acordo com o entendimento sumulado, somente se poderá cogitar de absorção do crime-meio (falsidade) pelo crime-fim (estelionato) quando não restar, depois da sua utilização, qualquer potencialidade ofensiva.

Conforme entendimento da jurisprudência de nossos Tribunais, o crime de falso é absorvido pelo delito de estelionato, quando a falsificação e o uso do documento se exaurem por completo no próprio estelionato, sem mais qualquer potencialidade lesiva por si só (TJMG, ACR 1.0433.04. 119950-9/001, 3ª Câm. Crim., Rel. Paulo Cézar Dias, pub. 3/4/2008).

Assim, por exemplo, aquele que, depois de encontrar um cheque em branco, adquirir uma mercadoria qualquer, pelo fato de ter-se esgotado a sua potencialidade lesiva, a falsidade relativa a emissão do cheque ficaria absorvida pelo estelionato. Ao contrário, imagine-se a hipótese daquele que, mediante a utilização de uma carteira de identidade falsa, adquirisse a mesma mercadoria em prestações. A carteira de identidade falsa, utilizada para que pudesse abrir o crediário em seu nome e, com isso, trazer prejuízo ao proprietário da coisa, pois que não era a sua intenção honrar com os pagamentos, ainda tinha potencialidade lesiva, ou seja, ainda poderia ser utilizada na prática de outros delitos, razão pela qual deverá ser reconhecido

o concurso de crimes, discutindo-se se formal ou material.

É atípica a conduta de fazer afirmações possivelmente falsas, em ação judicial, com base em documentos também tidos por adulterados (instrumentos procuratórios com assinaturas falsas e comprovantes de residência adulterados), haja vista que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, assegura a todos o acesso à justiça. Eventuais ilicitudes de documentos que embasam o pedido judicial são crimes autônomos, diversos do delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal (STJ, EDcl no RHC 53.461/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 07/05/2015).

Hipótese em que o falso é mero instrumento da fraude, não havendo narrativa de que foi utilizado para finalidade diversa, faz incidir o enunciado 17 da Súmula desta Corte (Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido) (STJ, RHC 24601/SP, Rel. Min. Jane Silva, 6ª T., DJe 19/12/2008).

Tendo o delito de uso de documento falso sido meio necessário para a prática do crime de estelionato, deve ser reconhecida a absorção daquele por este, por força do princípio da consunção (STJ, HC 73.889/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ªT., DJ 3/9/2007, p. 200).

Restando evidenciado que o objetivo principal do agente era a obtenção da vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, sendo a falsidade documental o meio empregado para atingir tal fim, sem maior potencialidade lesiva, aplicável à espécie o princípio da consunção. Súmula nº 17 do STJ (TJRS, Ap. Crim. 70010715019, 8ª Câm. Crim., Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 15/6/2005).

À luz do enunciado nº 17 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, persistindo a potencialidade lesiva, não é o falso absorvido pelo crime de estelionato (STJ, HC 45900/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 28/11/2005, p. 323).

Estelionato e apropriação indébita

Conforme destaca Hungria, “na apropriação indébita, o dolo é *subsequens*; no estelionato é *antecedens*. Para que se reconheça o estelionato, é imprescindível que o emprego dos meios fraudulentos seja a *causa* da entrega da coisa. Assim, quando, licitamente obtida a posse da coisa, o agente dispõe dela *ut dominus* e, em seguida, usa de meios fraudulentos para dissimular a apropriação indébita, este é o *nomen juris* que prevalece, e não o estelionato”.¹³⁸

Merece frisar que, além do momento de surgimento do dolo, também se pode dizer que o objeto do estelionato é muito mais extenso do que o da apropriação indébita, haja vista que, neste último caso, somente pode ser objeto de apropriação a *coisa alheia móvel*, enquanto que, no estelionato, a lei penal menciona a obtenção de *vantagem ilícita*, podendo esta se traduzir em móveis, ou até mesmo imóveis.

Os crimes de estelionato e de apropriação indébita, apesar de serem do mesmo gênero, são espécies delituosas diferentes, não se configurando, portanto, entre eles, a continuidade delitiva, mas, sim, o concurso material (STJ, REsp. 932796/RS,

5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, pub. DJ 7/2/2008, p. 1).

Não há concurso material de crimes na hipótese em que o agente pratica a apropriação indébita do bem e o aliena em seguida, pois a segunda conduta não configura disposição de coisa alheia como própria, mas consubstancia fato posterior irrelevante ou *post factum* impunível (STJ, REsp. 112509/SP, Rel. Min. Vicente Leal,

6^a T., RT 755, p. 587).

Estelionato e jogo de azar

Pode ocorrer que, durante a prática de um jogo de azar, a vítima seja enganada pelo agente, que se vale de meios fraudulentos com o fim de obter vantagem ilícita em seu prejuízo. Nesse caso, poderia o agente responder pelo delito de estelionato ou seria aplicado, aqui, o raciocínio levado a efeito anteriormente, correspondente à torpeza bilateral?

À primeira vista, poderíamos concluir que, sendo ilícito o jogo de azar, deveria ser aplicado o raciocínio relativo à torpeza bilateral, não podendo o Estado, outrossim, tutelar relações que lhe fossem contrárias. No entanto, no que diz respeito especificamente ao jogo de azar, o Código Civil regulamentou tal situação dizendo, em seu art. 814, *verbis: Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.*

Em razão da expressão *salvo se foi ganha por dolo*, entende-se que, nessa hipótese, se a vítima sofreu prejuízo no jogo em virtude da fraude utilizada pelo agente, como a própria lei civil ressalva a possibilidade de sua recuperação, também seria razoável permitir-se a punição do agente pelo delito de estelionato.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Min. Cordeiro Guerra, conforme ementa abaixo transcrita: *No estelionato o meio de ataque ao patrimônio é a astúcia, o engodo e a fraude. No jogo de azar a fraude, eliminando o fator sorte, tira ao sujeito passivo toda a possibilidade de ganho. O jogo torna-se, então, simples roupagem, para mise-en-scène, destinada a ocultar o expediente de que se serve o criminoso para iludir a vítima (Des. Manoel da Costa Leite. Manual das Contravenções Penais). O jogo da chapinha, ou o ‘jogo do pinguim’ são formas do estelionato e não mera contravenção do art. 50 da Lei das Contravenções Penais (RTS 85, p. 1.050).*

Na verdade, há de ser ressalvada a possibilidade da prática do estelionato quando se estiver diante de jogos considerados lícitos; ao contrário, na hipótese de jogos ilícitos, mantendo-se o argumento expendido quando do estudo da torpeza bilateral, não haverá infração penal a ser perseguida pelo Estado.

Restando demonstrado que o réu utilizou-se de meio fraudulento para induzir a vítima em erro mediante apostas em ‘jogo de tampinhas’, auferindo vantagem indevida, resta caracterizado o estelionato (TJMG, ACR 1.0024.02. 726089-2/001, 2^a Câm. Crim., Rel. Herculano Rodrigues, pub. 6/3/2008).

Estelionato e furto de energia elétrica

Aquele que desvia a corrente elétrica *antes* que ela passe pelo registro comete o delito de furto. É o que ocorre, normalmente, naquelas hipóteses em que o agente traz a energia para sua casa diretamente do poste, fazendo aquilo que popularmente é chamado de “gato”. A fiação é puxada, diretamente, do poste de energia elétrica para o lugar onde se quer usá-la, sem que passe por qualquer medidor.

Ao contrário, se a ação do agente consiste, como adverte Noronha, “em modificar o medidor, para acusar um resultado menor do que o consumido, há fraude, e o crime é estelionato, subentendido, naturalmente, o caso em que o agente está autorizado, por via de contrato, a gastar energia elétrica. Usa ele, então, de artifício que induzirá a vítima a erro ou engano, com o resultado fictício, do que lhe advém vantagem ilícita”.¹³⁹

Configura o delito de estelionato a adulteração no medidor de energia elétrica, de modo a registrar menos consumo do que o real, fraudando a empresa fornecedora (STJ, HC 67829/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 10/9/2007, p. 260).

Se o consumidor desviar a corrente elétrica através de ligação direta aos cabos elétricos existentes, ainda em sua grande maioria, nos postes, há furto. Se, ao revés, modificar o relógio medidor da energia elétrica para acusar um resultado menor do que o consumido, há fraude, sendo o crime de estelionato (TJRJ, ACR 2007.050.03210, 7ª Câm. Crim., Rel. Des. Gilmar Augusto Teixeira, j. 14/2/2008).

Estelionato e curandeirismo

A diferença fundamental entre o curandeiro (art. 284 do CP) e o estelionatário reside no fato de que aquele acredita que com suas fórmulas, poções, gestos *etc.* conseguirá, realmente, resolver os problemas (físicos, psicológicos, amorosos etc.) que acometem a vítima, enquanto o estelionatário as utiliza sabendo que nada resolverá, pois que almeja, tão somente, aproveitar-se do momento de fraqueza pelo qual passa a vítima, a fim de obter alguma vantagem ilícita em prejuízo desta.

Curandeirismo e estelionato. Trancamento por falta de justa causa. Inadmissibilidade. Cobrança da prática de consultas e curas, realizadas por agente que se diz incorporado por entidade espírita, em que são utilizados fórmulas e procedimentos como forma de solução de problemas que afligem a humanidade. Conduta que assume caráter de infração penal (TJRJ) (RT 777, p. 679).

Estelionato. Caracterização. Agente que executa benzeduras e ‘trabalhos’ espirituais mediante pagamento por tais ‘serviços’. Charlatanismo e curandeirismo que atuam como crimes-meio para se chegar ao delito-fim de receber vantagem ilícita. Absorção daqueles pelo delito mais grave. Voto vencido (RT 698, p. 357).

Estelionato e furto mediante fraude

O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente (STJ, CC 67343/GO, 3ª S., Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, pub. DJ 11/12/2007, p. 170).

Embora esteja presente tanto no crime de estelionato quanto no de furto qualificado, a fraude atua de

maneira diversa em cada qual. No primeiro caso, é utilizada para induzir a vítima ao erro, de modo que ela própria entrega seu patrimônio ao agente. A seu turno, no furto, a fraude visa burlar a vigilância da vítima, que, em razão dela, não percebe que a coisa lhe está sendo subtraída (STJ, CC 86862/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, S3, DJ 3/9/2007, p. 119).

Estelionato e inimputabilidade da vítima

Se o agente pratica o crime em detrimento de um inimputável que não tenha capacidade de discernimento, o crime de estelionato restará afastado, desclassificando-se o fato para uma outra figura típica, a exemplo do delito de abuso de incapazes, tipificado no art. 173 do Código Penal.

Conforme ressalta Cezar Roberto Bitencourt, “se a vítima não tiver capacidade de autodeterminação, como a criança ou o débil mental, o crime será o do art. 173 do CP. Se, no entanto, não tiver capacidade natural de ser iludida, como, por exemplo, ébrio em estado de coma, o crime será o de furto”.¹⁴⁰

Crime impossível

Entendemos que a fraude grosseira, perceptível à primeira vista como incapaz de enganar qualquer pessoa de inteligência normal, se amolda ao raciocínio correspondente ao crime impossível. O meio utilizado, portanto, para que se possa levar a efeito o raciocínio correspondente ao crime impossível, deve ser absolutamente incapaz de induzir ou manter a vítima em erro, pois, se for relativa essa possibilidade, poderemos concluir pela tentativa.

Não obstante o artifício, ardil ou fraude, usados para induzir a vítima em erro, o crime de estelionato somente se consuma com a efetiva obtenção de vantagem ilícita em detrimento de outrem. Se a vítima, ao invés de ser enganada pela ação do agente, desde logo dele desconfia e chama a Polícia, não há como integralizar-se o estelionato, ainda que de forma tentada, tornando-se, então, crime impossível. Mesmo que o agente tenha evidenciado a intenção de delinquir, ou seja, perpetrar o estelionato, não basta essa intenção, por não representar ou corresponder ainda ao início da ação delinquencial (TJMG, ACR 1.0699.03. 021149-3/001, 2ª Câm. Crim., Rel. Hyparco Immesi, pub. 16/5/2008).

Assim, portanto, não há necessidade de que o meio utilizado pelo agente na prática do estelionato seja uma “obra de arte”, contanto que seja hábil o suficiente para enganar as pessoas, induzindo-as ou mantendo-as em erro.

Não há crime impossível, quando o meio utilizado pelo agente é eficaz à obtenção do resultado lesivo (TJMG, ACr. 1.0056.02. 029810-7/001, 2ª Câm. Crim., Rel. Hyparco Immesi, pub. 16/5/2008).

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 73, no que diz respeito à falsificação grosseira de papel-moeda, assim se manifestou: *Súmula nº 73. A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual.*

Uma observação deve ser feita com relação ao entendimento sumular. Quando o Tribunal Superior faz menção a *papel-moeda grosseiramente falsificado*, está se referindo àquele que,

embora não possa ser tipificado como delito de *moeda falsa*, cujas penas cominadas são quase três vezes maiores do que as previstas para o estelionato, se presta para iludir, enganar as pessoas, não havendo, pois, que se falar em crime impossível.

Caso a falsificação seja tão grosseira a ponto de não conseguir enganar o mais simplório dos cidadãos, o fato deverá ser tratado como hipótese de crime impossível.

O crime impossível é hipótese de atipicidade da conduta por ausência de perigo ao bem jurídico tutelado presente quando há impropriedade do objeto ou ineficácia do meio, sempre absoluta, porquanto, se houver uma única chance para a consumação do crime, haverá tentativa. Se não há sequer risco de ofensa ao bem jurídico protegido, não há tipicidade material e, portanto, descaracterizado está o injusto penal (TJMG, ACr. 1.0024.01.604223-6/001, Rel. Des. Pedro Vergara, *DJ* 6/7/2009).

A consumação do delito de estelionato operou-se com a compra de relógio com cartão de crédito pertencente a outrem. A reparação do dano anteriormente ao recebimento da denúncia não extingue a punibilidade, podendo, apenas, minorar a pena aplicada ao agente do delito. Não se trata de crime impossível quando o recorrente obteve, de fato, a vantagem ilícita e a vítima experimentou o prejuízo, não se tratando de caso de trancamento da ação penal (STJ, *RHC* 17106/BA, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., *DJe* 17/11/2008, *RT*, vol. 881, p. 542).

Afasta-se a hipótese de crime impossível, se o meio empregado mostrou-se idôneo, na medida em que o cheque foi devidamente recebido pela vítima, demonstrando sua aptidão para enganar e induzir alguém ao erro (STJ, *REsp*. 693804/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., *DJ* 4/4/2005, p. 347).

Endoso em cheque sem suficiente provisão de fundos

Aquele que endossa um cheque sabidamente sem suficiente provisão de fundos pratica o delito tipificado no inc. VI do § 2º do art. 171 do Código Penal? Existe controvérsia doutrinária também nesse sentido.

Noronha, de um lado, entende pela tipicidade do comportamento do endossante: “O endossador pode cometer o crime em apreço. É exato falar a lei em *emissão* – emite cheque. Mas a expressão deve ser tomada em sentido amplo, considerando-se o fim que aquela teve em vista.”¹⁴¹

Damásio de Jesus, em sentido contrário ao de Noronha, afirma: “Não cremos possa o endossante ser sujeito ativo do crime, não obstante opiniões em contrário. Sem recurso à analogia, proibida na espécie, não se pode afirmar que a conduta de *endossar* ingressa no núcleo *emitir*, considerando-

-se o endoso como segunda emissão.”¹⁴²

Somos partidários da última posição, haja vista que, conforme salientado por Damásio de Jesus, não se pode compreender no núcleo *emitir*, característico da fraude no pagamento por meio de cheque, a conduta de *endossar*.

A nosso ver, aquele que, conhecedor da ausência de suficiência de fundos, endossa o cheque entregando-o a terceira pessoa deverá responder pelo crime de estelionato, em sua

modalidade fundamental, prevista no *caput* do art. 171 do Código Penal.

A Súmula nº 554 do STF

A Súmula nº 554 do STF possui a seguinte redação:

Súmula nº 554. O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

Numa interpretação a *contrario sensu* da referida Súmula, chegamos à conclusão de que não será possível o início da ação penal se o agente efetuar o pagamento relativo ao cheque por ele emitido sem suficiente provisão de fundos, *até o recebimento da denúncia*.

Saliente-se, contudo, que a referida Súmula já havia sido publicada anteriormente à vigência da nova Parte Geral do Código Penal, que inovou nosso ordenamento jurídico com a criação do instituto do arrependimento posterior como causa obrigatória de redução da pena, quando haja reparação do dano ou restituição da coisa, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, *até o recebimento da denúncia ou da queixa*.

A indagação que surge agora é a seguinte: terá aplicação a súmula nº 554 do STF, mesmo diante do instituto do arrependimento posterior?

A maior parte de nossos doutrinadores entende de forma positiva, opinando pela aplicação da Súmula nos casos específicos de cheques emitidos sem suficiente provisão de fundos, ficando as demais situações regidas pelo art. 16 do Código Penal, quando a ele se amoldarem.

Pronunciando-se sobre a questão, decidiu o STF: *O advento do art. 16 da nova Parte Geral do Código Penal não é incompatível com a aplicação das Súmulas nº 246 e nº 554, que devem ser entendidas complementarmente aos casos em que se verifiquem os seus pressupostos. Não há justa causa para a ação penal, se pago o cheque emitido sem suficiente provisão de fundos, antes da propositura da ação penal, a proposta acusatória não demonstra que houve fraude no pagamento por meio de cheque, não configurando, portanto, o crime do art. 171, § 2º, VI, do Código Penal (RTJ 119/1.063 e JUTACrim. 89, p. 476.).*

O entendimento sumulado e ratificado posteriormente pelo STF diz respeito tão somente aos cheques emitidos sem suficiente provisão de fundos, e não àqueles falsamente preenchidos por estelionatários que não praticam, como sabemos, a infração penal prevista no inc. VI do § 2º do art. 171 do Código Penal, mas, sim, aquela tipificada em seu *caput*.

O verbete 554 da súmula do STF não se aplica ao crime de estelionato na sua forma fundamental (TJSC, AC 2012.042239-9, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 11/6/2013).

A reparação integral do dano, antes do recebimento da denúncia, no crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), autoriza, tão somente, o reconhecimento da causa de redução da pena prevista no art. 16 do Código Penal.

Na linha dos precedentes desta Corte, a reparação do dano, anteriormente ao recebimento da denúncia, não exclui o crime de estelionato em sua forma básica, uma vez que o disposto na Súmula nº 554 do STF só tem

aplicação para o crime de estelionato na modalidade emissão de cheques sem fundos, prevista no art. 171, § 2º, inc. VI, do Código Penal (STJ, HC 61928/SP, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJ 19/11/2007 p. 250).

Nessa hipótese, embora fique afastada a aplicação da Súmula nº 554, que impede o início da *persecutio criminis in judicio*, poderá o agente beneficiar-se com a redução relativa ao arrependimento posterior, caso venha reparar o dano por ele causado até o recebimento da denúncia.

Cola eletrônica

Após a edição da Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, caso o agente venha utilizar ou divulgar informações de conteúdo sigiloso por meio da chamada “cola eletrônica”, poderá ser responsabilizado pelo delito de *fraudes em certames de interesse público*. Se as informações repassadas já tiverem se tornado públicas, ou seja, após o início do certame, permanecerá a discussão se o fato é atípico ou se o agente teria praticado os delitos de estelionato ou falsidade ideológica (*vide* discussões sobre o tema no art. 311-A do Código Penal).

Fraudar vestibular, utilizando-se de cola eletrônica (aparelhos transmissor e receptor), malgrado contenha alto grau de reprovação social, ainda não possui em nosso ordenamento penal qualquer norma sancionadora (INQ 1145/STF). *Writ* concedido para reconhecer a atipicidade da ‘cola eletrônica’ e trancar a ação penal no que diz respeito às condutas tipificadas nos arts. 171, § 3º e 299 do Código Penal, mantida a perseguição penal em relação às demais condutas típicas e autônomas (HC 39592/PI, *Habeas Corpus* 2004/0162092-7, Rel. Min. Haroldo Rodrigues [Des. convocado do TJ/CE], 6ª T., DJe 14/12/2009).

A conduta perpetrada por aquele que se utiliza de aparelhos eletrônicos para obter respostas das provas realizadas em concurso público, não configura estelionato, motivo pelo qual a ação penal em trâmite deve ser trancada por falta de justa causa, em decorrência da atipicidade da conduta. (TJMG, HC 1.0000.08.476183-2/000, Rel. Des. Adilson Lamounier, DJ 2/8/2008).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 1145 (no qual fiquei vencido), reconheceu que a conduta designada ‘cola eletrônica’ é penalmente atípica (STF, HC 88967, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª T., DJ 13/4/2007, p. 102).

Fraude por meio da Internet. Hacker que altera sistema bancário

Hipótese em que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de estelionato e formação de quadrilha (atualmente reconhecida como associação criminosa, conforme nova rubrica conferida ao art. 288 do Código Penal, pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013), pois seria integrante de grupo hierarquicamente organizado com o fim de praticar fraudes por meio da Internet, concernentes na subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas e instituições financeiras do Brasil e do exterior. O réu ocupava, em tese, a função de programador, responsável técnico pelo *software* e pelos *e-mails* por onde circulavam grande quantidade de informações bancárias (STJ, HC 34.965/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., pub. 20/9/2004).

Estelionato e crime contra o Sistema Financeiro Nacional

Vide art. 6º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.

A obtenção fraudulenta de empréstimo junto a instituição financeira configura crime de estelionato (art. 171 do Código Penal), e não crime contra o Sistema Financeiro Nacional, previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/1986, porquanto não se exige destinação específica dos recursos, diferente do que ocorre com o contrato de financiamento. Precedentes desta Corte (STJ, CC 120413/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Seção, DJe 15/8/2012).

Os fatos noticiados nos autos se amoldam ao tipo do art. 171 do Código Penal (estelionato) e não ao crime contra o Sistema Financeiro Nacional, previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/86, tendo em vista que a obtenção de empréstimo consignado configura operação financeira que não exige destinação específica, tampouco comprovação da aplicação do recurso, diferente do que ocorre com o contrato de financiamento (STJ, CC 114239/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, 3ª Seção, DJe 3/8/2011).

Fraude a credores e recuperação de empresas e falência

Vide art. 168 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Estelionato e Estatuto do Idoso

Vide art. 106 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Estelionato no Código Penal Militar

Vide art. 251 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Estelionato e Estatuto do Torcedor

O art. 41-E, que foi incluído no Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003) pela Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010, criou uma modalidade específica de fraude, punindo com pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa, aquele que fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que sefraude, de qualquer forma, o resultado de competição esportiva.

Duplicata simulada Art. 172. Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

(Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27/12/1990) Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27/12/1990) **Parágrafo único.** Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas.

(Incluído pela Lei nº 5.474, de 18/7/1968.) **Introdução**

O conceito secundário do art. 172 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, para aquele que, de acordo com a nova Redação dada pela

Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

A Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, que dispõe sobre as duplicatas e dá outras providências, determina, em seus arts. 1º e 2º, *verbis*: *Art. 1º Em todo contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contado da data da entrega ou despacho das mercadorias, o vendedor extrairá a respectiva fatura para apresentação ao comprador.*

§ 1º A fatura discriminará as mercadorias vendidas ou, quando convier ao vendedor, indicará somente os números e valores das notas parciais expedidas por ocasião das vendas, despachos ou entregas das mercadorias.

Art. 2º No ato da emissão da fatura, dela poderá ser extraída uma duplicata para circulação como efeito comercial, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador.

Analizando a figura típica do art. 172 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: *a)* a conduta de emitir fatura, duplicata ou nota de venda; *b)* a falta de correspondência com a mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou com o serviço prestado.

O núcleo *emitir*, utilizado pelo delito em estudo, tem o significado de *colocar em circulação*. Wille Duarte Costa, dissertando sobre o tema, esclarece: “A *duplicata* é um título de crédito causal e à ordem, que pode ser criada no ato da extração da fatura, para circulação como efeito comercial, decorrente da compra e venda mercantil ou da prestação de serviços, não sendo admitida outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor ou prestador de serviços pela importância faturada ao comprador ou ao beneficiário dos serviços.

A *duplicata* admite o aceite do devedor e não é cópia ou segunda via da fatura. Nela não se discriminam as mercadorias vendidas ou serviços prestados, o que deve ser feito na nota fiscal ou na fatura correspondente. Como título de crédito à ordem que é, pode circular via endosso, mas o sacador não pode eximir-se da garantia de pagamento ao endossar a *duplicata*.

Embora seja um título causal, não é a *duplicata* título representativo de mercadorias ou de serviços. Exige uma provisão determinada, que se consubstancia no valor da compra e venda de mercadorias ou da prestação de serviços, discriminados na fatura e na nota fiscal. Sem tal provisão a *duplicata* torna-se sem lastro e é chamada de *fria*, constituindo-se em crime de estelionato previsto no art. 172 do Código Penal, por emissão de *duplicata simulada*¹⁴³.

A fatura, duplicata ou nota de venda colocada em circulação, para que se configure na infração penal em estudo, não deve corresponder à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado. Assim, inexiste sintonia quantitativa quando, por exemplo, o

comerciante vende determinada quantidade de mercadoria e faz consignar outra; da mesma forma, não haverá correspondência qualitativa quando vende determinada mercadoria e consigna outra, de qualidade diferente. Também existe infração penal quando o prestador de serviços faz inserir serviço diverso do efetivamente prestado.

Guilherme de Souza Nucci, com acerto, ressalta: “Por uma imprecisão lamentável, deixou-se de constar *expressamente* no tipo que a emissão de fatura, duplicata ou nota por venda ou serviço inexistente também é crime. Mencionou-se a emissão que não corresponda à *mercadoria vendida* ou ao *serviço prestado*, como se efetivamente uma venda ou um serviço tivesse sido realizado. Não faria sentido, no entanto, punir o emitente por alterar a quantidade ou qualidade da venda feita e não punir o comerciante que *nenhuma venda* fez, emitindo a duplicata, a fatura ou a nota assim mesmo. Portanto, é de se incluir no contexto a ‘venda inexistente’ ou o ‘serviço não prestado’. Trata-se de decorrência natural da interpretação extensiva que se pode – e deve – fazer do tipo penal”.¹⁴⁴

Réu condenado por infringir o art. 172 do Código Penal, depois de ser constatado que emitira duplicatas que não correspondiam a vendas efetivamente realizadas. Reputam-se provadas a materialidade e autoria desse tipo de crime quando a confissão do réu é corroborada por laudo de exame grafotécnico (TJ-DFT, Processo: 20121110024527APR, Rel. Des. George Lopes, DJe 06/07/2016).

A duplicata é título causal vinculado a um contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviço. Desse modo, a sua exigibilidade está condicionada a ocorrência de alguma dessas atividades (TJPR, Ap. 1219980-7, Rel. Des. Jucimar Novochadlo, DJe 16/7/2014).

A emissão de nota fiscal fatura e respectiva duplicata quando não tenha ocorrido compra e venda mercantil ou prestação de serviço (arts. 1º e 20, respectivamente, da Lei 5.474/68) caracteriza o crime previsto no art. 172 do Código Penal, de natureza formal e que não reclama comprovação de prejuízo ou obtenção de qualquer vantagem ilícita. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, deste Tribunal e doutrinário (TJPR, AC 1162709-7, Rel. Des. Marques Cury, DJe 24/6/2014).

A emissão de duplicatas referentes a transações mercantis inexistentes, com o intuito de obter vantagem pecuniária perante a Caixa Econômica Federal caracteriza o delito tipificado no artigo 172, *caput*, do Código Penal (TRF 4ª R., ACr 2004.70.00.022016-0/PR, Rel. Juiz Fed. Sebastião Ogê Muniz, 8ª T., j. 23/6/2010, DEJF 30/6/2010, p. 912).

Não resta caracterizado o delito tipificado no art. 172, do Código Penal, quando a duplicata emitida está comprovadamente atrelada a uma relação comercial, ainda que, posteriormente, suspensa pelo comprador (TJPE, ACr 0156475-8, Recife, 3ª Câm. Crim., Rel.^a Des.^a Alderita Ramos de Oliveira, j. 26/10/2009, DJEPE 9/11/2009).

O crime de duplicata simulada, por ser de mera conduta, consuma-se com a só emissão da fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado, não sendo exigível qualquer prejuízo por ser crime formal e unissubsistente (TJMG, AC 1.0145.01.020045-2/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 15/4/2009).

Para a caracterização típica do delito de duplicata simulada, não basta que se emita fatura, duplicata ou nota de venda. É necessário também que elas sejam postas em circulação. É cediço que a prescrição, sendo matéria de ordem pública, deve ser decretada, quando reconhecida, em qualquer fase do processo, de ofício ou a

requerimento das partes (TJMG, AC 1.0056. 95.008386-7/001, Rel.^a Maria Celeste Porto, DJ 7/9/2007).

O crime previsto no art. 172 do Código Penal, que cuida da duplicata simulada, é infração que deixa vestígios materiais, motivo pelo qual não prescinde da apresentação do título, que constitui elemento indispensável à formação do corpo de delito (TJRS, Ap. Crim. 70018030304, 6^a Câm. Crim., Rel. Nereu José Giacomolli, j. 10/5/2007).

Não se pode falar em fraude mediante duplicata simulada se o título é emitido para ser entregue a quem sabe de sua impropriedade jurídica que não serve para o fim proposto, ou seja, caução de empréstimo financeiro. A doutrina brasileira tem se inclinado para a adoção da tese de que a participação em uma autocolocação em risco, *in casu*, ao próprio patrimônio da ofendida não induz à caracterização de crime, razão pela qual, por tal motivo, deve ser mantida a absolvição (TJMG, AC 2.0000.00.510705-3/000, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 1º/9/2006).

Classificação doutrinária

Crime próprio, haja vista que o tipo penal delimita o sujeito ativo àqueles que podem emitir fatura, duplicata ou nota de venda; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); formal; de perigo; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O patrimônio é o bem juridicamente protegido pelo delito de duplicata simulada, tipificado no art. 172 do Código Penal.

Objeto material é a fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo* é aquele que emite a fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

O *sujeito passivo*, conforme esclarece Cezar Roberto Bitencourt, “é o recebedor, isto é, quem desconta a duplicata, aquele que aceita a duplicata como caução, e também o sacado de boa-fé, que corre o risco de ser protestado. Não é indispensável, registre-se, a participação na figura delituosa da pessoa contra quem a duplicata foi emitida. Havendo coautoria entre o emitente e aceitante, sujeito passivo será quem fez o desconto, e não o sacado”.¹⁴⁵

Consumação e tentativa

Consuma-se a infração penal em estudo no momento em que a duplicata é colocada em circulação, sendo apresentada para desconto, não havendo necessidade de efetivo prejuízo a terceiro.

A consumação do delito previsto no art. 172 do CP, crime formal e unissubstancial, dá-se com a simples e efetiva colocação da duplicata em circulação, independentemente do prejuízo (STJ) (TJMG, ACR 1.0024.01.

042562-7/001, 2^a Câm. Crim., Rel.^a Beatriz Pinheiro Caires, pub. 9/1/2008).

O crime do art. 172 do Código Penal é um delito formal, consumando-se com a simples apresentação da duplicata para desconto ou outra forma de locupletamento ilícito, não se cogitando de seu exaurimento para a tipificação completa (TJMG, AC 2.0000.00. 508662-2/001, Rel. Pedro Vergara, DJ 19/5/2007).

O crime de emissão de fatura, que tem como núcleo o ato de emitir títulos que não guardam correspondência com a venda mercantil efetivamente realizada, consumase no momento em que os documentos são colocados em circulação, não se exigindo a efetividade do proveito econômico pela oposição do aceite do sacado. Perfaz-se o tipo com o envio do título feito diretamente pelo sacador ou por instituição financeira, suficiente para ensejar a omissão da vítima em aceitar o título em detrimento de seu patrimônio (STJ, HC 8957/GO, Rel. Min. Vicente Leal, 6^a T., RT 772 p. 543).

Existe controvérsia sobre a possibilidade de tentativa. Para nós, a casuística é que ditará a regra sobre a possibilidade ou impossibilidade de ocorrência da tentativa, não se podendo, de antemão, descartá-la.

Elemento subjetivo

O tipo penal do art. 172 do diploma repressivo somente poderá ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Se a agente, ao emitir as duplicatas simuladas, objetiva fazer dinheiro e não lesar o patrimônio de terceiro, ausente o dolo antecedente na conduta, pratica o delito previsto no art. 172 do CP, e não o insculpido no art. 171 do CP. Mantém-se a causa genérica de aumento de pena da continuidade delitiva, se comprovada nos autos a emissão de 167 duplicatas simuladas pela agente, mediante ações diversas, contra a mesma vítima, nas mesmas circunstâncias (TJMG, APCr. 1.0702.04.172526-9/0011, Uberlândia, 4^a Câm. Crim., j. 7/4/2010, DJEMG 28/4/2010).

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *emitir* fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida ou ao serviço prestado somente pode ser praticada comissivamente.

No entanto, dependendo da hipótese concreta, será possível que o garantidor, devendo e podendo agir, dolosamente, nada faça para impedir a prática da infração penal, devendo, outrossim, nos termos do § 2º do art. 13 do Código Penal, por ela responder.

Falsificação ou adulteração na escrituração do livro de registro de duplicatas

A exigência para a criação do Livro de Registro de Duplicatas veio prevista no art. 19 e seus parágrafos, da Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968.

O parágrafo único do art. 172 do Código Penal diz que incorrerá nas mesmas penas cominadas ao delito de *duplicata simulada* aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas.

A falsificação é o comportamento praticado pelo agente no sentido de inserir dados inexatos no Livro de Registro de Duplicatas, a exemplo do que ocorre com a falsidade

ideológica. Assim, o Livro de Registro de Duplicatas é perfeito; entretanto, a ideia nele lançada é falsa. A conduta de adulterar diz respeito a modificar o conteúdo já existente.

Luiz Regis Prado alerta que o legislador não agiu com propriedade “ao inserir a figura no art. 172, já que se aplica a ela toda a principiologia do delito de *falsum*, e a hipótese em questão é de falsidade de documento particular, equiparado a documento público (art. 297, § 2º). Ademais, a referida conduta gravita em torno da expedição da duplicata, sendo absorvida pelo delito definido no *caput* do crime em exame, por se tratar de *antefato* ou *pós-fato impunível*”.¹⁴⁶

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *duplicata simulada* é de detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, sendo idêntica para aquele que falsifica ou adultera a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas, conforme parágrafo único do art. 172 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Deverão ser observadas, no entanto, as disposições contidas nos arts. 181, 182 e 183 do Código Penal.

Ausência de assinatura do emitente nas cártulas

Emissão de títulos sem qualquer correspondência com serviços prestados ou venda de mercadorias. Posterior negociação com agência de fomento. Ausência de assinatura do emitente nas cártulas. Requisito indispensável. Título de crédito não materializado. Óbice à caracterização do ilícito tipificado no art. 172 do CP. Absolvição decretada (TJSC, ACr. 2010.005147-9, Pomerode, Rel. Des. Torres Marques, j. 31/5/2010, DJSC 14/6/2010, p. 263).

Abuso de incapazes Art. 173. Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Introdução

O art. 173 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, para quem *abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro*.

De acordo com a redação legal, podemos destacar os seguintes elementos que integram o

delito de *abuso de incapazes*: a) conduta de abusar; b) em proveito próprio ou alheio; c) de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem; d) indução à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico; e) prejuízo próprio ou de terceiro.

O núcleo *abusar* é utilizado pelo texto legal no sentido de *se aproveitar, tirar proveito, partido, vantagem* da necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem.

O comportamento praticado contra o menor ou o alienado ou débil mental deve ser levado a efeito em proveito próprio ou mesmo de terceira pessoa. Existe controvérsia a respeito da natureza desse proveito. Conforme já salientamos, a exemplo do que ocorre com o art. 171 do Código Penal, o art. 173 do mesmo estatuto repressivo encontra-se inserido em seu Título II, correspondente aos crimes contra o patrimônio. Aqui, no entanto, devemos fazer uma distinção entre *proveito* e *prejuízo*, uma vez que somente este último deve ter natureza patrimonial, tendo em vista a inserção do art. 173 no Título mencionado. O proveito pode ter qualquer natureza, até mesmo moral. O prejuízo, ao contrário, para que se mantenha a objetividade jurídica do artigo, deverá, sem qualquer sombra de dúvida, ser patrimonial.

Além disso, o *proveito* deverá ser injusto, pois que, se for devido, poderá cogitar-se do crime de exercício arbitrário das próprias razões.

O abuso pode ser dirigido contra menor ou contra alienado ou débil mental. Se for praticado contra menor, ou seja, aquele que ainda não completou os 18 (dezoito) anos, o agente se aproveita de sua *necessidade, paixão* ou *inexperiência*, que o torna mais vulnerável. O agente abusa, portanto, dessas situações de fragilidade – necessidade, paixão ou inexperiência –, sendo o seu comportamento mais reprovável. Por *necessidade* devemos entender, seguindo as lições de Paulo José da Costa Júnior, como “qualquer exigência existencial, orgânica, intelectual ou moral”.¹⁴⁷ A *paixão*, aqui, deve ser entendida como aquele sentimento arrebatador, que não permite que a vítima tome decisões de forma racional, agindo impulsionada, quase que de forma dependente às solicitações do agente. A *inexperiência* deve ser tomada no sentido de reconhecer a *imaturidade* da vítima, a sua falta de “maldade” para compreender os atos que, se forem praticados, importarão em prejuízo para si ou para outrem. É a falta de prática da vida ou, conforme esclarece Cesar Roberto Bitencourt, é a “ausência de conhecimentos gerais que permitam aquilatar adequadamente todas as circunstâncias que autorizem uma tomada de decisão no mundo socioeconômico ou, melhor dito, em toda e qualquer ação, transação, atividade”.¹⁴⁸

A lei penal também protege os alienados ou débeis mentais, não havendo que se perquirir de sua necessidade, paixão ou inexperiência, somente avaliáveis na hipótese de ser a vítima menor de 18 anos.

Há necessidade de se fazer a prova nos autos da menoridade da vítima por meio de documento hábil (certidão de nascimento, carteira de identidade etc.), bem como da sua debilidade mental, a não ser, nesse último caso, que seja tão evidente a ponto de ser dispensado laudo pericial.

O comportamento do agente deve ser dirigido no sentido de fazer com que a vítima pratique um ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro.

O *prejuízo*, sempre de natureza patrimonial, poderá ser sofrido pelo menor, pelo alienado ou débil mental, ou, ainda, por terceira pessoa, em razão do ato praticado por aqueles.

Se a prova deixa dúvida se a vítima apresentava debilidade mental, se foi efetivamente induzida a fazer compras para favorecer o agente e se este tinha conhecimento da debilidade do ofendido impõe-se à absolvição do réu, com base no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (TJMG, AC 1.0348.07.000732-6/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, DJ 17/4/2009).

Existindo meros indícios, prova contraditória e geradora de dúvida quanto à falta de higidez mental da suposta vítima e, sendo essa imprescindível à configuração da figura típica, a absolvição é medida que se impõe, em atenção ao princípio *in dubio pro reo* (TJMG, AC 1.0439.02.004726-2/001, Rel. Pedro Vergara, DJ 20/11/2007).

Configura abuso de incapaz o induzimento de débil mental à prática de atos que podem afetar seu patrimônio e o de terceiro, com proveito próprio para o réu ou para outrem (TARS, AC, Rel. Antônio Carlos Netto Mangabeira, RT 607, p. 270).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo, pois que somente os incapazes podem figurar nessa condição; doloso; formal (haja vista que sua consumação ocorre com a efetiva prática, pelo incapaz, de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro, não se exigindo, contudo, a sua ocorrência); comissivo (podendo ser praticado por meio de omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar *status de garantidor*); de forma livre; instantâneo (podendo, caso o prejuízo sofrido seja irreversível, ser considerado instantâneo de efeitos permanentes); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido é o patrimônio do incapaz, ou de terceira pessoa que poderia ser prejudicada por meio de seu ato.

Objeto material é o menor ou o alienado ou débil mental, contra quem é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Com relação ao *sujeito ativo*, cuida-se de crime comum, podendo ser praticado por

qualquer pessoa.

Ao contrário, o *sujeito passivo*, de acordo com a redação legal, somente pode ser o menor ou o alienado ou débil mental, que é induzido pelo sujeito ativo a praticar o ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro.

Embora exista controvérsia, entendemos que o menor emancipado não poderá figurar como sujeito passivo do delito em estudo, haja vista que, com a sua emancipação, deixa de gozar do *status de incapaz*, nos termos do parágrafo único do art. 5º do Código Civil.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o incapaz pratica o ato para o qual fora induzido, não havendo necessidade de, efetivamente, sofrer prejuízo patrimonial com seu comportamento que, se vier a acontecer, será considerado mero exaurimento do crime.

Tratando-se de um crime plurissubstancial, torna-se perfeitamente possível o raciocínio relativo à tentativa.

O delito de abuso de incapaz consuma-se com o só ato da vítima, débil mental, de outorgar procuração para a venda de seus bens, embora a mesma não se tenha verificado. Trata-se de crime formal, de conduta e resultado, em que o tipo não exige sua produção. Basta que o ato seja apto a produzir efeitos jurídicos. É evidente que a procuração por instrumento público é idônea para esse fim (STF, HC, Rel. Carlos Madeira, RT 613, p. 405).

Elemento subjetivo

O delito de abuso de incapazes só pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Para a doutrina majoritária, além do dolo, pode-se visualizar no tipo penal do art. 173 o *fim específico* de obter o proveito indevido *para si ou para terceiro*.

Modalidades comissiva e omissiva

O delito poderá ser praticado comissivamente, ou mediante omissão imprópria do agente garantidor.

Pena e ação penal

O preceito secundário do art. 173 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada, à exceção das hipóteses arroladas pelo art. 182 do Código Penal, que preveem a necessidade de representação, observada a ressalva contida no art. 183 do mesmo diploma repressivo.

Aplica-se ao crime de abuso de incapazes a imunidade penal de caráter pessoal prevista no art. 181 do Código Penal, exceto quanto ao estranho que participa do crime, bem como

quando o delito for praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (incs. II e III, do art. 183 do CP).

Abuso de pessoa no Código Penal Militar

O crime de abuso de pessoa veio previsto no Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), conforme se verifica pela leitura do seu art. 252. Embora a rubrica e a redação típica sejam um pouco diferentes daquela constante no art. 173 do Código Penal, também se visualiza, no tipo apontado, a proteção de incapazes, dizendo: Art. 252. Abusar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de função, em unidade, repartição ou estabelecimento militar, da necessidade, paixão ou inexperiência, ou da doença ou deficiência mental de outrem, induzindo-o à prática de ato que produza efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro, ou em detrimento da administração militar: Pena – reclusão, de dois a seis anos.

Estatuto do idoso

O art. 102 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) prevê uma modalidade especial de abuso, cominando pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, para aquele que induz pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente.

Induzimento à especulação Art. 174. Abusar, em proveito próprio ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou aposta, ou à especulação com títulos ou mercadorias, sabendo ou devendo saber que a operação é ruinosa: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

O art. 174 do Código Penal comina pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, para aquele que *abusar, em proveito próprio ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou aposta, ou à especulação com títulos ou mercadorias, sabendo ou devendo saber que a operação é ruinosa*.

Assim, podemos destacar os seguintes elementos que integram a mencionada figura típica: *a) a conduta de abusar; b) em proveito próprio ou alheio; c) da inexperiência ou simplicidade ou inferioridade mental de outrem; d) indução à prática de jogo ou aposta, ou à especulação com títulos ou mercadorias; e) conhecimento, real ou potencial, de que a operação é ruinosa*.

O núcleo *abusar* é utilizado no texto legal com o sentido de *fazer mal uso, aproveitar-se, tirar proveito, partido, vantagem* da inexperiência ou simplicidade ou inferioridade mental de

outrem.

A possibilidade de levar essas pessoas à ruína, mediante a prática de jogo ou aposta, ou especulando-se com títulos ou mercadorias, deve trazer algum proveito ao agente ou a terceira pessoa. Da mesma forma que no artigo anterior, embora o tipo penal tenha por finalidade proteger o patrimônio dessas pessoas que, em virtude de suas condições pessoais, se tornam mais vulneráveis, o *proveito* buscado pelo agente pode ter outra natureza, que não a patrimonial, devendo, no entanto, ser injusto.

Inexperiência, conforme disserta Guilherme de Souza Nucci, é “caracterizada pela falta de vivência, própria das pessoas de pouca idade ou ingênuas; a *simplicidade* fundamenta-se pela franqueza, sinceridade e falta de afetação ou malícia nas atitudes, o que é típico de pessoas crédulas e confiantes no bom caráter alheio; a *inferioridade mental* deve ser interpretada, nos dias atuais, simplesmente como a situação de pessoas portadoras de doenças mentais ou algum tipo de desenvolvimento mental incompleto ou retardado”.¹⁴⁹

O abuso levado a efeito pelo agente deve ser dirigido no sentido de *induzir* aquelas pessoas que, em virtude da condição pessoal (inexperiência, simplicidade ou inferioridade mental), são mais facilmente manipuladas a fazer aquilo que lhes é sugerido, ou seja, *jogar*, *apostar* ou *especular com títulos ou mercadorias*, sendo do conhecimento daquele que tais comportamentos conduzirão a vítima à ruína. Tem-se procurado distinguir o *jogo* da *aposta*, ressaltando-se que, naquele, o resultado depende da maior ou menor habilidade do jogador, a exemplo do que ocorre no pôquer, e nesta o resultado independe de qualquer habilidade por parte do apostador, como ocorre com as corridas de cavalos, roleta etc. Além do jogo e da aposta, a conduta do agente pode ser dirigida a induzir a vítima a especular com títulos ou mercadorias, a exemplo dos investimentos realizados na Bolsa de Valores e de Mercadorias.

Para que o fato seja típico, o agente tem de saber, ou pelo menos ter a possibilidade de saber, que a conduta praticada pela vítima, isto é, o ato de jogar, apostar ou especular com títulos ou mercadorias, a levará à ruína. Se o agente não tiver esse conhecimento, o fato será considerado atípico, da mesma forma que aquele que induz a vítima a assumir algum desses comportamentos porque acredita, mesmo equivocadamente, que trará algum lucro para ela, quando, na verdade, a conduz à ruína.

O *jogo do perde e ganha* é uma das formas de o sujeito abusar, em proveito próprio ou alheiro, da inexperiência, da simplicidade ou da inferioridade mental de outrem, induzindo-a à prática de jogo ou aposta, sabendo ou devendo saber que a operação é ruinosa (TJPE, ACr 134478-5, Recife, 2ª Câm. Crim., Rel.^a Des.^a Helena Caúla Reis, j. 10/5/2006, DJPE 27/5/2006).

Demonstrado que o apelante abusou da inexperiência da vítima, persuadindo-a à prática do conhecido ‘jogo de tampinhas’, configurado está o delito de induzimento à especulação (TJRS, Ap. Crim. 7000388 0333, 8ª Câm. Crim. Rel. Roque Miguel Fank, j. 26/6/2002).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo, pois que somente as pessoas inexperientes, simples ou inferiores mentalmente podem figurar nessa condição; doloso; formal (haja vista que sua consumação ocorre quando a vítima pratica algum dos comportamentos para os quais foi induzida, independentemente de ter sido, em razão disso, levada à ruína); comissivo (podendo, contudo, ser praticado através da omissão imprópria do agente, que gozava do *status* de garantidor); de forma vinculada (uma vez que a lei determina que a indução deve ser dirigida ao jogo, aposta ou à especulação com títulos ou mercadorias); instantâneo (podendo seus efeitos serem permanentes); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal do art. 174 do diploma repressivo tem por finalidade proteger o patrimônio. Entretanto, essa proteção patrimonial é dirigida especialmente àquelas pessoas que, em virtude de inexperiência, simplicidade ou inferioridade mental, podem ser levadas à ruína, caso se aventurem, depois de induzidas pelo agente, à prática de jogos ou apostas, ou à especulação com títulos ou mercadorias, sendo estas o objeto material do delito em estudo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 174 do Código Penal.

O *sujeito passivo*, conforme observa Alberto Silva Franco, “é a pessoa inexperiente, simples ou de inferioridade mental. Em regra, é o menor, ou o homem rústico, ignorante, idoso ou ingênuo”.¹⁵⁰

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito no momento em que a vítima leva a efeito o comportamento a que fora induzida pelo agente, vale dizer, quando efetivamente participa do jogo, aposta ou especula com títulos ou mercadorias, independentemente da produção efetiva do resultado ruinoso ao seu patrimônio que, se ocorrer, será considerado mero exaurimento do crime.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

O crime de induzimento à especulação, na modalidade de jogo do dedal, é crime formal que se consuma com a prática do ato potencialmente prejudicial, ainda que o fato não acarrete proveito ao agente ou terceiro, podendo haver tentativa quando o processo é interrompido antes de o sujeito passivo efetuar a aposta (TJSC, HC 00.024199-7, Rel. Jaime Ramos, j. 17/1/2001).

Elemento subjetivo

O delito de induzimento à especulação só pode ser praticado dolosamente, não havendo

previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de abusar, praticada com a finalidade de induzir a vítima à prática de jogo, aposta, ou à especulação com títulos ou mercadorias, pressupõe um comportamento comissivo.

No entanto, o garantidor poderá responder pelo delito em virtude de sua omissão se, podendo, dolosamente, nada fizer para evitar a prática, pelo garantido, dos comportamentos previstos pelo tipo penal em exame, que o levarão à ruína, sendo essa, também, a sua intenção.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada para o delito de induzimento à especulação é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada, à exceção das hipóteses arroladas no art. 182 do Código Penal, que preveem a necessidade de representação, observada a ressalva contida no art. 183 do mesmo diploma repressivo.

Aplica-se ao crime de induzimento à especulação a imunidade penal de caráter pessoal prevista no art. 181 do Código Penal, exceto quanto ao estranho que participa do crime, bem como quando o delito for praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (incs. II e III do art. 183 do CP).

Será possível a proposta de suspensão condicional do processo, tendo em vista que a pena mínima cominada ao delito em estudo não ultrapassa o limite determinado pelo art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Fraude no comércio Art. 175. Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II – entregando uma mercadoria por outra:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 1º Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de ou outra qualidade: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 2º É aplicável o disposto no art. 155, § 2º.

Introdução

O Código Penal comina uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, para aquele que enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II – entregando uma mercadoria por outra.

Antes de analisarmos a mencionada figura típica, faz-se mister ressaltar que parte de nossos doutrinadores entende pela revogação do inc. I do art. 175 do Código Penal pelo inc. IX do art. 7º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, assim redigido: *Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:*

[...];

IX – vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.

O Código de Defesa do Consumidor explicita, em seu art. 18, § 6º, serem impróprios ao uso e consumo: *I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.*

Luiz Regis Prado, posicionando-se favoravelmente à revogação do inc. I do art. 175 do Código Penal, aduz que, “se a lei posterior, disciplinando os crimes perpetrados nas relações de consumo, tratou da venda pelo comerciante de mercadoria falsificada ou deteriorada, como se fosse verdadeira ou perfeita, não subsiste dúvida de que a norma anterior encontra-se revogada”.[151](#)

Em sentido contrário, Cezar Roberto Bitencourt afirma pela manutenção do art. 175 do Código Penal, esclarecendo: “Consideramos que as leis posteriores não regularam inteiramente a mesma matéria, sendo, assim, impossível admitir a revogação tácita do dispositivo em exame do Código Penal. Com efeito, casuisticamente, devem-se confrontar os diversos diplomas legais e resolver a questão por meio do conflito aparente de normas e aplicar, *in concreto*, aquela que contemplar todas as elementares típicas”.[152](#)

Filiamo-nos ao pensamento de Luiz Regis Prado, pois que também entendemos que a lei que definiu os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/1990) regulou inteiramente a matéria constante do inc. I do art. 175 do Código Penal, pois que cuidou tanto da falsificação quanto da deterioração de mercadoria.

No entanto, faremos a análise de todos os incisos de forma global.

Podemos destacar os seguintes elementos que integram o tipo penal do art. 175 do Código

Penal: *a) a conduta de enganar; b) no exercício da atividade comercial; c) adquirente ou consumidor; d) vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; e) entregando uma mercadoria por outra.*

O núcleo *enganar* é utilizado no sentido de induzir em erro, iludir, burlar.

Tal engano é praticado no *exercício de atividade comercial*, vale dizer, o *comerciante* (que exerce o comércio) e o *comerciário* (empregado no comércio).

A finalidade do comportamento é a de induzir o adquirente ou consumidor da mercadoria a erro, fazendo com que compre, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada. Falsa é a mercadoria que não é original; a deteriorada é a mercadoria que, embora original, se encontra danificada, estragada. Nesse caso, somente se amolda ao delito em estudo a conduta de *vender*, prevista no inc. I do art. 175 do Código Penal, não sendo típicas, por exemplo, as condutas de doar, trocar *etc.*

Também engana o adquirente ou consumidor aquele que lhe entrega uma mercadoria por outra ou, como diz o ditado popular, vende “gato por lebre”. Conforme as lições de Damásio de Jesus, o segundo fato delituoso consiste em “o sujeito entregar uma mercadoria por outra, enganando o adquirente ou consumidor quanto à essência da coisa (palha de café em lugar de café), sua qualidade (vinho de segunda em lugar de vinho de primeira) ou quantidade (medida, peso ou número)”.¹⁵³

Tratando-se de substâncias alimentícias ou produtos alimentícios, ou destinados a fins terapêuticos ou medicinais, o agente poderá responder pelos delitos previstos nos arts. 272 e 273 do Código Penal.

Para configuração do delito de fraude no comércio exige-se o elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade consciente de entregar uma mercadoria por outra. O mero inadimplemento de uma obrigação ou a impontualidade no término de uma obra, em contrato firmado entre as partes, configura ilícito civil e, não ilícito penal (TJMG, AC 1.0694.01.000512-2/001, Rel. Pedro Vergara, DJ 2/2/2007).

A confiança do consumidor ao adquirir o produto, satisfeitos os requisitos da informação e da qualidade, tem íntima ligação com o objeto de proteção penal, ou seja, a relação de consumo que, devido a sua característica difusa e de interatividade com outros valores como a vida, o patrimônio, a saúde e a honra que podem ser, em certa medida, objetos de consumo, por sua vez, obedece ao critério de seletividade de bens jurídico-penais, não se chocando, pois, com os ideais do Minimalismo Penal (TJMG, AC 1.0024.01.601264-3/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 6/10/2007).

A fraude no comércio (art. 175, I, do CP) é crime próprio, a impor que o acusado, necessariamente, deve ser comerciante ou comerciário. O agente que não tenha dita qualidade, configurando mero particular a realizar negócio jurídico de compra e venda, em cujo objeto foram encontrados vícios, não pratica o crime acima referido. Atipicidade reconhecida. Ademais, em não se subsumindo a conduta a outro tipo penal, estando o ilícito revestido de características civis nessa esfera deverá ser solvido, sendo impositivo que se absolva o acusado. O Direito Penal considera relevantes apenas condutas da vida social das quais resultem lesões significantes e que, por merecerem especial atenção, justificam a ação do Estado, restringindo os direitos

fundamentais da dignidade e da liberdade da pessoa humana (TJRS, Ap. Crim. 70007068786, 5^a Câm. Crim., Rel. Aramis Nassif, j. 3/3/2004).

Classificação doutrinária

Crime próprio com relação ao sujeito ativo, pois que somente o comerciante e o comerciário podem praticá-lo, e comum no que diz respeito ao sujeito passivo, podendo qualquer pessoa figurar nessa condição; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); material; de dano; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O patrimônio é o bem juridicamente protegido pelo delito de fraude no comércio, tipificado no art. 175 do Código Penal.

Objeto material é a mercadoria sobre a qual recai a conduta praticada pelo agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Existe controvérsia no que diz respeito sobre quem poderia ser o *sujeito ativo* do crime de fraude no comércio.

Hungria entende que somente o *comerciante* e o *comerciário* poderiam gozar esse *status*, uma vez que o tipo penal do art. 175 faz menção a *exercício de atividade comercial* que, segundo o renomado penalista, “não quer dizer senão *exercício profissional de comércio*, por conta própria ou de outrem”.¹⁵⁴

Em sentido contrário, afirma Noronha: “Inútil a distinção entre atividade e ato, pois é certo que a primeira se compõe da reunião, grupo ou coleção de atos. Pratica o delito em espécie não só o comerciante estabelecido, matriculado etc., como qualquer pessoa que pratique um daqueles fatos, no exercício de atividade comercial. Essa atividade não se caracteriza pela qualidade da pessoa, mas pelo *ato em si*, pelo ato tomado em sentido objetivo”.¹⁵⁵

Entendemos que a razão está com Hungria. Pelo próprio *nomen iuris* da infração penal, vale dizer, *fraude no comércio*, que indica a natureza do delito a ser estudado, percebe-se que a qualidade de comerciante ou comerciário é indispensável à sua configuração, tratando-se, pois, de crime próprio com relação ao sujeito ativo, posição também adotada por Rogério Sanches Cunha quando diz que o delito *sub examen* só pode ser praticado “por quem exerce atividade comercial (exercício habitual, contínuo e profissional do comércio). Se praticado ato de comércio por particular, que não o exerce, outra figura delituosa poderá estar configurada (art. 171, § 2º, IV).”.¹⁵⁶

Sujeito passivo, de acordo com a indicação legal, é o *adquirente* ou o *consumidor*, dele não se exigindo qualquer qualidade ou condição especial, cuidando-se, aqui, de crime comum.

Consumação e tentativa

A consumação do delito de fraude no comércio ocorre a partir do momento em que a vítima percebe que recebeu mercadoria falsificada, deteriorada, trocada etc., sendo admissível a possibilidade de tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de *fraude no comércio* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, aquele que, por desatenção, entrega ao adquirente uma mercadoria diferente da que fora efetivamente comprada, não poderá ser responsabilizado criminalmente.

Modalidade qualificada

Podemos visualizar na modalidade qualificada de fraude no comércio, prevista no § 1º do art. 175 do Código Penal, quatro comportamentos que podem ser levados a efeito, os quais, dada sua maior gravidade, são punidos com uma pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, a saber: *a)* alteração em obra que lhe é encomendada a qualidade ou peso do metal; *b)* substituição, no mesmo caso, de pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; *c)* venda de pedra falsa por verdadeira;

d) venda, como precioso, de metal de outra qualidade.

Modalidades comissiva e omissiva

A infração penal, tanto em sua modalidade fundamental quanto nas hipóteses qualificadas, pressupõe um comportamento positivo do agente, vale dizer, o agente faz alguma coisa no sentido de fraudar o comércio, praticando uma das condutas previstas nos incs. I e II, bem como no § 1º do art. 175 do Código Penal.

No entanto, o agente que gozar do *status* de garantidor, sabedor da fraude, podendo, deverá agir no sentido de impedir que o garantido sofra dano em seu patrimônio, pois, caso contrário, se, dolosamente, vier a se omitir, querendo a produção do resultado, deverá ser responsabilizado pelo crime de fraude no comércio.

Criminoso primário e pequeno valor da mercadoria

Primário e de pequeno valor, por exemplo, a mercadoria falsificada, deteriorada, trocada etc., o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou aplicar somente a pena de multa, tendo em vista a determinação contida no § 2º do art. 175 do Código Penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, para a modalidade fundamental de *fraude no comércio*, sendo cominada uma pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, para a forma qualificada prevista pelo § 1º do art. 175 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública, à exceção das hipóteses arroladas pelo art. 182 do Código Penal, que preveem a necessidade de representação, observada a ressalva contida no art. 183 do mesmo diploma repressivo.

Aplica-se ao crime de fraude no comércio a imunidade penal de caráter pessoal prevista no art. 181 do Código Penal, exceto quanto ao estranho que participa do crime, bem como quando o delito for praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (incs. II e III do art. 183 do CP).

Compete ao Juizado Especial Criminal o julgamento do crime de fraude no comércio, quando praticado em sua modalidade fundamental, haja vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, previsto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/1995, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo mesmo para a modalidade qualificada de fraude no comércio, haja vista que a pena mínima a ela cominada atende ao limite previsto pelo art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Compra de produtos falsos em banca de camelô

Como é cediço, em muitas ou em quase todas as barracas de camelôs, são vendidos produtos “importados” do Paraguai ou da China, reconhecidamente falsificados. Imagine-se que a vítima, querendo comprar um tênis próprio para a prática de corrida, vá até um desses camelôs e adquira o produto desejado, sabendo-o falso, mas extremamente parecido com o original.

Em seu primeiro teste com o produto, vem a decepção, pois ele se rasga depois de 30 minutos de intensa corrida. Indignado, o sujeito vai até o vendedor e o ameaça com o art. 175 do Código Penal, sob o argumento de que a mercadoria era falsificada. Pergunta-se: O camelô deverá responder pelo delito tipificado no art. 175, I, do Código Penal por ter vendido uma mercadoria sabidamente falsificada? A resposta, aqui, também deve ser negativa, pois o agente, para que responda pelo artigo em estudo, deverá ter agido com fraude, ou seja, embora a mercadoria fosse realmente falsificada, havia sido vendida como verdadeira, o que não aconteceu no caso concreto.

O camelô, nesse caso, poderá responder pela receptação, pois que a coisa por ele vendida era produto de crime, previsto pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Da mesma forma, o comprador que, sabendo da origem ilícita da mercadoria, ainda assim

a adquiriu, deverá também responder pela receptação, haja vista ser possível a hipótese de receptação de receptação, conforme veremos mais adiante.

Outras fraudes Art. 176. Tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação, e o juiz pode, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

Introdução

Comparativamente às demais infrações penais inseridas no capítulo VI, correspondente ao *estelionato e outras fraudes*, o comportamento tipificado pelo art. 176 do Código Penal foi o que mereceu, abstratamente, a menor reprovação, haja vista a cominação de uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa, para aquele que *tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento*.

Pela leitura do tipo penal, podemos destacar os seguintes elementos: *a)* conduta de tomar refeição em restaurante; *b)* alojar-se em hotel; *c)* utilização de meio de transporte; *d)* indisponibilidade de recursos necessários para efetuar o pagamento.

A lei penal aduz o comportamento de *tomar refeição em restaurante*, devendo ser entendida a palavra *restaurante* em seu sentido amplo, abrangendo lanchonetes, pensões, bares etc. Assim, qualquer lugar que tenha a finalidade de servir refeições, não importando a sua natureza, poderá ser alvo da ação do agente. Imagine-se a hipótese daqueles quiosques localizados nas praias do Nordeste, que servem todo o tipo de refeição, principalmente frutos do mar. Mesmo que ali não se tenha, efetivamente, constituída uma pessoa jurídica, a pessoa física responsável poderá figurar como vítima desse delito. Noronha ainda adverte que “a lei fala em refeições, referindo-se, destarte, ao ato de tomar alimentos, e destes não nos parece lícito excluir as *bebidas*. Nada há também no texto que exija a consumação total, pois, consumidos parcialmente os alimentos, *tomou-se refeição*, consoante seus termos”.¹⁵⁷

Merce destaque, ainda, o fato de que a conduta de *tomar refeição em restaurante* sem dispor de recursos para efetuar o pagamento, para a maioria de nossos doutrinadores,¹⁵⁸ deve ser levada a efeito no próprio estabelecimento (restaurante, pensão, bar etc.), não podendo ocorrer, por exemplo, na residência do agente. Assim, tem-se entendido que aquele que faz um pedido de refeição para ser entregue em sua residência deverá responder pelo delito tipificado

no *caput* do art. 171 do Código Penal, o que não nos parece ser a melhor conclusão, em virtude da pena cominada ao delito de estelionato (reclusão, de um a cinco anos, e multa), em comparação àquela prevista pelo tipo penal do art. 176 do mesmo diploma legal (detenção, de 15 dias a dois meses, ou multa). Assim, será melhor para o agente ser servido, com toda gentileza, pelos garçons que prestam serviço no estabelecimento comercial que, além do prato principal, também se alimentará com uma sobremesa, etc., do que receber a comida, muitas vezes já fria, em sua própria residência, pois que sua pena será infinitamente superior, não sendo possível, até mesmo, a concessão de perdão judicial, conforme previsto pelo parágrafo único do mencionado art. 176.

Acreditamos que se a fraude empregada se deu para que o agente pudesse *tomar refeição*, seja ou não no próprio restaurante ou em qualquer outro estabelecimento do gênero, o delito será aquele previsto pelo art. 176 do Código Penal, e não o delito de estelionato, tipificado no *caput* do art. 171 do diploma repressivo.

O art. 176 do Código Penal arrola, também, a conduta de *alojar-se em hotel* sem dispor de recursos para efetuar o pagamento das diárias. *Hotel*, aqui, tem o sentido de qualquer lugar destinado a receber hóspedes, podendo-se incluir os motéis, hospedarias, estalagens, pensões, pousadas, *campings etc.* Para que a conduta de alojar-se se aperfeiçoe, é preciso que o agente efetivamente se hospede, com a utilização do local destinado a esse fim, podendo o quarto ser individual, coletivo ou outros similares, não importando o tempo de sua permanência, sendo possível, até mesmo, que o agente sequer permaneça alojado por um período completo, vale dizer, 24 horas. Imagine-se a hipótese daquele que, querendo descansar por algumas horas, bem como tomar banho, se hospede em um hotel e ali permaneça por um período de seis horas, aproximadamente. Não podemos, nesse caso, afastar a tipicidade de seu comportamento, haja vista ter-se alojado, mesmo que por curto período, naquele estabelecimento.

O último comportamento típico diz respeito à *utilização de meio de transporte* sem dispor de recursos para efetuar o pagamento. Por *meio de transporte* podemos entender todo aquele utilizado para locomover-se, transportar pessoas de um lugar para o outro, não se exigindo que esse meio seja sempre terrestre, podendo-se amoldar a esse conceito o transporte aéreo, marítimo *etc.* Assim, por exemplo, aquele que utiliza os serviços de táxi, sabendo não ter condições financeiras para o pagamento da corrida, responde pela infração penal em estudo, da mesma forma que aquele que contrata os serviços de um barqueiro para que o transporte a uma cidade onde o acesso só se faz possível por esse meio.

É fundamental que o agente, ao praticar um dos comportamentos típicos, não disponha de recursos para efetuar o pagamento.

O fato de o agente consumir diversas cervejas em uma boate sem dispor de recursos para efetuar o pagamento não tipifica o crime de estelionato, mas, sim, o delito previsto no art. 176 do CP (TJRS, ACR 70029966884, Giruá, 4^a Câm. Crim., Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo,

j. 13/8/2009, DJERS 18/9/2009, Pág. 164).

Cheques de terceiros, em pagamento de despesas de bebidas e alimentos. Condutas que mais se afeiçoam ao disposto no art. 176 do CP (TJRS, Ap. Crim. 70007018583, 6^a Câm. Crim., Rel. Paulo Moacir Aguiar Vieira, j. 15/9/2005).

Aquele que, após consumir refeição, se retira do estabelecimento sem pagar a conta terá cometido mero ilícito civil, ou o crime do art. 176 do CP se agiu com dolo preordenado, a que deve se referir a denúncia, jamais, porém, a infração do art. 171, se o recebimento ou vantagem não for precedido de qualquer ardil (TACrim./SP, AC, Rel. Adauto Suannes, RT 569, p. 338).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo; doloso; material; de dano; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (ou instantâneo de efeitos permanentes, como na hipótese na qual o agente consome a refeição); monossubjetivo; plurissubstancial; transeunte ou não transeunte (dependendo da hipótese concreta).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O *patrimônio* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 176 do diploma repressivo. *Objeto material* pode ser a pessoa ou a coisa contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser o *sujeito ativo* do delito em exame. O *sujeito passivo*, ao contrário, é somente quem presta o serviço que deve ser pago, podendo ser tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica.

Consumação e tentativa

Consuma-se o crime no momento em que o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal, vale dizer, quando, efetivamente, *toma refeição, aloja-se em hotel ou utiliza-se de meio de transporte* sem que, para tanto, disponha de recursos suficientes para efetuar o pagamento.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

As condutas previstas no tipo do art. 176 do Código Penal somente podem ser praticadas dolosamente, não havendo, pois, previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas no tipo penal do art. 176 do estatuto repressivo pressupõem um comportamento comissivo. No entanto, é possível a formulação da hipótese na qual o agente, na qualidade de garantidor, podendo, dolosamente, nada faz para impedir a lesão patrimonial sofrida pela vítima.

Pena, ação penal, competência para julgamento, suspensão condicional do processo e perdão judicial

O preceito secundário do art. 176 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

A ação penal, de acordo com a determinação contida em seu parágrafo único, é de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido.

Poderá ser aplicada a imunidade penal de caráter pessoal prevista no art. 181 do Código Penal, com as ressalvas contidas no art. 183 do mesmo diploma repressivo.

O processo e o julgamento do delito tipificado no art. 176 do Código Penal serão, pelo menos inicialmente, de competência do Juizado Especial Criminal, haja vista que a pena máxima a ele cominada não ultrapassa o limite previsto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/1995.

Tendo em vista a pena mínima cominada, será possível a realização de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Será possível a concessão de perdão judicial, de acordo com o parágrafo único do art. 176 do Código Penal.

Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações

Art. 177. Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1º Incorre na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular: I – o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembleia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo; II – o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade; III – o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização

da assembleia geral; IV – o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite; V – o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade; VI – o diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios; VII – o diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer; VIII – o liquidante, nos casos dos nºs I, II, III, IV, V e VII; IX – o representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos nºs I e II, ou dá falsa informação ao Governo.

§ 2º In corre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembleia geral.

Introdução

O delito de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações está previsto pelo tipo penal do art. 177, *caput*, §§ 1º e 2º, do diploma repressivo.

Em razão da diversidade dos comportamentos considerados graves, ligados diretamente à sociedade por ações, cuja regulamentação veio prevista pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o mencionado art. 177 do Código Penal, juntamente com os nove incisos constantes de seu § 1º e o § 2º trouxeram as previsões típicas que, em virtude das diferenças existentes entre elas, deverão ser analisadas isoladamente, para melhor compreensão dos tipos penais.

As infrações penais constantes do *caput* do art. 177 do Código Penal e do seu § 1º são de natureza subsidiária, devendo ser aplicadas somente se o fato não constitui crime contra a economia popular, tendo em vista a disposição expressa contida no preceito secundário do *caput* do mencionado artigo. Já o § 2º do art. 177, por não dizer respeito a infrações penais ligadas à economia popular, não possui essa natureza subsidiária, aplicando-se na qualidade de norma principal.

Nos termos do art. 177, § 1º, do Código Penal, o crime de fraude e abuso na administração de sociedade por ações resta afastado se o fato constituir crime contra a economia popular. Portanto, havendo condenação prévia do réu por crime contra a economia popular, referente ao mesmo fato descrito na denúncia de crime de fraude e abuso na administração de sociedade por ações, impõe-se a extinção deste processo, eis que uma única conduta não pode ser tipificada como dois crimes. É próprio o crime de fraude e abuso na administração de sociedade por ações, não podendo ser condenada pessoa que não seja o diretor, o gerente ou o fiscal da sociedade. Para a caracterização do crime de fraude e abuso na administração de sociedade por ações, é necessária a comprovação do dolo que, acaso não verificado, afasta a condenação (TJDF, Rec. 2003.01.5.004536-9, Ac. 327.752, 2ª T. Crim., Rel.^a Des.^a Aparecida Fernandes, DJDFTE 6/7/2009, p. 91).

O paciente responde por crime de fraude na administração de sociedade por ações, cujo tipo penal exige, para sua configuração, a atuação específica do gerente ou diretor da empresa. Estando ele afastado das

atividades que exercia, e também da empresa, deixa de haver necessidade de segregação preventiva como garantia de ordem pública, por não existir risco de voltar a praticar novos crimes dessa espécie (TJDFT, HC, Rel.^a Aparecida Fernandes, DJ 27/10/99).

O crime de abuso na administração de sociedade por ações (art.177, § 1º, III, do CP) é de mera conduta, que dispensa prejuízo concreto para a sua configuração (STF, HC, Rel. Soares Muñoz, RT 514, p. 442).

Promover a fundação de sociedade por ações fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo

O núcleo *promover*, ligado à ideia de fundação de sociedade por ações, pressupõe criação, constituição. No entanto, essa finalidade de criação da sociedade por ações é entendida como criminosa em virtude do fato de ter o agente levado a efeito, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo.

Conforme adverte Ney Moura Teles, “a conduta é realizada no processo de fundação da sociedade. O agente, em comunicação oral ou escrita – inclusive por meio de prospecto, imprensa escrita ou outra – ao público ou aos integrantes da assembleia de fundação, faz afirmação falsa sobre os termos da constituição da sociedade ou oculta fato relevante sobre ela, fraudulentamente”.¹⁵⁹

O prospecto tem uma finalidade específica na Lei de Sociedade por Ações e deve conter o determinado pelo art. 84 do referido diploma legal.

Cuida-se de tipo penal subsidiário que somente terá aplicação quando o fato não se configurar em crime contra a economia popular, previsto pela Lei nº 1.521/1951.

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (na modalidade promover) e omissivo próprio (no que diz respeito à conduta de *ocultar*); formal; instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O crime de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações tem por finalidade a proteção do patrimônio, sendo este, portanto, o bem juridicamente protegido pelo tipo.

O objeto material é o prospecto ou a comunicação feita ao público ou à assembleia que contenha a afirmação falsa sobre a constituição da sociedade ou mesmo a omissão fraudulenta.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O sujeito ativo é aquele que fundou a sociedade por ações.

Os sujeitos passivos podem ser as pessoas físicas ou jurídicas que subscreveram o capital.

Consumação e tentativa

Conforme lições de Noronha, “o legislador, no presente dispositivo, estruturou um crime formal. Não se exige, para a consumação, resultado externo ou estranho à ação do agente. Esta, por si só, é bastante para integralizar o delito. Comunicada, pelos meios indicados na lei, a afirmação ou a omissão falsa, o crime está consumado, ainda que nenhuma ação seja subscrita”.¹⁶⁰

Elemento subjetivo

O delito tipificado no *caput* do art. 177 do Código Penal somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *promover* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, enquanto *ocultar* traduz uma omissão própria.

O diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembleia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo

O inc. I do § 1º do art. 177 do Código Penal traduz outra infração penal ligada à sociedade por ações dizendo que incorrerá nas mesmas penas previstas para o *caput*, desde que o fato não constitua crime contra a economia popular, o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembleia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo.

A situação prevista no mencionado inc. I é similar àquela contida no *caput* do art. 177 do Código Penal. A diferença reside, precipuamente, em que, no fato narrado pelo inc. I, a sociedade já está constituída e os agentes apontados pelo tipo penal, vale dizer, o diretor, o gerente ou fiscal, afirmam falsamente sobre as condições econômicas da sociedade ou ocultam, fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a ela relativo, utilizando, para tanto, prospecto, relatório, parecer, balanço, ou qualquer outro tipo de comunicação ao público ou à assembleia.

Prospecto é o documento previsto pela Lei nº 6.404/1976. *Relatório*, segundo Hungria, “é o *compte rendu* dos negócios sociais no exercício findo. *Parecer*, no sentido restrito da lei, é a exposição que deve ser apresentada pelo ‘conselho fiscal’ [...]. *Balanço* é o documento em que

se resume, ao fim de cada ano ou exercício social, após o inventário do ativo e passivo, a situação real da sociedade".^{[161](#)}

O art. 133 da Lei das Sociedades por Ações, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, elenca os documentos que devem ser apresentados pelos administradores.

Cuida-se de tipo penal subsidiário, que somente terá aplicação quando o fato não se configurar crime contra a economia popular, previsto pela Lei nº 1.521/1951.

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (na modalidade fazer afirmação falsa) e omissivo próprio (no que diz respeito à conduta de *ocultar*); formal; instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O crime de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações tem por finalidade proteger o *patrimônio*, sendo este, portanto, o bem juridicamente protegido pelo tipo.

O objeto material é o prospecto, o relatório, o parecer, o balanço ou a comunicação feito(a) ao público ou à assembleia que contenha a afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou onde foram ocultos fraudulentamente, no todo ou em parte, fatos a elas relativo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O inc. I do § 1º do art. 177 do Código Penal aponta o seu *sujeito ativo*, a saber: o diretor, o gerente ou o fiscal da sociedade por ações.

Sujeitos passivos podem ser as pessoas físicas ou jurídicas que subscreveram o capital.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito quando da expedição do prospecto ou da apresentação do relatório, do parecer, do balanço ou da comunicação, ao público ou à assembleia, que contenha a afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou que oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a ela relativo.

Será possível o reconhecimento da tentativa, mesmo na modalidade ocultar, embora não seja de fácil configuração.

Elemento subjetivo

O delito tipificado no inc. I do § 1º do art. 177 do Código Penal somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *fazer* (afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade) pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, enquanto *ocultar* (no todo ou em parte, fato a elas relativo) traduz uma omissão própria.

O diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade

De acordo com as precisas lições de Cezar Roberto Bitencourt, “a conduta tipificada é *promover*, mediante qualquer artifício, *falsa cotação* de ações ou de outros títulos de sociedade. *Cotação falsa* é a que não corresponde ao valor regular do mercado, determinado pela ‘oferta e procura’. A falsa cotação das ações produz indicação inverídica sobre a situação econômica de qualquer companhia, induzindo erro aos que transacionarem com a empresa. A falsa cotação tanto pode ser para aumentar como para diminuir o valor das ações.

Esse crime só pode ser praticado em relação a empresas cujos títulos tenham cotação regular no mercado de ações, na medida em que somente estes podem ser objeto de cotação falsa ou correta.”¹⁶²

Artifício é o ardil, a fraude utilizada pelo agente no sentido de fazer com que os sujeitos passivos acreditem na falsa cotação, seja ela para mais ou mesmo para menos.

Cuida-se de tipo penal subsidiário, que somente terá aplicação quando o fato não se configurar como crime contra a economia popular, previsto pela Lei nº 1.521/1951.

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (tendo em vista o núcleo *promover*); formal; instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubstancial; não transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O crime de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações tem por finalidade proteger o *patrimônio*, sendo este, portanto, o bem juridicamente protegido pelo tipo.

Objeto material são as ações ou outros títulos da sociedade cotados falsamente pelo agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo* é o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade.

Os *sujeitos passivos* podem ser os acionistas, terceiros que sofram dano com a prática criminosa ou, ainda, a própria sociedade por ações.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a efetiva promoção da falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito tipificado no inc. II do § 1º do art. 177 do Código Penal somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidade comissiva

A conduta de *promover* pressupõe um comportamento comissivo levado a efeito pelo agente.

O diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembleia geral

Tanto o diretor quanto o gerente são gestores da sociedade por ações. Não podem, ousrossim, valer-se dos poderes que possuem para utilizar os bens e haveres sociais em seu beneficio, mesmo que não causem, efetivamente, qualquer tipo de prejuízo à referida sociedade.

Conforme salienta Noronha, “*emprestimo*, diz o legislador, usando expressão genérica, designativa de contrato, pelo qual alguém entrega objeto, que deve ser restituído depois em espécie ou em gênero.

Ao dispositivo penal repugna o simples *uso* do patrimônio social, que a lei coloca ao lado do empréstimo. Não pode o diretor ou o gerente usar dos bens e haveres sociais, quer em beneficio próprio, quer no de terceiros. O patrimônio da sociedade, em relação àqueles administradores, são bens alheios. Têm eles a guarda e a administração, não podendo tomá-los emprestado ou usá-los sem prévia autorização da assembleia geral”.¹⁶³

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (*tomar empréstimo* à sociedade ou *usar*, em proveito próprio ou de terceiro, bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembleia, pressupõe um comportamento

positivo do agente); de forma vinculada (uma vez que o tipo penal aponta o modo pelo qual o delito pode ser praticado); monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte ou não transeunte (dependendo da hipótese concreta).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O crime de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações tem por finalidade proteger o *patrimônio*, sendo este, portanto, o bem juridicamente protegido pelo tipo. No caso do inc. III do § 2º do art. 177, busca-se proteger o patrimônio da sociedade por ações.

Objeto material é o empréstimo tomado pelo diretor ou pelo gerente, ou bens ou haveres sociais por ele utilizados.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo*, de acordo com a redação constante do inc. III do § 1º do art. 177 do Código Penal, é o diretor ou o gerente da sociedade por ações.

O *sujeito passivo* é a própria sociedade por ações, bem como os seus acionistas.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito em estudo no momento em que o agente, efetivamente, toma o empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, os bens ou haveres sociais sem prévia autorização da assembleia geral. Assim, por exemplo, o simples fato de usar um bem, seja ele móvel ou imóvel, pertencente à sociedade por ações, sem a necessária e prévia autorização da assembleia geral, tem o condão de configurar o delito, mesmo que isso não tenha trazido, em tese, qualquer prejuízo à sociedade.

Será admissível o raciocínio relativo à tentativa.

Elemento subjetivo

O delito tipificado no inc. III do § 1º do art. 177 do Código Penal somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *tomar empréstimo* à sociedade ou *usar*, em proveito próprio ou de terceiro, os bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembleia geral, pressupõe um comportamento positivo por parte do agente.

No entanto, poderá ser levado a efeito o raciocínio correspondente à omissão imprópria se o garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir que o agente pratique um dos comportamentos previstos pelo inciso em estudo.

O diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite

Conforme esclarece Cezar Roberto Bitencourt, “as condutas proibidas estão representadas pelos verbos nuclerares ‘comprar’ (adquirir por meio oneroso) e ‘vender’ (alienar ou ceder por preço determinado). Essa proibição abrange todas as formas de *transações* capazes de produzir efeitos econômicos. Comprar e vender, nesse caso, têm o sentido de qualquer negócio que produza os efeitos econômicos de compra e venda”.¹⁶⁴

De acordo com o art. 30 da Lei nº 6.404/76, embora a sociedade não possa, como regra, negociar com as próprias ações, tal situação é excepcionada pelo seu § 1º. Assim, o administrador que atuar nos moldes do referido § 1º da Lei de Sociedade por Ações não praticará um comportamento penalmente relevante e, consequentemente, restará afastada a tipicidade correspondente ao inc. IV do § 1º do art. 177 do Código Penal.

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (tendo em vista os núcleos *comprar* e *vender*); material; instantâneo; de forma vinculada; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O patrimônio da sociedade por ações é o bem juridicamente protegido pelo inc. IV do § 1º do art. 177 do Código Penal.

Objeto material são as ações compradas ou vendidas.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo*, de acordo com a redação constante do inc. IV do § 1º do art. 177 do Código Penal, é o diretor ou o gerente da sociedade por ações.

O *sujeito passivo* é a própria sociedade por ações, bem como os seus acionistas.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito no instante em que o agente efetiva a transação de compra ou venda, por conta da sociedade, de ações por ela emitidas, sem a permissão legal.

Será admissível, como regra, a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito tipificado no inc. IV do § 1º do art. 177 do Código Penal somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *comprar* ou *vender* pressupõe um comportamento positivo por parte do agente.

No entanto, poderá ser levado a efeito o raciocínio correspondente à omissão imprópria se o garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir que o agente pratique um dos comportamentos previstos pelo inciso em estudo.

O diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade

Determina o § 3º do art. 30 da Lei nº 6.404/76:

§ 3º A companhia não poderá receber em garantia as próprias ações, salvo para assegurar a gestão dos seus administradores.

Assevera Noronha que a razão do dispositivo é clara, pois que por intermédio dele se impede “que a sociedade venha a receber, como garantia de crédito que possui, ações dela mesma. Seria, então, credora e fiadora ao mesmo tempo, o que é inadmissível.

Para haver o crime, é necessário que tenha a sociedade crédito contra acionista ou contra terceiro, e que, como garantia desse crédito, o diretor ou o gerente aceite ações da própria sociedade. São eles então os sujeitos ativos do delito, que manifestamente é *fraude*¹⁶⁵.

Penhor é um direito real que consiste, nos termos do art. 1.431 do Código Civil, na transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel (no caso, as ações da própria sociedade) suscetível de alienação; *caução*, a seu turno, seria o depósito levado a efeito a fim de assegurar uma obrigação assumida.

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (tendo em vista o núcleo *aceitar*); material; instantâneo; de forma vinculada; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O patrimônio da sociedade por ações é o bem juridicamente protegido pelo inc. V do § 1º do art. 177 do Código Penal.

Objeto material são as ações que foram aceitas em penhor ou caução.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O sujeito ativo, de acordo com a redação constante do inc. V do § 1º do art. 177 do

Código Penal, é o diretor ou o gerente da sociedade por ações.

O sujeito passivo é a própria sociedade por ações, bem como seus acionistas.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito no instante em que o agente efetiva a transação, aceitando como garantia de crédito as ações da própria sociedade em penhor ou em caução. Por se tratar de um crime plurissubsistente, no qual se é possível visualizar o fracionamento do *iter criminis*, será admissível, como regra, a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito tipificado no inc. V do § 1º do art. 177 do Código Penal somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *aceitar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, no entanto, poderá se configurar a omissão imprópria quando o garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir a transação ilícita.

O diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios

O art. 202 da Lei de Sociedade por Ações cuida dos chamados dividendos obrigatórios, dizendo, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.303, de 2001, que os acionistas têm o direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto ou, se este for omissivo, a importância determinada de acordo com seus parágrafos.

O que a lei penal quer evitar, por intermédio do inc. VI do § 1º do art. 177 do diploma repressivo, é a distribuição de lucros ou dividendos fictícios, ou seja, que não correspondam com à realidade dos lucros da sociedade por ações.

Conforme lições de Hungria, “para verificação de lucros líquidos, é indispensável o balanço ao fim de cada ano social. Se há distribuição de dividendos sem prévio balanço ou em desacordo com este, a fraude é reconhecível *prima facie*. No caso do balanço falso, porém, é preciso distinguir entre a hipótese de falsidade intencional e a de inexatidão por erro de avaliação ou contabilidade, que tenha passado despercebido ao diretor ou gerente: no primeiro caso, haverá o crime de que ora se trata em concurso com o de falsidade material ou ideológica (arts. 299 ou 304); no segundo, nenhum crime poderá ser reconhecido. Balanço falso é o balanço *fraudulento*, como tal se entendendo, na espécie, aquele que, *artificialmente*, apresenta majoração dos valores ativos ou minoração dos valores passivos, de modo a fazer

supor um lucro inexistente ou superior ao que realmente existe".^{[166](#)}

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (tendo em vista o núcleo *distribuir* – lucros ou dividendos fictícios); material; instantâneo; de forma vinculada; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O patrimônio da sociedade por ações é o bem juridicamente protegido pelo inc. VI do § 1º do arts. 177 do Código Penal.

Objeto material são os lucros ou dividendos fictícios distribuídos pelo agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo*, de acordo com a redação constante do inc. VI do § 1º do art. 177 do Código Penal, é o diretor ou o gerente da sociedade por ações.

O *sujeito passivo* é a própria sociedade por ações, bem como seus acionistas.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito quando o agente, efetivamente, leva a efeito a distribuição dos lucros ou dividendos fictícios. Distribuir deve ser entendido no sentido de entregar, repassar os lucros ou dividendos fictícios aos acionistas.

Será admissível, como regra, a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito tipificado no inc. VI do § 1º do art. 177 do Código Penal somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *distribuir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, poderá se configurar a omissão imprópria quando o garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir a distribuição de lucros ou dividendos fictícios.

O diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer

Cuidando da assembleia geral, o art. 132 da Lei nº 6.404/76 determina: *Art. 132. Anualmente, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver uma assembleia geral para:*

I – tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras;

[...].

Competirá à assembleia geral, portanto, a aprovação das contas apresentadas pelos administradores da sociedade por ações, conforme esclarece, ainda, o art. 134 do mencionado diploma legal.

Analizando o tipo penal em estudo, José Henrique Pierangeli, com precisão, aduz: “A prática do crime se realiza mediante duas condutas: a primeira é de pessoa, a quem os administradores ou o fiscal cedem suas ações para que o cessionário vote na assembleia geral em seu favor; a segunda consiste em corromper acionistas, pessoas que têm direito a voto, para que votem de conformidade com o desejado pelos administradores ou fiscal.

Mas há burla também quando ocorre aliciamento de acionista verdadeiro, isto é, autêntico, que mediante suborno vota pela aprovação de ditas contas. O tipo penal fala em *conluio*, que significa conspiração, trama, maquinção, e que aqui tem bem o sentido de trama urdida, que tem por fim a aprovação da matéria submetida à assembleia geral. Conta e parecer devem estar em contraste com a verdade, e a sua aprovação representa uma lesão ou perigo de lesão, ao interesse da sociedade ou de outrem”.¹⁶⁷

Não configura interposição de pessoas, para fins de subsunção ao tipo previsto no art. 177, § 1º, inc. VII, do Código Penal – razão por que é atípico –, o exercício de voto, em assembleia de acionistas, por detentor de parte do capital acionário, já qualificado como votante.

A transferência de ações entre acionistas, feita e registrada regularmente, é operação legítima, desprovida de ilicitude penal, uma vez que constitui títulos representativos de frações do capital social, negociáveis e transmissíveis, nominalmente ou ao portador. A sociedade controladora, através de seus representantes legais, exerce, nas assembleias da sociedade controlada, o direito de voto condizente com suas próprias ações e, à míngua de infração criminal, ao direito civil concerne resolver litígios derivados de responsabilidade por eventuais prejuízos causados ao conjunto de acionistas (STJ, HC 58.052/SP, 6ª T., Rel. Min. Paulo Medina, pub. DJ 2/4/2007, p. 310).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo; formal; instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O patrimônio da sociedade por ações é o bem juridicamente protegido pelo inc. VII do § 1º do art. 177 do Código Penal.

O objeto material é a conta ou parecer que foi aprovada(o) indevidamente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo*, de acordo com a redação legal, é o diretor, o gerente ou o fiscal.

O *sujeito passivo* é a própria sociedade por ações, bem como seus acionistas.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a efetiva aprovação, pela assembleia geral, das contas ou parecer fraudulentos.

Será admissível, como regra, a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito tipificado no inc. VII do § 1º do art. 177 do Código Penal somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidade comissiva

A conduta narrada pelo inciso em estudo pressupõe um comportamento positivo praticado pelo agente.

O liquidante, nos casos dos nºs I, II, III, IV, V e VII

Os arts. 208 a 218 da Lei nº 6.404/76 cuidam da *liquidação* da sociedade por ações, que poderá ocorrer *judicial* ou *extrajudicialmente*, competindo ao *liquidante* representar a companhia e praticar todos os atos necessários à liquidação, inclusive alienar bens móveis ou imóveis, transigir, receber e dar quitação (art. 211).

A figura do liquidante é de tal importância e responsabilidade que entendeu por bem a lei penal incluí-lo em todas as figuras típicas previstas pelos incs. I, II, III, IV, V e VII. Como se percebe, somente nas hipóteses previstas pelo inc. VI do § 1º do art. 177 do Código Penal, que não lhe dizem respeito, é que o liquidante não poderá figurar como sujeito ativo do delito de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações.

Cuida-se, *in casu*, do chamado *tipo penal primariamente remetido*, no qual o intérprete, para que possa compreender e aplicar o tipo penal em questão, deverá, obrigatoriamente, deslocar-se para as demais figuras típicas por ele indicadas.

Classificação doutrinária

A correspondente a cada inciso já analisado, constante do § 1º do art. 177 do Código Penal.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Vide cada inciso objeto de análise.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo* é o liquidante, cujo comportamento deverá ser aferido em cada infração penal prevista pelos incs. I, II, III, IV, V e VII, do § 1º do art. 177 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é a própria sociedade por ações, bem como seus acionistas.

Consumação e tentativa

Deverão ser verificadas, isoladamente, em cada infração penal já analisada, cuja autoria poderá ser atribuída ao liquidante, nos termos do inc. VIII do § 1º do art. 177 do Código Penal.

Elemento subjetivo

Em todas as infrações penais cuja autoria se possa atribuir ao liquidante, exige-se o comportamento doloso do agente, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Vide os comentários levados a efeito quando do estudo dos incs. I, II, III, IV, V e VII do § 1º do art. 177 do estatuto repressivo.

O representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos nº's I e II, ou dá falsa informação ao Governo

Aplicam-se ao representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, os incs. I e II do § 1º do art. 177 do Código Penal. Além dessas infrações penais, também será responsabilizado criminalmente o mencionado representante que der falsa informação ao Governo, aqui entendido como o Governo brasileiro.

Trata-se, na sua primeira parte, de um tipo penal primariamente remetido, cujo conceito já foi explicitado quando do estudo do inciso anterior.

Dissertando sobre a infração penal em estudo, observa Mirabete: “As sociedades anônimas estrangeiras podem funcionar no Brasil, legalmente, com a autorização, mediante decreto, do Governo (art. 64 do Decreto-Lei nº 2.627/40), devendo manter no país um representante com plenos poderes para tratar e resolver qualquer questão (art. 67). Pode esse representante cometer os crimes de fraude sobre as condições econômicas da sociedade e de falsa cotação de ações ou títulos da sociedade (art. 177, § 1º, incs. I e II). Pode, ainda, dar falsa informação a respeito da sociedade ao Governo, respondendo criminalmente pelo fato. Exige-se que esteja consciente da falsidade da informação, sendo necessário que se refira esta a fato ou circunstância relevantes”.¹⁶⁸

Classificação doutrinária

Vide classificação doutrinária relativa aos incs. I e II do § 1º do art. 177 do Código Penal, no que diz respeito à primeira parte do inciso *sub examen*.

No que diz respeito à segunda parte do inc. IX do § 1º do art. 177 do Código Penal, trata-se de crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo; material; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido: nos casos dos inc. I e II do § 1º do art. 177 do diploma repressivo, *vide* notas a eles correspondentes.

Quanto ao fato de dar falsa informação ao Governo, bens juridicamente protegidos, *in casu*, seguindo as lições de Guilherme de Souza Nucci, são “o patrimônio societário e também a credibilidade das informações que interessam ao Estado”.¹⁶⁹

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo* é o representante de sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos incs. I e II do § 1º do art. 177 do Código Penal, ou dá falsa informação ao Governo.

O *sujeitos passivos* são a sociedade anônima, os acionistas, nas hipóteses previstas pelos referidos incs. I e II, bem como o Estado, quando o agente dá falsa informação ao Governo.

Consumação e tentativa: *vide* os momentos consumativos referentes aos incs. I e II do § 1º do art. 177 do Código Penal.

Quanto à segunda parte, o delito se consuma quando o representante de sociedade anônima estrangeira, efetivamente, fornece, entrega, dá ao Governo falsa informação.

Elemento subjetivo

O delito tipificado no inc. IX do § 1º do art. 177 do Código Penal somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva: *vide* os modelos de comportamentos referentes aos incs. I e II do § 1º do art. 177 do Código Penal.

O núcleo *dar*, constante da segunda parte do inc. IX em análise, pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

Pena, ação penal, extinção da punibilidade e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Ressalta Mirabete: “Pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 697, de 23/3/69, extinguiu-se a punibilidade dos crimes previstos no art. 177 do Código Penal para as emissões contábeis relativas a títulos registrados na forma do Decreto-Lei nº 286, de 28/2/67, exceto para os que não cumprissem, dentro de determinado prazo, as determinações daquele diploma legal”.^{[170](#)}

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

A ação penal relativa aos crimes tipificados nos arts. 171 e 177 do Código Penal é pública incondicionada. A ação penal privada subsidiária da pública, prevista no art. 29 do Código de Processo Penal, só tem cabimento quando há inércia do Ministério Público, o que não ocorreu no caso sob exame (STF, Inq 2242 AgR/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25/8/2006, p. 16).

Negociação de voto

O delito de *negociação de voto* veio tipificado no § 2º do art. 177 do Código Penal, com a seguinte redação, *verbis*: § 2º *Incorre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembleia geral.*

Há discussão doutrinária sobre a vigência do mencionado parágrafo.

Noronha entende que, “com a Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, introduziu-se uma figura nova na sistemática das sociedades por ações, qual seja, a do *acordo de acionistas* (art. 118 e parágrafos), derrogando o § 2º do art. 177 do estatuto penal”.^{[171](#)}

Guilherme de Souza Nucci, com razão, posiciona-se em sentido contrário, argumentando: “O acordo de acionistas e a punição civil estabelecida para quem abusar do direito de votar são insuficientes para revogar uma lei penal. Esta somente é considerada revogada de maneira expressa ou quando outra lei penal discipline inteiramente a matéria. O fato de haver possibilidade de o acionista ser responsável, respondendo pelos danos causados, pelo voto abusivo ou poder fazer acordos lícitos com outros acionistas não elide o delito, que tem por finalidade punir aquele que, fraudulentamente, busca obter vantagem para si ou para outrem em detrimento dos demais acionistas e da sociedade”.^{[172](#)}

Emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant* Art. 178.

Emitir conhecimento de depósito ou *warrant*, em desacordo com disposição legal: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Introdução

O tipo penal do art. 178 do diploma repressivo, que prevê o delito de *emissão irregular de conhecimento de depósito ou warrant*, comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4

(quatro) anos, e multa, para aquele que *emitir conhecimento de depósito ou warrant, em desacordo com disposição legal.*

Wille Duarte Costa, dissertando sobre o tema, esclarece: “Os armazéns-gerais são estabelecimentos próprios para depósito e conservação de mercadorias. Não basta armazenar, é preciso ter conhecimento suficiente para conservar a mercadoria, principalmente tratando-se de produtos perecíveis. Garantido pela estocagem e conservação de seus produtos, o depositante passa a ter com o estabelecimento depositário um valor geralmente considerável, que pode por ele, depositante, ser negociado. Daí que, quando o interessado procura o armazém-geral e nele deposita suas mercadorias, pode pedir que sejam emitidos, a seu favor, títulos de crédito em garantia do depósito feito e que são o *conhecimento de depósito* e o *warrant*”.¹⁷³

E continua o renomado autor, dizendo: “O *conhecimento de depósito* é um título de crédito correspondente às mercadorias depositadas no armazém-geral. O *warrant* é o instrumento de penhor sobre a mesma mercadoria. Os dois títulos são emitidos quando solicitados pelo depositante e nascem unidos, mas separáveis à vontade.

São títulos causais, pois só decorrem de depósito de produtos ou mercadorias em armazéns-gerais. São também títulos à ordem, pelo que qualquer deles pode circular por endosso.”¹⁷⁴

O *conhecimento de depósito* e o *warrant* são títulos emitidos conjuntamente, com possibilidade de sua separação e circulação mediante endosso, que poderá ser apenas de um deles ou de ambos, sendo que, nesta última hipótese, o endossatário possui pleno direito de disposição da mercadoria armazenada (TJMG, AI 1.0035.07.096680-5/001, 17ª Câm. Crim., Rel. Eduardo Mariné da Cunha, pub. 21/8/2007).

Após esses esclarecimentos indispensáveis à compreensão do tipo em estudo, podemos apontar os seguintes elementos que compõem a infração penal: *a)* a conduta de emitir conhecimento de depósito ou *warrant*; *b)* em desacordo com disposição legal.

O núcleo *emitir* é utilizado no sentido de fazer circular conhecimento de depósito ou *warrant*. No entanto, sua emissão somente pode ser entendida como criminosa quando levada a efeito em desacordo com disposição legal, vale dizer, quando é realizada contrariamente ao Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, que, embora com mais de cem anos de vigência, ainda continua regulando a matéria.

Trata-se, portanto, de norma penal em branco, cujo complemento ao seu preceito primário deverá ser encontrado no mencionado Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, que instituiu regras para o estabelecimento de empresas de armazéns-gerais, determinando direitos e obrigações dessas empresas.

Hungria aponta como irregular a emissão, de acordo com o aludido Decreto Presidencial, quando: “a) a empresa de armazém geral não esteja legalmente constituída; b) inexistir

autorização do governo federal para a emissão; c) serem os títulos arbitrariamente negociados pela própria empresa emissora; d) não existirem em depósito as mercadorias especificadas, ou não corresponderem as existentes, em qualidade, quantidade ou peso, às mencionadas nos títulos; e) tenha sido emitido mais de um *título duplo* sobre as mesmas mercadorias, salvo o disposto no art. 20 do Decreto nº 1.102.”¹⁷⁵

Além disso, deverão ser observados, quando da emissão do conhecimento de depósito ou *warrant*, os requisitos constantes do art. 15 do referido Decreto.

Planejando e executando estelionato, constante na emissão irregular de um conhecimento de depósito e *warrant*, inexistindo a respectiva mercadoria no armazém, incidem os acusados no delito previsto no art. 178 do Código Penal (TJSP, AC 130787, Rel. Weis de Andrade, RT 501, p. 265).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); formal; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O patrimônio é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*.

Objeto material é o conhecimento de depósito ou *warrant* emitido em desacordo com a disposição legal.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo* é o emitente do conhecimento de depósito ou *warrant*, em desacordo com disposição legal, sendo ele, quase sempre, o depositário da mercadoria.

O *sujeito passivo*, conforme aponta Luiz Regis Prado, “é o portador ou o endossatário dos títulos”.¹⁷⁶

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito no momento em que são colocados em circulação os títulos correspondentes ao conhecimento de depósito ou *warrant*.

Embora a posição majoritária seja no sentido de não permitir o reconhecimento da tentativa, entendemos que a infração penal em estudo encontra-se no rol daquelas consideradas plurissubsistentes, podendo-se, consequentemente, fracionar o *iter criminis*. Dessa forma, somente a análise do caso concreto nos permitirá concluir, com a necessária convicção, se o agente, efetivamente, colocou em circulação os títulos, consumando o delito, ou se a infração

penal permaneceu na fase do *conatus*.

Elemento subjetivo

O delito de emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant* somente poderá ser praticado dolosamente, não havendo, outrossim, previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *emitir* conhecimento de depósito ou *warrant*, em desacordo com disposição legal, somente pode ser praticada comissivamente.

No entanto, dependendo da hipótese concreta, será possível que o garantidor, devendo e podendo agir, dolosamente, nada faça para impedir a prática da infração penal, devendo, portanto, nos termos do § 2º do art. 13 do Código Penal, por ela responder.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada para o delito de *emissão irregular de conhecimento de depósito ou warrant*, tipificado no art. 178 do Código Penal, é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Deverão ser observadas, no entanto, as disposições contidas nos arts. 181, 182 e 183 do Código Penal.

Tendo em vista a pena mínima cominada ao delito em estudo, torna-se possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Fraude à execução Art. 179. Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa.

Introdução

O delito de *fraude à execução* veio previsto no art. 179 do Código Penal, cujo preceito secundário comina uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, para aquele que *fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas*.

Assim, de acordo com a redação típica, podemos destacar os seguintes elementos:

a) a conduta de fraudar execução; b) através da alienação, desvio, destruição ou danificação de bens, ou, ainda, simulando dívidas.

O ponto de partida para o nosso raciocínio é justamente apontar a partir de quando a conduta praticada pelo sujeito poderá ser considerada típica. O art. 179 do Código Penal menciona, expressamente, vários comportamentos destinados a *fraudar execução*. Dessa forma, somente se poderá reconhecer como típica a conduta do agente quando se estiver diante de uma *execução judicial*, afastando-se, portanto, as demais ações constantes do processo de conhecimento, bem como do processo cautelar.

A conduta, portanto, diz respeito a *fraudar processo de execução judicial*.

Para que se possa iniciar o raciocínio correspondente ao delito tipificado no art. 179 do Código Penal, será preciso, além da necessária distribuição da execução judicial, que o executado tenha sido citado, formando-se, assim, a relação jurídico-processual.

Nesse sentido, adverte Cezar Roberto Bitencourt: “A *fraude à execução* é crime de que só cogita a lei penal na pendência de uma lide civil, que só tem lugar após a citação do devedor para o *processo de execução*”.¹⁷⁷

Consoante entendimento jurisprudencial, ‘não se caracteriza a fraude à execução quando a alienação do bem ocorre antes da citação do devedor nos autos do executivo fiscal’. (Precedente: STJ, AgRg. no AREsp. 372.264/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/9/2013).[AC 0005958-02.2006.4.01.3812/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.2184 de 9/5/2014] (TRF-1^a Reg., AC 2004.41.00.001923-4/RO, Rel. Des. Fed. Jirair Aram Meguerian, DJe 18/8/2014).

Em sentido contrário, não exigindo a citação para efeitos de configuração do delito em estudo, professa Hungria: “Não é indispensável que haja uma *sentença*, bastando no caso de *títulos executivos* pré-constituídos, o ajuizamento da ação, e deste tenha conhecimento o devedor. Em qualquer caso, é necessária a ciência inequívoca do devedor, ainda que extrajudicialmente, de que seus bens estão na iminência de penhora, bem como a vontade de frustrar a execução, em prejuízo do credor exequente (ou dos que possam vir, em concurso à execução)”.¹⁷⁸

A execução proposta em juízo pode ter como fundamento um título judicial ou mesmo extrajudicial.

Com a finalidade de fraudar a execução, o agente pode alienar, desviar, destruir ou danificar bens, bem como simular dívidas.

Por *alienação* devem ser compreendidos todos os atos que importem em transferência de domínio, a exemplo do que ocorre com a compra e venda, doação etc. Faz-se mister ressaltar que nem toda alienação, praticada durante o curso da ação de execução judicial, poderá ser

considerada fraudulenta, pois que, para tanto, se exige a presença do necessário elemento subjetivo, vale dizer, a finalidade de fraudar a execução, que deverá ser devidamente demonstrada. Poderá ocorrer que o executado, por exemplo, não tendo outro meio de subsistência, se desfaça da coisa para que proveja a sua manutenção e de sua família. Enfim, o que se proíbe é a alienação fraudulenta de bens móveis, imóveis, ou mesmo de créditos.

A existência do delito de fraude à execução está condicionada à comprovação sobre a alienação ou oneração de bem do devedor; a existência de demanda pendente, instaurada contra o alienante ao tempo da alienação ou oneração, capaz de reduzi-lo à insolvência. E, ainda, a vontade livre e consciente do alienante de fraudar a execução (TJPR, ACR 0259029-0, 5^a Câm. Crim., Rel. Rosana Andriguetto de Carvalho, DJ 7.171).

O *desvio* importa em sonegar os bens à penhora, praticando atos que visem ocultá-los, a exemplo daquele que esconde seus bens para que não sejam descobertos pelo oficial de justiça.

A conduta de *destruir* é empregada pelo texto legal no sentido de eliminar, aniquilar, fazer extinguir o bem.

Danificar, entendido aqui com o mesmo sentido de *deteriorar*, é estragar, arruinar a coisa, que ainda existe, com sua utilidade diminuída ou eliminada, o que faz com que se reduza, consequentemente, o seu valor.

Salienta Noronha que tanto “a danificação como a destruição não necessitam ser integrais, bastando o sejam parcialmente, ocorrendo a fraude desde que elas tornem o bem insuficiente para o cumprimento da obrigação”.¹⁷⁹

Por meio da *simulação de dívida*, o agente, fraudulentamente, produz o aumento do seu passivo. Hungria dizia que, “nesse caso, é necessário que o crédito fictício (cujo titular é coautor do crime) provoque o *concurso de credores* e o rateio do ativo, em prejuízo dos credores legítimos. Antes disso, o que pode haver é simples *tentativa*”.¹⁸⁰

Não haverá crime se a conduta do agente recair sobre bens impenhoráveis, haja vista que, por intermédio do delito em estudo, busca-se garantir a execução com a penhora dos bens necessários ao pagamento do débito existente. Se o bem não pode ser penhorado, consequentemente, qualquer comportamento do agente que recaia sobre ele (destruindo-o, alienando-o etc.) deverá ser considerado um indiferente penal, uma vez que não faria parte, dada a sua natureza, do processo de execução.

Resta configurada a fraude à execução na alienação de veículo com prévia pendência judicial inscrita no Registro competente (DETAN-PR), em que o terceiro adquirente tinha, ou poderia ter, porque existiam razões para que não pudesse ignorar, conhecimento da existência de demanda judicial expropriatória sobre o veículo adquirido. (TJPR, AC 1162709-7, Rel. Des. Laertes Ferreira Gomes, DJe 16/10/2013) Pratica, em tese, o delito de fraude à execução, o agente que simula alienação de bem, com a apresentação de documento falso, a fim de frustrar a execução e, desse modo, impedir a penhora de bem (TRF 4^a Reg., ACR 2007.71.10.001859-1/RS, 8^a T., Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, jg. 28/4/2010, DEJF 7/5/2010, p.

612).

O ilícito penal descrito no *caput* do artigo 179 do CP é especial em relação ao crime de estelionato, haja vista possuir os elementos ‘enunciados’ na norma geral (artifício, ardil, engodo) acrescentados de circunstância especializante, qual seja, a preexistência de título executivo em desfavor do réu. Hipótese em que se opera a desclassificação. Pratica, em tese, o delito de fraude à execução, o agente que simula litígio em ação de cobrança de honorários profissionais, a fim de inviabilizar a efetivação das execuções fiscais previamente ajuizadas. O crime do artigo 179 do Estatuto Repressivo, conforme estabelecido em seu parágrafo único, procede-se somente mediante queixa, de forma que o Ministério Público Federal, nestes casos, atua exclusivamente como fiscal da Lei, não detendo legitimidade ativa *ad causam* (TRF 4^a Reg., HC 0004469-91.2010.404.0000, SC, 8^a T., Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 24/2/2010, DEJF 4/3/2010, p. 829).

Revela-se como atípica e, portanto, imune à sanção penal, a conduta do devedor que aliena parte de seu patrimônio, após citado para pagamento, em ação de execução, ou oferecimento de bens à penhora, se resta comprovado não haver seu patrimônio sofrido qualquer abalo em decorrência do ato, sendo – ainda – sintomática a aquisição com o valor recebido de imóvel de preço superior. Delito do art. 179 do Código Penal não configurado (STJ, HC 15317/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, 6^a T., DJ 23/6/2003, p. 443).

Não está caracterizado o delito de fraude processual (art. 347 do CP) na conduta do devedor executado que, como fiel depositário de bem penhorado, oculta-se para evitar o recolhimento para leilão, visto que nada foi inovado no bem, sequer induziu a erro o juiz. Caracterização, em tese, do delito de fraude à execução (art. 179 do CP), de ação penal privada. (TJRS, Ap. Crim. 699137675, 3^a Câm. Crim., Rel. Saulo Brum Leal, j. 24/6/1999).

Responde pelo delito do art. 179 do CP de 1940 o executado que, embora nomeado depositário, dá mau destino aos bens penhorados (RT 595, p. 378).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, dependendo do caso concreto, ser praticado via omissão imprópria); de forma livre; instantâneo (não se descartando a possibilidade de ser considerado como instantâneo de efeitos permanentes); de dano; material; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 179 do diploma repressivo é o *patrimônio* e, mesmo que mediataamente, a administração da justiça, punindo aqueles que visam desrespeitar as decisões judiciais.

Objeto material é o bem alienado, desviado, destruído ou danificado, com a finalidade de fraudar a execução.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo* é o devedor contra o qual está sendo promovida a ação de execução judicial. É, portanto, o *executado*.

O sujeito passivo é o credor que ocupa a condição de exequente na ação de execução judicial e que se vê lesado em seu direito patrimonial com o comportamento praticado pelo sujeito ativo, quando, visando fraudar a execução, aliena, desvia, destrói, danifica bens ou simula dívidas.

Consumação e tentativa

O delito se consuma com a prática de um dos comportamentos previstos pelo tipo, vale dizer, quando o agente aliena, desvia, destrói ou danifica bens, ou simula dívidas, impedindo, com isso, o sucesso da execução promovida judicialmente.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo necessário à configuração do delito de fraude à execução, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas pelo tipo penal do art. 179 do diploma repressivo pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, poderão ser praticadas via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 179 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Deverão ser observadas as determinações contidas nos arts. 181 e 183 do Código Penal.

A ação penal, nos termos do parágrafo único do mencionado art. 179, é de iniciativa privada. No entanto, será de iniciativa pública incondicionada na hipótese prevista pelo § 2º do art. 24 do Código de Processo Penal, que diz: *§ 2º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado ou Município, a ação será pública.*

A competência para o processo e julgamento do delito de fraude à execução será, pelo menos inicialmente, do Juizado Especial Criminal, haja vista que a infração penal em estudo se amolda ao conceito de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.099/1995, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Fraude a execução (art. 179 do Código Penal). Proposta de transação penal. Legitimidade. Cabe ao

Ministério Público propor a transação penal, ainda que em ação penal privada. A disponibilidade material da vítima reside na fase prévia de composição dos danos e iniciativa processual. Juiz. Elaborada a proposta de transação penal pelo magistrado, com a presença do Ministério Público em audiência, não se insurgindo sequer na fase recursal, presume-se de acordo com o conteúdo, não havendo o que anular pelos princípios do art. 2º e 65 da Lei nº 9.099/1995. art. 76, § 2º, inc. III da Lei nº 9.099/1995. (ReCrim. 71000887844, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais do RS, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 9/10/2006).

Capítulo VII – Da Recepção

Recepção

Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: (*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) **Recepção qualificada**

(*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) § 1º Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: (*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) § 2º Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência.

(*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) § 3º Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: (*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas.

(*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) § 4º A recepção é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

(*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) § 5º Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na recepção dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155.

(*Incluído pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) § 6º Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no *caput* deste artigo aplica-se em dobro.

A Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, modificou o art. 180 do Código Penal acrescentando novos núcleos em seu *caput*, criando mais dois parágrafos (os primeiros), além de renumerá-los.

A modalidade fundamental de receptação, como não poderia deixar de ser, encontra-se no *caput* do art. 180 do Código Penal. Em seu § 1º foi prevista a receptação qualificada. Houve, também, previsão da chamada receptação culposa, conforme se deduz do § 3º do mencionado art. 180.

Assim, podemos destacar, de acordo com os dispositivos legais citados, três modalidades de receptação: *a) simples; b) qualificada; c) culposa*.

A receptação simples será analisada ainda neste tópico, sendo que as demais, para efeito de melhor visualização, serão estudadas isoladamente.

Podemos visualizar no *caput* do art. 180 do Código Penal duas espécies de receptação, a saber: *a) própria; e b) imprópria*.

Diz-se própria a receptação quando a conduta do agente se amolda a um dos comportamentos previstos na primeira parte do *caput* do art. 180 do Código Penal, vale dizer, quando o agente: *adquire, recebe, transporta, conduz ou oculta, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime*. Merece destacar que as condutas de *transportar* e *conduzir* foram inseridas no *caput* do art. 180 do Código Penal pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

Denomina-se *imprópria* a receptação quando o agente leva a efeito o comportamento previsto na segunda parte do *caput* do art. 180 do Código Penal, ou seja, quando *influi para que terceiro, de boa-fé, adquira, receba ou oculte*.

Tanto na receptação própria quanto na imprópria, seja, por exemplo, adquirindo a coisa ou, mesmo, influenciando para que terceiro a adquira, o agente deve saber ser a *res produto de crime*.

Inicialmente, tendo em vista a determinação legal, não poderá ser considerado objeto material da receptação coisa que seja produto de *contravenção penal*, pois a lei exige a prática de um *crime* anterior.

Além disso, a redação constante do *caput* do art. 180 do Código Penal exige que a coisa seja *produto de crime*. A expressão *produto de crime* tem um sentido amplo, abrangendo tudo aquilo que for originário economicamente do delito levado a efeito anteriormente. Assim, por exemplo, aquele que, depois de praticar um delito de extorsão mediante sequestro, vier adquirir, com o valor do resgate, um automóvel, vendendo-o, posteriormente, a alguém que

sabia da origem ilícita de sua aquisição, o agente que o adquiriu deverá ser responsabilizado pelo crime de receptação.

Na receptação conhecida como própria, o sujeito pode praticar os seguintes comportamentos: *a) adquirir; b) receber; c) transportar; d) conduzir; e e) ocultar*, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime.

Adquirir tem o significado legal, como bem salientado por Luiz Regis Prado, “de obter a propriedade da coisa, de forma onerosa, como na compra, ou gratuita, na hipótese de doação. Inclui-se aqui a conduta de obter o produto do autor do crime anterior como compensação de dívida deste para com o agente. Pode, também, a aquisição originar-se de sucessão *causa mortis*, desde que o herdeiro saiba que a coisa fora obtida por meio criminoso pelo *de cuius*. Pode ainda ocorrer a receptação pela modalidade de adquirir, ainda que não haja vínculo negocial entre o autor do crime anterior e o agente, como na hipótese do indivíduo que se apodera da coisa atirada fora pelo ladrão que está empreendendo fuga, com pleno conhecimento de sua origem criminosa”.¹⁸¹

O núcleo *receber* é utilizado pelo tipo penal em estudo no sentido de ter o agente a posse ou a detenção da coisa, para o fim de utilizá-la em seu proveito ou de outrem. O agente, aqui, deve procurar algum benefício mediante o recebimento da coisa que lhe foi entregue. Se a quisesse para si, tomando-a do agente, seja a título oneroso ou gratuito, incorreria na conduta de *adquirir*; por outro lado, se sua finalidade não fosse usufruí-la, mas tão somente prestar ao outro agente auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime, o delito não poderia ser reconhecido como de receptação, mas, sim, como de favorecimento real, tipificado no art. 349 do Código Penal.

A conduta de *transportar*, como já o dissemos, foi inserida no *caput* do art. 180 do Código Penal pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996. Tal inserção se deu, principalmente, em razão do crescimento dos casos de roubo de cargas (alimentos, eletrodomésticos, cigarros etc.) transportadas em caminhões. Assim, pessoas eram contratadas para, depois da prática da subtração anterior, tão somente fazer o seu transporte até o local determinado por aquele que as havia adquirido. Dessa forma, o transporte passou a ser reconhecido como mais uma modalidade de receptação. No entanto, entendemos que tal inserção não se fazia necessária, haja vista que a regra relativa ao concurso de pessoas seria suficiente para também punir aquele que, de qualquer modo, tivesse concorrido para o crime. Assim, aquele que fora contratado para transportar a carga, tendo conhecimento de sua origem ilícita, dependendo da sua situação no grupo, poderia ser considerado coautor ou, no mínimo, partícipe do delito de receptação.

Para que se consuma o delito de receptação basta o mero ‘transporte’ da coisa, não sendo necessário o exaurimento da conduta (TJPR, ACR 0390033-2, 3^a Câm. Crim., Rel. Rogério Kanayama, j. 14/2/2008).

Também foi inserida no *caput* do art. 180 do Código Penal, pela Lei nº 9.426/1996, a conduta de *conduzir*. Ao que parece, o núcleo conduzir quer dizer respeito, efetivamente, ao ato de dirigir veículos (automóveis, motocicletas, caminhões etc.). A conduta de conduzir é semelhante à de transportar. Transportar implica remoção, transferência de uma coisa de um lugar para outro. Conduzir é guiar, dirigir. Somente o caso concreto, na verdade, é que nos permitirá, talvez, apontar o comportamento que melhor se amolde à conduta levada a efeito pelo agente.

Ocultar tem o sentido de esconder a coisa ou, ainda, de acordo com Noronha, “exprime a ação de subtraí-la das vistas de outrem; colocá-la em lugar onde não possa ser encontrada; ou apresentá-la por forma que torne irreconhecível, tudo fazendo difícil ou impossível a recuperação. A ação de ocultar pressupõe aquisição ou recebimento. É sucessiva a uma destas, vindo indicar atuação posterior sobre a coisa que se detém”.¹⁸²

Na receptação denominada imprópria, a conduta do agente é dirigida finalisticamente a *influir* para que terceiro, de *boa-fé*, adquira, receba ou oculte coisa que sabe ser produto de crime.

Inicialmente, vale destacar que aquele que é influenciado a praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo – adquirir, receber ou ocultar – deve agir de boa-fé, desconhecendo a origem criminosa da coisa, sendo, portanto, atípica sua conduta. Ao contrário, se o terceiro, que fora influenciado pelo agente, tiver conhecimento da origem criminosa da coisa, afastada a boa-fé, também será considerado receptador.

A conduta central da receptação imprópria é o núcleo *influir*, utilizado no sentido de influenciar para que terceiro, de boa-fé, adquira, receba ou oculte. O agente, portanto, que influencia terceira pessoa à prática de qualquer um desses comportamentos deve saber que a coisa oferecida é produto de crime.

Noronha afirma tratar-se de *mediação criminosa*: “O agente não executa as ações incriminadas anteriormente, mas age como mediador, para que terceiro as pratique. Influir é incutir, estimular, inspirar, entusiasmar, excitar etc. Os meios de que lançará mão o mediador, para influir, podem ser vários, com eles não se preocupando a lei, que apenas tem em vista a ação: influir.”¹⁸³

Na verdade, a expressão utilizada por Noronha – *mediador criminoso* – não afasta sua condição de verdadeiro autor do delito de receptação, pois que pratica o comportamento expressamente narrado na segunda parte constante do *caput* do art. 180 do Código Penal. Mas pode ser considerado, realmente, um mediador, pois que, dependendo da situação concreta, pode ter agido como uma “ponte” entre o autor do crime anterior e o terceiro que, de boa-fé, adquiriu, recebeu ou ocultou a coisa sem ter conhecimento de que se tratava de produto de crime.

Pode ser até mesmo que o receptador, que havia adquirido a coisa, sabendo tratar-se de produto de crime, influencie para que terceiro, de boa-fé, por exemplo, a adquira. Imagine-se a hipótese daquele que, após adquirir um televisor que havia sido roubado, querendo guardá-lo em segurança, pede a terceiro, de boa-fé, que o receba. A nosso ver, não estaremos diante de dois crimes de receptação, mas de crime único, podendo-se considerar o segundo comportamento um pós-fato impunível.

Em sentido contrário ao nosso entendimento, manifesta-se Cezar Roberto Bitencourt, asseverando: “A receptação descrita no *caput* apresenta a *curiosidade* de ser um tipo misto *alternativo* e, ao mesmo tempo, *cumulativo*. Como efeito, se o agente praticar cumulativamente as condutas de adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar coisa produto de crime, praticará um único crime, ocorrendo o mesmo se *influir* para que terceiro de boa-fé adquira, receba ou oculte coisa proveniente de crime. Trata-se de *crimes de ação múltipla* ou de *conteúdo variado*. No entanto, se o agente praticar as duas espécies de receptação – *própria e imprópria* –, ou seja, primeiro adquirir a coisa que sabe ser produto de crime e depois influenciar para que terceiro de boa-fé faça o mesmo, *cometerá dois crimes*; nessas modalidades, estamos diante de *tipos mistos cumulativos*, e não alternativos, como nas circunstâncias antes relacionadas”.¹⁸⁴

Deve ser ressaltado, ainda no que diz respeito à receptação imprópria, que não foram inseridos os núcleos transportar e conduzir, tal como ocorreu com a receptação própria.

Dado que a existência de delito antecedente constitui elemento do delito de receptação (“coisa produto de crime”), em tese é possível admitir que as provas da materialidade do delito antecedente possam contribuir para a configuração de elemento da receptação, o que aponta para a conexão instrumental (processual) prevista no art. 76, III, do CPP entre o delito antecedente e a receptação (STJ, CC 146.049/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, S. 3, DJe 1º/06/2016).

Documentos de uso pessoal e cartões bancários. Objetos que não possuem, em si, o valor econômico necessário a tipificar o crime do *caput* do art. 180 do CP. Precedentes do STJ. Absolvição (TJRS, ACR 70036506251, Palmeira das Missões, 5ª Câm. Crim., Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. 7/7/2010, DJERS 10/8/2010).

No crime de receptação dolosa, a mera negativa do agente quanto ao desconhecimento da origem ilícita dos bens adquiridos não se mostra hábil à reforma do édito condenatório, mormente se os elementos de convicção reunidos indicam o contrário, eis que, como comerciante experiente, deveria prever-se da procedência da mercadoria que tinha em depósito e expunha à venda, já que, pelo valor pago pelos bens, seria indubioso que assumiu conscientemente o risco da conduta criminosa, não se preocupando com o resultado, mormente porque tinha plena ciência da ausência de nota fiscal (TJMG, AC 1.0342.03.032082-0/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 31/7/2009).

A receptação é crime de ‘ação múltipla’, quer dizer, se o agente comete mais de uma das condutas do tipo do art. 180, *caput*, do CP, pratica apenas uma violação legal. Precedentes. A receptação na modalidade ‘transportar’ é crime permanente (TJPR, Rese 0381220-6, 3ª Câm Crim., Rel. Rogério Kanayama, j. 21/2/2008).

Crime de receptação. Prova suficiente. Elemento subjetivo demonstrado. Na oficina mecânica, locada pelo acusado, foram apreendidos diversos automóveis, alguns destes desmontados, produtos de furtos e roubos. Circunstâncias a confirmar o dolo. (TJRS, Ap. Crim. 70020262077, 6ª Câm. Crim., Rel Nereu José Giacomolli, j. 16/8/2007) **Classificação doutrinária – art. 180, caput** Crime comum, tanto em relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo, haja vista que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial; doloso; comissivo (podendo, excepcionalmente, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); omissivo próprio (na hipótese de ocultação, dependendo do caso concreto); material (em ambas as espécies – própria e imprópria, embora, para a maioria dos autores, a receptação imprópria seja considerada crime formal); instantâneo (no que diz respeito às condutas de adquirir, receber); permanente (enquanto o agente estiver transportando, conduzindo ou ocultando a coisa); monossubjetivo; plurissubstente; não transeunte (como regra).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser o *sujeito ativo*, bem como *sujeito passivo*, do crime de receptação.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito, no que diz respeito à *receptação própria*, quando o agente, efetivamente, pratica qualquer um dos comportamentos previstos na primeira parte do *caput* do art. 180 do Código Penal, ou seja, quando adquire, recebe, transporta, conduz ou oculta, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime.

Assim, a entrega da coisa para o agente que pratica um dos comportamentos típicos anteriormente narrados faz com que se consuma a infração.

Tratando-se de crime material e plurissubstente, será perfeitamente possível a tentativa.

Quanto à *receptação imprópria*, prevista na segunda parte do *caput* do art. 180 do Código Penal, a maioria de nossos autores reconhece sua consumação tão somente quando o agente pratica o comportamento de *influir* para que terceiro, de boa-fé, adquira, receba ou oculte a coisa, apontando, pois, sua natureza formal. Nesse sentido, afirma Cesar Roberto Bitencourt que “o Código Penal não exige que o terceiro de boa-fé acabe praticando a conduta a que o autor pretendeu induzi-lo. Assim, consuma-se a receptação imprópria com a simples influência exercida por aquele”.¹⁸⁵

Apesar da força do raciocínio, ousamos dele discordar. Entendemos que quando a lei penal usa o verbo *influir*, quer significar ter influência decisiva, fazendo com que o sujeito, efetivamente, pratique um dos comportamentos previstos pelo tipo penal, vale dizer, adquira, receba ou oculte a coisa cuja origem criminosa desconheça, em virtude de sua boa-fé. Influir, portanto, quer dizer *determinar* a que o sujeito faça alguma coisa.

Caso essa influência não resulte na prática de qualquer das condutas narradas pelo tipo, ou seja, na hipótese de o sujeito, já influenciado pelo agente, não receber a coisa por

circunstâncias alheias à vontade deste, o máximo que se poderá reconhecer, aqui, será a tentativa, pois que deu início à execução da receptação imprópria quando levou a efeito a conduta de *influir*, isto é, determinar, induzir, influenciar para que o sujeito, de boa-fé, adquirisse, recebesse ou ocultasse a coisa.

Para a configuração do delito de receptação, exige-se apenas que o objeto material do delito seja produto de crime e que isso seja de ciência do agente, não havendo necessidade de se indagar acerca do momento consumativo do crime tido por ‘antecedente’ (STJ, *RHC 37548/ES*, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJe* 30/4/2014).

A consumação no crime de receptação se dá no local em que perpetrados os atos de aquisição, recebimento ou ocultação do bem (Precedentes) (STJ, *HC 21732/SP*, Rel. Hamilton Carvalhido, 6^a T., *DJ* 17/2/2003, p. 374).

Receptação qualificada

Ab initio, existe controvérsia doutrinária quanto ao fato de se consignar, no § 1º do art. 180 do Código Penal, uma modalidade de receptação denominada de *qualificada*. Isso porque, mediante a análise da figura típica, verifica-se que o legislador, além de manter as condutas previstas no *caput* do mencionado artigo, fez inserir outras que lhe eram estranhas, fazendo com que alguns autores o entendessem como verdadeiro tipo penal autônomo.

Nesse sentido, Damásio de Jesus afirma: “O dispositivo não descreve causa de aumento de pena ou qualificadora. Não contém meras circunstâncias. Cuida-se de figura típica autônoma: menciona seis verbos que não se encontram no *caput*, repete cinco condutas e apresenta dois elementos subjetivos do tipo. Não é um simples acréscimo à figura típica reitora da receptação”.¹⁸⁶

Saindo em defesa da terminologia utilizada pelo legislador, Guilherme de Souza Nucci esclarece: “Em que pese parte da doutrina ter feito restrição à consideração desse parágrafo como figura qualificada da receptação, seja porque ingressaram novas condutas, seja pelo fato de se criar um delito próprio, cujo sujeito ativo é especial, cremos que houve acerto do legislador. Na essência, a figura do § 1º é, sem dúvida, uma receptação – dar abrigo a produto de crime –, embora com algumas modificações estruturais. Portanto, a simples introdução de condutas novas, aliás típicas do comércio clandestino de automóveis, não tem o condão de romper o objetivo do legislador de qualificar a receptação, alterando as penas mínima e máxima que saltaram da faixa de 1 a 4 anos para 3 a 8 anos”.¹⁸⁷

Somos partidários dessa última posição, haja vista que o § 1º do art. 180 do Código Penal acrescentou dados (mesmo que sejam condutas novas, ou qualidades especiais – comerciante ou industrial) que não se afastam do tipo fundamental e que têm a nítida finalidade de exercer maior juízo de reprovação quando praticados.

Existe, também, controvérsia jurisprudencial a respeito do tema.

Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 443.388/SP, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, 2^a T., j. 18/08/2009; RHC 117.143/RS, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, 1^a T., j. 25/06/2013) e da Terceira Seção desta Corte, “não se mostra prudente a imposição da pena prevista para a receptação simples em condenação pela prática de receptação qualificada, pois a distinção feita pelo próprio legislador atende aos reclamos da sociedade que representa, no seio da qual é mais reprovável a conduta praticada no exercício de atividade comercial” (EREsp 772.086/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, S. 3, DJe 11/04/2011) (STJ, AgRg no REsp 1.497.836/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 26/09/2016).

Consoante consignado no Tribunal *a quo* “[...] embora necessária a comprovação do dolo para caracterização do delito em commento, para a sua verificação não se faz imprescindível que o agente tenha ciência da origem ilícita do bem, visto que, na modalidade qualificada, basta que as circunstâncias fáticas e suas condições pessoais (proprietário de uma construtora) demonstrem ter ele condições de saber que o bem adquirido tratava-se de produto de crime.” (STJ, HC 342.963/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 23/08/2016).

A pena cominada à forma qualificada da receptação é justificada na maior gravidade da conduta praticada, visto que a atividade comercial ou industrial na qual se insere a receptação lesiona o mercado, ao distorcer a livre concorrência, e os consumidores, ao lhes fornecer produtos de origem ilícita (STJ, AgRg no REsp 1.084.458/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 26/06/2015).

Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 443.388/SP, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, 2^a T., julg. 18/08/2009; RHC 117.143/RS, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, 1^a T., julg. 25/06/2013) e da Terceira Seção desta Corte, “não se mostra prudente a imposição da pena prevista para a receptação simples em condenação pela prática de receptação qualificada, pois a distinção feita pelo próprio legislador atende aos reclamos da sociedade que representa, no seio da qual é mais reprovável a conduta praticada no exercício de atividade comercial” (EREsp 772.086/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julg. 13/10/2010) (STJ, HC 222.909/SP, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5^a T., DJe 12/05/2015).

A definição das formas qualificadas para algumas espécies de delitos, as quais via de regra acompanham um apenamento mais gravoso, se justifica pela necessidade de se impor um maior juízo de reprovabilidade às condutas que afetem de forma mais intensa os bens penalmente protegidos. Não se mostra prudente a imposição da pena prevista para a receptação simples em condenação pela prática de receptação qualificada, pois a distinção feita pelo próprio legislador atende aos reclamos da sociedade que representa, no seio da qual é mais reprovável a conduta praticada no exercício de atividade comercial. Precedente da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça e da Corte Suprema (STJ, HC 163419/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 1º/8/2011).

Receptação simples (dolo direto) e receptação qualificada (dolo indireto eventual). Cominação de pena mais leve para o crime mais grave (CP, art. 180, *caput*) e de pena mais severa para o crime menos grave (CP, art. 180, § 1º). Transgressão, pelo legislador, dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização *in abstracto* da pena. Limitações materiais que se impõem à observância do Estado, quando da elaboração das leis. A posição de Alberto Silva Franco, Damásio E. Jesus e de Celso, Roberto, Roberto Júnior e Fábio Delmanto. A proporcionalidade como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. O *due process of law* em sua dimensão substantiva (CF, art. 5º, inc. LIV). Doutrina. Precedentes. A questão das antinomias (aparentes e reais). Critérios de superação.

Interpretação ab-rogante. Excepcionalidade. Utilização, sempre que possível, pelo Poder Judiciário, da interpretação corretiva, ainda que desta resulte pequena modificação no texto da lei. Medida cautelar deferida (*HC 102094MC/SC*, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 2/8/2010, Inovações Legislativas 23 a 27 agosto de 2010, *Informativo STF nº 597*).

O art. 180, § 1º, do Estatuto Repressivo é constitucional e pode ser aplicado através da utilização da interpretação extensiva, ampliando o significado da expressão deve saber (dolo eventual), englobando também a expressão sabe (dolo direto). O comerciante ou industrial que adquire, vende, expõe a venda mercadoria que sabe ou devia saber ser de origem ilícita responde pela figura qualificada (STF, ARE 705620 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., *DJe* 11/4/2013).

Assim, a primeira característica que o torna especial em relação ao *caput* do art. 180 diz respeito à qualidade do autor, pois trata-se de crime próprio, somente podendo ser levado a efeito por quem gozar do *status de comerciante ou industrial*, pois que as ações referidas pelo tipo penal qualificado devem ser praticadas no *exercício de atividade comercial ou industrial*, mesmo que tal comércio seja *irregular ou clandestino*, inclusive o *exercido em residência*, conforme esclarece o § 2º do art. 180 do diploma repressivo.

Partindo do pressuposto de que o agente se encontra no exercício de atividade comercial ou industrial, verifica-se se houve a prática de um dos comportamentos narrados pelo mencionado § 1º, vale dizer, se, em proveito próprio ou alheio, ele veio a: a) adquirir; b) receber; c) transportar; d) conduzir; e) ocultar; f) ter em depósito; g) desmontar; h) montar; i) remontar; j) vender; l) expor à venda; m) utilizar – *coisa que deve saber ser produto de crime*.

As cinco primeiras condutas já foram analisadas quando do estudo da receptação, em sua modalidade fundamental. Buscaremos, agora, entender as demais.

Verifica-se, pela análise dos novos comportamentos inseridos no tipo penal que prevê a receptação qualificada, a nítida intenção do legislador em direcionar a aludida figura típica basicamente às hipóteses de “desmanches de carros”, tão comuns nos dias de hoje, em oficinas clandestinas que mantêm, em virtude de suas atividades, um intenso comércio com carros roubados e furtados, merecendo, assim, maior juízo de reprovação, conforme se verifica pela pena a ele cominada, que varia entre 3(três) e 8(oito) anos de reclusão, e multa.

Ter em depósito significa armazenar, guardar, manter, conservar a coisa recebida em proveito próprio ou de terceiro. Trata-se, nesse caso, de infração penal de natureza permanente.

Desmontar tem o sentido de separar as peças existentes, desencaixar, a exemplo do que acontece com aquele que é contratado para, tão somente, separar as peças constantes de um automóvel que havia sido objeto de subtração, ou mesmo aquelas que fazem parte de um

microcomputador que também foi produto de crime.

Montar quer dizer juntar as peças que se encontravam separadas do todo, encaixando-as de modo que permitam o funcionamento da coisa. Pode ocorrer a hipótese em que tenha havido a subtração de peças integrantes de um determinado objeto, produzidas por diversos fabricantes especializados, cabendo ao agente juntá-las, encaixá-las, fazendo com que a coisa funcione da forma para a qual fora projetada.

Remontar significa montar novamente, ou seja, o objeto já tinha sido montado uma primeira vez, estando pronto para uso, quando foi desmontado. Agora, o agente o remonta, permitindo o uso para o qual fora destinado, consertando-o, reparando-o.

A conduta de *vender*, conforme salienta Luiz Regis Prado, “expressa a conduta do comerciante ou industrial de transferir a outrem, mediante pagamento, a posse da coisa obtida com o crime antecedente”.¹⁸⁸

Já o comportamento de *expor à venda* se traduz tão somente no fato de exibir, mostrar a coisa de origem criminosa com a finalidade de transferi-la a terceiro, mediante determinado pagamento.

A última conduta diz respeito ao fato de o agente, de qualquer forma, *utilizar*, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que saiba ser produto de crime. *Utilizar* significa, como esclarece Mirabete, “fazer uso, usar, valer-se, empregar com utilidade, aproveitar, ganhar, lucrar”.¹⁸⁹

A expressão *de qualquer forma*, utilizada no texto legal, não permite o raciocínio da chamada interpretação analógica, uma vez que o rol dos comportamentos proibidos pelo tipo penal em estudo é taxativo. Essa expressão, na verdade, está ligada diretamente à utilização da coisa que o agente deve saber ser produto de crime, vale dizer, qualquer forma de uso que atenda aos interesses do agente no exercício de atividade comercial ou industrial.

O delito de receptação qualificada (art. 180, § 1º, do Código Penal) admite o dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, pois a conduta é praticada por comerciante, de quem se exige maior cautela na verificação da procedência dos bens que adquire. Inviável o pleito absolutório quanto ao crime de receptação qualificada (TJDF, Rec. 2008.03.1.009267-8, Ac. 437.103, 2ª T. Crim., Rel. Des. Arnoldo Camanho, *DJDFTE* 16/8/2010, p. 412).

Opera-se a adequação típica ao disposto no art. 180, § 1º, do Código Penal, quando o agente que, embora exerce atividade comercial ligada à venda de peças automotivas usadas, é encontrado em posse de partes de veículos com numeração identificadora raspada e depositadas na sede de seu empreendimento e cuja proveniência lícita não é demonstrada, razão pela qual se impõe a inversão do ônus da prova em tais circunstâncias, notadamente quando dotado o réu de plenas condições de conhecer a origem espúria (TJSC, ACR 2010.005410-7, Blumenau, Rel.^a Des.^a Salete Silva Sommariva, j. 9/8/2010, *DJSC* 16/8/2010, p. 196).

Para que se configure a receptação dolosa qualificada, basta a prova de que o agente, no exercício de atividade comercial, tenha adquirido e exposto à venda objeto o qual deveria ter consciência da procedência

ilícita. A jurisprudência vem entendendo que, em se tratando de crime de receptação, a apreensão de bens em poder do acusado inverte o ônus da prova, impondo-lhe o dever de prestar cabal explicação que justifique o fato, a fim de elidir o dolo caracterizador do tipo. Não tendo o acusado comprovado ser de outro o bem ilícito apreendido, resta demonstrada a autoria e a materialidade da receptação qualificada, bem como o dolo caracterizador do tipo. Tratando-se de receptação qualificada (art. 180, § 1º, CP), a solução mais razoável é aplicar a sanção prevista no *caput* do artigo 180, do Código Penal, em respeito aos princípios da harmonia e da proporcionalidade. Enquanto o delito de receptação previsto no *caput* do artigo 180 do CP exige o dolo direto do agente, impondo a pena de 1 a 4 anos de reclusão e multa, a receptação qualificada, disposta no § 1º do referido dispositivo legal, prevê o dolo eventual ao dispor a elementar deve saber, cuja pena cominada é de 3 a 8 anos de reclusão e multa. Dessa forma, o legislador impôs pena mais elevada ao fato de menor gravidade, o que fere os princípios da harmonia e da proporcionalidade. Pena reduzida (TJES, ACR 35080131242, 1ª Câm. Crim., Rel.^a Des.^a Subst. Heloisa Cariello, *DJES* 12/8/2010, p. 252).

Na receptação qualificada, a mera alegação de desconhecimento da origem ilícita dos bens adquiridos não socorre o agente que exerce atividade comercial ou industrial, pois deste exige-se maior acuidade em seus negócios, ainda mais quando os bens são adquiridos por valor inferior ao valor de mercado e sem nota fiscal, ou qualquer outro documento de identificação fiscal, fortes indicativos da origem espúria dos bens adquiridos (TJMG, AC 1.0572.03.001812-9/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, *DJ* 25/6/2009).

As instâncias ordinárias reconheceram que os Pacientes sabiam que a coisa era produto de crime, portanto, se o dolo eventual, nos termos da jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça, é suficiente para configurar o tipo de receptação qualificada, com mais razão deve-se aplicar a pena mais grave aos condenados pela prática do crime com dolo direto, como no caso dos autos. Em que pese a imprecisão técnica do legislador ao redigir o § 1º do art. 180 do Código Penal, não há razão para suspender a eficácia da sentença condenatória, afastando a aplicação da pena mais gravosa prevista para a receptação qualificada pelo fato de o crime ser praticado no exercício de atividade comercial ou industrial, obviamente mais grave que a figura simples (STJ, HC 116728/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5ª T., *DJe* 19/12/2008).

Não se pode admitir a aplicação da pena prevista para a receptação simples ao réu condenado pela prática do delito de receptação qualificada, sob pena de negativa de vigência ao art. 180, § 1º, CP. Nesse sentido, impende consignar que a pena mais severa cominada à forma qualificada do delito tem razão de ser, tendo em vista a maior gravidade e reprovabilidade da conduta, uma vez que praticada no exercício de atividade comercial ou industrial. Trata-se de opção legislativa, em que se entende haver a necessidade de repressão mais dura a tais condutas, por se entender serem dotadas de maior lesividade (STJ, AgRg. no REsp. 1046668/SP, Rel.^a Min.^a Jane Silva, 6ª T., *DJe* 3/11/2008).

A atividade comercial irregular ou clandestina também integra o tipo do parágrafo 1º do art. 180 do Código Penal (STJ, EDcl no HC 33603/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., *DJ* 17/4/2006, p. 208).

O Código Penal prevê modalidades diferentes de conduta para o delito de receptação, estatuindo uma forma qualificada, delineada em um crime próprio – que tem como sujeito ativo um comerciante ou industrial – e mais grave, com punição mais severa. Se o Legislador previu no § 1º do art. 180 do CP um tipo autônomo, descrevendo condutas não referidas no *caput* do dispositivo, para o qual fixou sanção mais gravosa, tornam-se inafastáveis os seus preceitos e vedadas quaisquer formas de troca de apenamento, sob pena de violação à independência dos poderes (STJ, REsp. 753760/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., *DJ* 6/3/2006, p. 435).

Modalidade equiparada

O § 2º do art. 180 do Código Penal, inserido pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, criou uma *cláusula de equiparação* dizendo: § 2º *Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.*

A origem dessa inserção deveu-se, basicamente, às hipóteses de desmanches clandestinos de veículos, tão comuns nos dias de hoje. Sua finalidade foi ampliar o conceito de *atividade comercial* ou *industrial*, abrangendo qualquer forma de comércio, mesmo os irregulares ou clandestinos, ainda que praticados em residência. Com essa última indicação, buscava-se amoldar também ao comportamento típico as conhecidas “oficinas de fundo de quintal”, cujas atividades ilícitas são levadas a efeito na própria residência do agente.

[Para a receptação qualificada basta prova de que o agente exerce qualquer forma de comércio, ainda que irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência, na forma do art. 180, § 2º, do Código Penal \(TJMG, AC 1.0002.04. 001968-5/001, Rel. Judimar Biber, DJ 17/8/2007\).](#)

Classificação doutrinária – art. 180, § 1º

Crime próprio com relação ao *sujeito ativo*, uma vez que o tipo penal exige a qualidade de comerciante ou industrial, mesmo que essas atividades sejam irregulares ou clandestinas, e comum quanto ao *sujeito passivo*; doloso; comissivo e omissivo próprio (podendo ser praticado, também, mediante omissão imprópria, sendo o agente considerado como garantidor); material; de dano; instantâneo; permanente (por meio das modalidades *ter em depósito, expor à venda e ocultar*); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente aqueles que estiverem no exercício de atividade comercial ou industrial, seja ela irregular ou clandestina, ainda que praticada em residência, poderão figurar como *sujeito ativo* da receptação qualificada, prevista pelo § 1º do art. 180 do Código Penal, tratando-se, pois, nesse sentido, de crime próprio.

Ao contrário, qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito passivo* da receptação qualificada.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito de receptação qualificada (§ 1º do art. 180 do CP) quando o agente, efetivamente, adquire, recebe, transporta, conduz, oculta, tem em depósito, desmonta, monta, remonta, vende, expõe a venda ou de qualquer forma utiliza, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime.

Será possível a tentativa.

Elemento subjetivo

O *caput* e o § 1º do art. 180 do Código Penal traduzem as modalidades dolosas do delito de receptação, sendo que o seu § 3º prevê aquela de natureza culposa.

Assim, o delito de receptação pode ser praticado dolosa ou culposamente.

O elemento subjetivo do crime de receptação dolosa é aferido pelas circunstâncias fáticas do evento criminoso, que demonstram o dolo do agente. As peculiaridades do caso concreto autorizam concluir que o recorrente tinha ciência da origem ilícita da motocicleta encontrada em seu poder, não havendo amparo a subsidiar a tese defensiva (TJ-DFT, Processo: 20161010019949APR, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, DJe 18/10/2016).

O dolo na receptação é de difícil comprovação, devendo ser extraído do comportamento da pessoa e das demais circunstâncias que cercam o fato, sendo que a jurisprudência, a exemplo do que ocorre nos casos de roubo ou furto, tem entendido que a apreensão do bem subtraído em poder do agente ocasiona a presunção de sua responsabilidade, operando-se a inversão do ônus probatório, cabendo a ele justificar a sua posse, sob pena de condenação (TJPR, ACR 0443496-8, 4ª Câm. Crim., Rel. Antônio Martelozzo, j. 24/4/2008).

No entanto, no que diz respeito às modalidades dolosas, faz-se mister uma análise mais detida sobre o termo *sabe* e a expressão *deve saber*, sendo que o primeiro veio consignado no *caput* do art. 180 e a segunda, em seu § 1º.

Existe controvérsia doutrinária no que diz respeito à distinção entre o termo *sabe* e a expressão *deve saber*.

Tem-se entendido, de forma esmagadoramente majoritária, que a expressão *sabe ser produto de crime* é indicativa de *dolo direto*, não se admitindo, aqui, o raciocínio correspondente ao *dolo eventual*.

No entanto, reina a confusão quando a discussão gira em torno da expressão *que deve saber ser produto de crime*, sendo que, para alguns, deverá ser entendida como indicativa de *dolo eventual* e, para outros, como modalidade culposa de comportamento.

Além disso, tem-se afirmado, ainda, que o § 1º do art. 180 do Código Penal é ofensivo ao princípio da proporcionalidade, haja vista que pune o agente que atua com *dolo eventual* (em virtude da interpretação que se dá à expressão *deve saber*) de forma mais severa do que aquele que pratica a receptação com dolo direto (conforme expressão contida no *caput* do art. 180 do Código Penal).

Nesse sentido, afirma Alberto Silva Franco: “Tendo-se por diretriz o princípio da proporcionalidade, não há como admitir, sob o enfoque constitucional, que o legislador ordinário estabeleça um preceito sancionatório mais gravoso para a receptação qualificada quando o agente atua com dolo eventual e mantenha, para a receptação do *caput* do art. 180, um comando sancionador sensivelmente mais brando quando, no caso, o autor pratica o fato criminoso com dolo direto. As duas dimensões de subjetividade ‘dolo direto’ e ‘dolo eventual’ podem acarretar reações penais iguais, ou até mesmo, reações penais menos rigorosas em

relação ao ‘dolo eventual’.

O que não se pode reconhecer é que a ação praticada com ‘dolo eventual’ seja três vezes mais grave – é o mínimo legal que detecta o entendimento do legislador sobre a gravidade do fato criminoso – do que quase a mesma atividade delituosa, executada com dolo direto. Aí, o legislador penal afrontou, com uma clareza solar, o princípio da proporcionalidade.”¹⁹⁰

Ao final de sua exposição, com o apoio no magistério de Damásio de Jesus, o renomado autor concluiu pela impossibilidade de aplicação das penas cominadas no § 1º do art. 180 do Código Penal e, como consequência, a aplicação daquelas previstas no preceito secundário do *caput* do mencionado artigo.

Apesar da força do raciocínio do ilustre penalista, não podemos com ele concordar.

Para nós, é certo que o termo *sabe* traduz o dolo direto, da mesma forma que, segundo nossa posição, o dolo eventual é indicado pela expressão *deve saber*. No entanto, a previsão expressa do dolo eventual no § 1º do art. 180 do Código Penal não elimina a possibilidade do raciocínio correspondente ao dolo direto. Ao contrário, quando se menciona expressamente o dolo direto, é sinal de que foi intenção da lei penal afastar a sua modalidade eventual.

Devemos, pois, no § 1º do art. 180 do Código Penal, levar a efeito a chamada *interpretação extensiva*, a fim de nele compreender não somente o dolo eventual (*minus*), como também o dolo direto (*plus*).

A preocupação da lei penal ao inserir, mesmo que com completa ausência de técnica, a expressão *que deve saber ser produto de crime* teve a finalidade de, ao contrário do que ocorre com a sua modalidade fundamental, permitir a punição do agente *também*, e *não somente*, a título de dolo eventual.

Em se tratando de crime de receptação, por ser impossível perquirir a consciência do réu, o elemento volitivo é projetado pelas conjecturas e circunstâncias exteriores, ou seja, pelo comportamento *ab externo*, do *modus operandi* do comprador ou receptor. As elementares “sabe” e “deve saber” devem ser apuradas pelas circunstâncias que cercam o fato e pela própria conduta do agente, pois, caso contrário, nunca se lograria punir alguém de forma dolosa, salvo quando confessado o respectivo comportamento. O dolo específico constante no art. 180 do CP, vazado no conhecimento prévio da origem criminosa da *res*, deve ser aferido através do exame de todas as circunstâncias que cercam o seu recebimento ou do exercício da posse propriamente dita (TJ-RJ, AC 0051778-79.2015.8.19.0001, Rel. Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior, DJe 16/09/2016).

A alegação, genericamente desfiada, sem qualquer demonstração, de desconhecimento da origem ilícita de várias peças de automóvel, produto de roubos e furtos, apreendidas em sua morada e que se destinavam a comercialização, desacompanhada de qualquer demonstração documental ou indicação de pessoa de quem as tenha havido, não dá espaço para a suscitação razoável de dúvida a respeito da improcedência da defesa pessoal exercida pelo acusado. Tipo qualificado, mas, que se conforma com o ‘deve saber’, não descartando, por óbvio, o mais, que é o conhecimento da origem ilícita dos bens (TJRS, Ap. Crim. 70020452363, 7ª Câm. Crim., Rel. Marcelo Bandeira Pereira, j. 30/8/2007).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o crime de receptação tem por finalidade proteger o *patrimônio*, seja ele de natureza pública ou privada.

Objeto material do delito de receptação é a *coisa móvel* produto de crime, mesmo não tendo o *caput* ou o § 1º do art. 180 do Código Penal feito menção a essa natureza (móvel), tal como acontece nos delitos de furto e roubo. Isso porque, conforme salienta Hungria, “um imóvel não pode ser receptado, pois a receptação pressupõe um *deslocamento* da *res*, do poder de quem a ilegitimamente detém para o do receptador, de modo a tornar mais difícil a sua recuperação por quem de direito. A coisa há de ser *produto de crime*, isto é, há de ter resultado, imediata ou mediatamente, de um fato definido como *crime*”.¹⁹¹

Receptação culposa

A primeira observação a ser feita diz respeito ao fato de que, no § 3º do art. 180 do Código Penal, o legislador fugiu à regra geral relativa aos crimes culposos. Isto porque a lei penal, ao fazer menção expressa ao crime culposo, normalmente usa expressões do tipo: *se o homicídio é culposo* (art. 121, § 3º); *se a lesão é culposa* (art. 129, § 6º); *se o crime é culposo* (art. 270, § 2º) etc.

Percebe-se, portanto, que, como regra, os tipos penais que preveem delitos culposos são reconhecidamente *abertos*. No entanto, na receptação culposa, o legislador preferiu narrar detalhadamente os comportamentos que importam na sua configuração, criando, pois, um tipo eminentemente *fechado*.

Analizando o mencionado tipo penal, podemos destacar os núcleos *adquirir* e *receber*. Além disso, para que se possa concluir pela receptação culposa, a coisa adquirida ou recebida pelo agente deve *presumir-se obtida por meio criminoso* dadas: a) a sua natureza; b) a desproporção entre o valor e o preço; c) a condição de quem a oferece.

Vamos, portanto, analisar, mesmo que sucintamente, os elementos que integram essa figura típica.

Ab initio, deve ser frisado que esses comportamentos narrados pelo tipo penal em estudo são indicativos da inobservância do dever objetivo de cuidado que competia ao agente. Não podemos esquecer que estamos diante de um crime culposo e, por essa razão, não se pode deixar de lado o raciocínio a ele correspondente.

Tendo em vista que os núcleos *adquirir* e *receber* já foram estudados, partiremos diretamente para as três situações apontadas pelo tipo como indicadoras dessa inobservância ao dever de cuidado.

A primeira hipótese narrada diz respeito ao fato de o agente adquirir ou receber coisa que, *por sua natureza*, deve presumir-se obtida por meio criminoso. Assim, que natureza seria essa, capaz de indicar (mas não presumir) a culpa do agente? Seria, na verdade, a coisa em si, com

suas características peculiares. Ney Moura Teles exemplifica dizendo que “peças isoladas ou acessórios de veículos automotores oferecidos, nas ruas ou de porta em porta, por não comerciante ou desconhecido, são coisas que, por sua natureza, devem ser presumidas obtidas criminosamente”.¹⁹²

A *desproporção entre o valor e o preço* oferecido à coisa pelo agente também é indício de sua origem criminosa. É claro que, nesse raciocínio, todos os detalhes devem ser considerados, a exemplo da comparação entre o produto novo e o usado, o seu estado de conservação, o tempo de uso da coisa, enfim, tudo aquilo que deva ser compreendido para apurar o real preço de mercado. Deve existir, portanto, como diz a lei penal, *desproporção entre o valor e o preço*, de tal forma que dada essa aberração, o sujeito deveria ter desconfiado daquilo que lhe estava sendo oferecido.

Também se considera como indício do comportamento culposo levado a efeito pelo agente o fato de adquirir ou receber coisa que, *pela condição de quem a oferece*, deve presumir-se obtida por meio criminoso. Uma pessoa estranha, não comerciante, que venha a oferecer ao sujeito um colar de brilhantes, mesmo que pelo preço justo, praticado pelo mercado, sem a apresentação da nota fiscal, comete uma atitude suspeita. Tudo deverá ser observado segundo esse conceito amplo previsto pelo artigo. Assim, a *condição de quem a oferece* poderá ser ligada à *aparência* (ex.: um sujeito mal vestido, oferecendo um aparelho de som); *idade* (ex.: uma pessoa com aproximadamente 18 anos, tentando vender joias valiosas); *conduta social* (como no exemplo de Noronha, “se se sabe que determinada pessoa não tem profissão definida, se não se conhece bem a origem do dinheiro que ganha, ou se a rodeia má fama, será, por certo, temerário aceitar-se coisa que ela oferece”¹⁹³) etc.

Comprar bens em local onde se sabe que grande parte deles ali vendidos e/ou trocados é proveniente de atividade criminosa não caracteriza, por si só, a prática de receptação dolosa prevista no art. 180, *caput*, do CP. Mais das vezes caracteriza apenas a conduta culposa prevista no § 3º do mencionado artigo (TJBA, ACR 2007306655, Rel. Des. Netônio Bezerra Machado, j. 20/5/2008).

Enquanto o crime de receptação dolosa consiste na aquisição de produto de crime, sabendo o agente que o objeto adquirido é realmente proveniente de um ato ilícito praticado anteriormente – dolo direto –, o crime de receptação culposa caracteriza-se pela presunção do agente de que o objeto é produto de crime, pelas circunstâncias que cercam o fato e pela desproporção entre o valor do bem e o valor da aquisição (TJMG, ACR 1.0016.02.024970-8,

3ª Câm. Crim., Rel. Antônio Carlos Cruvinel, pub. 27/2/2008).

A condição de quem ofereceu a mercadoria, dois desconhecidos, a forma como estavam acondicionados e a desproporção entre valor e preço pago permitiam ao acusado, ainda que seja pessoa pobre e de reduzida instrução, presumir a origem ilícita (RecCrim. 710013 44662, Turma Recursal Criminal, Rel.^a Angela Maria Silveira, j. 27/8/2007).

Perdão judicial

A primeira parte do § 5º do art. 180 do Código Penal assevera que *na hipótese do § 3º, se*

o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

Cuida-se, portanto, de perdão judicial, dirigido especificamente à *recepção culposa*.

Na verdade, no que diz respeito à recepção culposa, o julgador terá três opções de pena, depois de concluir pela condenação do agente ou, conforme o § 5º do art. 180 do Código Penal, declarar a extinção da punibilidade, com base no *perdão judicial*.

Se os interesses político-criminais exigirem a condenação, o juiz aplicará: *a) uma pena privativa de liberdade (detenção, de 1 [um] mês a 1 [um] ano); ou b) uma pena de multa; ou, ainda, c) as duas, cumulativamente.*

No entanto, se ao avaliar todas as circunstâncias que levaram o agente a adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferecia, devia presumir-se obtida por meio criminoso, o julgador entender, embora havendo provas suficientes para uma condenação, que a medida mais adequada será a aplicação do perdão judicial, poderá fazê-lo fundamentando, sempre, sua decisão, a fim de extinguir a punibilidade.

[Não procede a aplicação do disposto na primeira parte do § 5º do art. 180 do Código Penal ao caso. Atentando-se para a previsão legal mencionada, verifica-se, por interpretação meramente literal, que, tão somente, nos casos de recepção culposa é que o réu pode ser beneficiado, quando primário, com o perdão judicial. Nos casos de recepção dolosa, como o dos autos, sendo atendidos os requisitos legais, incide a privilegiadora do furto \(art. 155, § 2º, do Código Penal\) \(TJRS, AC 70016024887, Rel.^a Des.^a Marlene Landvoigt, DJ 28/9/2007\).](#)

[Para o deferimento do perdão judicial previsto no art. § 3º do art. 180 do CP, é preciso que o acusado tenha agido com culpa levíssima, ou que o valor irrisório da coisa o autorize \[...\] \(TJPR, Revisão Criminal de Sentença \[CInt\] 0387882-0, 5^a Câm. Crim., Rel.^a Ana Lúcia Lourenço, j. 12/7/2007\).](#)

Criminoso primário e pequeno valor da coisa receptada

Na recepção dolosa, seja na sua modalidade fundamental, prevista no *caput* do art. 180 do Código Penal, ou em sua forma qualificada, nos termos do § 1º do mesmo artigo, se o criminoso for primário e de pequeno valor a coisa receptada, o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou aplicar somente a pena de multa, atendendo-se, portanto, ao disposto na última parte do § 5º do art. 180 do estatuto repressivo.

Dessa forma, aplica-se à recepção dolosa tudo aquilo que foi dito quanto do estudo do crime de furto de pequeno valor, para o qual remetemos o leitor.

Bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista

O § 6º, acrescentado ao art. 180 do Código Penal pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de

1996, diz respeito a mais uma modalidade qualificada de receptação, dirigida especificamente às situações do *caput* do mencionado artigo, e não às hipóteses constantes do seu § 1º.

Responde pelo crime de receptação com aumento de pena (art. 180, § 6º, do CP) aquele que recebe, em proveito próprio ou alheio, bem municipal que sabe ser produto de crime (TJMG, PCO-CR 1.0000.05.428597-8, 1ª Câm. Crim., Rel. Armando Freire, pub. 18/1/2008).

O crime de receptação previsto no art. 180, § 6º, do Código Penal é punido exclusivamente a título de dolo, havendo necessidade, para a condenação, prova extreme de dúvida do conhecimento do agente sobre a origem criminosa da coisa recebida, adquirida, transportada, conduzida ou ocultada (TJRS, Ap. Crim. 70013 540836, 5ª Câm. Crim., Rel.^a Genacéia da Silva Alberton, j. 28/6/2006).

Autonomia da receptação

Nos termos do § 4º do art. 180 do Código Penal, a receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

A receptação constitui delito autônomo, não sendo ilegal a condenação do receptador, quando o indigitado autor do furto tenha sido absolvido por falta de provas (STF, RE 10034, Rel. Min. Orazimbo Nonato, 2ª T., *RF* 119, p. 227).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada à receptação simples (*caput*) é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa; para a receptação qualificada (§ 1º), reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa; e para a receptação culposa (§ 3º), detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas.

A ação penal será, como regra, de iniciativa pública incondicionada, devendo, no entanto, ser observados os arts. 182 e 183 do Código Penal.

A competência, pelo menos inicialmente, para o processo e julgamento do crime de receptação culposa será do Juizado Especial Criminal, tendo em vista a pena máxima cominada em abstrato, vale dizer, um ano.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo nas hipóteses de receptação simples e culposa, uma vez que as penas mínimas a elas cominadas não ultrapassam o limite determinado pelo art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Evidenciada a conexão de anterior delito de contrabando com possível delito de receptação de arma estrangeira proibida no território nacional, sobressai a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito (STJ, CC 20513/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, S3, *DJ* 17/2/1999, p. 113).

Prova do crime anterior

A receptação é um crime acessório que necessita, para efeitos de seu reconhecimento, da comprovação do delito anterior, considerado principal.

Receptação e concurso de pessoas no delito anterior

Para que o agente responda criminalmente pela receptação, jamais poderá ter, de alguma forma, concorrido para a prática do delito anterior, pois, caso contrário, deverá ser por ele responsabilizado.

Receptação em cadeia

É admissível, bastando que o agente que adquiriu posteriormente o bem tenha conhecimento de sua origem ilícita.

Imputação alternativa

O delito de receptação se encontra no rol daqueles em que é possível o raciocínio da chamada imputação alternativa.

Isso porque pode ocorrer, v.g., na hipótese em que o agente seja surpreendido com uma coisa que tenha sido objeto de furto. Durante as investigações policiais, também pode ocorrer sua recusa em prestar as declarações necessárias ao esclarecimento dos fatos, permanecendo a dúvida, outrossim, se fora ele o autor do furto, ou se autor do delito de receptação. Nesse caso, seguindo as lições de Afrânio Silva Jardim, deverá o Ministério Pùblico oferecer denúncia com *imputação alternativa*, que ocorre, segundo o autor, “quando a peça acusatória vestibular atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado, embora todas se apresentem como prováveis, em face da prova do inquérito. Desta forma, fica expresso, na denúncia ou queixa, que a pretensão punitiva se lastreia nesta *ou* naquela ação narrada”.¹⁹⁴

Habeas corpus

A pretendida exclusão do elemento subjetivo do tipo necessário à caracterização do crime de receptação, ou seja, o dolo de ‘adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar [...] coisa que sabe ser produto de crime’ (CP, art. 180), por demandar o acurado exame do acervo probatório, é tarefa incompatível com o rito célere e de cognição sumária própria do *habeas corpus* (STF, *RHC 83481/RJ*. Min. Ellen Gracie, 2^a T, *DJ* 24/10/2003, p. 31).

Receptação de talão de cheques e de cartão de crédito

Na linha dos precedentes desta Corte, folhas de cheques não podem ser objeto material do crime de receptação, uma vez que não possuem, em si, valor econômico, indispensável à caracterização do delito contra o patrimônio (STJ, *HC 90495/SP*, T5, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJ* 25/2/2008, p. 348).

O Superior Tribunal de Justiça há muito firmou sua jurisprudência no sentido de que ‘talonário de cheques e cartão de crédito não podem ser objeto de receptação, por não possuírem, em si, o valor econômico indispensável à caracterização de crime contra o patrimônio’ (REsp. 256.160/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6^a T, *DJ* de 15/4/2002). Precedentes (STJ, *HC 86267/SP*, 5^a T, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 5/11/2007, p. 338).

Receptação no Código Penal Militar

Vide arts. 254 a 256 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Receptação de animal

Art. 180-A. Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto de crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Introdução

O delito de *receptação de animal* foi inserido no Código Penal através da Lei nº 13.330, de 2 de agosto de 2016, criando, outrossim, o art. 180-A.

Ao contrário do que ocorreu com o delito de furto em que, por meio do diploma legal citado, foi criada mais uma qualificadora, cominando uma pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração, no caso da receptação, entendeu o legislador, de forma equivocada, *permissa venia*, em criar uma figura típica autônoma, surgindo, assim, a *receptação de animal*.

Se foi intenção do legislador cuidar mais rigorosamente das situações tipificadas no art. 180-A do Código Penal, o resultado será completamente oposto. Isso porque os fatos previstos

no tipo penal em estudo se amoldavam ao § 1º do art. 180 do estatuto repressivo, que prevê uma pena de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, ao passo que o crime de receptação de animal prevê uma pena menor, variando de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa e, de acordo com o princípio da especialidade, quando o agente adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, *semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes*, que deve saber ser produto de crime, seu comportamento se subsumirá ao tipo do art. 180-A do Código Penal.

Conforme as precisas lições de Rogério Sanches Cunha:

Semovente é a definição jurídica dada ao animal criado em grupos (bovinos, suínos, caprinos etc.) que integram o patrimônio de alguém, passíveis, portanto, de serem objetos de negócios jurídicos. A lei claramente não abrange os animais selvagens, mas somente os domesticáveis, mesmo que já abatidos ou divididos em partes. Os animais devem ser, ainda, de *produção*, isto é, preparados para o abate e comercialização. Não abrange apenas os quadrúpedes, mas também os bípedes e ápodes (animais desprovidos de membros locomotores, como répteis)¹⁹⁵.

O núcleo *adquirir* tem o sentido de se tornar proprietário do semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, seja de forma onerosa ou mesmo gratuita.

Receber importa em tomar posse, sem, contudo, ser proprietário, ou seja, sem o caráter de aquisição.

Transportar significa carregar de um lugar para outro.

Conduzir refere-se, efetivamente, ao ato de dirigir veículos (automóveis, caminhões etc.). A conduta de conduzir é semelhante à de transportar. Transportar implica remoção, transferência de uma coisa de um lugar para outro. Conduzir é guiar, dirigir. Somente o caso concreto, na verdade, é que nos permitirá, talvez, apontar o comportamento que melhor se amolde à conduta levada a efeito pelo agente.

Ocultar importa em esconder o objeto da receptação, impedindo que outras pessoas tenham acesso a ele.

Ter em depósito significa armazenar, guardar, manter, conservar a coisa recebida em proveito próprio ou de terceiro. Aqui, ao que parece, o ter em depósito significa o armazenamento do semovente domesticável já abatido ou dividido em partes.

Vender é entregar a outrem o objeto material da receptação mediante remuneração.

Cuida-se, *in casu*, de um tipo misto alternativo, onde a prática de mais de um comportamento importará em delito único, não havendo que se falar, portanto, em concurso de

crimes. Assim, aquele que, por exemplo, adquire, transporta e vende o semovente domesticável de produção já abatido, ou em partes, responderá por um único crime de receptação de animal.

Para que um desses comportamentos analisados anteriormente encontre moldura no art. 180-A do Código Penal é preciso que o agente tenha atuado com a *finalidade de produção ou de comercialização*.

Além disso, só haverá a infração penal *sub examen* se os núcleos do tipo forem realizados quando a agente devia saber que o semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, era produto de crime. A expressão *que deve saber*, constante da parte final do art. 180-A do Código Penal, é motivo de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial por conta da sua existência no § 1º do art. 180 do mesmo diploma legal, sendo indicativa do chamado dolo eventual, o que não afasta, obviamente, o dolo direto, ou seja, se a lei pune aquele que devia saber (dolo eventual) que o semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, era produto de crime, o que dirá aquele que tinha essa certeza. É regra básica de interpretação que quem pune o menos, pune o mais.

Classificação Doutrinária

Crime comum tanto em relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo, haja vista que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial; doloso; comissivo (podendo, excepcionalmente, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); omissivo próprio (na hipótese de ocultação, dependendo do caso concreto); material; permanente (quando o agente estiver transportando, conduzindo, ocultando ou tendo em depósito); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Objeto Material e Bem Juridicamente Protegido

O tipo penal que prevê o crime de receptação de animal tem por finalidade proteger o *patrimônio*, seja ele de natureza pública ou privada. No entanto, mesmo que o bem jurídico protegido seja precipuamente o patrimônio, podemos visualizar, ainda, mesmo que de forma mediata, a saúde pública, uma vez que os abates clandestinos de animais, livres de qualquer fiscalização, a colocam em risco.

Objeto material do delito em estudo é o semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes.

Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de receptação de animal, não havendo qualquer qualidade ou condição especial exigida pelo tipo constante do art. 180-A do Código Penal.

Da mesma forma, qualquer pessoa também poderá figurar como sujeito passivo do crime de receptação de animal, incluindo, aqui, não somente o proprietário, mas também o possuidor do semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que se confundirá com o sujeito passivo do crime anterior de onde surgiu o produto do crime. Assim, o sujeito passivo do delito de furto, será também o de receptação de animal.

Consumação e Tentativa

Em se tratando de um delito material, a receptação de animal se consuma quando o agente, efetivamente, adquire, recebe, transporta, conduz, oculta, tem em depósito ou vende semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em parte.

De acordo, ainda, com os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha: Para que se configure a receptação do art. 180-A, é imprescindível a existência de delito precedente, figurando como objeto material semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes. Esse crime antecedente não precisa ser necessariamente de furto, mas também roubo, extorsão, estelionato ou até mesmo outra receptação (receptação de receptação ou receptação sucessiva)¹⁹⁶.

A tentativa é admissível, tendo em vista a possibilidade de fracionamento do *iter criminis* considerando as condutas previstas no tipo.

Elemento Subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de receptação de animal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Embora exista controvérsia doutrinária, a expressão “que deve saber ser produto de crime” não induz a um delito culposo, mas sim a uma infração penal praticada a título de dolo eventual, como já decidiram reiteradas vezes nossos tribunais superiores ao analisar a mesma expressão constante do § 1º do art. 180 do Código Penal, conforme se verifica pelos julgados abaixo: O art. 180, § 1º, do Estatuto Repressivo é constitucional e pode ser aplicado através da utilização da interpretação extensiva, ampliando o significado da expressão deve saber (dolo eventual), englobando também a expressão sabe (dolo direto). O comerciante ou industrial que adquire, vende, expõe a venda mercadoria que sabe ou devia saber ser de origem ilícita responde pela figura qualificada (STF, ARE 705.620 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 11/04/2013).

As instâncias ordinárias reconheceram que o Paciente sabia que as coisas receptadas eram produto de crime. Portanto, se o dolo eventual, nos termos da jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça, é suficiente para configurar o tipo de receptação qualificada, com mais razão deve-se aplicar a pena mais grave aos condenados pela prática do crime com dolo direto, como no caso dos autos. Precedentes (STJ, HC 193.391/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 1º/08/2013).

Além dos dolos direto e eventual, podemos visualizar no tipo o chamado especial fim de agir, consubstanciado na expressão “com a finalidade de produção ou de comercialização”, sem o qual poderá haver uma desclassificação do delito de receptação de animais para uma outra figura típica.

Modalidades Comissiva e Omissiva

As condutas de *adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

Excepcionalmente, poderão ser praticadas via omissão imprópria, desde que o agente seja considerado como garantidor.

Da mesma forma, dependendo do caso concreto, o núcleo *ocultar* poderá se configurar em um crime omissivo próprio.

Pena, Ação Penal, Competência para Julgamento

A pena cominada no preceito secundário do art. 180-A do Código Penal é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A competência poderá ser da Justiça Comum estadual ou federal, dependendo de quem seja o proprietário do semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes.

Novatio Legis In Mellius Como o delito de receptação de animais, criado pela Lei nº 13.330, de 2 de agosto de 2016, comparativamente ao crime de receptação qualificada, previsto no art. 180, § 1º, do Código Penal, que abrangia os comportamentos especializados pela nova lei, pode ser considerado como uma *novatio legis in mellius*, ou seja, uma lei que, em virtude de ter cominado penas menores do que aquelas previstas para a modalidade anteriormente aplicada, deve ser aplicada retroativamente, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código Penal, que diz: *Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.*

Assim, ao contrário do que pretendia o legislador, a nova lei acabou beneficiando aqueles que praticaram a receptação de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, sob a vigência da lei anterior.

Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Art. 182. Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo: I – do cônjuge desquitado ou judicialmente separado; II – de irmão, legítimo ou ilegítimo; III – de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: I – se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; II – ao estranho que participa do crime.

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

(Incluído pela Lei nº 10.741, de 1º/10/2003.) Introdução

O Capítulo VIII do Título II do Código Penal cuida das chamadas imunidades penais de caráter pessoal. Essas imunidades podem ser absolutas ou relativas. Quando absolutas, isentam o agente de pena, sendo, nesse caso, reconhecidas como *escusas absolutórias*; se relativas, fazem a ação penal depender de representação do ofendido ou de seu representante legal.

Imunidades penais absolutas ou escusas absolutórias

São as previstas no art. 181 do Código Penal.

A primeira observação a ser feita diz respeito à expressão utilizada no inc. I, do art. 181 do Código Penal, que exige que o fato seja praticado contra o cônjuge, *durante a constância da sociedade conjugal*.

Podemos entender como *constância da sociedade conjugal* o período que vai da realização do casamento até a sua efetiva dissolução, não importando, para efeito de aplicação da escusa absolutória em estudo, se o casal estava separado de fato no momento em que ocorreu o delito patrimonial. Portanto, para efeito de reconhecimento de aplicação da imunidade penal de caráter absoluto deverá ser levado em consideração o tempo do crime. Assim, se quando da prática da infração penal patrimonial havia ainda o vínculoconjugal, aplica-se a escusa absolutória, não importando se os cônjuges coabitavam ou não, haja vista a inexistência de qualquer ressalva legal nesse sentido.

Questão que merece atenção especial diz respeito a se a mencionada escusa absolutória poderá ser aplicada, via analogia, àqueles que se encontram numa situação de *união estável*. A maioria de nossa doutrina se inclina pela impossibilidade, a exemplo de Guilherme de Souza

Nucci, quando diz: “O fato de o Estado reconhecer na união estável a existência de uma família, para efeito de lhe conferir proteção civil, não pode ser estendido ao direito penal. Fosse assim, o companheiro ou a companheira poderia praticar o crime de bigamia, o que não é admissível. Se não é possível alargar o conteúdo de norma penal incriminadora que protege a família e o casamento, também não o é para aplicação da imunidade”.¹⁹⁷

Apesar da força do raciocínio do renomado autor, somos obrigados a discordar dele. Inicialmente porque, *permissa venia*, não podemos confundir os raciocínios que devem ser levados a efeito na interpretação das normas penais, pois que, quando estas, de alguma forma, prejudicam o sujeito, torna-se impossível o argumento analógico, em obediência ao princípio da legalidade, pela vertente do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. No entanto, quando a lei penal beneficia e, principalmente, quando estamos diante de situações idênticas, que não receberam o mesmo tratamento da lei penal, a aplicação da analogia é obrigatória, a fim de que seja preservada a isonomia, traduzida por meio do brocado *ubi eadem ratio, ubi eadem legis dispositio*.

A nosso ver, se a lei penal se preocupa com a preservação familiar, de tal modo que afasta a possibilidade de aplicação de pena àquele que praticou uma infração patrimonial contra alguém que lhe é extremamente próximo, não se justificaria a sua não aplicação numa situação reconhecida legalmente como entidade familiar, conforme determina o art. 1.723 do Código Civil.

Estelionato. Crime praticado contra a companheira durante a vigência da união estável. Aplicação da escusa absolutória contida no art. 181, do Código Penal. Possibilidade. Benefício que não se estende às demais vítimas, estranhas ao lar conjugal. Condenação mantida (TJSP, AC 0005716-50.2008.8.26.0156, Rel. Des. Alexandre Almeida, DJe 5/8/2014).

O legislador, ao estabelecer a benesse do art. 181 do CP – Escusa absolutória – Preocupou-se com a preservação da família, afastando a possibilidade de aplicação de pena, apesar de reconhecer a existência de delito, àquele que praticou delito patrimonial contra pessoa de seu núcleo familiar. O fato de o Estado reconhecer na união estável a existência de uma entidade familiar, lícita, que estabelece direitos e obrigações praticamente idênticas ao matrimônio, deve ser estendido ao Direito Penal (TJMG, APCr 1.0704.03.020063-5/0011, Unaí, 4ª Câm. Crim., Rel. Des. Ediwal Jose de Moraes, j. 8/7/2009, DJEMG 19/8/2009).

Também será aplicada a imunidade penal absoluta quando a infração patrimonial for cometida em prejuízo de ascendente ou descendente, conforme dispõe o inc. II do art. 181 do Código Penal, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

A imunidade penal do art. 181 do CP aplica-se aos parentes em linha reta, ascendentes e descendentes, não incluídos os parentes por afinidade (TJRS, ACR 700201 39614, 4ª Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, pub. 24/10/2007).

Imunidades penais relativas

As imunidades penais reconhecidas como relativas encontram-se arroladas nos incs. I, II e III do art. 182 do Código Penal.

Embora denominadas imunidades relativas, trata-se de situações que não conduzem sequer ao afastamento da punibilidade, como ocorre com o art. 181 do Código Penal, podendo as pessoas arroladas nos incisos do referido art. 182, no prazo decadencial de 6 (seis) meses, oferecer sua representação, permitindo, assim, a abertura de inquérito policial, bem como o início da ação penal de iniciativa pública que estava a ela condicionada.

A primeira das situações elencadas diz respeito ao fato de a infração patrimonial ter sido cometida em prejuízo do cônjuge separado judicialmente, haja vista que não mais encontra abrigo em nossa legislação civil a expressão *desquitado*. Essa separação judicial é aquela que tem por finalidade terminar a sociedade conjugal, não se confundindo com a mera separação de corpos, prevista pelo art. 1.562 do Código Civil. Assim, o marco inicial para aplicação do inc. I do art. 182 do Código Penal será o trânsito em julgado da sentença que decretar a separação judicial.¹⁹⁸

A segunda hipótese refere-se ao fato de ter o delito patrimonial sido praticado em prejuízo de irmão, não se podendo levar a efeito, depois da edição da nossa Lei Maior, qualquer designação discriminatória, tal como a constante do inc. II do art. 182 do diploma repressivo, mesmo que de natureza positiva, isto é, para exigir, nas situações por ela mencionadas, a necessária representação.

O inc. III do art. 182 do Código Penal ainda condiciona a *persecutio criminis* à representação quando o delito patrimonial é cometido em prejuízo de tio ou sobrinho com quem o agente coabita. Nesse caso, não basta comprovar a relação de parentesco colateral, haja vista que o mencionado inciso somente se aplica se houver a *coabitacão*, isto é, devem residir juntos quando da prática do crime contra o patrimônio.

Para incidir a imunidade trazida no art. 182, inc. III, do Código Penal, deve se comprovar a relação de parentesco entre tio e sobrinho, bem como a coabitacão, a residência conjunta quando da prática do crime. Entende-se por coabitacão o estabelecimento da residência, a morada habitual, estável e certa, que não se confunde com a mera hospedagem, a qual tem caráter temporário e, *in casu*, durou apenas 3 semanas (STJ, REsp. 1065086/RS, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, DJe 5/3/2012).

O furto praticado contra cunhado, que reside com a irmã, excepcionalmente, deve ser alcançado pela imunidade relativa prevista no inc. II do artigo 182 do Código Penal, tendo como fundamento a proteção da família contra interferência estatal. Assim, ausente a representação, de rigor o reconhecimento da decadência (TJSP, APL 993.07.104712-0, Ac. 4550902, Marilia, 4ª Câm. Dir. Crim. B, Rel.ª Des.ª Erika Diniz, DJESP 12/8/2010).

Impossibilidade do reconhecimento da nulidade do processo, tendo em vista que o artigo 182, inc. II, do Código Penal não se estende ao cunhado, restringindo à necessidade de representação somente ao irmão da vítima (TJSP, APL 990.09.153296-7, Ac. 4335476, Piraju, 16ª Câm. Dir. Crim., Rel. Des. Edison Brandão, j. 23/2/2010, DJESP 20/4/2010).

Tratando-se de delito patrimonial praticado contra ex-cônjuge, a ação penal está condicionada à representação da vítima (art. 182, I, CP). Inexistindo esta, o Ministério Público não tem legitimidade para processar o réu (TJRS, AC 70028013209, Rel. Des. José Eugênio Tedesco, *DJ* 7/7/2009).

Não obstante o que dispõe o art. 182, II, do CP, não há falar em necessidade de representação se a vítima da apropriação indébita é absolutamente incapaz e o acusado é o seu próprio curador, sendo admissível a denúncia oferecida com base em notícia levada ao Promotor de Justiça por Juiz de Direito da comarca (TJMG, AC 2.0000.00.512446-7/000, Rel. Walter Pinto da Rocha, *DJ* 24/1/2006).

A lei penal apenas condicionou a representação às hipóteses mencionadas expressamente no seu art. 182, onde não cogita do crime contra cunhado (TJSP, AC 59467, Rel. E. Custódio da Silveira, *RT* 285, p.117).

Ressalvas às imunidades penais absolutas e relativas

São as previstas no art. 183 do Código Penal.

A primeira das exceções afasta a aplicação dos arts. 181 e 182 do Código Penal se o crime for de roubo ou de extorsão, ou sempre que houver o emprego de violência ou grave ameaça como elemento do tipo. Nesse caso, tratando-se de crimes plurifensivos, embora o legislador penal tenha agido motivado por questões de política criminal, com o objetivo de preservar a família quando a infração penal dissesse respeito ao patrimônio de um de seus membros, não ignorou a utilização da violência ou da grave ameaça, o que aumenta, sensivelmente, o juízo de reprovação que recai sobre o agente, não se podendo, agora, fechar os olhos para essa situação.

Assim, resumindo, as imunidades (absolutas ou relativas) somente terão aplicação quando estivermos diante de infrações patrimoniais que não forem cometidas com o emprego de violência ou grave ameaça.

Embora a sentença tenha entendido não haver crime de dano porque os bens danificados eram comuns ao casal, já que não teria sido comprovado haver bens exclusivamente do cônjuge virago ou da vítima, ou ainda prova de regime de casamento, tem-se que a regra do art. 181 do CP, hipótese de imunidade, resta afastada quando houver emprego de grave ameaça ou violência à pessoa. No caso concreto, ainda que se tenha por afastado o crime de lesão corporal por falta de prova da sua materialidade, vale dizer, do dano à integridade física da vítima, tanto não exclui o emprego de violência contra a pessoa, elementar capaz de qualificar o crime de dano, já que insistentemente mencionada assim pela vítima como pelas testemunhas, registrando-se ainda que a vítima refere que o acusado afirmava que não queria apenas feri-la, mas a sua intenção era matá-la, o que, numa hipótese ou noutra, configuraria a ameaça, também elementar da qualificadora, capaz de afastar a imunidade contida no já mencionado art. 181 do Código Penal (TJRJ, ACR 2009.050.06499, 1ª Câm. Crim., Rel. Des. Ricardo Bustamante, j. 21/6/2010, *DORJ* 9/8/2010, p. 119).

Também não se aplicam as imunidades ao estranho que participa do crime, haja vista que, não se encontrando no círculo familiar a que pertence a vítima, não teria sentido qualquer restrição à sua punição.

O inc. III foi acrescentado ao art. 183 do Código Penal por intermédio da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que criou o Estatuto do Idoso. Dessa forma, não importando se existe

relação entre cônjuges, durante a constância da sociedade conjugal ou mesmo entre ascendentes e descendentes, se a vítima for pessoa com idade igual ou superior a 60 anos restará afastada a imunidade penal absoluta, vale dizer, o fato poderá ser objeto de persecução por meio da Justiça Penal, bem como a ação penal será considerada de iniciativa pública incondicionada.

Inaplicável a escusa absolutória do art. 181, inc. II, do Código Penal, porquanto se trata de delito em que figura como vítima pessoa maior de 60 (sessenta) anos, consoante o disposto no art. 183, inc. III, do Código Penal (TJPR, AC 26.835881-0, Rel. Des. Rogério Kanayama, DJe 23/3/2012).

O Estatuto do Idoso deu nova redação ao art. 183 do CP, acrescentando o inc. III, que afasta a imunidade absoluta, prevista no art. 181 do mesmo *codex*, quando a vítima tiver idade igual ou superior a 60 anos. Na espécie, na data de 9/3/2005, o agente furtou da residência de sua avó um televisor 20'. Denúncia rejeitada, porque, incidindo a escusa absolutória do art. 181 do CP, o juiz considerou extinta a punibilidade. A vítima, entretanto, à época dos fatos, contava com 68 anos de idade, incidindo, dessa forma, o inc. III do art. 183 do CP. A data de nascimento da ofendida "9/4/36" consta na ocorrência policial e na sua qualificação quando das declarações prestadas perante a autoridade policial. A exigência de que a Certidão de Nascimento acompanhasse a denúncia representa formalismo excessivo, sendo que a própria defesa, além de não tecer alegações contrárias, concordou com possível juízo de retratação. Decisão reformada. Recurso em sentido estrito improvido para o efeito de receber a denúncia, impondo-se, a partir daí, o regular processamento do feito (TJRS, RSE 70015223381, 8ª Câm. Crim., Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 13/9/2006).

¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 216.

² BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 22-23.

³ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 17.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 501.

⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 305.

⁶ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 30.

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 374.

⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 240.

⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 43-44.

¹⁰ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 44.

¹¹ BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*.

¹² BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 189.

¹³ FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160 CP), p. 284.

¹⁴ FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro – comentado*. v. V, p. 73.

¹⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*, p. 622.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 66-67.

¹⁷ BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 110.

¹⁸ FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 1, p. 360.

¹⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII.

²⁰ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 55-56.

²¹ BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 220.

²² HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 61.

²³ MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 54.

²⁴ FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160 CP), p. 303-304.

²⁵ BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 248.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 97.

- 27 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 59.
- 28 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*, v. 2, p. 83.
- 29 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 102.
- 30 JORIO, Israel Domingos. *Latrocínio*, p. 238.
- 31 BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 286.
- 32 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Primeiras impressões sobre a nova conceituação do crime de estupro, vinda da Lei no 12.015/2009*. Disponível em: http://www.cpcmarcato.com.br/arquivo_interno.php?un=1&arquivo=41. Acesso em: 2 de setembro de 2009.
- 33 GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma penal de 2009 e a convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 20.
- 34 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 62-63.
- 35 O argumento de Hungria não mais se justifica, pois a pena mínima do latrocínio foi aumentada para 20 anos.
- 36 FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160 CP), p. 308.
- 37 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 375.
- 38 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 375.
- 39 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 63-64.
- 40 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 515.
- 41 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*, p. 721.
- 42 FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160 CP), p. 316.
- 43 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma penal de 2009 e a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 19
- 44 BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 301.
- 45 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *A Lei no 11.923/2009 e o famigerado sequestro-relâmpago. Afinal, que raio de crime é esse?* Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12760> (Acessível em 29 de agosto de 2009).
- 46 NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 266.
- 47 Apud Weber Martins Batista. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 297.
- 48 BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 301.
- 49 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, p. 684.
- 50 BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 88.
- 51 A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, substituiu a rubrica que constava no art. 288 do Código Penal, modificando, ainda, sua redação original. Assim, onde se lê quadrilha ou bando leia-se associação criminosa, sendo exigido, a partir dessa modificação legal, um número mínimo de 3 (três) pessoas para sua formação.
- 52 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, vol. VII, p. 72.
- 53 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 370.
- 54 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 139.
- 55 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 135.
- 56 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 73.
- 57 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 146.
- 58 LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*, p. 108.
- 59 FRANCO, Alberto Silva. LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*, p. 527.
- 60 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v. 2, p. 414.
- 61 COÊLHO, Yury Carneiro. *Curso de direito penal didático*, p. 643.
- 62 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Primeiras impressões sobre a nova conceituação do crime de estupro, vinda da Lei no 12.015/2009*. Disponível em: http://www.cpcmarcato.com.br/arquivo_interno.php?un=1&arquivo=41. Acesso em: 2 de setembro de 2009.
- 63 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma penal de 2009 e a convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 20.
- 64 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 80.
- 65 FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial* (arts. 121 a 160 do CP), p. 325.
- 66 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal objetivo*, p. 293.
- 67 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 528.
- 68 BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte especial* 1, p. 479.
- 69 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 281.
- 70 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 280.
- 71 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. III, p. 86.
- 72 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 90-91.
- 73 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 170.
- 74 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*, p. 820.
- 75 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 437-438.
- 76 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 93.
- 77 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 176.

- 78 O art. 623, correspondente ao atual art. 1.314, bem como o art. 488 correspondente ao atual art. 1.199, não havendo correspondência, entretanto, no que diz respeito ao art. 634 do revogado Código Civil.
- 79 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 284.
- 80 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, V. VII, p. 98.
- 81 Conforme distinção feita pelo *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 827.
- 82 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 98.
- 83 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 2, p. 267.
- 84 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 98.
- 85 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*, p. 829-830.
- 86 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 105-106.
- 87 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 329.
- 88 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*, p. 843-844.
- 89 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 369.
- 90 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 289.
- 91 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 111.
- 92 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. V, p. 82.
- 93 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 214.
- 94 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3., p. 216-217.
- 95 PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*, p. 216.
- 96 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. V, p. 92.
- 97 Cezar Roberto Bitencourt discorda da classificação de crime próprio dizendo: “Discordamos daqueles que classificam a apropriação indébita como crime próprio, pois não consideramos que o pressuposto da anterior posse legítima da coisa possa ser considerado condição especial, capaz de qualificar a infração como crime próprio (*Tratado de direito penal*, v. 3, p. 239).
- 98 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 139.
- 99 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*, p. 881.
- 100 Correspondente ao atual art. 647 do Código Civil.
- 101 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 147-148.
- 102 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 847.
- 103 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 481-482.
- 104 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 149.
- 105 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 493.
- 106 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 256.
- 107 MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a previdência social*, p. 31.
- 108 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 254-255.
- 109 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 257.
- 110 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 493-494.
- 111 MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a previdência social*, p. 99-100.
- 112 GOMES, Luiz Flávio. *Crimes previdenciários*, p. 59.
- 113 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Extinção da Punibilidade dos Crimes de Apropriação Indébita Previdenciária e Sonegação de Contribuição Previdenciária – Legislação Vigente e Inovação da Lei no 11.941/09* (disponível em www.editoraimpetus.com.br)
- 114 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 150.
- 115 Correspondente ao atual art. 1.265 do Código Civil.
- 116 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 152.
- 117 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 152.
- 118 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 348.
- 119 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, p. 119.
- 120 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 266.
- 121 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 523.
- 122 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 365.
- 123 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal – Parte especial*, p. 410.
- 124 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 208-209.
- 125 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 290.
- 126 FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. I, t. II, p. 2.746.
- 127 COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*, p. 940.
- 128 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 405.
- 129 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 565.
- 130 Súmula no 521: *O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.*
- 131 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 437.

132 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 261.

133 Na verdade, embora a Súmula faça referência à qualificadora, como já tivemos oportunidade de salientar, estamos diante de uma causa especial de aumento de pena (majorante), a ser considerada no terceiro momento do critério trifásico de aplicação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal.

134 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 192.

135 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 192-193.

136 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v. 2, p. 477-478.

137 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 214.

138 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 217.

139 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 232.

140 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 275.

141 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 407.

142 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 436.

143 COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*, p. 383.

144 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 569-570.

145 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 304.

146 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 559.

147 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal objetivo*, p. 331.

148 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 310.

149 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 572.

150 FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1, t. II, p. 2.786.

151 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 574-575.

152 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 324.

153 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 452.

154 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 273.

155 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 445.

156 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 386.

157 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 463.

158 Vér, como exemplo, Cesar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*, v. 3, p. 329); Guilherme de Souza Nucci (*Comentários ao código penal*, p. 375); Luiz Regis Prado (*Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 582); dentre outros.

159 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. II, p. 485.

160 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 471.

161 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 286-287.

162 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 342.

163 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 474.

164 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 345-346.

165 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 476.

166 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 291.

167 PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte especial* (arts. 121 a 234), p. 588-589.

168 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 2, p. 343.

169 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 714.

170 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 2, p. 344.

171 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 480.

172 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 714.

173 COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*, p. 445.

174 COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*, p. 448.

175 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. III, p. 294.

176 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*.

177

178 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 296-297.

179 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 477.

180 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 298.

181 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 617.

182 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 499.

183 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 499.

184 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 373.

185 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 383-384.

186 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 2, p. 487.

187 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 593.

- 188 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p 621.
- 189 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 2, p. 356.
- 190 FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1, t. II, p. 2.816.
- 191 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 304.
- 192 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 2, p. 507.
- 193 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 510.
- 194 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, p. 149.
- 195 CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.330/16: breves comentários*. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/lei-1333016-breves-comentarios>>. Acesso em: 19 out. 2016.
- 196 CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.330/16: breves comentários*. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/lei-1333016-breves-comentarios>>. Acesso em: 19 out. 2016.
- 197 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 603.
- 198 Existe discussão doutrinária se, após o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, ainda subsistiria a separação judicial. Pela extinção, já se posicionaram positivamente, dentre outros, Maria Berenice Dias (*O fim da separação judicial – Um novo recomeço*. Disponível em: www.mariaberencice.com.br) e Pablo Stolze Gagliano (*A nova emenda do divórcio – Primeiras reflexões*. Disponível em: www.pablostolze.com.br); pela possibilidade de separação judicial, Wesley Marques Branquinho (*O novo divórcio: Emenda Constitucional nº 66*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16997/o-novo-divorcio-emenda-constitucional-n-66>).

Título III – Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial

Capítulo I – Dos Crimes contra a Propriedade Intelectual

Violação de direito autoral Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (*Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.*) Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

(*Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.*) § 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: (*Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.*) § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

(*Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.*) § 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: (*Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

(Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.) § 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

(Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.) **Usurpação de nome ou pseudônimo alheio**
Art. 185.

(Revogado pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.) Art. 186. Procede-se mediante: (*Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.*) I – queixa, nos crimes previstos no *caput* do art. 184; (*Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.*) II – ação penal pública incondicionada, nos

crimes previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184; (*Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.*) III – ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público; (*Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.*) IV – ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3º do art. 184.

(Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003.) Introdução

O delito de violação de direito autoral, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.695, de 1º de julho de 2003, encontra-se tipificado no art. 184 do Código Penal.

Para que se possa compreender não somente a conduta prevista no *caput* do art. 184 do Código Penal, bem como nos seus parágrafos, será preciso que o intérprete, obrigatoriamente, recorra à Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que teve por finalidade alterar, atualizar e consolidar a legislação sobre direitos autorais, tratando-se, portanto, de norma penal em branco. A Constituição Federal, a seu turno, ressaltou, por intermédio do inc. XXVII do seu art. 5º, que *aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.*

O núcleo *violar* é utilizado pelo texto legal no sentido de transgredir, infringir.

Os *direitos autorais* possuem a natureza jurídica de *bens móveis*, conforme salienta o art. 3º da Lei nº 9.610/1998, sendo considerado como autor a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11). Pertencem-lhe os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou (art. 22), cabendo-lhe o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor das mencionadas obras (art. 28). Os direitos de autor poderão, no entanto, ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as limitações constantes dos incisos previstos pelo art. 49 do diploma especial em exame.

O tipo penal em estudo responsabiliza criminalmente não somente aquele que infringe os direitos do autor, mas também aqueles que lhe são conexos, vale dizer, os relativos aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão (arts. 89 a 96).

Salienta Guilherme de Souza Nucci: “A transgressão ao direito autoral pode dar-se de variadas formas, desde a simples reprodução não autorizada de um livro por fotocópias até a comercialização de obras originais, sem a permissão do autor. Uma das mais conhecidas formas de violação do direito de autor é o *plágio*, que significa tanto assinar como sua obra alheia, como também imitar o que outra pessoa produziu. O plágio pode dar-se de maneira total (copiar ou assinar como sua toda a obra de terceiro) ou parcial (copiar ou dar como seus

apenas trechos da obra de outro autor). São condutas igualmente repugnantes, uma vez que o agente do crime se apropria sorrateiramente de criação intelectual de outrem, o que nem sempre é fácil de ser detectado pela vítima. Diversamente dos delitos patrimoniais comuns, em que o proprietário sente a falta de seu bem tão logo ele sai da sua esfera de proteção e vigilância, no caso da violação de direito de autor torna-se complexo e difícil o processo de verificação do plágio ou mesmo da simples utilização não autorizada de obra intelectual, sem a devida remuneração, na forma da lei civil, ao seu autor.”¹

O art. 46 da Lei nº 9.610/1998 aponta as hipóteses que não são consideradas como ofensa aos direitos autorais.

Não há falar em atipicidade da conduta de quem expõe à venda CDs e DVDs piratas diante da edição da Súmula nº 502 desta Corte: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.” (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 62.072/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 21/09/2016).

Nos crimes contra a propriedade imaterial, a inobservância das formalidades legais no auto de apreensão configura mera irregularidade, não autorizando a absolvição por falta de materialidade (STJ, AgRg no REsp 1.503.585/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ-PE, 5ª T., DJe 13/05/2015).

Segundo a jurisprudência desta Corte, nos crimes de violação ao direito autoral, basta, para a comprovação da materialidade, que a referida prova seja produzida por amostragem. Isso porque, para a configuração do delito em questão, é suficiente a apreensão e perícia de uma única mídia, desde que constatada sua falsidade (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.387.999/SP, Rel. Min. Ericson Maranho, Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 25/02/2015).

A violação ao direito autoral e seu impacto econômico medem-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a ‘pirataria’, e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. Deveras, a prática não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, fato ilícito que encerra a burla ao pagamento de impostos (STF, HC 120994/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 16/5/2014).

O fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou ‘pirateadas’ não torna a conduta socialmente aceitável, uma vez que fornecedores e consumidores têm consciência da ilicitude da atividade, a qual tem sido reiteradamente combatida pelos órgãos governamentais, inclusive com campanhas de esclarecimento veiculadas nos meios de comunicação (STJ, HC 201235/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 5/3/2012).

Em matéria penal, para o reconhecimento da competência da justiça federal, exige-se que, além de o *iter criminis* inicie no exterior e seja concluído em território pátrio, exista acordo internacional incorporado ao direito brasileiro que preveja o combate à modalidade delituosa em questão, o que ocorre em relação ao crime de violação a direitos autorais de artistas estrangeiros, por força da Convenção de Berna para a proteção de obras literárias e artísticas. A comprovação da ciência pelo réu de que as cópias foram reproduzidas com violação de direito autoral, bem como intenção de auferir lucro com a comercialização de cds e dvds piratas configura o crime tipificado no artigo 184, § 2º, do Código Penal. O crime de violação a direito autoral na forma equiparada não permite a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que tutela a propriedade intelectual dos artistas. A prática delitiva não se mostra justificada, tampouco como a única

alternativa de reverter sua situação financeira, restando inaplicável a excludente da ilicitude do estado de necessidade (TRF 4^a R., ACr 2007.70.08.000211-8, PR, 8^a T., Rel. Juiz Fed. Sebastião Ogê Muniz, j. 4/8/2010, DEJF 18/8/2010, p. 633).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo, pois que somente o autor da obra literária, artística ou científica, seus herdeiros e sucessores ou o titular do direito sobre a produção de outrem podem figurar nessa condição; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); material; instantâneo ou permanente (dependendo de como o delito for praticado, podendo se prolongar no tempo); de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A propriedade intelectual é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 184.

A obra literária, artística ou científica é o objeto material do delito em estudo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de violação de direito autoral. O *sujeito passivo*, no entanto, será o autor da obra literária, artística ou científica, seus herdeiros e sucessores, ou qualquer outra pessoa que seja titular dos direitos sobre essa produção intelectual.

A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que, sendo o crime de violação de direito autoral descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal sujeito a ação penal pública incondicionada e tendo sido constatada, por laudo pericial, a falsidade da mídia, é desnecessária, para a configuração de sua tipicidade, a identificação e inquirição do sujeito passivo [STJ, AgRg. no REsp. 1424026/SC, Rel^a Min^a Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJSE), 6^a T., DJe 4/8/2014].

Consumação e tentativa

Esclarece Ney Moura Teles: “O momento consumativo acontece no ato da transgressão do direito autoral, cabendo ao intérprete observar em que consiste exatamente a violação, socorrendo-se da legislação civil, para definir o exato instante da violação, que ocorre, por exemplo, com a publicação de obra inédita ou reproduzida, com a exposição pública de uma pintura ou com a execução ou representação de uma obra musical ou teatral.”²

Admite-se a tentativa.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.193.196/MG, ocorrido em 26/09/2012, pacificou o entendimento de que o princípio da adequação social não se aplica aos crimes previstos no art. 184, § 2º, do Código Penal. Súmula nº 502 do STJ. Para a consumação do delito, basta que o agente exponha à venda cópia de fonograma reproduzido com

violação do direito de artista, de intérprete ou do direito do produtor de fonograma (STJ, HC 280.026/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 02/03/2015).

Elemento subjetivo

O delito de violação de direito autoral somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O tipo subjetivo do crime previsto no art. 184 do Código Penal é o dolo direto ou eventual de violar o direito autoral de outrem. Na hipótese da modalidade qualificada (§ 2º), impõe-se o intuito de lucro (TJPR, ACR. 0462836-4, 4ª Câm. Crim., Rel. Carlos Hoffmann, j. 10/4/2008).

Réu confessou ter introduzido CDs ‘piratas’ no mercado brasileiro, sabedor que era da falsidade do produto, visando a lucro, e sem autorização dos artistas ou terceiros detentores dos direitos autorais respectivos. Percebe-se, pois, que além do elemento subjetivo do tipo, presente na violação do direito autoral, configurado está, também, o elemento subjetivo do tipo específico, ou seja, o intuito de lucro (TJRS, Ap. Crim. 700 12853495, 8ª Câm. Crim., Rel.ª Lúcia de Fátima Cerveira, j. 13/12/2006).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *violar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese do agente garantidor que, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática da infração penal.

Modalidades qualificadas

Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 184 preveem as modalidades qualificadas de violação de direito autoral. Para melhor compreensão, faremos a análise isolada de cada uma.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Reprodução, nos termos do inc. VI do art. 5º da Lei nº 9.610/1998, significa a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.

Conforme determina o § 1º do art. 184, o agente deverá atuar com a finalidade de obter lucro direto ou indireto. *Meio*, conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, “é um recurso empregado para atingir um determinado objetivo, com um significado mais restrito e menos extenso na linha do tempo: *processo* é uma sequência de atos ou estágios com a finalidade de atingir uma certa meta, possuindo uma noção mais ampla e mais extensa na linha do tempo. Logo, para a reprodução não autorizada de obra intelectual de um modo geral, tanto faz que o

agente utilize um método singular (meio) ou uma sequência deles (processo)".³

O art. 7º da Lei nº 9.610/1998, exemplificativamente, nos fornece um rol de obras consideradas intelectuais.

Os *programas de computador*, no entanto, são objeto de legislação específica.

Pode a reprodução, ainda, recair sobre interpretação ou execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente.

Artistas intérpretes ou executantes são atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore; *produtor* é a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado; *fonograma* é toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual (respectivamente, incs. XIII, XI e IX do art. 5º da Lei nº 9.610/1998).

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, *distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.*

No § 1º do art. 184 do Código Penal, pune-se a conduta de *reproduzir*, total ou parcialmente, com o intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, *obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma*. Já o § 2º do mesmo artigo prevê outros comportamentos típicos, praticados depois da reprodução, que dizem respeito a *obra intelectual ou fonograma*, cujos conceitos legais foram expostos acima.

Assim, agindo com o intuito de lucro direto ou indireto, deverá o agente praticar as seguintes condutas: *distribuir* (fazer circular, entregando os objetos materiais a diversas pessoas); *vender* (ato de transferir o domínio de certa coisa mediante o pagamento de um determinado preço); *expor à venda* (oferecer os objetos de modo a atrair os compradores); *alugar* (ceder por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição); *introduzir no País* (fazer ingressar no território nacional); *adquirir* (obter); *ocultar* (esconder por um tempo); *ter em depósito* (manter guardado em determinado local).

Como dissemos acima, todos esses comportamentos devem recair sobre original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito do

artista intérprete ou executante, ou do direito do produtor de fonograma.

Também será punido com a pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa o agente que alugar original ou cópia de obra intelectual ou fonograma sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

No que diz respeito à exposição para venda de CDs e DVDs piratas, o STJ, editou a Súmula nº 502, publicada no *DJe* de 28 de outubro de 2013, firmando seu posicionamento no seguinte sentido: *Súmula nº 502. Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.*

Na esteira do entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.485.832/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC, é suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente (STJ, AgRg no REsp 1.542.534/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6º T, *DJe* 20/09/2016).

A Terceira Seção deste Tribunal Superior, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.193.196/MG (Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 04/12/2012) firmou entendimento segundo o qual o princípio da adequação social não deve ser aplicado aos delitos de direito autoral (STJ, AgRg no REsp 1.602.198/TO, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6^a T, *DJe* 16/08/2016).

A *eg.* Terceira Seção, no julgamento do REsp. 1.193.196/MG, sedimentou entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da adequação social ao delito descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, sendo considerada típica a conduta – *In casu*, em que pese o acórdão recorrido considerar como pequena a quantidade de mídias, a tipicidade restou configurada, ante a comprovação por meio de laudo pericial constatando a falsidade dos CDs e DVDs apreendidos, sendo a conduta de relevância jurídico-social [STJ, AgRg. no REsp. 1379348/RS, Rel^a Min^a Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJSE), 6^a T, *DJe* 18/6/2014].

A prática rotineira da pirataria no país não tem o condão de impedir a incidência do tipo previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, diante da relevância jurídico-social da conduta. Precedentes do STJ (STJ, AgRg. nos EDcl. no AREsp. 265891/RS, Rel. Min. Campos Marques, Des. convocado do TJPR, 5^a T, *DJe* 10/5/2013).

A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a conduta prevista no art. 184, § 2º, do Código Penal, é formal e materialmente típica, afastando a aplicação do princípio da adequação social. Precedentes. A quantidade de mercadorias apreendidas (250 DVDs) demonstra a existência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, excluindo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância (STJ, HC 175811/MG, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu [Des. convocado do TJ/RJ], 5^a T, *DJe* 28/6/2012).

Comete o crime previsto no art. 184, § 2º, do CP a agente que, com o intuito de lucro, tem em depósito diversos CDs reproduzidos com violação dos direitos dos autores, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente (TJRS, AC 70029939477, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, *DJ* 8/7/2009).

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra

ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Dissertando sobre o § 3º do art. 184, Guilherme de Souza Nucci, com precisão, assevera: “É perfeitamente possível a violação do direito de autor através da *internet*, por exemplo, valendo-se o agente do crime do oferecimento ao público, com intuito de lucro, de música, filmes, livros e outras obras, proporcionando ao usuário que as retire da rede, pela via de cabo ou fibra ótica, conforme o caso, instalando-as em seu computador. O destinatário da obra (lembremos que há livros inteiros que podem ser captados na *internet*, instalando-os no disco rígido do computador para leitura) paga pelo produto, mas o valor jamais chega ao autor. Assim, o fornecedor não promove a venda direta ao consumidor do produto (que seria figura do parágrafo anterior), mas coloca em seu *site*, à disposição de quem desejar, para *download* as obras que o autor não autorizou expressamente que fossem por esse meio utilizadas ou comercializadas”.⁴

A venda de CDs pirateados lesa não só o artista, mas a indústria fonográfica como um todo, causando desemprego, além de representar redução de tributos, acarretando, assim, prejuízo a toda a comunidade. Se insignificante fosse o bem jurídico tutelado, ou seja, o direito autoral, não estaria ele inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da Lei Magna – art. 5º, inc. XXVII (TJMG, AC 1.0024.05. 695171-8/001, Rel.^a Márcia Milanez, DJ 6/2/2009).

Sendo o direito autoral um bem jurídico tutelado pela Constituição da República, inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inc. XXVII), não pode o Estado abster-se de combater vigorosamente aqueles que o violam, acobertando a venda clandestina de CDs e fitas piratas, negócio esse que constitui um dos pilares do crime organizado e de uma enorme cadeia criminosa internacional (TJMG, AC 1.0514. 07.023 596-5/001, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caíres, DJ 8/6/2009).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, para a violação de direito autoral prevista no *caput* do art. 184 do Código Penal. Para as modalidades qualificadas, constantes dos §§ 1º, 2º e 3º, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Nos termos do art. 186 do diploma repressivo, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.695, de 1º de julho de 2003, procede-se mediante:

I – queixa, nos crimes previstos no caput do art. 184; II – ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184; III – ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público; IV – ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3º

do art. 184.

Para a hipótese constante do *caput* do art. 184 do Código Penal, será competente, inicialmente, o Juizado Especial Criminal, haja vista tratar-se, *in casu*, de infração penal de menor potencial ofensivo, podendo-se levar a efeito, ainda, proposta de suspensão condicional do processo.

A jurisprudência deste Superior Tribunal tem-se posicionado no sentido de que, sendo o crime de violação de direito autoral descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal sujeito à ação penal pública incondicionada e tendo sido constatada, por laudo pericial, a falsidade da mídia, é desnecessária, para a configuração de sua tipicidade, a identificação e inquirição do sujeito passivo, bem assim desnecessário o laudo individualizado de cada mídia fraudada (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 62.072/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 21/09/2016).

A apreensão de DVDs e CDs falsificados, com violação de direitos autorais (CP, art. 184, § 2º), se ocorrente em Posto de Fiscalização Aduaneira localizada na divisa entre Brasil e Paraguai, confere à conduta delituosa a característica de “crime transnacional”, circunstância determinante da competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal a ele correspondente (STJ, S3, CC 119.105/PR, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, Desembargador convocado do TJ-SP, julg. 08/10/2014; AgRg no REsp 1.376.680/PR, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., julg. 22/04/2014) (STJ, CC 121.941/PR, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5ª T., DJe 16/04/2015).

O art. 186, inc. II, do Código Penal, dispõe expressamente a imputação de prática do delito previsto no § 2º do art. 184 desafia ação penal pública incondicionada (TJRS, ACr 70036200624, 4ª Câm. Crim., Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, *DJERS* 8/7/2010).

O simples fato de terem os CDs e DVDs sido adquiridos no exterior não evidencia, por si só, a competência da Justiça Federal, porque não restou caracterizada ameaça ou lesão a interesse, bens ou serviços da União, de suas autarquias ou empresas públicas, nos termos do art. 109 da Constituição Federal. Se a conduta do paciente se subsume, em tese, apenas ao crime de violação de direito autoral, uma vez que o juízo federal rejeitou a denúncia pelo crime de descaminho, subsiste apenas a alegada ofensa ao interesse particular do titular do direito autoral, o que firma a competência da Justiça Estadual. Precedentes do STJ (STJ, HC 100044/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 3/11/2008).

Compete à Justiça Estadual processar e julgar crimes contra a propriedade intelectual, quando não praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas (Precedentes) (STJ, RHC 21791/PR, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, pub. *DJ* 5/11/2007, p. 293).

Em face do princípio da especialidade, o crime do art. 184, § 2º, do Código Penal, prevalece sobre o delito de descaminho, independentemente da origem do fonograma ou videofonograma reproduzido com violação ao direito do autor. Precedentes (STJ, RHC 21841/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJ 5/11/2007, p. 293).

Procedimento criminal

Vide arts. 524 a 530-I do CPP.

Exclusão da tipicidade

Vide § 4º do art. 184 do Código Penal.

Programas de computador

No art. 12 da Lei nº 9.609/98, inserido no capítulo V, relativo às infrações e penalidades, foi criado um delito específico, cujo tipo penal tem por finalidade proteger os direitos do autor de programa de computador.

Efeitos da sentença condenatória

O Capítulo IV, inserido no Título II do Livro II do Código de Processo Penal, cuida do processo e do julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial.

Os arts. 530-A a 530-I foram nele inseridos pela Lei nº 10.695, de 1º de julho de 2003.

Vale ressaltar, nesta oportunidade, somente o efeito da sentença penal condenatória, constante do art. 530-G, que diz: *Art. 530-G. O juiz, ao prolatar a sentença condenatória, poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos e o perdimento dos equipamentos apreendidos, desde que precípuamente destinados à produção e reprodução dos bens, em favor da Fazenda Nacional, que deverá destruí-los ou doá-los aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a instituições públicas de ensino e pesquisa ou de assistência social, bem como incorporá-los, por economia ou interesse público, ao patrimônio da União, que não poderão retorná-los aos canais de comércio.*

Comprovação do delito de violação de direito autoral, bem como sua materialidade

No que diz respeito à comprovação do delito de violação de direito autoral, bem sua materialidade, o Superior Tribunal de Justiça publicou, no DJe de 27 de junho de 2016, a Súmula nº 574, que diz: *Súmula nº 574. Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem.*

Capítulo II – Dos Crimes contra o Privilégio de Invenção

Art. 187.

(Revogado pela Lei nº 9.279, de 14/5/1996.) Art. 188.

(Revogado pela Lei nº 9.279, de 14/5/1996.) Art. 189.

(Revogado pela Lei nº 9.279, de 14/5/1996.) Art. 190.

(Revogado pela Lei nº 9.279, de 14/5/1996.) Art. 191.

(Revogado pela Lei nº 9.279, de 14/5/1996.)

Capítulo III – Dos Crimes contra as Marcas de Indústria e Comércio

Art. 192.

(Revogado pela Lei nº 9.279, de 14/5/1996.) Art. 193.

(Revogado pela Lei nº 9.279, de 14/5/1996.) Art. 194.

(Revogado pela Lei nº 9.279, de 14/5/1996.) Art. 195.

(Revogado pela Lei nº 9.279, de 14/5/1996.)

Capítulo IV – Dos Crimes de Concorrência Desleal

Art. 196.

(Revogado pela Lei nº 9.279, de 14/5/1996.)

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 739.

² TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 2, p. 518.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 742.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 745.

Título IV – Dos Crimes contra a Organização do Trabalho

A palavra “trabalho” descende do termo latino *tripalium*, instrumento de tortura composto de três paus; da ideia de sofrer, passou-se à de esforçar-se e, enfim, à de trabalhar. Conforme Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, trabalho é a “aplicação das forças e faculdades humanas para alcançar um determinado fim” ou “atividade coordenada, de caráter físico e/ou intelectual, necessária à realização de qualquer tarefa”.¹

Nosso primeiro trabalhador brasileiro foi o escravo, que, diga-se de passagem, além de não ter nenhuma proteção do Poder Público, era considerado *res (coisa)*, sem personalidade jurídica, portanto.

Aproximadamente cem anos depois das revoluções Francesa e Industrial, o Brasil, em 13/5/1888, com a instituição da Lei Áurea, aboliu a escravatura. Na ocasião, havia pouco mais de 700 mil escravos no país. O escravo, então, deixou de ser propriedade de outro homem. Sua liberdade foi proclamada, e ele readquiriu a condição de pessoa humana.

Os crimes contra a organização do trabalho estão previstos pelos arts. 197 a 207, contidos no Título IV do Código Penal.

A proteção aos trabalhadores também encontra amparo constitucional, conforme se verifica no Capítulo II (Dos Direitos Sociais), contido no Título II, que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais.

De acordo com o art. 109, VI, de nossa Lei Maior, a competência para o julgamento dos crimes contra a organização do trabalho seria da Justiça Federal. No entanto, nossos Tribunais Superiores têm assim decidido: *Compete à Justiça Federal o julgamento dos crimes que ofendam o sistema de órgãos e instituições que preservam coletivamente os direitos do trabalho, e não os crimes que são cometidos contra determinado grupo de trabalhadores.*

A infringência dos direitos individuais de trabalhadores, inexistindo violação de sistema de órgãos e instituições destinadas a preservar a coletividade trabalhista, afasta a competência da Justiça Federal (*RHC 15702/MA, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2004/0014999-0, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJ 22/11/2004, p. 387*).

Embora não inserido no Título IV do Código Penal, merece destaque, por ser pertinente ao tema em estudo, a edição da Lei nº 12.984, de 2 de junho de 2014, que criou o delito de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids, prevendo, com relação ao direito ao trabalho, os seguintes comportamentos típicos, *verbis*: *Art. 1º. Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:*

I – recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça

como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;

II – negar emprego ou trabalho;

III – exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;

IV – segregar no ambiente de trabalho ou escolar;

V – divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;

VI – recusar ou retardar atendimento de saúde.

No que diz respeito ao direito de greve, deverá ser observada a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispôs sobre o assunto.

Atentado contra a liberdade de trabalho Art. 197. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça: I – a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência; II – a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de parede ou paralisação de atividade econômica: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Introdução

O delito de atentado contra a liberdade de trabalho está tipificado no art. 197 do Código Penal. Mediante a análise da mencionada figura típica, verifica-se que a infração penal se configura no fato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça: I – a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias, sendo, neste caso, combinada uma pena de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência; e, II – a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de parede ou paralisação de atividade econômica, punindo-se o agente, nessa hipótese, com uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

O núcleo do tipo é o verbo *constranger*, dirigido a uma finalidade especial, especificada nos incs. I e II do art. 197 do Código Penal.

Assim, conforme se verifica nos incs. I e II do art. 197 do diploma repressivo, o constrangimento, exercido mediante violência ou grave ameaça, deverá ser utilizado para que a

vítima leve a efeito qualquer das condutas por eles previstas.

Exercer deve ser entendido no sentido de praticar, realizar, desempenhar *etc. Arte*, conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, “é atividade manual, implicando em habilidade, aptidão técnica; *ofício* é habilidade manual ou mecânica, socialmente útil. Ambas podem ser remuneradas ou não. *Profissão* é atividade especializada, material ou intelectual, exercida, via de regra, mediante remuneração, demandando preparo e devidamente regulamentada. *Indústria* é atividade de transformação de materiais, conforme as necessidades humanas, implicando em destreza e aptidão”.²

O constrangimento pode ser dirigido, ainda, para que a vítima abra ou feche o seu estabelecimento de trabalho, independentemente da natureza da atividade que é exercida (comercial, industrial ou agrícola), ou participe de parede ou paralisação. *Parede* diz respeito ao abandono coletivo de trabalho, cuja regulamentação vem determinada pela Lei nº 7.783/89. *Paralisação de atividade econômica* é a cessação, temporária ou definitiva, de uma atividade empresarial.

Dissertando sobre o tema, assevera Ney Moura Teles: “O tipo do inc. II descreve dois resultados distintos. O primeiro é a violação da liberdade de funcionamento de estabelecimento onde se exerce qualquer trabalho. A vítima abre ou mantém aberto ou fecha ou mantém fechado o estabelecimento conforme a vontade do agente e não segundo o seu desejo. Sua liberdade é anulada. Querendo abri-lo, é impedida. Querendo fechá-lo, também.

O segundo é a participação da vítima em paralisação de sua atividade econômica, movimento coletivo denominado *parede*, no qual um grupo de empresários, comerciantes, lojistas, enfim, proprietários de estabelecimentos resolvem, em conjunto, paralisar suas atividades por motivos comuns. É o chamado *lockout*. Na descrição típica do inc. II, a conduta martiriza a liberdade de exercer atividade econômica em estabelecimento onde se exerce qualquer trabalho lícito.”³

Parte da doutrina, a exemplo de Cesar Roberto Bitencourt,⁴ entende pela revogação da última parte do inc. II do art. 197 do Código Penal pela Lei nº 4.330/1964, que, a seu turno, foi também revogada pela Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispôs sobre o exercício do direito de greve, definiu as atividades essenciais e regulou o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, regulamentando, assim, o art. 9º da Constituição Federal.

No caso dos autos, o movimento grevista instaurado por servidores municipais, promovendo desordem e impedindo, mediante ameaças e utilização de força física, o ingresso de servidores no local de trabalho, bem como a retenção de equipamentos necessários à execução dos serviços, sobretudo os essenciais, não configura crime contra a organização do trabalho. Para a caracterização do crime contra a organização do trabalho, o delito deve atingir a liberdade individual dos trabalhadores, como também a Organização do Trabalho e a Previdência, a ferir a própria dignidade da pessoa humana e colocar em risco a manutenção da Previdência Social e as Instituições Trabalhistas, evidenciando a ocorrência de prejuízo a bens, serviços ou interesses da

União, conforme as hipóteses previstas no art. 109 da CF, o que não se verifica no caso vertente (STJ, AgRg. no CC 62875/SP. Rel.: Min. Og Fernandes, 3^a T., j. 22/4/2009, DJe 13/5/2009).

Só é legítima a greve exercida pacificamente. O uso da violência ou grave ameaça a desnatura e transforma em atividade delituosa. No atentado contra a liberdade de trabalho, os meios executivos são a violência e a grave ameaça. O emprego de uma ou de outra constitui a *ratio* da incriminação (RT 726, p. 672).

Inexiste crime contra a organização do trabalho quando não forem atacados direitos dos trabalhadores como um todo, e, sim, caracterizada mera lesão a direito individual, de natureza patrimonial, em que a competência se firma em prol da Justiça Estadual (STJ, CC, Rel. Anselmo Santiago, RT 723, p. 548).

Os indiciados proferiram ofensas verbais com o fito de constranger empregados a não ingressarem no local de trabalho, incitando-os a aderir a movimento grevista. Foram enquadrados no art. 197, II, do Código Penal. Como se vê, trata-se de lesão individual. Logo, o ato delitivo não pode ser tachado de ‘crime contra a organização do trabalho’, que tem como objeto direitos trabalhistas como um todo (STJ, CC 94040680-0/SP, Rel. Adhemar Maciel, LEXSTJ, v. 68, p. 341).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio no que concerne ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, quando o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; material; instantâneo ou permanente (dependendo da hipótese apresentada) monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente tutelado é a *liberdade do trabalho*.

O objeto material é a pessoa contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de atentado contra a liberdade de trabalho.

O *sujeito passivo* é a pessoa física, vítima do constrangimento.

Há discussão doutrinária sobre a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito passivo do delito.

Consumação e tentativa

O atentado contra a liberdade de trabalho, na primeira modalidade, consuma-se quando a vítima, constrangida: *a)* exerce ou deixa de exercer arte, ofício, profissão ou indústria. *b)* trabalha, ou não, durante certo período ou em determinados dias; *c)* efetivamente, abre ou fecha seu estabelecimento de trabalho; e

d) participa de parede ou paralisação de atividade econômica.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de atentado contra a liberdade de trabalho somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *constranger* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

Para o comportamento tipificado no inc. I do art. 197 do Código Penal, comina a lei uma pena de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência; na hipótese do inc. II do mesmo artigo, a pena é também de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

A lei penal, portanto, ressalvou o concurso material de crimes entre o delito de atentado contra a liberdade de trabalho e o resultante da violência empregada.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, conforme o disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, tendo em vista as penas mínimas cominadas.

Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicote violento Art. 198. *Constranger* alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou a não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Introdução

Podemos extrair do tipo penal em estudo os seguintes elementos: *a)* a conduta de *constranger* alguém, mediante violência ou grave ameaça; *b)* para que celebre contrato de trabalho; *c)* não forneça ou não adquira de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola.

O constrangimento, aqui, praticado mediante o emprego de violência ou grave ameaça, tal como acontece no tipo penal anterior, deve ser dirigido a uma finalidade especial.

A primeira delas diz respeito ao fato de o agente obrigar a vítima a celebrar contrato de trabalho (atentado contra a liberdade de trabalho). O contrato de trabalho pode ser individual (art. 442 da CLT) ou coletivo (art. 611 da CLT).

Conforme ressalta Noronha, “embora a coação, no contrato coletivo, seja mais difícil, pelas exigências legais quanto à sua conclusão e validade, não é impossível de ser exercida sobre componentes de sindicatos, em número suficiente para a aprovação contratual”.⁵

A lei penal, no entanto, não previu a conduta de impedir, mediante violência ou grave ameaça, a celebração de contrato de trabalho, havendo, portanto, uma lacuna que não poderá ser suprida com o recurso da analogia, em virtude da proibição contida no brocado *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*.

Na segunda parte do artigo em estudo encontra-se o delito de *boicotagem violenta*, quando o agente pratica o constrangimento para que a vítima não forneça a outrem ou não adquira de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola.

Conforme relembra Hungria, “a palavra ‘boicotagem’ vem do nome de um administrador agrícola, na Irlanda, James *Boycott*, com quem os camponeses e fornecedores da região romperam relações (forçando-o a emigrar para a América), em represália à sua atuação vexatória. Trata-se de uma espécie de *ostracismo econômico*: a pessoa atingida pela boicotagem é posta à margem do círculo econômico a que pertence, vendo-se na contingência de cessar sua atividade, porque ninguém lhe fornece os elementos indispensáveis a ela, nem lhe adquire os produtos”.⁶

Fornecer, de acordo com a ilação legal, deve ser entendido no sentido de entregar, abastecer, suprir. Esclarece Noronha que a enumeração legal é taxativa, fazendo menção expressa à matéria prima ou produto industrial ou agrícola, isto é, “substâncias orgânicas ou inorgânicas (vegetais ou animais, e minerais), máquinas, instrumentos, etc., e os diversos produtos agrícolas [...]. Exclui o dispositivo o *dinheiro*, meio hábil à boicotagem, quer não se concedendo crédito à pessoa, quer lhe recusando financiamento”.⁷

Exige o tipo penal em estudo que a boicotagem seja violenta, ou seja, praticada mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Assim, se o sujeito for convencido a não fornecer a outrem, por exemplo, matéria-prima ou produto industrial ou agrícola, o fato não se subsumirá ao delito em estudo, sendo, à primeira vista, um indiferente penal.

Ações lesivas a direitos trabalhistas, tal como a transformação dissimulada de contrato de trabalho comum em contrato de trabalho temporário, com o fito de não pagar os direitos do empregado, não configura crime contra a organização do trabalho, susceptível de fixar a competência da Justiça Federal, prevista no art.109, VI,

da Constituição Federal (STJ, CC 34254/SP, Rel. Min. Vicente Leal, S3, DJ 30/9/2002, p. 154).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio no que concerne ao sujeito passivo (quando estivermos diante do delito de boicatagem violenta); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, quando o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; material; instantâneo ou permanente (dependendo da hipótese apresentada); monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte ou não transeunte (dependendo da forma como o delito é praticado).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A liberdade do trabalho é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 198.

O objeto material é a pessoa contra a qual é dirigido o constrangimento.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito. No que diz respeito ao *sujeito passivo*, poderá ser considerado como próprio na hipótese de boicatagem violenta, haja vista que somente aquele que fornecer matéria-prima ou produto industrial ou agrícola é que poderá figurar nessa condição.

Consumação e tentativa

Consuma-se o atentado contra a liberdade de contrato de trabalho quando a vítima, constrangida pelo emprego de violência ou grave ameaça, efetivamente, celebra contrato de trabalho: se expresso (escrito), no ato da assinatura deste; se tácito (verbal), com a aquiescência do constrangido.

O delito de boicatagem violenta consuma-se no momento em que a vítima, em virtude do constrangimento sofrido, não fornece a outrem ou não adquire de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicatagem violenta somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *constranger* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 198 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

A lei penal, portanto, ressalvou o concurso material de crimes entre o delito de atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicote violento e o resultante da violência empregada.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Atentado contra a liberdade de associação Art. 199. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Introdução

A Constituição Federal, em seu art. 8º, inc. V, determina que ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado em sindicato.

Assim, configura-se atentado contra a liberdade de associação, nos termos do art. 199 do Código Penal, o agente que vier a *constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional*.

Amauri Mascaro Nascimento define o sindicato como uma “forma de organização de pessoas físicas ou jurídicas que figuram como sujeitos nas relações coletivas de trabalho”.⁸

O art. 511 da CLT, embora não forneça um conceito de *sindicato*, assevera: *Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.*

Associação profissional poderá ser considerada como gênero, abrangendo o sindicato, conforme se dessume da redação constante do art. 511 da CLT, acima transcrito.

O constrangimento, praticado mediante violência ou grave ameaça, deve ser dirigido no sentido de fazer com que a vítima participe, ou seja, se filie, se associe, contra a sua vontade, a

sindicato ou associação profissional, ou mesmo que deixe de se filiar, quando esse era seu desejo.

Se a conduta do trabalhador e do empregador não gera sequer perigo para a organização do trabalho, não extrapolando efeitos a sindicato ou associação profissional, não se configura o crime descrito no art. 199 CP – Atentado contra a Liberdade de Associação. Só haverá resultado próprio desse crime ocorrendo perigo para a existência. Ou funcionamento do sindicato, ou da associação (STJ, ROHC 4749/CE, Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 6/5/1996).

Os arts. 199 e 203 do CP pressupõem a existência legal de um sindicato ou associação profissional e que a reunião que tenha sido frustrada visasse, efetivamente, à pretensão de direito assegurado em lei trabalhista (RT 333, p. 268).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, quando o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; material; instantâneo ou permanente (dependendo da hipótese apresentada); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A liberdade de associação e filiação sindical é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 199.

O objeto material é a pessoa contra a qual é dirigido o constrangimento.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo. No que diz respeito ao *sujeito passivo*, somente aqueles que podem se associar ou se filiar a algum sindicato é que podem figurar nessa condição.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito quando a vítima, efetivamente, se associa ou se filia, contra a sua vontade, a determinado sindicato ou associação profissional, ou é impedida de fazê-lo, quando assim o desejava, em virtude do constrangimento levado a efeito pelo agente mediante o emprego de violência ou grave ameaça.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O delito de atentado contra a liberdade de associação somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *constranger* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 199 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

A lei penal, portanto, ressalvou o concurso material de crimes entre o delito de atentado contra a liberdade de associação e o resultante da violência empregada.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento do delito em estudo.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem

Art. 200. Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Para que se considere coletivo o abandono de trabalho é indispensável o concurso de, pelo menos, três empregados.

Introdução

A greve é um direito previsto pelo art. 9º de nossa Lei Maior.

A Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, regulamentou o dispositivo constitucional dispondo sobre o direito de greve, bem como definiu as atividades consideradas essenciais, regulando, ainda, o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

O art. 6º da referida lei assegura aos grevistas, entre outros direitos: *I – o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem a greve; II – a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.*

No entanto, podem aqueles que participam do movimento de suspensão ou abandono coletivo de trabalho praticar violência contra a pessoa ou contra coisa, cometendo, dessa forma, a infração tipificada no art. 200 do Código Penal.

Pelo que se verifica da redação do dispositivo *sub examen*, para que ocorra o delito de

paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem, será preciso que o agente, efetivamente, *participe*, isto é, faça parte do movimento da suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra a pessoa ou contra coisa.

O tipo penal em estudo prevê tanto a greve, isto é, o abandono coletivo do trabalho, quanto o chamado *lockout*, compreendido no sentido que lhe é dado pelo art. 17 da Lei nº 7.783/1989, que poderia ser interpretado como a *greve patronal*.

O parágrafo único do art. 200 do Código Penal exige, ainda, para efeitos de configuração do abandono coletivo de trabalho, que haja o concurso de, pelo menos, três empregados, incluindo-se, nesse cômputo, o agente que praticou a violência contra a pessoa ou contra a coisa.

As ações ilícitas decorrentes de greve não podem ser enquadradas como crimes contra a organização do trabalho, se não ofendem órgãos e instituições destinadas a preservar coletivamente o trabalho, mas pessoas isoladamente, de acordo com o art. 109, VI, da CF (RT 729, p. 555).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo (que é a coletividade como um todo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, quando o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; material; instantâneo; monossubjetivo (uma vez que, embora participando de uma atividade lícita, que é a greve, pode um único agente cometer a infração penal, praticando violência contra a pessoa ou contra a coisa); plurissubsistente; não transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Existe controvérsia doutrinária sobre o bem juridicamente protegido pelo delito em estudo, sendo que uma corrente entende que o objeto jurídico é a *liberdade de trabalho*⁹ e outra afirma ser a *regularidade e a moralidade das relações trabalhistas*,¹⁰ posição com a qual nos filiamos.

O objeto material é a pessoa ou a coisa contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo* só pode ser o empregado ou o empregador, uma vez que o tipo exige a suspensão ou abandono coletivo de *trabalho*.

O *sujeito passivo* é a coletividade.

Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a prática do ato violento pelo empregado ou empregador.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O delito de paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem, somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *participar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Penal, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 200 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

A lei penal, portanto, ressalvou o concurso material de crimes entre o delito de paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem, e o resultante da violência empregada contra a pessoa ou contra a coisa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Paralisação de trabalho de interesse coletivo Art. 201. Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Introdução

Embora a greve seja um direito constitucionalmente assegurado (art. 9º da CF), a própria Lei Maior ressalvou que a lei deveria definir os serviços ou atividades essenciais, além de dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, o que veio efetivamente acontecer com a edição da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.

Em virtude das novas disposições legais, constitucionais e infraconstitucionais, grande parte de nossa doutrina¹¹ posicionou-se pela revogação do art. 201 do Código Penal.

A interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo deverá estar ligada aos

serviços e atividades essenciais elencados pelo art. 10 da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que deverá ser conjugado, ainda, com os arts. 11, 14 e 15 do mesmo diploma legal.

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo (que é a coletividade como um todo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, quando o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; material; instantâneo; plurissubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

No que diz respeito ao bem juridicamente protegido, vale o que foi dito quando do estudo do art. 200 do Código Penal.

Objeto material seria a obra pública ou serviço de interesse coletivo interrompidos.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O delito somente pode ser cometido pelos empregados (greve) e pelos empregadores (*lockout*) que teriam de levar a efeito a obra pública ou serviço de interesse coletivo.

O *sujeito passivo* é a coletividade, que sofre os efeitos da paralisação.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito no momento em que ocorre a suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo.

É possível a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de paralisação de trabalho de interesse coletivo somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *participar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 201 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em

estudo.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola.

Sabotagem Art. 202. Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

Os delitos de invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola e sabotagem estão previstos no art. 202 do Código Penal.

Assim, no que diz respeito, inicialmente, ao delito invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de invadir ou ocupar; b) estabelecimento industrial, comercial ou agrícola; c) especial fim de agir, consubstanciado na finalidade de impedir ou embaraçar curso normal do trabalho.

Dissertando sobre o tema, preleciona Hungria que “*invasão* é a entrada arbitrária e hostil, e *ocupação* é a tomada de posse, com arbitrária exclusão do *dominus*”.¹²

Estabelecimento industrial, comercial ou agrícola é o local onde são desenvolvidas as respectivas atividades.

De acordo com a redação típica, a invasão ou a ocupação de qualquer um dos estabelecimentos apontados deverá ter uma finalidade especial, vale dizer, a de *impedir* ou *embaraçar* o curso normal de trabalho. *Impedir* tem o sentido de evitar o início ou interromper as atividades já iniciadas; *embaraçar*, a seu turno, diz respeito a perturbar, atrapalhar, causando algum tipo de transtorno que impeça o normal funcionamento da atividade que estava sendo exercida naquele estabelecimento.

A segunda parte do art. 202 do Código Penal prevê o delito de *sabotagem*. A diferença entre esta figura típica e a analisada anteriormente centra-se no fato de que, na sabotagem, a finalidade do agente é *danificar* o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor.

O tipo do art. 202 do Estatuto Repressivo requer a presença física do agente no estabelecimento, não se satisfazendo com o mero *login* em sistema de microinformática, ainda que objetivando a desorganização dos dados (TRF 4^a Reg., RSE 2005.72.08.000929-7, SC, Rel. Juiz Fed. José Paulo Baltazar Júnior, 8^a T., DEJF 28/5/2008, p. 885).

Crime contra a organização do trabalho – Invasão de estabelecimento agrícola – Sabotagem – Inocorrência – Delito de dano – Competência da Justiça estadual – Conflito negativo de jurisdição procedente – Inteligência dos arts. 202 e 163 do CP – Praticado o dano contra propriedade particular, sem que a denúncia demonstre a intenção do agente de embaraçar o curso normal do trabalho, competente é a Justiça Estadual para o processo e julgamento da infração, mediante queixa. Sem o motivo determinante da ação delituosa não se pode inferir a prática do delito previsto no art. 202 do CP, sob qualquer de suas formas (STF, CJ, Rel. Djaci Falcão, *RT* 564, p. 425).

A entrada de sócio de empresa comercial em escritório da firma para verificar irregularidades que comprometiam o seu patrimônio não constitui crime contra a organização do trabalho, pois o que caracteriza o delito do art. 202 do CP é o intuito de embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim, danificar o estabelecimento (TJPR, AC, Rel. Lauro Lopes, *RJ*, 35, p. 621).

Sem o motivo determinante da ação delituosa não se pode inferir a prática do delito previsto no art. 202 do CP, sob qualquer de suas formas (STF, CJ 63105/ES, Rel. Min. Djaci Falcão, Tribunal Pleno, *RT* 564, p. 425).

Classificação doutrinária

Crime comum quanto ao sujeito ativo, haja vista que o tipo penal não exige qualquer qualidade ou condição especial, e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo, uma vez que somente o proprietário ou possuidor do estabelecimento industrial, comercial ou agrícola é que pode figurar nessa condição, mesmo que a sociedade seja, também, atingida mediamente com a prática do delito; doloso; formal (pois que não se exige que o agente produza o resultado por ele pretendido para efeitos de reconhecimento da consumação); permanente; de forma livre; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (na hipótese de sabotagem).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola e sabotagem é, segundo Noronha, “a organização do trabalho, seu desenvolvimento normal e regular”.¹³ No que diz respeito à sabotagem, podemos visualizar, também, a proteção da posse e da propriedade.

O objeto material é o estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, bem como as coisas neles existentes, contra os quais é dirigida a conduta do agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito em estudo. O *sujeito passivo* é o proprietário ou o possuidor do estabelecimento. A coletividade também poderá figurar,mediatamente, nessa condição.

Consumação e tentativa

A invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola e a sabotagem se

consumam com a simples *invasão* ou *ocupação*, independentemente se o agente tenha ou não conseguido, no primeiro caso, impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou, na segunda hipótese, danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

Os delitos tipificados pelo art. 202 do Código Penal somente podem ser praticados dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *invadir* e *ocupar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, ser o delito praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 202 do Código Penal é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Incorrendo ofensa a organização geral do trabalho ou a direito dos trabalhadores, coletivamente considerados, a competência é da Justiça Estadual para apreciar o delito do art. 202 do CP. Recurso desprovido (STJ, RHC 7524/SP, Rel. Min. Felix Fischer. 5^a T., RT 757, p. 508).

Penal. Competência. Crime do CP, art. 202, que não se confunde com crime contra a organização do trabalho. 1. Tendo havido apenas quebra da fechadura de uma porta de vidro, que dá acesso aos escritórios, numa investida de piquete que pretendia paralisar os serviços da empresa, não se configura crime contra a organização do trabalho, e, sim, crime de invasão ou sabotagem, tipificado no CP, art. 202. 2. Conflito conhecido; competência do Juízo Estadual, suscitado (STJ, CC 5453/SP-S3, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 22/11/1993 p. 24.880).

Frustração de direito assegurado por lei trabalhista Art. 203. Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:
Pena – detenção de 1 (um) ano a 2 (dois) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

(Redação dada pela Lei nº 9.777, de 29/12/1998.) § 1º Na mesma pena incorre quem: (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29/12/1998.) I – obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida; (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29/12/1998.) II – impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais.

(Incluído pela Lei nº 9.777, de 29/12/1998.) § 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

(Incluído pela Lei nº 9.777, de 29/12/1998.) **Introdução**

Embora o art. 7º da Constituição Federal preveja alguns direitos do trabalho, é na CLT que encontramos o rol mais detido, que diz respeito tanto aos do empregado como os concernentes ao empregador, uma vez que o tipo penal não faz qualquer distinção.

Analisando a figura típica em estudo, verifica-se a utilização do núcleo *frustrar*, utilizado aqui no sentido de afastar, impedir, privar o titular do direito que lhe é assegurado por lei trabalhista. Para tanto, o agente se vale do emprego da fraude ou violência. Conforme salienta Damásio, “fraude é o engodo empregado pelo sujeito para induzir ou manter a vítima em erro. A violência empregada deve ser a própria, ou seja, a violência consistente em força física (*vis corporalis*). A violência moral, consistente no emprego de grave ameaça (*vis compulsiva*), não é meio de execução deste delito. Quando o legislador quer referir-se à violência moral, menciona esta expressamente, usando o termo ‘grave ameaça’. Como não empregou tal expressão na definição legal, deve-se entender que esta não é meio de execução”.¹⁴

Ações lesivas a direitos trabalhistas individuais, tal como o não pagamento de direitos trabalhistas pelo ex-empregador em decorrência de rescisão contratual, não configura crime contra a organização do trabalho, suscetível de fixar a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, VI, da Constituição Federal (STJ, CC 22.304/SP, Rel. Vicente Leal, j.11/11/1998).

Classificação doutrinária

No que diz respeito ao *caput* do art. 203 do Código Penal, o delito é comum quanto ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo, pois que somente o empregador e o empregado, titulares do direito trabalhista frustrado, podem figurar nessa condição; doloso; material; de forma livre; instantâneo ou permanente (dependendo do caso concreto, pois que a situação de frustração a direito assegurado pela legislação trabalhista pode se prolongar no tempo); comissivo (podendo ser, no entanto, praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); monossubjetivo; plurissubsistente (como regra, pois que deverá ser observado no caso concreto a situação em que houve a frustração do direito assegurado pela legislação trabalhista); transeunte ou não transeunte (dependendo da hipótese concreta).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Os bens juridicamente protegidos são os direitos, seja do empregado ou do empregador, assegurados pela legislação trabalhista.

O objeto material é a pessoa que se vê frustrada em seus direitos trabalhistas.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo* poderá ser o empregador, o empregado ou qualquer outra pessoa, uma vez que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é a pessoa frustrada em seu direito trabalhista, podendo ser tanto o empregador quanto o empregado.

Consumação e tentativa

O delito se consuma com a efetiva frustração do direito assegurado pela legislação trabalhista.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *frustrar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser o delito praticado via omissão imprópria.

Modalidades assemelhadas

São aquelas previstas no § 1º que foi acrescentado ao art. 203 do Código Penal pela Lei nº 9.777, de 29 de dezembro de 1998. Faremos a análise de cada uma delas isoladamente.

Obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida.

A expressão *usar mercadoria de determinado estabelecimento*, utilizada pelo inc. I do § 1º do art. 203 do Código Penal, exige uma habitualidade, ou seja, a prática reiterada do comportamento.

O núcleo *obrigar* deve ser entendido no sentido de tornar obrigatório, isto é, impedir que a pessoa tenha opção para utilizar mercadorias existentes em outros estabelecimentos. A localização isolada de determinada fazenda, por exemplo, sem que haja meios de transporte disponíveis, obrigará o trabalhador a adquirir as mercadorias colocadas à disposição pelo seu próprio empregador.

A coação mencionada pelo dispositivo em exame pode ser tanto a física quanto a moral.

Impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais.

Pela análise do inc. II do § 1º do art. 203 do Código Penal, verificamos serem duas as modalidades de comportamento que importam na prática da infração penal.

A primeira delas diz respeito ao fato de o agente *impedir* alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza mediante coação. Nesse caso, o sujeito, valendo-se de coação física ou moral, não permite que a vítima se deslique do seu serviço. Esse comportamento pode ser concebido como uma modalidade especial de constrangimento ilegal, tendo a coação como seu meio executivo.

Na segunda hipótese, o agente, também com a finalidade de impedir que alguém se deslique de seus serviços, não importando a sua natureza, retém-lhe documentos pessoais (a exemplo da cédula de identidade, carteira de trabalho, carteira de habilitação etc.) ou contratuais.

Causas especiais de aumento de pena

O § 2º do art. 203 do Código Penal também foi inserido pela Lei nº 9.777, de 29 de dezembro de 1998, e prevê o aumento *de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço)* se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Não sendo comprovada a presença de menores de idade na fazenda fiscalizada, não há que incidir a causa de aumento prevista no § 2º do art. 203 do CP, devendo o cálculo da prescrição ser feito com base na pena máxima estabelecida no *caput* do referido dispositivo legal (TRF-1^aReg., ACR 2008.37.01.002160-0/MA, Rel. Des. Fed. Ney Bello, DJe 12/05/2015).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada aos delitos tipificados no art. 203 do Código Penal, *caput*, e § 1º, é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

A lei penal, portanto, ressalvou o concurso material de crimes entre os delitos tipificados no art. 203, *caput* e § 1º, e o resultante da violência empregada.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Com base na orientação contida no Verbete nº 115 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consagrou-se no sentido de que o julgamento pela prática do delito do art. 203 do Código Penal, consistente em frustração de direito assegurado por lei trabalhista, somente compete à Justiça Federal quando o interesse em questão afetar órgãos coletivos do trabalho ou a organização geral do trabalho. Precedentes (STJ, CC 137.045/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, S. 3, DJe 29/02/2016).

A competência para processar e julgar o crime do art. 203 do CP é da Justiça Estadual, quando a lesão for a

direitos de trabalhadores individualmente considerados. Somente se firmará a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, VI, da CF, quando houver ofensa ao sistema de órgãos e institutos destinados a preservar, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores. Precedentes (STJ, EDcl no AgRg no CC 129.181/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, S3, DJe 05/03/2015).

O delito é de competência da Justiça Federal em face da *perpetuatio jurisdictiones* prevista no art. 81 do CPP. Demonstrado nos autos que os denunciados, livre e conscientemente, empreenderam conduta objetivando fraudar direito trabalhista assegurado (TRF 4^a Reg., ACR 2005.70.01.002460-8/PR, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, 7^a T., j. 6/4/2010, DEJF 2/7/2010, p. 563).

Havendo a imputação do crime previsto no art. 203 do Código Penal em detrimento de alguns empregados, impõe-se a competência da Justiça estadual (STJ, AgRg. no CC 62750/SP, 3^a S., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 5/5/2008, p. 1).

Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes perpetrados contra a organização do trabalho, quando violados direitos dos trabalhadores considerados coletivamente. A infringência dos direitos individuais de trabalhadores, sem que configurada lesão ao sistema de órgãos e instituições destinadas a preservar a coletividade trabalhista, afasta a competência da Justiça Federal (STJ, AgRg no CC 64067/MG, Rel. Min. Og Fernandes, S3, DJe 8/9/2008).

Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho Art. 204. Frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Introdução

As regras sobre a nacionalização do trabalho encontram-se previstas pelos arts. 352 a 371 da CLT.

Trata-se, portanto, de norma penal em branco, cujo complemento é fixado, principalmente, pela Consolidação das Leis do Trabalho.

O núcleo do tipo é o verbo *frustrar*, utilizado no sentido de afastar, privar, enganar.

Exige o tipo penal do art. 204 que o delito seja cometido com o emprego de fraude ou violência.

A finalidade da norma em estudo é a de responsabilizar criminalmente o agente que dirigir sua conduta no sentido de frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho, quer dizer, à proteção que a lei confere aos trabalhadores nacionais, a exemplo do que ocorre com a regra da proporcionalidade, prevista nos arts. 352 e 354 da CLT.

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso;

material; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente (como regra, pois que se pode visualizar o fracionamento do *iter criminis*); transeunte ou não transeunte (dependendo da hipótese concreta).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 204 é, segundo Cesar Roberto Bitencourt, “o interesse na nacionalização do trabalho, particularmente, o interesse do Estado em garantir a reserva de mercado para os brasileiros, em seu próprio território”.¹⁵

Os contratos indevidamente celebrados podem ser considerados como o objeto material do delito em estudo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeito ativo, como regra, será o empregador, mas nada impede que qualquer pessoa possa figurar nessa condição, a exemplo do empregado ou de um estranho à relação de trabalho.

O *sujeito passivo* é o Estado, que vê frustradas suas medidas criadas em benefício dos trabalhadores nacionais.

Consumação e tentativa

O delito se consuma no instante em que o agente, efetivamente, frustra, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de frustração de lei sobre nacionalização do trabalho somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *frustrar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 204 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

A lei penal, portanto, ressalvou o concurso material de crimes entre o delito de frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho e o resultante da violência empregada.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Crime contra a organização do trabalho, conjugado com estelionato. Competência da Justiça Federal. Nulidade do processo, inclusive a denúncia, por falta de legitimidade do seu firmatário. Aplicação dos arts. 125, VI, da CF, 171, e 204 do CP, e 564, II, do CPP (STF, *RHC*, Rel. Min. Thompson Flores, *RTJ* 54, p. 732).

Exercício de atividade com infração de decisão administrativa Art. 205.

Exercer atividade, de que está impedido por decisão administrativa: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Introdução

O delito de exercício de atividade com infração de decisão administrativa é previsto pelo art. 205 do Código Penal.

Assim, de acordo com a mencionada figura típica, podemos destacar os seguintes elementos: *a)* a conduta de exercer atividade; *b)* para a qual se encontra o agente impedido por decisão de natureza administrativa.

O núcleo *exercer* pressupõe habitualidade, quer dizer, prática reiterada de determinado comportamento para o qual se encontrava proibido o agente por decisão administrativa.

O termo *atividade* está ligado a qualquer profissão lícita, reconhecida pelo Ministério do Trabalho, a exemplo do que ocorre com os médicos, contadores, advogados *etc.*

A decisão deverá possuir, obrigatoriamente, natureza administrativa, haja vista que se o impedimento se der em virtude de decisão judicial, por exemplo, o delito será o tipificado no art. 359 do Código Penal, que prevê a desobediência à decisão judicial sobre a perda ou suspensão de direito.

A existência prévia de ato decisório impeditivo emanado de órgãos da Administração Pública ou de entidades disciplinadoras de profissões, relacionado ao desempenho de determinado ofício, é pressuposto para a configuração, em tese, do crime de exercício de atividade com infração de decisão administrativa (art. 205 do CP) (TRF 4^a R., RecCrSE 2008.72.04.004140-7, SC, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, 8^a T., j. 18/11/2009, *DEJF* 26/11/2009, p. 965).

Comprovadas a autoria e a materialidade delitivas no sentido de exercer atividade de bar e lancheria da qual está impedido por decisão administrativa, deve ser mantida a condenação (RecCrim. 710011 65778, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais/RS, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 16/4/2007).

Habitualidade necessária. Para configuração do delito previsto no art. 205 do Estatuto Repressor, necessária a reiteração de atos próprios da conduta da qual o agente está impedido de exercer por força de decisão administrativa (TRF, 2^a Reg., AC 97.02.46075-1/RJ, Rel. Benedito Gonçalves, *DJU* 12/9/2000).

Em sentido contrário, a conduta típica prevista no art. 205, por ser específica, exclui a do art.282, que trata do exercício ilegal da medicina. Basta um ato de desobediência à decisão administrativa para que se configure o delito em questão (STF, HC 74826/SP, Rel. Sydney Sanches, DJ 29/8/1997).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo; habitual; de forma livre; de mão própria; de mera conduta; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

De acordo com as observações de Guilherme de Souza Nucci, “o objeto material é a atividade desempenhada pelo agente; o objeto jurídico é o interesse do Estado no cumprimento de suas decisões”.¹⁶

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo* é a pessoa que foi impedida, por decisão administrativa, de exercer determinada atividade.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a prática reiterada dos atos próprios da atividade que o indivíduo se encontra impedido de exercer.

Embora seja um crime habitual, entendemos possível o raciocínio relativo à tentativa, devendo ser analisado o comportamento praticado no caso concreto.

Elemento subjetivo

O delito de exercício de atividade com infração de decisão administrativa somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidade comissiva

O núcleo *exercer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 205 do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em

estudo.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

O cancelamento, a pedido, de inscrição no CRO por encerramento das atividades é mero ato de registro, não se constituindo em decisão administrativa de natureza punitiva de modo a impedir o profissional de exercer seu ofício. Compete à Justiça Comum apreciar e julgar representação contra odontólogo, no exercício da profissão sem o devido registro no conselho respectivo (STJ, CC 10098/MG, Rel. Min. Cid Fláquer Scartezzini, S3, *LEXSTJ* 79, p. 317).

Aliciamento para o fim de emigração Art. 206. Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro.

(Redação dada pela Lei nº 8.683, de 15/7/1993.) Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

(Redação dada pela Lei nº 8.683, de 15/7/1993.) **Introdução**

Com a finalidade de responsabilizar criminalmente o agente que alicia trabalhadores para o fim de emigração, foi dada nova redação ao art. 206 do Código Penal pela Lei nº 8.683/1993, de 15 de julho de 1993.

O núcleo *recrutar* deve ser entendido no sentido exposto pela rubrica, vale dizer, aliciar, convencer, seduzir, atrair trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro.

A *fraude* é o meio utilizado pelo agente, podendo consistir em falsas promessas de remuneração, vantagens pessoais, a exemplo de habitação e alimentação, da possibilidade de aquisição de bens materiais (automóvel, casa própria etc.), enriquecimento em curto prazo, enfim, promessas que, certamente, não serão cumpridas, mas que servirão de estímulo para que o trabalhador aceite partir do território nacional.

A conduta do agente, portanto, de acordo com a redação típica, deve ser dirigida finalisticamente no sentido de levar o trabalhador recrutado para território estrangeiro, pois que, se for para induzi-lo a trabalhar em outra localidade dentro do território nacional, o delito será aquele tipificado pelo art. 207 do Código Penal, vale dizer, aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.

Esclarece Luiz Regis Prado sobre a controvérsia doutrinária a respeito do número mínimo de trabalhadores necessários à configuração típica, uma vez que a lei penal usa o termo no plural, isto é, *trabalhadores*: “Duas correntes se formaram, uma no sentido de que bastam dois trabalhadores para configurar o ilícito penal, enquanto outra, em sentido diametralmente oposto, argumenta que o número mínimo é de três, pois quando a lei se contenta com aquela

quantidade – dois – o diz expressamente (por exemplo, arts. 150, § 1º; 155, § 4º; 157, § 2º, II; 158, § 1º etc.).

Com efeito, examinando a técnica empregada pelo legislador, constata-se que se tivesse por escopo considerar configurado o ilícito apenas com dois trabalhadores o teria feito expressamente, como bem observa a segunda corrente doutrinária. Por isso, também aqui se entende que é preciso três como número mínimo de trabalhadores para que se caracterize o delito descrito no art. 206 do Código Penal”.¹⁷

Penal. Aliciamento para o fim de emigração. Configuração. Absorção pelo crime de plágio. Impossibilidade. A figura delituosa do art. 206, do Código Penal, relativa ao aliciamento para fim de emigração, para sua configuração, *ex vi* da Lei nº 8.683/93, exige a elementar da fraude no recrutamento. O crime de plágio – Redução a condição análoga à de escravo não absorve a do art. 206 do CP. 3. Recursos parcial e integralmente providos (TRF, 1ª Reg., AC 0103795, Rel. Fernando Gonçalves, 3ª T., DJU 29/9/1995, p. 66.038).

Classificação doutrinária

Crime comum quanto ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo; de forma livre; formal; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é o interesse do Estado em manter os trabalhadores em território nacional.

O objeto material são os trabalhadores aliciados.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de aliciamento para o fim de emigração.

Da mesma forma, qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito passivo*.

Consumação e tentativa

O delito tipificado no art. 206 do Código Penal consuma-se no exato instante em que os trabalhadores são recrutados, vale dizer, aliciados com o fim de serem levados ao estrangeiro, não se exigindo que, efetivamente, venham a sair do território nacional.

Embora seja de difícil configuração, será possível o raciocínio correspondente à tentativa, dependendo da hipótese concreta apresentada.

Elemento subjetivo

O delito de aliciamento para o fim de emigração somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Restando amplamente demonstrado que os agentes obtiveram vantagem ilícita em prejuízo alheio, advinda do pagamento a título de prestação de serviços por recrutar trabalhadores para laborar nos estados unidos,

mediante fraude, sob falsa promessa de obtenção de visto de trabalho, emprego e moradia, veiculando anúncio em jornal de grande circulação, caracterizado está o delito previsto no artigo 171 do Código Penal. O delito de aliciamento para fins de emigração exige a presença do elemento subjetivo do injusto consistente em querer efetivamente levar as vítimas para o exterior. Ausente referido elemento, impossível se torna a condenação pelo crime previsto no artigo 206 do Código Penal (TJPR, ApCr 0472831-2, Maringá, 5ª Câm. Crim., Rel.^a Des.^a Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, *DJPR* 8/8/2008, p. 215).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *recrutar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 206 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

A Constituição da República, em seu art. 109, VI, atribui à Justiça Federal a competência para julgar os delitos praticados contra a organização do trabalho. No caso, o inquérito visa apurar o aliciamento e promoção de entrada ilegal de brasileiros nos Estados Unidos da América. Considerando-se, pelos elementos colhidos no procedimento inquisitivo até o momento, que não houve ofensa a direitos coletivos dos trabalhadores, não há falar em fixação da competência da Justiça Federal (STJ, CC 101.877, Proc. 2008/0279119-8, MG, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 9/6/2010, *DJE* 17/6/2010).

Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional Art. 207. Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional: Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 9.777, de 29/12/1998.*) § 1º In corre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

(*Incluído pela Lei nº 9.777, de 29/12/1998.*) § 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

(Incluído pela Lei nº 9.777, de 29/12/1998.) Introdução

Comparando o artigo em estudo com o tipo penal de aliciamento para o fim de emigração, esclarece Noronha, com precisão: “O art. 207 prevê hipótese assemelhada à do artigo

antedente. Punido o aliciamento de trabalhadores, com o fim de levá-los de uma parte para outra localidade do território nacional, a lei tem em vista a regularidade, a normalidade do trabalho no país, evitando que regiões mais favorecidas corram o risco do *chômage*, enquanto outras, que não oferecem as mesmas vantagens, se despovoem e lutem com a falta de braços. Tal fato rompe a harmonia e o equilíbrio necessários à ordem econômica e social.

Como na espécie anterior, não se veda a transferência pura e simples de alguém de um lugar para outro do solo nacional, o que é inerente à liberdade de trabalho; pune-se o aliciamento; vedo-se a ação dos aliciadores, promotora do êxodo de uma localidade para outra”.¹⁸

No entanto, no que diz respeito à infração penal narrada no *caput* do art. 207 do Código Penal, a lei não exigiu que o aliciamento fosse realizado mediante o emprego de fraude, tal como ocorre com o art. 206 do mesmo diploma repressivo. Assim, o simples fato de aliciar, mesmo que com promessas reais de melhoria de vida, por exemplo, já se configura no delito em estudo, procurando-se evitar, conforme salientado por Noronha, o êxodo em regiões integrantes do território nacional.

Mandado de segurança. Cabimento. Inquérito policial. Crime de aliciamento de trabalhadores (art. 207 do CP). Apreensão de veículos destinados ao transporte dos aliciados. Restituição. É cabível o mandado de segurança para pleitear-se a restituição de bens apreendidos em inquérito policial, uma vez indeferida no procedimento incidental de que trata o art. 120, § 2º, do CPP. O crime de aliciamento de trabalhadores definido no art. 207 do Código Penal se consuma no momento em que o agente convence o trabalhador a transferir-se para outra localidade do território nacional, acertando com ele as condições e os meios como isto se fará. Por conseguinte, os veículos de qualquer natureza utilizados para deslocar-se ao lugar de destino, de nenhuma forma, podem ser considerados instrumentos desse ilícito ou prova de sua materialidade. Desnecessárias, portanto, sua apreensão e retenção desde que, além de não interessarem ao processo, não estão incluídos entre os bens passíveis de perda, mencionados no art. 91, II, do CP. Mandado de segurança conhecido e deferido (TRF, 5ª Reg., Plenário, Rel. Petrucio Ferreira, SJU 19/10/1990, p. 24.631).

Classificação doutrinária

Crime comum quanto ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo; de forma livre; formal; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é o interesse do Estado em manter os trabalhadores não somente no território nacional, mas em suas diversas e heterogêneas regiões, evitando o êxodo e, consequentemente, a despovoação de determinada localidade.

Os trabalhadores aliciados constituem o objeto material.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de aliciamento de trabalhadores de um

local para outro do território nacional.

Da mesma forma, qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito passivo*.

Consumação e tentativa

O delito tipificado no art. 207 do Código Penal consuma-se no exato instante em que os trabalhadores são aliciados com o fim de serem levados para uma localidade do território nacional, não se exigindo que, efetivamente, isso venha a ocorrer.

O crime de aliciamento de trabalhadores definido no art. 207 do Código Penal se consuma no momento em que o agente convence o trabalhador a transferir-se para outra localidade do território nacional, acertando com ele as condições e os meios como isto se fará. Por conseguinte, os veículos de qualquer natureza utilizados para deslocar-se ao lugar de destino, de nenhuma forma podem ser considerados instrumentos desse ilícito ou prova de sua materialidade. Desnecessárias, portanto, sua apreensão e retenção (TRF, 5ª Região, MSPL 90.05.04150-1, Rel. Des. Fed. Petrúcio Ferreira, pub. 19/10/1990).

Embora seja de difícil configuração, será possível o raciocínio correspondente à tentativa, dependendo da hipótese concreta que seja apresentada.

Elemento subjetivo

O delito de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *aliciar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Modalidade assemelhada

O § 1º, inserido no art. 207 do Código Penal pela Lei nº 9.777, de 29 de dezembro de 1998, assevera, *verbis*: § 1º *Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.*

Cesar Roberto Bitencourt, analisando a inovação legal, com precisão, aduz: “O tipo descrito no § 1º é um *misto das infrações* descritas nos arts. 206 e 207, ao menos em uma de suas modalidades, onde consta como meio executório ‘mediante fraude’. Daquele dispositivo contém a exigência de ‘fraude’, e, deste, o êxodo de trabalhadores limita-se ao território nacional. Apresenta três formas: (a) mediante *fraude*; (b) *cobrança de valores* do trabalhador; e (c) não assegurar condições de retorno ao local de origem. As duas primeiras modalidades

são de fácil comprovação; a terceira apresenta uma dificuldade dogmática: *prática condicional* do crime. A ação típica nuclear será o ‘recrutamento de trabalhadores’ ou ‘a não facilitação do retorno à origem’? E se o trabalho no local recrutado durar dez anos? Qual será o *iter criminis*? É de difícil configuração”.¹⁹

Causa especial de aumento de pena

Foi prevista pelo § 2º do art. 207 do Código Penal por intermédio da Lei nº 9.777, de 29 de dezembro de 1998.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 207 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, desde que não incida a majorante constante do § 2º do art. 207 do Código Penal.

Processo penal. Recurso em *habeas corpus*. Aliciamento de trabalhadores. Crime contra as relações de trabalho. Crime contra direitos humanos. Art. 109, V-A, VI, da Constituição Federal. Competência. Justiça Federal. 1. Trata-

-se de crime de aliciamento de trabalhadores que eram levados de uma unidade da Federação para outra. 2. Pela denúncia, narra-se um sofisticado esquema de burla à organização do trabalho e à dignidade humana. 3. Inteligência dos comandos inseridos no art. 109, V-A, VI, da Constituição Federal, no art. 10, VII, da Lei nº 5.060/1966 e no Título IV, da Parte Especial do Código Penal. 4. Compete, assim, à Justiça Federal processar e julgar a ação penal em apreço (STJ, *RHC* 18242/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., *DJ* 25/6/2007, p. 299).

Crimes contra a organização do trabalho. Redução à condição análoga à de escravo/frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Competência (federal/estadual). 1. A competência é federal quando se trata de ofensa ao sistema ‘de órgãos e instituições que preservam coletivamente os direitos do trabalho’. 2. Na hipótese, porém, de ofensa endereçada a trabalhadores individualmente considerados, a competência é estadual. 3. Precedentes do STJ (STJ, *HC* 36230/PE, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª T., *RIOBDPPP* 36, p. 118).

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p. 1.970.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 753.

³ TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 2, p. 525.

⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 435.

⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 18.

⁶ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 42.

⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 20.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*, p. 478-479.

⁹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 3, p. 35.

¹⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 456-457.

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 462.

12 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 47.

13 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 26.

14 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 3, p. 48.

15 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 478.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 766.

17 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 133.

18 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 36.

19 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 492.

Título V – Dos crimes contra o Sentimento Religioso e contra o Respeito aos Mortos

Capítulo I – Dos Crimes contra o Sentimento Religioso

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

208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), sem prejuízo da correspondente à violência.

Introdução

Por intermédio da norma contida no art. 208 do Código Penal, proíbe-se a conduta de *escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa*.

O verbo *escarnecer* é utilizado no texto legal no sentido de zombar, troçar, ridicularizar, humilhar etc. Para que ocorra o delito em estudo, tal escarnecimento deve ser levado a efeito em público. Isso significa que se o agente escarnece da vítima em lugar reservado, onde se encontravam somente os dois (vítima e agente), o fato poderá se configurar em outro delito, a exemplo do crime de injúria.

O agente deverá atuar impelido por uma finalidade especial, vale dizer, por motivo de crença ou função religiosa da vítima. *Crença*, aqui, deve ser entendida no sentido de *fé religiosa; função religiosa*, a seu turno, diz respeito à ocupação, ao ministério exercido pela vítima em sua crença, tal como ocorre com os pastores, padres, rabinos etc.

A norma contida no tipo do art. 208 do Código Penal responsabiliza criminalmente, ainda, o agente que vier *impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso*.

Nessa hipótese, a conduta do agente é dirigida, no primeiro caso, a impedir, ou seja, não permitir que seja realizada cerimônia ou culto religioso; no segundo, embora os atos religiosos aconteçam, o agente perturba a sua normal realização.

A *cerimônia* consiste num ato que se reveste de maior solenidade, a exemplo do que acontece com o casamento ou, mesmo, com o batismo; a expressão *culto religioso* é utilizada para identificar o regular ato de adoração, sem a presença das solenidades exigidas para

determinadas ocasiões especiais.

A última modalidade de conduta proibida pelo tipo penal do art. 208 do diploma repressivo diz respeito ao ato de *vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso*.

Vilipendiar deve ser entendido no sentido de menoscabar, desprezar, enfim, tratar como vil, publicamente, ato ou objeto de culto religioso.

Cuida-se de um tipo misto cumulativo, no qual o agente pode ser responsabilizado, em concurso de crimes, na hipótese de praticar mais de um comportamento previsto pelo tipo penal em estudo. Assim, o agente poderá, por exemplo, escarnecer de alguém publicamente, bem como vilipendiar objeto de culto religioso, devendo, pois, responder por duas infrações penais.

O agente que, embriagado, ingressa na igreja, profere impropério, empurra os fiéis e ofende o pastor que preside o culto, incide na sanção do art. 208 do CP (TACrim./SP AC, Rel. Xavier de Aquino, RJTE 140, p. 273).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo, que deverá ser alguém que professe determinada crença; doloso; comissivo (pois que os núcleos *escarnecer*, *impedir*, *perturbar* e *vilipendiar* importam em um comportamento positivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (como regra, pois que se pode visualizar o fracionamento do *iter criminis*); transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 208 é o *sentimento religioso*.

Objeto material, dependendo da conduta praticada pelo agente, pode ser a *pessoa* que foi escarnecidida publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; a *cerimônia* ou o *culto religioso*, que foi impedida(o) ou perturbada(o); ou, ainda, o *ato* ou o *objeto de culto religioso*.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito.

Sujeitos passivos são aqueles que foram escarnecididos publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; os *crentes* que foram impedidos de participar de cerimônia ou culto religioso, ou mesmo perturbados durante a sua realização; ou, ainda, todos aqueles que estavam ligados ao ato ou objeto de culto religioso que foi profanado, vilipendiado pelo agente. Nas duas últimas hipóteses, podemos considerá-las como características do chamado

crime vago, que atinge um número indeterminado de pessoas.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito, na primeira hipótese, no momento em que o agente escarnece, publicamente, de alguém, por motivo de crença ou função religiosa, não importando o fato de ter a vítima se sentido, ou não, menosprezada, ridicularizada em virtude do comportamento praticado pelo sujeito ativo.

Na segunda modalidade, consuma-se o delito quando o agente, efetivamente, impede a realização da cerimônia ou culto religioso, seja evitando o seu início ou, mesmo, interrompendo-o durante a sua realização, ou, ainda, quando leva a efeito comportamento que tenha o condão de perturbar o normal andamento da cerimônia ou do culto religioso.

Na última figura, consuma-se o delito com o vilipêndio realizado.

A tentativa é admissível.

Consuma-se o crime do art. 208 do CP com a perturbação da cerimônia, bastando para integrar o elemento subjetivo da figura o dolo eventual, sendo irrelevante o fim visado pelo agente (TACrim./SP, AC, Rel. Cunha Camargo, *JTACrim./SP* 44, p.162).

Elemento subjetivo

O delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas de *escarnecer*, *impedir*, *perturbar* e *vilipendiar* pressupõem comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado o delito via omissão imprópria.

Causa de aumento de pena

O parágrafo único do art. 208 do Código Penal assevera que, se houver o emprego de violência, a pena será aumentada em um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 208 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa. Se houver o emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.¹

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo. No entanto, se houver o concurso com infração penal cuja pena máxima cominada em

abstrato ultrapasse o limite de dois anos, determinado pelo mencionado art. 2º, o Juizado Especial Criminal deixará de ser o competente, *ab initio*.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, observando-se as ressalvas citadas, no que diz respeito ao concurso de crimes.

Estatuto do índio

O inciso I do art. 58 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), pune com pena de detenção de um a três meses aquele que vier a escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática.

Capítulo II – Dos Crimes contra o Respeito aos Mortos

Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária Art. 209. Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), sem prejuízo da correspondente à violência.

Introdução

O art. 209 do Código Penal, no intuito de proteger o último instante de contato, que ficará na memória dos que participam do ato de despedida daquele que chegou ao fim de sua existência, prevê o delito de *impedimento ou perturbação de cerimônia funerária*.

Assim, de acordo com a redação típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de *impedir* ou *perturbar*; b) enterro ou cerimônia funerária.

O núcleo *impedir* é utilizado pelo texto legal no sentido de não permitir o início da realização ou interromper o enterro ou cerimônia funerária; *perturbar* diz respeito ao fato de tumultuar, atrapalhar o normal andamento do enterro ou da cerimônia funerária.

Por *enterro*, conforme as lições de Hungria, “entende-se a transladação do cadáver, com ou sem *acompanhamento*, para o lugar onde deve ser inumado. *Cerimônia funerária* é todo ato de assistência ou homenagem que se presta a um defunto”.²

Trata-se de um tipo misto alternativo no qual o agente, se praticar os dois comportamentos por ele previstos, deverá responder por uma única infração penal. Assim, poderá ter,

inicialmente, perturbado a realização de uma cerimônia funerária que, por fim, acabou sendo impedida de ser realizada em virtude da conduta por ele praticada.

No momento de manifesta fragilidade emocional, o réu, contratado justamente para amenizar os infortúnios naturais do dia do velório e/ou enterro, simplesmente cria um tumulto de grande magnitude, impedindo o enterro com o uso de expressões ofensivas e até com ameaça de morte aos parentes da falecida, sendo necessária a intervenção da polícia. À toda evidência, perturba a cerimônia funerária quem a tumultua, desorganiza e altera o seu desenvolvimento regular, impedindo o sepultamento da falecida, a pretexto de cobrar dívida (TJRO, APL 0047756-47.2009.8.22.0601, Turma Recursal, Rel. Juiz João Adalberto Castro Alves, DJERO 5/5/2010).

Para configuração do delito do art. 209 do CP, basta que o agente tenha a consciência de que perturba, com a sua conduta, a cerimônia funerária, ainda que este não seja seu objetivo precípua. Trata-se, é certo, de delito doloso, mas em que o dolo pode ser eventual. Por outro lado, o sentimento de reverência e piedade para com os mortos é comum à generalidade dos povos. Ferir--los é ferir a sociedade. Todo adulto normal tem consciência disso (RT410, p. 313).

Nos crimes contra o respeito aos mortos, não se exige qualquer fim específico, sendo, pois, irrelevante que o fim ulterior deles fosse o lucro (TJSP, AC, Rel. Marino Falcão, RJTJSP 107, p. 467).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo, pois que a coletividade, de forma geral, é que sofre com a conduta praticada pelo agente, tratando-se, outrossim, de um crime vago; doloso; comissivo (podendo, entretanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; de mera conduta; monossubjetivo; monossistente ou plurissistente (dependendo da forma como a infração penal for praticada); transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 209 do diploma repressivo é o *sentimento de respeito aos mortos*, isto é, à sua memória.

Objeto material é o enterro ou a cerimônia funerária.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito. *Sujeito passivo* é a coletividade, representada pelas pessoas que participavam do enterro ou da cerimônia funerária, incluindo-se aqui a família do morto. Trata-se, pois, de crime vago.

Consumação e tentativa

O delito tipificado no art. 209 do Código Penal se consuma no instante em que o enterro ou a cerimônia funerária é impedido(a) pelo agente de ser realizado(a) (ou mesmo de prosseguir), bem como quando ocorrem os atos que denotam perturbação, ou seja, que atrapalham o seu normal andamento.

Dependendo da forma como o delito é praticado, será possível raciocínio relativo à tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de impedimento ou perturbação de cerimônia funerária somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas de *impedir* e *perturbar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticadas via omissão imprópria.

Causa de aumento de pena

O parágrafo único do art. 209 do Código Penal assevera que se houver emprego de violência a pena será aumentada em um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 209 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa. Se houver emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, levando-se a efeito as ressalvas relativas ao concurso de crimes.

Violação de sepultura Art. 210. Violar ou profanar sepultura ou urna funerária: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

O delito de *violação de sepultura* é previsto pelo art. 210 do Código Penal.

Dissertando, com precisão, sobre os elementos que integram o tipo penal em estudo, preleciona Hungria: “*Violar*, aqui, significa o ato de abrir ou devassar arbitrariamente. *Profanar* é tratar com irreverência, conspurcar, degradar.

O termo ‘sepultura’ deve ser entendido em sentido amplo: não é apenas a *cova* onde se acham encerrados os *restos mortais*, o lugar onde está *enterrado* o defunto, senão também tudo quanto lhe é imediatamente conexo, compreendendo o túmulo, isto é, a construção acima da cova, a

lápide, os ornamentos estáveis, as inscrições.

A lei não distingue entre a *vala comum* e o *mausoléu*. A sepultura do pária desconhecido merece tanto respeito quanto a do herói celebrado. Expressamente equiparada à sepultura é a *urna funerária*, que é não só aquela que guarda as *cinzas* (urna cinerária) como a que encerra os *ossos* do defunto (urna ossuária)".³

Cuida-se de um tipo misto alternativo, haja vista que, se o agente vier a praticar os dois comportamentos por ele previstos, responderá por uma única infração penal, não havendo que se cogitar, *in casu*, de concurso de crimes.

Violação de sepultura – Cemitério público municipal. É entendimento do Supremo Tribunal Federal que os serviços funerários constituem serviços públicos municipais, de modo que a vigilância de cemitério municipal fica a cargo do Município. A violação da sepultura não configura dano ao patrimônio, quando não há nos autos prova da propriedade do jazigo (TJ-MG, Ap. 0166684-20.2012.8.13.0433, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, DJe 24/06/2015).

Violação de sepultura. Crânio subtraído do ossuário do cemitério. Local destinado ao armazenamento de ossos de corpos já exumados. Atipicidade. Apelo provido (TJSP, AC 0004379-12.2009.8.26.0408, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, DJe 24/7/2014).

A violação de túmulo com a consequente subtração do crânio ali sepultado configura tão somente o crime de violação de sepultura, não havendo que se falar em concurso material com o delito de furto em razão de as partes do esqueleto do defunto não configurarem coisas alheias móveis (TJMG, AC 1.0281.01.000374-3/001, Rel. Adilson Lamounier, DJ 15/8/2008).

Deve ser desclassificada a conduta descrita no art. 210 do CP (violação de sepultura) para a contravenção penal consistente em exumar cadáver sem a observância das disposições legais, se resta demonstrado que não houve crime contra o respeito aos mortos e sim mera infração das normas da Administração Pública a respeito de exumação de cadáver (TJMG, AC 1.0378.01.001721-8/001, Rel. José Antonino Baía Borges, DJ 23/2/2005).

Se os acusados, no mesmo local, ou seja, no cemitério municipal, na mesma ocasião, em atos sucessivos de vandalismo, danificaram diversas sepulturas, não praticaram crimes em continuidade delitiva, mas um delito único, instantâneo, em uma só ação, embora em atos diversos, atingindo um bem jurídico penalmente tutelado (TJMG, AC 1.0000.00.166852-4/000, Rel. Luiz Carlos Biasutti, DJ 24/3/2000).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo, pois cuida-

-se de um crime vago, onde não somente a família do morto figurará como sujeito passivo, mas também toda a coletividade; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (como regra, haja vista que na modalidade *ocultar* o delito será de natureza permanente); material; monossubjetivo; plurissubstancial; transeunte ou não transeunte (dependendo da hipótese concreta).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 210 do diploma repressivo é o *sentimento de respeito aos mortos*, isto é, à sua memória.

O objeto material é a sepultura ou urna funerária.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O delito de violação de sepultura pode ser praticado por qualquer pessoa.

O *sujeito passivo* é a coletividade e, particularmente, a família do morto, tratando-se, outrossim, de crime vago.

Consumação e tentativa

O delito de violação de sepultura se consuma no instante em que a sepultura ou a urna funerária é violada ou profanada pelo agente.

É admissível a tentativa.

Consuma-se o delito do art. 210 do CP com qualquer ato de vandalismo sobre a sepultura ou de alteração chocante, de aviltamento, de grosseira irreverência (TJSP, AC, Rel. Mendes França, *RT*476, p. 339).

Elemento subjetivo

O delito de violação de sepultura somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas de *violar* e *profanar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometidas via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada pelo preceito secundário do art. 210 do Código Penal é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a proposta de suspensão condicional do processo.

Agente que viola sepultura com o fim de subtrair pertences enterrados com o morto

Hungria posiciona-se pelo concurso material de crimes, dizendo: “Se o fim do agente é subtrair algum objeto, haverá *concurso material* de crimes: o de violação ou profanação de sepultura e o de furto”.⁴

Entendemos, *permissa venia*, que o agente deverá ser responsabilizado tão somente pelo

delito de violação de sepultura, haja vista que os objetos que foram ali deixados pela família do morto não pertencem mais a ninguém, tratando-se, pois, de *res derelicta*.

Pode haver concurso de crimes entre a violação de sepultura e furto, desde que o objeto material do furto não seja o cadáver ou próteses do cadáver. A lei não exige que a coisa furtada tenha valor comercial ou de troca, bastando que seja bem patrimonial, isto é, que represente alguma utilidade para quem detenha a posse, ou até mesmo um significado ditado pelo valor afetivo (TJPR, AC 0225248-0/Peabiru, 1ª Câm. Crim. [TA], Rel. Des. Cunha Ribas, un., j. 15/5/2003).

Sepultura ou urna funerária sem cadáver ou restos mortais

Se, no caso concreto, a sepultura estiver vazia ou a urna sem quaisquer restos mortais, deverá ser reconhecido o crime impossível, nos termos do art. 17 do Código Penal.

Inumação ou exumação de cadáver

A inumação ou a exumação de cadáver, com infração das disposições legais, configura-se na contravenção penal tipificada no art. 67 do Decreto-Lei nº 3.688/41.

Inumar tem o sentido de enterrar, sepultar, colocar cadáver, isto é, o corpo morto na sepultura; *exumar*, ao contrário, significa tirar o corpo da sepultura.

Trata-se de normal penal em branco, uma vez que, para que se reconheça a contravenção penal *sub examen*, faz-se necessário recorrer a outro diploma legal que, *in casu*, é a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos.

Destrução, subtração ou ocultação de cadáver Art. 211. Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

No art. 211 do Código Penal encontra-se previsto o delito de destruição, subtração ou ocultação de cadáver.

De acordo com a redação típica, podemos observar que a infração penal poderá ser praticada quando o agente leva a efeito qualquer dos três comportamentos, isto é, quando *destrói*, *subtrai* ou *oculta* cadáver ou parte dele.

Cadáver é o corpo humano morto, enquanto mantida a sua aparência como tal. Dessa forma, conforme assevera Noronha, “não o seria o que fosse vítima, v.g., de um grande esmagamento, em que os ossos fossem triturados, ficando tudo reduzido a uma pasta informe e irreconhecível.

Também não se inclui o *esqueleto*, ao contrário do que se dá na lei italiana (art. 411), que expressamente se refere às *cinzas humanas*, inadmissível sendo, então, que não se inclua aquele, pelo argumento a *minori ad maius*, ou seja, o que é proibido no menos é também no mais.

A *múmia* não é reputada cadáver. Ela não suscita o sentimento de respeito para com os mortos, razão não havendo, portanto, para que se inclua no conceito”.⁵

Portanto, o corpo humano morto, enquanto mantiver essa forma, poderá ser destruído, subtraído ou ocultado, total ou parcialmente, conforme previsão legal.

O núcleo *destruir* é utilizado no sentido de aniquilar, fazer perder a forma original, suprimir etc. A conduta do agente pode ser dirigida a destruir total ou parcialmente o cadáver. Assim, responde pelo delito tanto aquele que queima completamente o cadáver como o que esmaga parte daquele corpo morto, a exemplo do agente que lhe destrói, tão somente, a cabeça.

Subtrair significa retirar do local de onde originalmente se encontrava. Não importa, aqui, o *animus* de ter o cadáver para si ou para outrem. A subtração está ligada à remoção do cadáver, mesmo que seja para se desfazer do corpo.

Ocultar deve ser compreendido no sentido de esconder o cadáver, ou mesmo parte dele, fazendo-o desaparecer, sem, contudo, destruí-lo. Para que ocultação não se confunda com subtração, aquela deve ocorrer antes do sepultamento do cadáver. Como adverte Noronha, “entenda-se, entretanto, que a ocultação só pode ocorrer antes da inumação, mas pode a subtração dar-se antes ou depois do sepultamento: se durante um velório, pessoas tiram o corpo do ataúde e fogem com ele, haverá subtração”.⁶

Se não comprovada qualquer das condutas típicas descritas no art. 211 do Código Penal, quais sejam, subtrair, destruir ou ocultar cadáver pelo laudo pericial deve ser mantida a absolvição (TJMG, ACr. 1.0701.05.1343348-4/001, 2ª Câm. Crim., Rel. José Antonino Baía Borges, pub. 22/1/2008).

Cuida-se, *in casu*, de tipo misto alternativo, em que o agente responderá por uma única infração penal se vier a praticar mais de um comportamento típico, a exemplo daquele que, depois de subtrair o cadáver, vier a destruí-lo.

Não há indução a erro no quesito quando a pergunta é sobre a ocultação ou não do cadáver, visto que para configurar tal crime não é necessário retirar o corpo do local dos fatos, mas tão somente ocultá-lo (TJ-MG, AC 0013186-04.2013.8.13.0647, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, DJe 09/05/2016).

Não ocorre o crime de ocultação de cadáver se a atitude do réu foi apenas a de abandonar a vítima ao lado da estrada, sem o intuito de ocultar o corpo das vistas de quem por ali passava (TJMS, AC, Rel. Sebastião Rosenberg, RT 684, p. 350).

O delito de ocultação de cadáver figura entre aqueles em que a permanência do proceder criminoso do agente vai até o momento em que a infração se torna conhecida, com a exumação e transladação do corpo da vítima para o jazigo público (TJSP, HC, Rel. Onei Raphael, RT 610, p. 338).

Há incriminação quando o cadáver, ou parte dele, é destruído pela cremação, separação das partes,

dissolução pelo emprego de cal, ácidos *etc.* (STF, *RHC 54486/RJ*, Rel. Min. Leitão de Abreu, 2^a T, *RT 493*, p. 363) **Classificação doutrinária**

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo, pois trata-se de um crime vago, onde não somente a família do morto figurará como sujeito passivo, mas também toda a coletividade; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (como regra, haja vista que na modalidade *ocultar* o delito será de natureza permanente); material; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte ou não transeunte (dependendo da hipótese concreta).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 211 do diploma repressivo é o *sentimento de respeito aos mortos*, isto é, à sua memória.

O objeto material é o cadáver ou parte dele.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime. *Sujeito passivo* é a coletividade e, particularmente, a família do morto, tratando-se, outrossim, de crime vago.

Não incidem sobre o delito de ocultação de cadáver as agravantes previstas no art. 61, II, ‘c’ e ‘h’, CP, eis que o sujeito passivo é a coletividade (TJMG, AC 1.0271.12.009492-2/001, Rel. Des. Silas Vieira, *DJe* 11/7/2014).

No caso do delito de ocultação de cadáver, o sujeito passivo é a coletividade. Trata-se, pois, de crime vago, que não possui sujeito passivo determinado, tanto que está inserido no Título V – Dos crimes contra o sentimento religioso, Capítulo II – Dos crimes contra dos mortos, que não se confundem com as pessoas, estas, sim, passíveis de ensejarem maior ou menor reprovabilidade quando violadas em sua integridade física, moral ou psicológica (STJ, *HC 145928/SP*, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T, *DJe* 17/5/2011).

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a efetiva destruição, seja parcial ou total do cadáver ou, ainda, quando é subtraído (também total ou parcialmente), isto é, quando é retirado, conforme as lições de Hungria, “da esfera de proteção jurídica ou da custódia de seus legítimos detentores (cônjuge supérstite, parentes do morto, vigia do necrotério, guarda do cemitério etc.)”,⁷ ou deles é ocultado.

Admite-se a tentativa.

A violação de túmulo com a consequente subtração do crânio ali sepultado configura tão somente o crime de violação de sepultura, não havendo que se falar em concurso material com o delito de furto em razão de as partes do esqueleto do defunto não configurarem coisas alheias móveis (TJMG, AC 1.0281.01.000374-3/001, Rel. Adilson Lamounier, *DJ* 15/8/2008).

A retirada do cadáver do local do crime, para outro no qual não será normalmente reconhecido, caracteriza o

ilícito de ocultação de cadáver, punível em concurso material com o homicídio (TJMG, AC 1.0624.06.009619-2/001, Des. Paulo Cézar Dias, DJ 14/6/2007).

Elemento subjetivo

O delito de destruição, subtração ou ocultação de cadáver somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Para a configuração do crime tipificado no art. 211 do Código Penal, revela-se imprescindível a existência do elemento subjetivo do tipo, qual seja, a vontade consciente de destruir, subtrair ou ocultar cadáver (TJMG, AC 1.0005.04.005219-2/001, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJ 21/5/2009).

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas de *destruir*, *subtrair* e *ocultar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometidas via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada pelo preceito secundário do art. 211 do Código Penal é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a proposta de suspensão condicional do processo.

Feto natimorto

José Henrique Pierangeli, traduzindo com precisão as correntes que disputam o tratamento da questão, preleciona: “Três são as soluções preconizadas: primeiramente, a de que os natimortos e os fetos não são cadáveres porque estes pressupõem vida extrauterina, ou seja, vida autônoma. Por cadáver entende-se ‘os restos exânimis de um homem que tenha vivido’ (Binding). Um segundo posicionamento admite a existência do delito, ainda quando se trate de natimorto e de feto com mais de seis meses de gestação, desprezando, pois, o requisito de vida *extrauterina*. Florian despreza tais exigências e aponta a existência do delito não só na hipótese do natimorto, como na do *feticídio*. A terceira corrente, que prepondera na doutrina nacional, admite o delito [...] quando se trata de natimorto, sob o fundamento de que [...] esta hipótese ‘inspira o mesmo sentimento de respeito, de coisa sagrada; porque é tratado, na vida social, como defunto’”⁸.

Lei de Transplante de Órgãos

Vide art. 14.

Furto de cadáver

O cadáver, uma vez sepultado, por exemplo, não goza do conceito de *coisa alheia móvel*, exigido pelo art. 155 do Código Penal, razão pela qual não poderá ser objeto do delito de

furto.

No entanto, imagine-se a hipótese de um cadáver que esteja sendo utilizado para fins de estudo ou pesquisa científica, nos termos preconizados pela Lei nº 8.501, de 30 de novembro de 1992.

Nesse caso, passará a ser tratado como coisa, de propriedade até mesmo, por exemplo, da escola de medicina que o recebeu, razão pela qual já se poderá levar a efeito o raciocínio correspondente ao delito de furto.

Subtração de cadáver. Atipicidade. Crânio. Parte do corpo que não se caracteriza como cadáver. (TJSP, AC 0004379-12.2009.8.26.0408, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, DJe 24/7/2014).

Vilipêndio a cadáver Art. 212. Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

Introdução

Vilipendiar deve ser entendido no sentido de menoscabar, aviltar, ultrajar, tratar com desprezo, sem o devido respeito exigido ao cadáver ou a suas cinzas.

Os atos de necrofilia também podem ser compreendidos como integrantes do conceito de vilipêndio a cadáver.

Não somente o cadáver, mas também suas cinzas podem ser vilipendiadas.

Caso em que o recorrente é acusado de ter asfixiado sua companheira e depois vilipendiado o corpo sem vida, deixando vestígios de violência sexual, tendo o cadáver sido encontrado sem roupas e empalado por um cano de PVC, tudo, ao que parece, por desavenças entre o casal, ambos usuários de drogas (STJ, RHC 63.965/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 1º/08/2016).

Vilipendiar o cadáver é ultrajá-lo, aviltá-lo, sendo, portanto, ato que se pratica junto ao mesmo ou suas cinzas, e não através de publicação em jornais. Ademais, trata-se de crime de ação pública incondicionada, devendo, no caso, ser reconhecida a ilegitimidade do querelado para promovê-la (TJDFT, SER 136093/DF, Rel. Sérgio Bittencourt, DJU 3/5/1995).

A enucleação dos olhos do cadáver, para fins didáticos ou científicos, não configura o crime do art. 212 do Código Penal, nem qualquer outro, sendo, assim, penalmente atípica (STF, HC 54486, Rel. Min. Leitão de Abreu, 2^a T., RT 493, p. 361).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, bem como ao sujeito passivo, pois que se cuida de um crime vago, onde não somente a família do morto figurará como sujeito passivo, mas também a coletividade; doloso; comissivo (podendo, entretanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; material; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte ou não transeunte (dependendo da

hipótese concreta).

Objeto material e bem juridicamente protegido.

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 212 do diploma repressivo é o *sentimento de respeito aos mortos*, isto é, à sua memória.

O objeto material é o cadáver ou suas cinzas.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime. O *sujeito passivo* é a coletividade, bem como a família do morto, que teve o seu cadáver ou suas cinzas vilipendiados.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito no momento em que os atos que se configuram em vilipêndio a cadáver são praticados.

Tratando-se de crime plurissubstancial, é perfeitamente admissível a tentativa.

Elemento subjetivo

Existe discussão doutrinária no sentido de se exigir um elemento subjetivo específico para efeitos de reconhecimento do delito de vilipêndio a cadáver. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci assevera que, “em se tratando de *vilipêndio*, é de se exigir o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de humilhar ou desonrar a memória do morto”.⁹ Noronha, a seu turno, diz ser mister que “o agente tenha o *fim* ou *escopo* de aviltar cadáver”.¹⁰

No entanto, apesar das posições doutrinárias expostas, entendemos que tal elemento subjetivo específico não se faz necessário, bastando que o comportamento do agente, objetivamente considerado, se configure em ato de vilipêndio.

Não há previsão legal para a modalidade culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *vilipendiar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada pelo preceito secundário do art. 212 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a proposta de suspensão condicional do processo.

Vilipêndio a cadáver. Impossibilidade, na espécie, de ocorrência do concurso material do delito, previsto no art. 211 do Código Penal, de conteúdo variado, com o art. 212 do mesmo Código, dado que os fins perseguidos pelo agente era destruir a materialidade do crime, e não o de vilipendiar o cadáver. Decisão manifestamente contraria à prova dos autos. Provimento parcial do apelo para submeter o recorrente a novo julgamento apenas pelo crime de vilipêndio a cadáver, por força da conexão (RC) (TJRJ, AC 1995. 050.00038, Rel. Paulo Sérgio Fabião, DJ 8/8/1995).

1 Cf. observações contidas no item 8.

2 Hungria, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 79.

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 80-81.

4 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 81-82.

5 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 53.

6 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 53.

7 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 83.

8 PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte especial* (arts. 121 a 234), p. 745.

9 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 778.

10 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 56.

Título VI – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.) O Título VI do Código Penal, com a nova Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a prever os chamados Crimes contra a dignidade sexual, modificando, assim, a redação anterior constante do referido Título, que previa os Crimes contra os costumes.

A expressão *crimes contra os costumes* já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

A dignidade sexual é uma das espécies do gênero dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet, dissertando sobre o tema, esclarece que a dignidade é “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.¹

O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois que, por meio de uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, em que se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas. A título de exemplo, veja-se o que ocorre com o crime de estupro, que se encontra no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se percebe, a finalidade do tipo penal é a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual (Título VI).²

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações. Ao invés de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças.

A situação era tão grave que foi criada, no Congresso Nacional, uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, por meio do Requerimento 02/2003, apresentado no mês de março daquele ano, assinado pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia

Saboya Gomes e Serys Marly Slhessarenko, que tinha por finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Essa CPMI encerrou oficialmente seus trabalhos em agosto de 2004, trazendo relatos assustadores sobre a exploração sexual em nosso país, culminando por produzir o Projeto de Lei nº 253/2004 que, após algumas alterações, veio a se converter na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Por meio desse novo diploma legal, foram fundidas as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal, que recebeu o nome de *estupro* (art. 213). Além disso, foi criado o delito de *estupro de vulnerável* (art. 217-A), encerrando-se a discussão que havia em nossos Tribunais, principalmente os Superiores, no que dizia respeito à natureza da presunção de violência, quando o delito era praticado contra vítima menor de 14 (catorze) anos. Além disso, outros artigos tiveram alteradas suas redações, abrangendo hipóteses não previstas anteriormente pelo Código Penal; outro capítulo (VII) foi inserido, prevendo causas de aumento de pena.

Enfim, podemos dizer que a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 alterou, significativamente, o Título VI do Código Penal, conforme veremos mais detalhadamente a seguir, quando da análise de cada figura típica.

A partir das modificações introduzidas pelo referido diploma legal, podemos visualizar a seguinte composição do Título VI do Código Penal, que cuida dos *Crimes contra a dignidade sexual*, que se encontra dividido em sete capítulos, a saber:

- Capítulo I – *Dos crimes contra a liberdade sexual* [estupro (art. 213); violação sexual mediante fraude (art. 215); assédio sexual (art. 216-A)];
- Capítulo II – *Dos crimes sexuais contra vulnerável* [estupro de vulnerável (art. 217-A); corrupção de menores (art. 218); satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (art. 218-A); favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, conforme nova rubrica que lhe foi conferida pela Lei nº 12.978, de 21 de maio de 2014)];
- Capítulo III – revogado integralmente pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005;
- Capítulo IV – *Disposições gerais* [ação penal (art. 225); aumento de pena (art. 226)];
- Capítulo V – *Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual* [mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227); favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228); casa de prostituição (art. 229); rufianismo (art. 230); tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231); tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231-A)];
- Capítulo VI – *Do ultraje ao pudor público* [ato obsceno (art. 233); escrito ou objeto obsceno (art. 234)];
- Capítulo VII – *Disposições gerais* [aumento de pena (art. 234-A); segredo de justiça (art. 234-B)].

Antes de ingressarmos no estudo de cada um dos delitos inseridos no Título VI do Código Penal, merecem registro as páginas escritas por Hungria quando, dissertando sobre as *anomalias sexuais*, que poderão, algumas delas, influenciar no cometimento de infrações

contra a dignidade sexual, preleciona que, segundo a classificação proposta por Krafft-Ebing-Lobstein, podem ser divididas em quatro grupos: “1º, *paradoxia* (intempestividade do instinto sexual); 2º, *anestesia* (deficiência do instinto); 3º, *hiperestesia* (excesso do instinto); 4º, *parestesia* (desvios do instinto). Nesse último grupo é que se incluem as perversões e inversões propriamente ditas. Podem ser individualizadas, como abaixo se segue, as manifestações da sexualidade anormal: *Exibicionismo*: exposição das partes genitais em público (notadamente à passagem de pessoas do sexo oposto). Embora raramente, vai ao extremo de realização do ato sexual *coram populo*.

Erotomania (ou *autoerotismo*): satisfação do instinto sexual exaltado com representações mentais de cenas ou coisas eróticas. É também chamado de *coito psíquico*.

Erotismo: tendência abusiva para os atos eróticos. No homem, chama-se satiríase ou priapismo; na mulher, *ninfomania* ou *uteromania*.

Onanismo (mórbido): impulso obsessivo para a masturbação (com a própria mão ou com objetos adrede preparados). Acarreta, às vezes, a perda integral do pudor [...].

Fetichismo: excitação sexual condicionada à visão ou tateio de certas partes do corpo ou objetos (peças de vestuário, calçados etc.) de pessoa do outro sexo. O fenômeno chega, às vezes, a substituir o ato sexual.

Pigmalionismo: amor pelas estátuas. É uma variante do feitichismo.

Erofobia: horror ao ato sexual.

Anafrodisia: diminuição do instinto sexual no homem.

Frigidez: diminuição do instinto sexual na mulher.

Mixocospia [...]: excitação sexual condicionada à contemplação da libidinagem praticada por outrem.

Triolismo: prazer sexual condicionado à coparticipação de mais de duas pessoas nas práticas sexuais.

Necrofilia ou *vampirismo*: satisfação do instinto sexual sobre cadáveres.

Gerontofilia (ou *cronoinversão*): a atração sexual dos moços pelos velhos e vice-versa.

Bestialidade ou *zoofilia* (*sodomia ratione genere*): ato sexual com animais.

Croprolagnia: excitação sexual mediante cheiro ou contato de dejeções imundas.

Edipismo: obsessão para o incesto.

Algolagnia, que apresenta três formas: 1ª, *Mazoquismo* (algolagnia passiva): o prazer sexual só é atingido condicionadamente a sofrimento físico ou moral. É mais próprio das

mulheres, embora o nome seja uma alusão ao escritor Sacher-Mazoch, que padecia de tal perversão.

2º, *Sadismo* (algolagnia ativa): a excitação sexual só é conseguida quando se inflige sofrimento físico ou moral a outrem, ou se assiste a tal sofrimento. O grande *sadismo* (diferenciando-

-se do *pequeno* ou *platônico*, que se limita aos simples mordiscos ou beliscões) é responsável pelos mais horrendos episódios da crueldade entre seres humanos. É a Vênus Cruenta, que costuma ir ao extremo de ocisão da vítima, numa selvageria arrepiante. É mais própria dos homens, embora entre as mulheres haja o famoso exemplo da condessa húngara Elisabeth Bathory, que, para provocar a própria excitação sexual, fez matar para mais de 500 raparigas [...].

3º, *Sadomazoquismo*: conjugação das duas últimas anomalias.”³

Capítulo I – Dos Crimes contra a Liberdade Sexual

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009) **Estupro Art. 213.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.) Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.) § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) § 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.” (NR) (Incluído pela Lei nº 12.015, ,de 782009.) **Introdução**

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, caminhando de acordo com as reivindicações doutrinárias, unificou, no art. 213 do Código Penal, as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, evitando-se, dessa forma, inúmeras controvérsias relativas à esses tipos penais, a exemplo do que ocorria com relação à possibilidade de continuidade delitiva, uma vez que a jurisprudência de nossos Tribunais, principalmente os Superiores, não era segura.

A nova lei optou pela rubrica *estupro*, que diz respeito ao fato de ter o agente constrangido alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou com ele permitir que se pratique outro ato libidinoso. Ao que parece, o legislador se rendeu ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, usualmente denominava de “estupro” o que, na

vigência da legislação anterior, seria concebido por atentado violento ao pudor, a exemplo do fato de um homem ser violentado sexualmente. Agora, como veremos mais adiante, não importa se o sujeito passivo é do sexo feminino, ou mesmo do sexo masculino que, se houver o constrangimento com a finalidade prevista no tipo penal do art. 213 do diploma repressivo, estaremos diante do crime de estupro. Em alguns países da Europa, tal como ocorre na Espanha, esse delito é chamado de *abuso sexual*.⁴

Analizando a nova redação dada ao *caput* do art. 213 do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos: a) o constrangimento, levado a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça; b) que pode ser dirigido a qualquer pessoa, seja do sexo feminino ou masculino;

c) para que tenha conjunção carnal; d) ou ainda para fazer com que a vítima pratique ou permita que com ela se pratique qualquer ato libidinoso.

De acordo com a redação legal, verifica-se que o núcleo do tipo é o verbo *constranger*, aqui utilizado no sentido de forçar, obrigar, subjugar a vítima ao ato sexual. Trata-se, portanto, de modalidade especial de constrangimento ilegal, praticado com o fim de fazer com que o agente tenha sucesso no congresso carnal ou na prática de outros atos libidinosos.

Para que se possa configurar o delito em estudo, é preciso que o agente atue mediante o emprego de violência ou de grave ameaça. Violência diz respeito à *vis corporalis*, *vis absoluta*, ou seja, a utilização de força física, no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal, ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

As vias de fato e as lesões corporais de natureza leve são absorvidas pelo delito de estupro simples, pois que fazem parte da violência empregada pelo agente. Se da conduta praticada pelo agente resultar lesão corporal de natureza grave ou a morte da vítima, o estupro será qualificado, nos termos dos §§1º e 2º do art. 213 do Código Penal.

Caracteriza-se a violência real não apenas nas situações em que se verificam lesões corporais, mas sempre que é empregada força física contra a vítima, cerceando-lhe a liberdade de agir, segundo a sua vontade. Demonstrado o uso de força física para contrapor-se à resistência da vítima, resta evidenciado o emprego de violência real. Hipótese de ação pública incondicionada. Súmula 608-STF (STF, HC 81848/PE, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T., DJ 28/6/2002, p.142).

A grave ameaça, ou *vis compulsiva*, pode ser direta, indireta, implícita ou explícita. Assim, por exemplo, poderá ser levada a efeito diretamente contra a própria pessoa da vítima ou pode ser empregada, indiretamente, contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, produzindo-lhe efeito psicológico no sentido de passar a temer o agente. Por isso, a ameaça deverá ser séria, causando na vítima um fundado temor do seu cumprimento.

Vale ressaltar que o mal prometido pelo agente, para efeito de se relacionar sexualmente

com a vítima, contra a sua vontade, não deve ser, necessariamente, injusto, como ocorre com o delito tipificado no art. 147 do Código Penal. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, sabendo da infidelidade da vítima para com seu marido, a obriga a com ele também se relacionar sexualmente, sob pena de contar todo o fato ao outro cônjuge, que certamente dela se separará.

Não exige mais a lei penal, para efeitos de caracterização do estupro, que a conduta do agente seja dirigida contra uma *mulher*. No entanto, esse constrangimento pode ser dirigido finalisticamente à prática da conjunção carnal, vale dizer, a relação sexual normal, o coito vaginal, que compreende a penetração do pênis do homem na vagina da mulher.

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A conjugação de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina *cifra negra*.

Hoje, com a criação das delegacias especializadas, pelo menos nas cidades de grande porte, as mulheres são ouvidas por outras mulheres sem o constrangimento que lhes era comum quando se dirigiam aos homens, narrando o ocorrido. Era, na verdade, a narração de um filme pornográfico, no qual o ouvinte, embora fazendo o papel de austero, muitas vezes praticava atos de verdadeiro *voyeurismo*, estendendo, demasiadamente, os depoimentos das vítimas tão somente com a finalidade de satisfazer sua imaginação doentia.

Foi adotado, portanto, pela legislação penal brasileira, o *sistema restrito* no que diz respeito à interpretação da expressão conjunção carnal, repelindo-se o *sistema amplo*, que compreende a cópula anal, ou mesmo o *sistema amplíssimo*, que inclui, ainda, os atos de felação (orais).

Hungria traduz o conceito de conjunção carnal dizendo ser “a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”.⁵

Merece registro, ainda, o fato de que a conjunção carnal também é considerada um ato libidinoso, isto é, aquele em que o agente deixa aflorar a sua libido, razão pela qual a parte final constante do *caput* do art. 213 do Código Penal utiliza a expressão *outro ato libidinoso*.

A nova redação do art. 213 do Código Penal considera ainda como estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente no sentido de fazer com que a vítima, seja do sexo feminino ou mesmo do sexo masculino, pratique ou permita que com ela se pratique outro ato

libidinoso.

Na expressão *outro ato libidinoso* estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente.

O constrangimento empregado pelo agente, portanto, pode ser dirigido a duas finalidades diversas. Na primeira delas, o agente obriga a própria vítima a praticar um ato libidinoso diverso da conjunção carnal. A sua conduta, portanto, é *ativa*, podendo atuar sobre seu próprio corpo, com atos de masturbação, por exemplo; no corpo do agente que a constrange, praticando, v.g., sexo oral; ou, ainda, em terceira pessoa, sendo assistida pelo agente.

O segundo comportamento é *passivo*. Nesse caso, a vítima permite que com ela seja praticado o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, seja pelo próprio agente que a constrange, seja por um terceiro, a mando daquele.

Dessa forma, o papel da vítima pode ser *ativo*, *passivo*, ou, ainda, simultaneamente, *ativo e passivo*.

Luiz Regis Prado elenca alguns atos que podem ser considerados libidinosos, como a “*fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *cunni-lingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito *inter femora*; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contato voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros”.⁶

Esses atos devem possuir alguma relevância, pois, caso contrário, estariamos punindo o agente de forma desproporcional com o seu comportamento, uma vez que a pena mínima cominada ao delito de estupro é de 6 anos de reclusão. Nesse sentido, com precisão, afirma Cezar Roberto Bitencourt que “passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado, configuram [...] a contravenção penal do art. 61 da lei especial, quando praticados um lugar público ou acessível ao público”.⁷

Dessa forma, entendemos, *permissa venia*, equivocada a posição de Damásio de Jesus quando afirma que pratica o crime de estupro aquele que, “com o emprego de violência ou grave ameaça, acaricia as partes pudendas de uma jovem por sobre o seu vestido”.⁸ Nesse caso, poderá se configurar no crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP), ou mesmo na contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP).

Classificação doutrinária

Quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, o crime será de mão própria no que diz respeito ao sujeito ativo, seja ele um homem ou mesmo uma mulher, pois que exige uma

atuação pessoal do agente, e próprio com relação ao sujeito passivo, que poderá ser também tanto um homem quanto uma mulher, uma vez que a conjunção carnal pressupõe uma relação heterossexual; quando o comportamento for dirigido a praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso estaremos diante de um crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); material; de dano; instantâneo; de forma vinculada, quando a conduta for dirigida a prática da conjunção carnal, e de forma livre, quando o comportamento disser respeito ao cometimento de outros atos libidinosos; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (dependendo da forma como é praticado, o crime poderá deixar vestígios, a exemplo do coito vaginal ou do sexo anal; caso contrário, será difícil a sua constatação por meio de perícia, oportunidade em que deverá ser considerado um delito transeunte).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Em virtude da nova redação constante do Título VI do Código Penal, podemos apontar como bens juridicamente protegidos pelo art. 213 tanto a liberdade quanto a dignidade sexual.

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo, no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê humilhado com o ato sexual.

Emiliano Borja Jiménez, dissertando sobre o conceito de liberdade sexual, com precisão, aduz que assim se entende: “autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais”.⁹

Inicialmente, a proposta legislativa era no sentido de que no Título VI do Código Penal constasse a expressão: *Dos crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual*. Embora tenha prevalecido a expressão *Dos crimes contra a dignidade sexual*, também podemos visualizar o desenvolvimento sexual como outro bem a ser protegido pelo tipo penal em estudo.

Assim, resumindo, poderíamos apontar como bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual.

O objeto material do delito pode ser tanto a *mujer* quanto o *homem*, ou seja, a pessoa contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

A expressão conjunção carnal tem o significado de união, de encontro do pênis do homem com a vagina da mulher, ou vice versa. Assim, sujeito ativo no estupro, quando a finalidade for a conjunção carnal, poderá ser tanto o homem quanto a mulher. No entanto, nesse caso, o sujeito passivo, obrigatoriamente, deverá ser do sexo oposto, pressupondo uma relação heterossexual.

No que diz respeito à prática de outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo, bem como sujeito passivo, tratando-se, nesta hipótese, de um delito comum.

Consumação e tentativa

Quando a conduta do agente for dirigida finalisticamente a ter conjunção carnal com a vítima, o delito de estupro se consuma com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, não importando se total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação.

A consumação do crime de estupro independe da ejaculação do agente. Basta, para configurá-lo, a intromissio penis in vaginam (TJSP, Ap. 8282-3, Rel. Silva Leme, RT 582, p. 317).

Quanto à segunda parte do art. 213 do estatuto repressivo, consuma-se o estupro no momento em que o agente, depois da prática do constrangimento levado a efeito mediante violência ou grave ameaça, obriga a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Assim, no momento em que o agente, por exemplo, valendo-se do emprego de ameaça, faz com que a vítima toque em si mesma, com o fim de masturbar-se, ou no próprio agente ou em terceira pessoa, nesse instante estará consumado o delito. Na segunda hipótese, a consumação ocorrerá quando o agente ou terceira pessoa vier a atuar sobre o corpo da vítima, tocando-a em suas partes consideradas pudendas (seios, nádegas, pernas, vagina [desde que não haja penetração, que se configuraria na primeira parte do tipo penal], pênis etc.).

Tratando-se de crime plurissubstancial, torna-se perfeitamente possível o raciocínio correspondente à tentativa. Dessa forma, o agente pode ter sido interrompido, por exemplo, quando, logo depois de retirar as roupas da vítima, preparava-se para a penetração. Se os atos que antecederam ao início da penetração vaginal não consumada forem considerados normais à prática do ato final, a exemplo do agente que passa as mãos nos seios da vítima ao rasgar-lhe vestido ou, mesmo, quando esfrega-lhe o pênis na coxa buscando a penetração, tais atos deverão ser considerados antecedentes naturais ao delito de estupro, cuja finalidade era a conjunção carnal.

A tentativa também será possível a partir do momento em que o agente vier a praticar o constrangimento sem que consiga, nas situações de atividade e passividade da vítima, determinar a prática do ato libidinoso.

Não podemos concordar, *permissa vénia*, com a posição radical assumida por Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Américo Führer quando aduzem que “com a nova redação, o texto penal afastou as tradicionais dúvidas sobre se os atos preparatórios da conjunção carnal, ou preliminares, configurariam estupro consumado ou mera tentativa. Com a sua redação atual o texto não deixa margem para incertezas: qualquer ato libidinoso, mesmo que preparatório, consuma o crime”.¹⁰ A vingar essa posição, somente nas hipóteses que o agente viesse a obrigar a vítima a despir-se é que se poderia falar em tentativa se, por uma circunstância alheia à sua vontade, não consumasse a infração penal, deixando, por exemplo, de praticar a conjunção carnal, o sexo anal *etc.*

Assim, insistimos, se, por exemplo, ao tentar retirar a roupa da vítima, o agente passar as mãos em seus seios, ou mesmo em suas coxas, com a finalidade de praticar a penetração e, se por algum motivo, vier a ser interrompido, não podemos entender como consumado o estupro, mas, sim, tentado.

Nega-se vigência aos arts. 213, § 1º, e 217-A, c/c o art. 14, I, todos do CP, quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (todas menores, duas delas menores de 14 anos), se reconhece a tentativa dos delitos, ao fundamento de que a consumação dos crimes em comento se dá tão somente com a efetiva prática do sexo vaginal, oral ou anal (STJ, REsp 1.615.929/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 04/10/2016).

A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal – CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido (STJ, RHC 70.976/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 10/08/2016).

Dado início à execução do crime de estupro, consistente no emprego de grave ameaça à vítima, e na ação, via contato físico, só não se realizando a consumação em virtude de momentânea falha fisiológica, alheia à vontade do agente, tudo isso caracteriza a tentativa e afasta, simultaneamente, a denominada desistência voluntária (STJ, REsp. 792625/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 27/11/2006, p. 316).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de estupro.

Não há necessidade de que o agente atue com a finalidade especial de saciar sua lascívia, de satisfazer sua libido. O dolo, aqui, diz respeito tão somente ao fato de constranger a vítima com a finalidade de, com ela, ter a conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso, não importando a motivação. Se o agente agiu com a finalidade, por exemplo, de humilhar ou mesmo vingar-se da vítima, tal fato é irrelevante para efeitos de configuração do delito, devendo ser considerado, no entanto, no momento da aplicação da pena.

Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido. Assim, por exemplo, se o agente, de forma imprudente, correndo pela praia, perder o

equilíbrio e cair com o rosto nas nádegas da vítima, que ali se encontrava deitada, tomando banho de sol, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo, pois que não se admite o estupro culposo.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *constranger* pressupõe um comportamento *positivo* por parte do agente, tratando-se, pois, como regra, de crime *comissivo*.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor, nos termos preconizados pelo § 2º do art. 13 do Código Penal.

Imagine-se a hipótese em que um agente penitenciário, encarregado legalmente de vigiar os detentos em determinada penitenciária, durante a sua ronda, tivesse percebido que um grupo de presos estava segurando um de seus “companheiros de cela” para obrigá-lo ao coito anal, uma vez que havia sido preso por ter estuprado a sua própria filha, sendo essa a reação “normal” do sistema carcerário a esse tipo de situação. Mesmo sabendo que os presos iriam violentar aquele que ali tinha sido colocado sob a custódia do Estado, o garantidor, dolosamente, podendo, nada faz para livrá-lo das mãos dos seus agressores, que acabam por consumar o ato libidinoso, forçando-o ao coito anal.

Nesse caso, deverá o agente penitenciário responder pelo resultado que devia e podia, mas não tentou evitar, vale dizer, o estupro por omissão.

Modalidades qualificadas

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, criou duas modalidades qualificadas no crime de estupro, *verbis*: § 1º *Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze) anos:*

Pena: reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena: reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Por lesão corporal de natureza grave devemos entender aquelas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ao contrário do que ocorria com as qualificadoras previstas no revogado art. 223 do Código Penal, disse, claramente, que a lesão corporal de natureza grave, ou mesmo a morte da vítima, deve ter sido produzida em consequência da *conduta* do agente, vale dizer, do comportamento que era dirigido no sentido de praticar o estupro, evitando-se discussões desnecessárias.¹¹

Assim, não importa, por exemplo, se o agente atuou com o emprego de violência ou grave

ameaça, a fim de levar a efeito o estupro, se, dessa *conduta*, ou seja, se do seu constrangimento resultar lesão corporal grave ou mesmo a morte da vítima, deverá responder pelas qualificadoras. A título de raciocínio, imagine-se a hipótese em que o agente, querendo praticar o estupro, ameace gravemente a vítima, mesmo sabendo de sua condição de pessoa portadora de problemas cardíacos. Ao ouvir a ameaça, e durante a prática do ato sexual, ou seja, após o início do coito vaginal, a vítima tem um infarto fulminante, vindo, consequentemente, a falecer. Nesse caso, o agente deverá responder pelo estupro qualificado pelo resultado morte. As lesões corporais de natureza leve, bem como as vias de fato, encontram-se absorvidas pelo constrangimento empregado para a prática do delito.

No entanto, deve ser frisado que esses resultados que qualificam a infração penal somente podem ser imputados ao agente a título de *culpa*, cuidando-se, outrossim, de crimes eminentemente preterdolosos.¹²

Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Américo Führer aduzem, a nosso ver equivocadamente, que estes “dois resultados mais graves (lesões graves e morte), podem derivar tanto de dolo como de culpa, mas devem necessariamente se relacionar com o contexto do crime sexual, cabendo ao juiz aplicar a pena conforme se verifique o dolo ou a culpa em relação ao resultado mais grave.”¹³

Com fundamento diverso, mas também defendendo a possibilidade de reconhecimento das qualificadoras do estupro, tanto de forma culposa como dolosa, Cesar Roberto Bitencourt preleciona: “Se o agente houver *querido* (dolo direto) ou *assumido* (dolo eventual) o risco da produção do resultado mais grave, as previsões destes parágrafos não deveriam, teoricamente, ser aplicados. Haveria, nessa hipótese, *concurso material de crimes* (ou *formal impróprio*, dependendo das circunstâncias): o de natureza sexual (*caput*) e o resultante da violência (lesão grave ou morte). Curiosamente, no entanto, se houver esse concurso de crimes dolosos, a soma das penas poderá resultar menor do que as das figuras qualificadas, decorrente da desarmonia do sistema criada pelas reformas penais *ad hoc*. Por essas razões, isto é, para evitar esse provável paradoxo, sugerimos que as qualificadoras constantes dos §§ 1º e 2º devem ser aplicadas, mesmo que o resultado mais grave decorra de dolo do agente. Parece-nos que essa é a interpretação mais recomendada nas circunstâncias, observando-se o *princípio da razoabilidade*”.¹⁴

Com a devida *venia*, não podemos também concordar com o raciocínio do nosso querido amigo e professor gaúcho. Isso porque somente quando a conduta do agente produzir uma lesão corporal de natureza grave, prevista no §1º do art. 129 do Código Penal, é que a pena mínima, se somada àquela prevista para o crime de estupro, ficaria com um déficit de um ano, ou seja, se somadas as penas mínimas do estupro (6 anos) com a da mencionada lesão corporal (1 ano), o total seria de 7 (sete) anos, enquanto a qualificadora prevista no §1º do art. 213 do diploma

repressivo prevê uma pena de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Em todas as demais hipóteses, a soma das penas serão maiores ou, pelo menos, iguais àquelas previstas para o estupro qualificado.

Dessa forma, o agente deve ter praticado sua conduta no sentido de estuprar a vítima, vindo, culposamente, a causar-lhe lesões graves ou mesmo a morte. Conforme esclarece Noronha, “se na prática de um dos delitos sexuais violentos o agente quer direta ou eventualmente a morte da vítima, haverá concurso de homicídio com um dos crimes contra os costumes,¹⁵ o mesmo devendo dizer-se a respeito da lesão grave. Se, entretanto, a prova indica que tais resultados sobrevieram sem que o sujeito ativo os quisesse (direta ou indiretamente), ocorrerá uma das hipóteses do artigo em exame. Excetua-se naturalmente o caso fortuito”.¹⁶

Se, conforme salientou Noronha, o resultado que agrava especialmente a pena for proveniente de caso fortuito ou força maior, o agente não poderá ser responsabilizado pelas modalidades qualificadas, conforme preconiza o art. 19 do Código Penal, que diz: *Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.*

Isso significa que o agente não poderá ser responsabilizado objetivamente sem que tenha podido, ao menos, prever a possibilidade de ocorrência de lesões graves ou mesmo a morte da vítima com seu comportamento.

No entanto, pode ter agido com ambas as finalidades, vale dizer, a de praticar o crime sexual (estupro), bem como a de causar lesões corporais graves ou a morte da vítima. Nesse caso, como exposto acima, deverá responder por ambas as infrações penais, em concurso material de crimes, nos termos preconizados pelo art. 69 do Código Penal.

Pode ocorrer, ainda, a hipótese em que o agente, para efeitos de praticar o estupro, derrube a vítima violentamente no chão, fazendo com que esta bata a cabeça, por exemplo, em uma pedra, produzindo-lhe a morte antes que seja praticada a conjunção carnal. Nesse caso, pergunta-se: Teríamos uma tentativa qualificada de estupro, ou o estupro poderia ser considerado consumado, havendo a morte da vítima, mesmo sem a ocorrência da penetração?

Como se percebe pela própria indagação, duas correntes se formaram. A primeira afirmando pela consumação do delito, conforme se verifica pelas lições de Luiz Regis Prado, que diz: “O melhor entendimento, destarte, é aquele que prima pelo reconhecimento de que haverá, nessas hipóteses, delito qualificado consumado, não obstante ter o delito sexual permanecido apenas na forma tentada.”¹⁷

Apesar do brilhantismo do renomado autor, parece-nos contraditório seu raciocínio, mesmo sendo essa a posição que goza da predileção de nossa doutrina. Como ele próprio afirmou, o delito sexual permaneceu tentado. Se não se consumou, como posso entendê-lo

consumado, afastando-se a possibilidade do reconhecimento da tentativa?

Na verdade, tratando-se de crime preterdoloso, como regra, não se admite a tentativa, uma vez que o resultado que agrava especialmente a pena somente pode ser atribuído a título de culpa, e, como não se cogita de tentativa em crime culposo, não se poderia levar a efeito o raciocínio relativo à tentativa em crimes preterdolosos. No entanto, quase toda regra sofre exceções. O que não podemos é virar as costas para a exceção, a fim de se reconhecer aquilo que, efetivamente, não ocorreu no caso concreto.

Veja-se o exemplo do estupro, praticado por meio da conjunção carnal, que se consuma com a penetração, total ou parcial, do pênis do homem na cavidade vaginal da mulher. Se isso não ocorrer, o que teremos, no caso concreto, será uma tentativa de estupro. Portanto, há necessidade inafastável de se constatar a penetração para efeitos de reconhecimento do estupro, desde que, obviamente, outros atos libidinosos não tenham sido praticados. Se é assim, como no caso de ocorrência de um dos resultados que qualificam o crime poderíamos entender pelo delito consumado se não houve a conjunção carnal?

Aqueles que entendem que o delito se consumava com a ocorrência das lesões graves ou da morte justificam seu ponto de vista dizendo que, se reconhecessemos a tentativa, a pena seria menor do que aquela prevista para o delito de lesão corporal seguida de morte. Isso acontece, realmente, quando se leva em consideração a pena máxima combinada em ambos os delitos, embora a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, a tenha aumentado para 30 (trinta) anos, e não no que diz respeito à pena mínima, que será idêntica.

É claro que o Código Penal não é perfeito, como nenhuma outra legislação o é, seja nacional ou estrangeira. As falhas existem. Entretanto, raciocinando no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, não podemos permitir que essas falhas sejam prejudiciais ao agente. Não podemos simplesmente considerar como consumado um delito que, a toda prova, permaneceu na fase da tentativa, raciocínio que seria, esse sim, completamente *contra legem*, com ofensa frontal à regra determinada pelo inc. II do art. 14 do Código Penal.

Dessa forma, entendemos como perfeitamente admissível a tentativa qualificada de estupro.

Poderíamos, ainda, visualizar a hipótese em que o agente, depois de derrubar a vítima, fazendo com que batesse com a cabeça em uma pedra, morrendo instantaneamente, sem que tivesse percebido esse fato, viesse a penetrá-la. Aqui, teríamos, ainda, somente uma tentativa de estupro qualificada pela morte da vítima, uma vez que a penetração ocorreu somente depois desse resultado, não podendo mais ser considerada como objeto material do delito de estupro. Também não ocorreria o vilipêndio a cadáver, tipificado no art. 212 do Código Penal, em virtude do fato de não saber o agente que ali já se encontrava um cadáver, pois que desconhecia a morte da vítima.

Ao contrário, caso tivesse percebido a morte instantânea da vítima e tentasse prosseguir com seu propósito de penetrá-la, aí, sim, poderia responder por ambas as infrações penais, vale dizer, tentativa de estupro qualificada pela morte e vilipêndio a cadáver.

Inovou a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ao prever o estupro qualificado quando a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos. Por mais que as pessoas, que vivem no século XXI, tenham um comportamento sexual diferente daquelas que viviam em meados do século passado, ainda podemos afirmar que os adolescentes entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos de idade merecem especial proteção. A prática de um ato sexual violento, nessa idade, certamente trará distúrbios psicológicos incalculáveis, levando esses jovens, muitas vezes, ao cometimento, também, de atos violentos, e até mesmo similares aos que sofreram. Dessa forma, o juízo de censura, de reprovação, deverá ser maior sobre o agente que, conhecendo a idade da vítima, sabendo que se encontra na faixa etária prevista pelo § 1º do art. 213 do Código Penal, ainda assim insista na prática do estupro.

Deve ser frisado que, mesmo sendo a vítima menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos, se ocorrer o resultado morte será aplicado o § 2º do art. 213 do Código Penal, pois que as penas deste último são maiores do que aquelas previstas pelo § 1º do referido artigo.

A expressão *vítima maior de 14 (catorze) anos*, utilizada na parte final do § 1º do art. 213 do Código Penal, tem gerado controvérsia doutrinária. Rogério Sanches Cunha assevera: “Se a vítima for violentada no dia do seu 14º aniversário não gera qualificadora, pois ainda não é *maior de 14 anos*. Também não tipifica o crime do art. 217-A, que exige vítima *menor de 14 anos*. Conclusão: se o ato sexual for praticado com violência ou grave ameaça haverá estupro simples (art. 213, *caput*, do CP); se o ato foi consentido, o fato é atípico, apurando-se a enorme falha do legislador. A alteração legislativa, nesse caso, é benéfica, devendo retroagir para alcançar os fatos pretéritos”.¹⁸

Com a devida *venia*, não podemos concordar com o raciocínio levado a efeito pelo amigo e colega de Ministério Público. Isso porque, em várias passagens, o Código Penal se vale de expressão similar, a exemplo do que ocorre nos arts. 61, II, *h* (maior de 60 sessenta) anos; 65, I (maior de 70 anos) *etc.*

Na verdade, no primeiro instante após completar a idade prevista pelo tipo penal a pessoa já é considerada *maior de...*¹⁹ Não há necessidade, portanto, que se passe um dia inteiro para, somente após, ou seja, no dia seguinte, entender que a vítima, no caso do artigo em estudo, é considerada maior de 14 (catorze) anos, para efeitos de reconhecimento da qualificadora.

Nesse sentido, preleciona André Estefam: “Uma interpretação puramente literal poderia conduzir à (errônea) conclusão que há estupro simples. Fundamento: quem possui exatos 14 anos não é alcançado pela qualificadora do §1º (a qual exige pessoa *maior de 14*) e, de modo

similar, não há estupro de vulnerável (art. 217-A), porque este somente existe quando o sujeito passivo é *menor* de 14. O absurdo dessa conclusão, todavia, demonstra que com ela não se pode anuir. A caracterização do estupro simples deve, desde logo, ser afastada, caso contrário, constranger adolescente no dia de seu 14º aniversário à prática de ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça, seria punido menos severamente que fazê-lo no dia seguinte (até que completasse a idade adulta). É evidente que a *mens legis* jamais foi a de ‘presentear’ a vítima com semelhante proteção deficiente”.²⁰

Assim, ao contrário da posição assumida por Rogério Sanches, entendemos que, se o agente vier a praticar o delito de estupro no dia em que a vítima completava 14 (catorze) anos, deverá ser reconhecido o delito qualificado, se esse dado, ou seja, a idade da vítima era de seu conhecimento.

Causas de aumento de pena

Determina o art. 226 do Código Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005: **Art. 226: A pena é aumentada:**

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

O art. 234-A, nos termos da redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera, *verbis*: **Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:**

I – (vetado);

II – (vetado);²¹

III – de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV – de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.”

A primeira hipótese, contida no inc. I do art. 226 do estatuto repressivo, prevê um aumento de quarta parte da pena se o crime for cometido com o concurso de duas ou mais pessoas. Entendemos que a mencionada majorante somente poderá ser aplicada se os agentes praticarem, conjuntamente, atos de execução tendentes à prática do delito sexual.

A presença de duas ou mais pessoas é motivo de maior facilidade no cometimento do delito, diminuindo ou, mesmo, anulando a possibilidade de resistência da vítima. Dessa forma, existe maior censurabilidade no comportamento daqueles que praticam o delito em concurso de pessoas.

Assim, não somos partidários da corrente que aceita a aplicação da causa de aumento de pena em estudo pela simples existência do concurso de pessoas, sem levar em consideração a maior facilidade no cometimento da infração penal, quando realizada, efetivamente, por dois ou mais agentes, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, quando afirma que “se duas ou mais pessoas tomaram parte na prática do delito, antes ou durante a execução, é isso suficiente para aplicar-se a elevação da pena”,²² ou, ainda, a de Luiz Regis Prado quando assevera que “não é imprescindível a presença de todos os agentes nos atos de execução, bastando que os coautores ou partícipes hajam concorrido, de qualquer forma, para o crime”.²³

A segunda hipótese prevê o aumento de metade da pena, conforme determina o inc. II do art. 226 do Código Penal. Diz respeito ao fato de ser o agente ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge ou companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título ter autoridade sobre ela.

Foram inseridas no mencionado artigo, para efeito de aplicação da majorante, as figuras do padrasto e da madrasta, do tio, bem como do cônjuge e do companheiro. Foi afastada a figura do *pai adotivo*, uma vez que, nos dias de hoje, tal designação tornou-se discriminatória e proibida constitucionalmente.

Isso significa que a relação de parentesco ou de autoridade tem o condão de fazer com que a pena seja especialmente aumentada, levando-se a efeito, assim, maior juízo de reprovação sobre as pessoas elencadas pelo inc. II do art. 226 do Código Penal.

O inc. III do art. 234-A determina que a pena será aumentada de metade, se do crime resultar gravidez. Infelizmente, quando uma mulher é vítima de estupro, praticado mediante conjunção carnal, poderá engravidar e, consequentemente, rejeitar o feto, fruto da concepção violenta. Como o art. 128, II, do Código Penal permite o aborto nesses casos, é comum que a mulher opte pela interrupção da gravidez. Como se percebe, a conduta do estuprador acaba não somente causando um mal à mulher, que foi vítima de seu comportamento sexual violento, como também ao feto, que teve ceifada sua vida. Dessa forma, o juízo de censura sobre a conduta do autor do estupro deverá ser maior, aumentando-se a pena em metade, no terceiro momento do critério trifásico, previsto pelo art. 68 do diploma repressivo.

Devemos ressalvar, no entanto, que se o agente, durante a prática do ato sexual, fazia a utilização de preservativo, que se rompeu durante o coito sem que o agente pudesse perceber, tal fato impedirá a aplicação da referida causa especial de aumento de pena, pois, caso contrário, estaríamos responsabilizando-o objetivamente, o que violaria frontalmente o disposto no art. 19 do Código Penal, que tem por finalidade afastar a chamada responsabilidade penal objetiva (sem culpa ou pelo resultado).

A pena deverá, ainda, ser aumentada de um sexto até metade, de acordo com o inc. IV do art. 234-A do Código Penal, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível

de que sabe ou deveria saber ser portador. Para que ocorra a majorante há necessidade de que a doença tenha sido, efetivamente, transmitida à vítima que, para efeitos de comprovação, deverá ser submetida a exame pericial.

“As DST (doenças sexualmente transmissíveis) são doenças causadas por vírus, bactérias, fungos ou protozoários e que, pelo fato de seu mecanismo de transmissão ser quase que exclusivamente por via sexual, possuem a denotação *sexualmente transmissível*. Apesar disso, existem DST que podem ser transmitidas fora das relações sexuais.

As DST se manifestam principalmente nos órgãos genitais do homem e da mulher, podendo acometer outras partes do corpo, sendo possível, inclusive, que não se manifeste qualquer sintoma visível.

Até certo tempo, as doenças sexualmente transmissíveis eram popularmente conhecidas como ‘doenças venéreas’ ou ‘doenças do mundo’.

A maioria das doenças sexualmente transmissíveis possui cura. Outras, causadas por vírus, possuem apenas tratamento. É o caso da sífilis, do herpes genital e da Aids. Nestes casos, a doença pode ficar estagnada (incubada) até que algum fator externo permita que ela se manifeste novamente.”²⁴

Podemos citar, como exemplos de doenças sexualmente transmissíveis, a candidíase, a gonorreia, a pudicolose do púbis, *Human Papilloma Viruses* (HPV), a hepatite B, a herpes simples genital, o cancro duro e o cancro mole, a infecção de clamídia, bem como o HIV (Sida).

O inc. IV em análise exige, para efeitos de aplicação da causa especial de aumento de pena, que o agente, no momento do contato sexual, saiba – ou pelo menos deva saber – que é portador dessa doença sexualmente transmissível. As expressões contidas no mencionado inciso – *sabe ou deva saber ser portador* – são motivo de intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Discute-se se tais expressões são indicativas tão somente de dolo ou podem permitir também o raciocínio com a modalidade culposa.

A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, ao cuidar do art. 130, que contém expressões similares, consigna expressamente que, nelas, se pode visualizar também a modalidade culposa, conforme se verifica da leitura do item 44, que diz: *44. O crime é punido não só a título de dolo de perigo, como a título de culpa (isto é, não só quando o agente sabia achar-se infeccionado, como quando devia sabê-lo pelas circunstâncias)*.

Com a devida *venia* das posições em contrário, devemos entender que as expressões *de que sabe ou deva saber ser portador* dizem respeito ao fato de ter o agente atuado, no caso concreto, com dolo direto ou mesmo com dolo eventual, mas não com culpa.

Merce ser frisado, ainda, que, quando a lei menciona que o agente *sabia ou devia saber*

ser portador de uma doença sexualmente transmissível está se referindo, especificamente, a esse fato, ou seja, ao conhecimento efetivo ou possível da contaminação, e não ao seu elemento subjetivo no momento do ato sexual, ou seja, não importa saber, para que se aplique a causa de aumento de pena em estudo, se o agente queria ou não a transmissão da doença, mas tão somente se, anteriormente ao ato sexual, sabia ou poderia saber que dela era portador.

Pena, ação penal e segredo de justiça

O *caput* do art. 213 do Código Penal prevê uma pena de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Se, da conduta, resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos, a pena é de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Se, da conduta, resulta morte, a pena é de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O art. 225 do Código Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera que a ação penal, para os crimes definidos nos Capítulos I (Dos crimes contra a liberdade sexual) e II (Dos crimes sexuais contra vulnerável), do Título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual) do Código Penal, será de iniciativa pública condicionada à representação. No entanto, diz o seu parágrafo único que procede-se mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Apesar da nova redação legal, entendemos ainda ser aplicável a Súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal, que diz: *Súmula nº 608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.*

Dessa forma, de acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, toda vez que o delito de estupro for cometido com o emprego de violência real, a ação penal será de *iniciativa pública incondicionada*, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do(a) ofendido(a) nas hipóteses em que o crime for cometido com o emprego de *grave ameaça*.

Consoante o entendimento firmado neste Superior Tribunal, tratando-se de crime de estupro praticado com emprego de violência real, a ação penal é pública incondicionada. Inteligência da Súmula 608/STF. Se há indícios de que o crime sexual foi praticado mediante violência e grave ameaça contra a ofendida, inclusive com o uso de faca, é desnecessário discutir se o termo de representação e a declaração de hipossuficiência, colhidos ao término da instrução, são extemporâneos (STJ, HC 168697/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T, DJe 21/3/2012).

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, criado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em *segredo de justiça*.

Consentimento da(o) ofendida(o) O delito de estupro se caracteriza quando o constrangimento, mediante o emprego da violência (ou grave ameaça) é dirigido no sentido de ter conjunção carnal ou praticar ou

permitir que se pratique com a vítima, de forma não consentida por ela, outro ato libidinoso. Faz-se mister, portanto, para a caracterização do crime, que não tenha havido o consentimento da vítima para o ato sexual, pois, caso contrário, estaremos diante de um fato atípico, desde que a vítima não se encontre em qualquer das situações previstas pelo art. 217-A do Código Penal, sendo, outrossim, considerada como pessoa vulnerável.

Casos que importam em sadismo e masoquismo, se praticados por pessoas maiores e capazes, desde que produzam lesões corporais de natureza leve, não se configuram em infração penal, em face da disponibilidade do bem jurídico protegido. Valdir Sznick, dissertando sobre o tema, traça as suas diferenças dizendo: “Masoquismo e sadismo são inversos: no sadismo o agente encontra prazer no sofrimento de outra pessoa; no masoquismo, a volúpia está no próprio sofrimento, na própria dor.

O sadismo é mais comum entre os homens; o masoquismo, por sua vez, é mais frequente entre as mulheres. No sadismo, há o prazer de comandar, de autoridade; no masoquismo, o da submissão. Num a ideia de submeter, no outro a ideia de ser submisso, de ser passivo”.²⁵

Havendo consentimento e se este podia ser dado, o ato sexual, embora contenha grave afronta à moral, deixa de existir como crime, por não acarretar lesão de um direito alheio (TJRS, Ap. 6751 – Rel. Celso Afonso Pereira, j. 1981947).

Resistência da vítima Vimos, portanto, que o estupro (art. 213 do CP) ocorre quando há o dissenso da vítima, que não deseja a prática do ato sexual.

No entanto, para que seja efetivamente considerado o dissenso, temos de discernir quando a recusa da vítima ao ato sexual importa em manifestação autêntica de sua vontade, de quando, momentaneamente, faz parte do “jogo de sedução”, pois que, muitas vezes, o “não” deve ser entendido como “sim”.

No que diz respeito especificamente às mulheres, indaga George P. Fletcher: “Quando consente uma mulher? Susan Estrich popularizou o slogan *não significa não*. Ainda admitindo essa tautologia, todavia nos encontramos com o problema de provar que a mulher disse não. Aqui não há gravação de vídeo. Não há formulários de consentimento firmados, como existem nos hospitais, e não existem testemunhas. Mas o homem disse que a mulher lhe disse que *sim*. Assim, como saberemos? E o que sucede se nunca o saberemos com segurança?”.²⁶

O erro do agente no que diz respeito ao dissenso da vítima importará em erro de tipo, afastando-se, pois, a tipicidade do fato. Assim, imagine-se a hipótese em que um casal, depois de permanecer algum tempo em um restaurante, saia dali para a residência de um deles. Lá chegando, começam a se abraçar. A maneira como a mulher se insinua para o homem dá a entender que deseja ter relações sexuais. No entanto, quando o homem tenta retirar-lhe as roupas, ela resiste, dizendo não estar preparada, insistindo na negativa durante um bom tempo. O homem, entendendo a negativa como parte do “jogo de sedução”, retira, ele próprio, de forma violenta, as roupas da vítima, tendo com ela conjunção carnal.

De toda forma, embora, ao que parece, tenha havido realmente o dissenso da vítima para o ato sexual, o homem que atuou acreditando que isso fazia parte do “jogo de sedução” poderá alegar o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a tipicidade do fato.

Nesse sentido, afirma João Mestiere: “A crença, sincera, de que a vítima apresenta oposição ao congresso carnal apenas por recato ou para tornar o jogo do amor mais difícil ou interessante (*vis haud ingrata*) deve sempre de ser entendida em favor do agente. Falha o tipo subjetivo, igualmente, quando o agente erra, ainda que culposamente, sobre um dos elementos do tipo objetivo. É o erro de tipo”.²⁷

No entanto, se a dúvida pender para o lado da negação do consentimento, a alegação de erro de tipo não poderá ser sustentada como um simples artifício legal para que a responsabilidade penal do agente seja afastada, haja vista que, sendo aceita a tese do erro de tipo, mesmo que inescusável, tendo em vista a ausência de previsão para a modalidade culposa de estupro, o fato será considerado atípico.

Embora tenhamos exemplificado com uma possibilidade de erro sobre os fatos que antecederam a prática do ato sexual, não significa que, em virtude de ter a vítima correspondido sexualmente de alguma forma com o agente, isso permitirá que este chegue ao ato culminante da conjunção carnal. A vítima tem o direito de dizer não, e sua negativa deve ser compreendida pelo agente, mesmo que em momentos anteriores houvesse alguma cumplicidade entre eles.

No caso Mike Tyson e Desiree Washington, ocorrido em 1991, nos Estados Unidos, algumas testemunhas, que não chegaram a ser ouvidas em juízo, presenciaram a vítima entrando volitivamente na *limosine* do conhecido boxeador, afirmado, até mesmo, que eles se abraçaram e se beijaram no interior do veículo. A defesa, com base nesses fatos, tentou a anulação do julgamento sob o argumento de que tais testemunhas teriam o condão de comprovar que a vítima, desde o começo, consentira no ato sexual. No entanto, rechaçando essa argumentação, o Tribunal de Apelação confirmou a condenação, sob o seguinte fundamento: “Uma crença honesta e razoável em que um membro do sexo contrário consentirá com a conduta sexual em algum momento futuro não é uma escusa para o estupro ou a conduta criminal desviada. O único consentimento válido é o consentimento que precede de maneira imediata o da conduta sexual.”²⁸

Isso quer dizer que a vítima, mesmo dando mostras anteriores que desejava o ato sexual, pode modificar sua vontade a qualquer tempo, antes da penetração, por exemplo. Somente o consentimento que precede imediatamente o ato sexual, como esclareceu o Tribunal norte-americano, é que deve ser considerado.

No entanto, é claro que os fatos antecedentes devem ser levados em consideração para efeitos de prova, uma vez que o estupro, como regra, não é cometido na presença de

testemunhas. Muitas circunstâncias deverão ser consideradas para se apurar se houve, no caso concreto, resistência da vítima. Por isso, a dificuldade de prova nos delitos sexuais é ainda maior quando a vítima mantinha, de alguma forma, relações de intimidade com o agente, a exemplo do que ocorre com os namorados, noivos e até mesmo entre pessoas casadas.

Voltando ao caso Mike Tyson, conforme as lúcidas palavras de George P. Fletcher, sua acusação se converteu: “em um símbolo de um movimento. Esse era um caso em que os encarregados de vigiar a aplicação de lei, unidos com o movimento feminista, enviam uma mensagem aos homens: ‘Não, deve significar não’. Suficientemente claro. Mas para defender os direitos das vítimas não se precisa derrogar os direitos dos penalmente acusados. Quando os que apoiam uma causa com vítimas estão dispostos a converter em *bode expiatório* um homem moralmente inocente, encontramos o lado feio da política”.²⁹

A resistência da vítima, que não se exige ser desesperada, heroica, mas verdadeira, sincera, constante e proporcional ao seu ânimo e compleição, deve deixar vestígios e, se a perícia não os indica, o depoimento da ofendida constitui, por necessidade óbvia, peça central da acusação (TJRS, Ap. 6751, Rel. Celso Afonso Pereira, *RF* 115, p. 238).

Marido como sujeito ativo do estupro Questão que durante muitos anos dividiu a doutrina, e que hoje vem perdendo seus adeptos, diz respeito à possibilidade de se apontar o próprio marido da vítima como autor do delito de estupro.

A primeira corrente, hoje já superada, entendia que, em virtude do chamado *débito conjugal*, previsto pelo Código Civil (tanto no art. 231, II, do revogado Código de 1916, quanto no atual art. 1.566, II), o marido que obrigasse sua esposa ao ato sexual agiria acobertado pela causa de justificação relativa ao *exercício regular de um direito*, conforme se verifica pela posição de Hungria, de conotação nitidamente machista: “Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula *ilícita* (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. O próprio *Codex Juris Canonici* reconhece-o explicitamente [...]. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o *exercício regular de um direito*”.³⁰

Modernamente, perdeu o sentido tal discussão, pois que, embora alguns possam querer alegar o seu “crédito conjugal”, o marido somente poderá relacionar-se sexualmente com sua esposa com o consentimento dela. Caso a esposa não cumpra com suas obrigações conjugais, tal fato poderá dar ensejo, por exemplo, à separação do casal, mas nunca à adoção de práticas violentas ou ameaçadoras para levar adiante a finalidade do coito (vaginal ou anal), ofensivas à liberdade sexual da mulher, atingindo-a em sua dignidade.³¹

Nesse sentido, esclarece Sílvio Venosa: “Na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, a satisfação recíproca das necessidades sexuais. Embora não constitua elemento fundamental do casamento, sua ausência, não tolerada ou não aceita pelo outro cônjuge, é motivo de separação. O princípio não é absoluto, e sua falta não implica necessariamente o desfazimento da *affectio maritalis*. Afora, porém, as hipóteses de recusa legítima ou justa, o dever de coabitação é indeclinável. Nesse sentido, é absolutamente ineficaz qualquer pacto entre os cônjuges a fim de dispensar o débito conjugal ou a coabitação. Não pode, porém, o cônjuge obrigar o outro a cumprir o dever, sob pena de violação da liberdade individual. A sanção pela violação desse dever somente virá sob forma indireta, ensejando a separação e o divórcio e repercutindo na obrigação alimentícia”.³²

Em virtude da nova redação constante do art. 213 do Código Penal, a esposa também poderá figurar como autora do delito de estupro praticado contra seu próprio marido, a exemplo daquela que, mediante o emprego de grave ameaça, o obriga a permitir que com ele se pratique atos de felação.

Coação irresistível praticada por mulher Pode acontecer que uma mulher, mediante o emprego de coação moral irresistível, obrigue um homem a violentar outra mulher, mantendo com ela conjunção carnal. Nesse caso, deveria ela ser considerada autora de um crime de estupro, mesmo diante da nova redação que foi dada ao art. 213 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009?

Luiz Regis Prado, analisando essa situação, mesmo anteriormente à modificação legal, aduzia: “Excepcionalmente, na hipótese de o sujeito ativo da cópula carnal sofrer coação irresistível por parte de outra mulher para a realização do ato, pode-se afirmar que o sujeito ativo do delito é uma pessoa do sexo feminino, já que, nos termos do art. 22 do Código Penal, somente o coator responde pela prática do crime”.³³

O renomado autor, embora, com razão, apontando a qualidade de sujeito ativo da mulher que coage um homem a praticar conjunção carnal com a vítima, não esclarece a que título, tecnicamente, deverá ser responsabilizada, vale dizer, se autora ou partícipe de um crime de estupro.

A resposta virá da natureza jurídica que se dê à mencionada infração penal, quando o estupro é praticado mediante conjunção carnal, seja apontado-o como um crime comum, próprio ou de mão própria.

Se entendido como um crime comum, será reconhecida como autora do estupro, não havendo qualquer problema nisso. No entanto, a discussão começa a surgir a partir do momento em que se opta por reconhecer o estupro, praticado mediante conjunção carnal, como um delito próprio ou mesmo como um crime de mão própria. Isso porque se tem entendido que os casos de coação moral irresistível encontram-se no rol das situações que permitem o reconhecimento da chamada autoria mediata, em que o agente se vale de interposta pessoa, que

lhe serve como instrumento na prática do delito.

Contudo, para que se possa concluir pela possibilidade de autoria mediata nos crimes próprios, o autor mediato precisaria gozar da qualidade especial exigida pelo tipo. No caso em exame, deveria ser um homem, pois a conjunção carnal pressupõe uma relação heterossexual.

Se entendêssemos o estupro, praticado mediante conjunção carnal, como um delito de mão própria, não poderíamos sequer cogitar, como regra, de autoria mediata, pois que, conforme assevera Nilo Batista, “os crimes de mão própria não admitem coautoria nem autoria mediata, na medida em que o seu conteúdo de injusto reside precisamente na pessoal e indeclinável realização da atividade proibida”.³⁴

Restaria, assim, excluída a titulação de *autora* para a mulher que coagisse um homem a manter conjunção carnal com outra mulher.

Poderia ser considerada, portanto, como partícipe? Mesmo adotando-se a teoria da acessoriadade limitada, na qual se exige do agente tão somente a prática de um comportamento típico e ilícito para que o fato possa ser atribuído ao partícipe, acreditamos que a conduta da coautora vai mais além do que um caso de mera participação.

Podemos, dessa forma, utilizar a teoria do *autor de determinação*, preconizada por Zaffaroni, a fim de fazer com que a mulher que determinou a prática do estupro mediante conjunção carnal responda, com esse título especial – autora de determinação –, pelas mesmas penas cominadas ao estupro. Assim, de acordo com as lições de Zaffaroni, “a mulher não é punida como autora do estupro, senão que se lhe aplica a pena do estupro por haver cometido o delito de *determinar o estupro*”.³⁵ Tal raciocínio não se afasta das disposições contidas no art. 22 do Código Penal, que diz, *verbis*: *Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.*

Mulher que constrange o homem à prática da conjunção carnal Não é de agora a hipótese ventilada pela doutrina quando erige a possibilidade de um homem ser constrangido por uma mulher a com ela praticar a conjunção carnal.

Suponha-se que uma mulher, apaixonada por um homem, querendo, a todo custo, ter com ele relações sexuais, não conseguindo seduzi-lo pelos “meios normais”, mediante o emprego de ameaça, com uma arma de fogo, por exemplo, o obrigue ao ato sexual, fazendo com que ocorra a penetração normal. Pergunta-se: Qual seria o crime praticado pela mulher que, mediante o emprego de grave ameaça, fez com que o homem mantivesse com ela conjunção carnal?

Na verdade, a hipótese mais parece de laboratório. Pode ser que uma pessoa ou outra consiga ter ereção nessa situação, que não se traduz, obviamente, na regra. Entretanto, trabalhando com a hipótese do sujeito, mesmo sob intensa pressão, conseguir ter ereção e

praticar a conjunção carnal, qual seria a solução para o caso?

A atual redação do art. 213 do Código Penal nos permite raciocinar com a ocorrência do estupro, uma vez que o tipo penal prevê a possibilidade da conjunção carnal ser levada a efeito tanto pelo homem, quanto pela própria mulher, desde que estejamos diante, sempre, de uma relação heterossexual.

Estupro praticado por vários agentes ao mesmo tempo Não é incomum que o estupro, mediante conjunção carnal, seja cometido por várias pessoas que atuam em concurso. Assim, pode ocorrer, por exemplo, que três pessoas, unidas pelo mesmo liame subjetivo, com identidade de propósito, resolvam estuprar a vítima. Dessa forma, enquanto dois a seguram, o terceiro leva a efeito a penetração, havendo entre eles um “rodízio criminoso”.

Nesse caso, haveria um único crime ou três estupros em continuidade delitiva?

Para nós, que entendemos que o estupro, mediante conjunção carnal, é um crime de mão própria, de atuação personalíssima, de execução indelegável, intransferível, no caso em exame teríamos, sempre, um autor e dois partícipes, cada qual prestando auxílio para o sucesso da empresa criminosa.

Nesse caso, cada agente que vier a praticar a conjunção carnal, com os necessários atos de penetração, será autor de um crime de estupro, enquanto os demais serão considerados seus partícipes.

Aqui, portanto, no exemplo fornecido, teríamos de concluir pela prática de três crimes de estupro, em continuidade delitiva, nos moldes preconizados pelos arts. 29 e 71, todos do Código Penal.

Estupro de transexuais Genival Veloso de França esclarece que de todos os transtornos de identidade: “o transexualismo ou síndrome de disforia sexual é aquele que mais chama a atenção, pela sua complexidade e por seus desafios às questões morais, sociais e jurídicas. Roberto Farina (Transexualismo. São Paulo: Novalunar, 1982) define-o como uma pseudossíndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se conduz como se pertencesse ao gênero oposto. Trata-se, pois, de uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero.”³⁶

Imagine-se a hipótese em que a vítima, uma transexual, depois de se submeter à cirurgia de reversão genital, criando o que a medicina denomina de *neovagina*, seja violentada pelo agente, havendo penetração especificamente nesse lugar criado cirurgicamente, similar à vagina de uma mulher. No caso em tela, haveria estupro, mediante conjunção carnal?

Hoje, após a nova redação dada ao art. 213 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, a questão perdeu o interesse. Isso porque, mesmo que não tenha havido modificação no registro de nascimento da pessoa que se submeteu à mencionada cirurgia, podemos entender que a relação sexual forçada conduzirá, obrigatoriamente, ao

reconhecimento do delito de estupro. Assim, tenha havido ou não modificação no registro de nascimento, com a modificação do sexo natural da vítima, a hipótese será de reconhecimento do estupro.

Desistência voluntária O art. 15 do Código Penal assevera que o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução, só responde pelos atos já praticados.

Nesse caso, pergunta-se: Seria possível o raciocínio correspondente à desistência voluntária no delito de estupro?

Acreditamos que sim. Imagine-se a hipótese daquele que, depois de retirar as roupas da vítima, acabe cedendo às suas súplicas e não leve a efeito a penetração. Aqui, somente deveria responder pelos atos já praticados. E quais seriam esses atos? Se o agente, ao dar início à execução do crime de estupro, cuja finalidade era a prática da conjunção carnal, simplesmente levou a efeito atos necessários à penetração – por exemplo, arrancar as calças da vítima, passando-lhe as mãos nas coxas, nas pernas *etc.* –, não poderá responder pelo mesmo delito, na parte em que diz que o constrangimento também pode ter sido dirigido no sentido de *praticar ou permitir que fosse praticado com a vítima outro ato libidinoso*, pois, dessa forma, em quase todas as hipóteses em que o agente simplesmente tocasse na vítima teríamos que reconhecer a consumação do delito de estupro, o que não nos parece razoável.

Por outro lado, caso o agente tivesse, antes de consumar a penetração vaginal, praticado atos que, por si sós, já se configurassem na segunda parte do delito de estupro, aí, sim, poder-se-ia cogitar do crime em estudo, a exemplo daquele que realiza o coito anal com a vítima ou, mesmo, atos de felação, sugando-lhe os seios *etc.*

Assim, concluindo, caso o agente, que queria levar a efeito a conjunção carnal, não tenha praticado atos libidinosos relevantes, que importem no reconhecimento da segunda parte constante do art. 213 do Código Penal, deverá ser responsabilizado tão somente pelo constrangimento ilegal a que submeteu a vítima, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, aplicando-se, pois, a regra constante do art. 15 do diploma repressivo.

Em sentido contrário, Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Américo Führer aduzem que a possibilidade de desistência voluntária desaparece “ao primeiro contato corporal libidinoso”.³⁷

Se o agente inicia a execução do delito e interrompe-a por motivos exteriores, forçado por elementos circunstanciais e não por causa interna à sua pessoa, descabe falar em desistência voluntária ante a ausência do requisito da voluntariedade (TJMG, Processo 1.0133.02.005191-7/001[1], Rel. Tibagy Salles, pub. 3/2/2004).

Médico que realiza exame de toque na vítima com intenção libidinosa Infelizmente, a imprensa tem noticiado situações em que médicos são acusados de abusar de seus pacientes. Alguns desses casos foram, inclusive, filmados. Os agentes, pervertidos, praticavam toda a sorte de atos sexuais com suas vítimas, quase sempre adormecidas.

Suponha-se que o agente, médico ginecologista-obstetra, ao atender uma de suas pacientes em seu consultório, nela realize, desnecessariamente, o exame de toque, simplesmente com a finalidade de satisfazer sua libido. Nesse caso, deveria responder pelo delito tipificado no art. 215 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que prevê o comportamento de *ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*, haja vista que a fraude estaria demonstrada mediante a comprovação da falta de necessidade do mencionado exame ginecológico.

É claro que a prova, no caso concreto, será extremamente difícil, principalmente porque teremos que demonstrar, efetivamente, o dolo do agente. No entanto, tecnicamente, será possível a sua configuração.

Síndrome da mulher de Potifar (verossimilhança da palavra da vítima) *O estupro, em geral, é um crime praticado às ocultas, isto é, sem a presença de testemunhas. Nesse caso, como chegar à condenação do agente quando temos, de um lado, a palavra da vítima, que se diz estuprada, e, do outro, a palavra do réu, que nega todas as acusações proferidas contra a sua pessoa? Como ficaria, nesse caso, o princípio do in dubio pro reo?*

Devemos aplicar, nesse caso, aquilo que em criminologia é conhecido como *síndrome da mulher de Potifar*, importada dos ensinamentos bíblicos.

Para quem nunca teve a oportunidade de ler a Bíblia, resumindo a história que motivou a criação desse pensamento criminológico, tal teoria foi originária do livro de Gênesis, principalmente do capítulo 39, onde é narrada a história de José, décimo primeiro filho de Jacó.

Diz a Palavra de Deus que Jacó amava mais a José do que aos outros irmãos, o que despertava neles ciúmes e inveja. Certo dia, a pedido de seu pai, José foi verificar como estavam seus irmãos, que tinham levado o rebanho a pastorear. Ao avistarem José, seus irmãos, destilando ódio, resolveram matá-lo, depois de o terem jogado em um poço, mas foram dissuadidos por seu irmão mais velho, Rúben. No entanto, ao perceberem que se aproximava uma caravana que se dirigia ao Egito, resolveram vendê-lo aos ismaelitas por 20 barras de prata. Ao chegar ao Egito, José foi vendido pelos ismaelitas a um egípcio chamado Potifar, um oficial que era o capitão da guarda do palácio real.

Como era um homem temente a Deus, José logo ganhou a confiança de Potifar, passando a ser o administrador de sua casa, tomando conta de tudo o que lhe pertencia. Entretanto, a mulher de Potifar, sentindo forte atração por José, quis com ele ter relações sexuais, mas foi rejeitada.

A partir de agora, vamos registrar a história narrada pela própria Bíblia, com a nova tradução em linguagem de hoje, no capítulo 39, versículos 6 a 20, para sermos mais fidedignos

com os fatos que motivaram a criação da aludida teoria criminológica: “José era um belo tipo de homem e simpático. Algum tempo depois, a mulher do seu dono começou a cobiçar José. Um dia ela disse: — Venha, vamos para a cama.

Ele recusou, dizendo assim:

— Escute! O meu dono não precisa se preocupar com nada nesta casa, pois eu estou aqui. Ele me pôs como responsável por tudo o que tem. Nesta casa eu mando tanto quanto ele. Aqui eu posso ter o que quiser, menos a senhora, pois é mulher dele. Sendo assim, como poderia eu fazer uma coisa tão imoral e pecar contra Deus?

Todos os dias ela insistia que ele fosse para a cama com ela, mas José não concordava e também evitava estar perto dela. Mas um dia, como de costume, ele entrou na casa para fazer o seu trabalho, e nenhum empregado estava ali. Então ela o agarrou pela capa e disse: — Venha, vamos para a cama.

Mas ele escapou e correu para fora, deixando a capa nas mãos dela. Quando notou que, ao fugir, ele havia deixado a capa nas suas mãos, a mulher chamou os empregados da casa e disse: — Vejam só! Este hebreu, que o meu marido trouxe para casa, está nos insultando. Ele entrou no meu quarto e quis ter relações comigo, mas eu gritei o mais alto que pude. Logo que comecei a gritar bem alto, ele fugiu, deixando a sua capa no meu quarto.

Ela guardou a capa até que o dono de José voltou. Aí contou a mesma história, assim: — Esse escravo hebreu, que você trouxe para casa, entrou no meu quarto e quis abusar de mim. Mas eu gritei bem alto, e ele correu para fora, deixando a sua capa no meu quarto. Veja só de que jeito o seu escravo me tratou!

Quando ouviu essa história, o dono de José ficou com muita raiva. Ele agarrou José e o pôs na cadeia onde ficavam os presos do rei. E José ficou ali”.³⁸

Quem tem alguma experiência na área penal percebe que, em muitas situações, a suposta vítima é quem deveria estar ocupando o banco dos réus, e não o agente acusado de estupro.

Mediante a chamada *síndrome da mulher de Potifar*, o julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos relatados pela vítima são verdadeiros, ou seja, comprovar a *verossimilhança* de sua palavra, haja vista que contradiz com a negativa do agente.

A falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir à absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório.³⁹

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a palavra da vítima assume extrema importância na configuração de delitos contra a liberdade sexual, sobretudo se corroborada por outros elementos de prova, isso porque frequentemente não deixam vestígios (STJ, AgRg no AREsp 642.849/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 30/09/2016).

Em crimes contra a liberdade sexual, praticados à clandestinidade, a palavra da vítima, sobretudo quando

amparada pela prova testemunhal, reveste-

-se de maior valia em relação ao relato do réu proferido em juízo, a quem compete desconstituir a autoria a ele imputada – inexistindo dúvida de que o réu, aproveitando-se da menoridade das vítimas (violência presumida), praticou com elas atos libidinosos diversos da conjunção carnal para satisfazer sua lascívia, não pode a conduta ser desclassificada para contravenção penal do art. 65 da LCP (STF, AI 855942 AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., *DJe* 11/6/2013).

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido que, em crimes contra a dignidade sexual, nos quais dificilmente há testemunhas ou deixam-

-se vestígios, a palavra da vítima é elemento de convicção de alta importância. Precedente (STJ, *HC* 259092/MG, 6ª T., Rel^a Min^a Assusete Magalhães, 6ª T., *DJe* 3/4/2013).

Lesões Corporais e Estupro. Agressões contra ex-companheira. Relato da vítima coerente e seguro, dando conta de que, após ser violentamente agredida pelo acusado, foi obrigada a acompanhá-lo até a residência dele. Vítima que mantém relação sexual com o acusado por claro temor, já que agredida por ele minutos antes. Palavra da ofendida em sintonia com os depoimentos das testemunhas. Versão do réu, de que a vítima tomou iniciativa para a relação sexual após as agressões, que não é crível. Laudo pericial e fotografias acostadas aos autos dando conta de que a ofendida foi violentamente agredida. Condenação pelo estupro e pela lesão, em concurso material, bem decretada. Penas mínimas. Regime fechado absolutamente necessário. Apelo improvido, expedindo-se mandado de prisão (TJSP, AC 26998220108260302, Rel. Pinheiro Franco, *DJe* 3182012).

A palavra da vítima nos crimes sexuais merece relevância ímpar para a aferição de um juízo de condenação, especialmente quando vem corroborada pelo restante da prova, como ocorreu na hipótese dos autos. A ausência de comprovação robusta da materialidade dos fatos pela via pericial não descaracteriza a força probatória coligida nos autos, a qual incrimina o réu (TJSE, ACR 0159/2007, Rel. Des. Netônio Bezerra Machado, j. 28/4/2008).

Crime impossível e impotência coeundi Denomina-se impotência coeundi a incapacidade do homem de obter a ereção peniana, o que o impede de praticar os atos de penetração. Ao contrário, chama-se impotência generandi aquela referente à incapacidade de procriar.

Dessa forma, tem-se entendido pelo crime impossível quando a impotência de que está acometido o homem é de natureza *coeundi*, uma vez que, não havendo qualquer possibilidade de ereção, torna-se impraticável o estupro, se a finalidade do agente era a conjunção carnal ou mesmo o sexo anal, que exigem um membro viril para que se leve a efeito a penetração, total ou parcial.

Não será o caso de crime impossível quando estivermos diante da impotência de natureza *generandi*, pois que nesse caso existe ereção e, portanto, capacidade de penetração.

De qualquer forma, se o agente, mesmo com impotência *coeundi*, vier a praticar outros atos libidinosos com a vítima, a exemplo da felação, poderá, nos termos da nova redação que foi dada ao art. 213 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ser responsabilizado pelo delito de estupro.

A alegada impotência sexual do réu, não comprovada por perícia médica, não afasta a tipicidade do delito de tentativa de estupro, ainda mais em se considerando a possibilidade de uma inviabilidade relativa e não absoluta de ocorrência do coito vaginal (TJMG, ACr 1.0692.06.000328-6/001, 5ª Câm. Crim., Rel. Alexandre Victor

de Carvalho, pub. 5/4/2008).

Conjunção carnal e prática conjunta de outros atos libidinosos Anteriormente à edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que revogou o delito de atentado violento ao pudor, tipificado no art. 214 do Código Penal, quando o agente, que tinha por finalidade levar a efeito a conjunção carnal com vítima viesse, também, a praticar outros atos libidinosos, a exemplo do sexo anal e da felação, deveria responder por ambas as infrações penais, aplicando-se a regra do concurso de crimes.

Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além na penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como *crime único*, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla (tipo misto alternativo), aplicando-se somente a pena combinada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes.

Nesse sentido, preleciona Guilherme de Souza Nucci: “Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima. No caso supramencionado merece pena superior ao mínimo aquele que obriga a pessoa ofendida a manter conjunção carnal e cópula anal”.⁴⁰

E, ainda, Paulo César Busato:

“Caso exista a prática de atos libidinosos diversos e também da conjunção carnal, o crime será único, sempre e quando o contexto de constrangimento seja um também só.”⁴¹

Em sentido contrário, posicionando-se favoravelmente ao reconhecimento do tipo misto cumulativo, e, consequentemente, à possibilidade de se reconhecer o concurso de crimes caso o agente venha a ter conjunção carnal com a vítima, bem como a praticar outro ato libidinoso, Abrão Amisy Neto assevera: “a alteração legislativa buscou reforçar a proteção do bem jurídico e não enfraquecê-lo; caso o legislador pretendesse criar um tipo de ação única ou misto alternativo não distinguiria ‘conjunção carnal’ de ‘outros atos libidinosos’, pois é notório que a primeira se insere no conceito do segundo, mais abrangente. Portanto, bastaria que tivesse redigido o tipo penal da seguinte maneira: ‘Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso’. Visível, portanto, que o legislador, ao continuar distinguindo a conjunção carnal dos ‘outros atos libidinosos’, não pretendeu impor única sanção em caso de condutas distintas.”⁴²

No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, asseveraram que “o art. 213 descreve um tipo misto ‘cumulativo’, punindo, com as mesmas penas, duas condutas

distintas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento a ato libidinoso diverso. A utilização, no caso, de um único núcleo verbal (*constranger*) decorre da técnica legislativa, resultando da concisão propiciada pelo conteúdo das duas figuras típicas. A prática de uma ou outra conduta configura o crime de estupro e a realização de ambas enseja a possibilidade do concurso de delitos. Trata-se, em realidade, de crimes distintos, embora da mesma espécie, punidos num único dispositivo”.⁴³

Adotando uma posição híbrida, Vicente Greco Filho preleciona: “O tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexo causal, teremos, então, delitos autônomos.”

Após citar as lições de Massimo Punzo, conclui o renomado autor que “se houver repetição de condutas em circunstâncias de tempo e lugar semelhantes, poderá configurar-se o delito continuado, mas não haverá delito continuado entre figuras consideradas cumulativas”, e continua suas lições, trazendo à colação o seguinte exemplo: “Se, durante o cativeiro, houve mais de uma vez a conjunção carnal pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnais. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela, e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.”⁴⁴

Com todo o respeito que merece o ilustre professor da Faculdade de Direito de São Paulo, não podemos concordar com suas posições. Como já dissemos, o delito de estupro, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, prevê, tão somente, um tipo misto alternativo, e não um tipo híbrido, misturando-se alternatividade com cumulatividade, como induz o renomado autor.

Por outro lado, dentro do próprio art. 213 do estatuto repressivo, o autor conseguiu visualizar, em algumas situações, a impossibilidade de continuidade delitiva, o que, *permissa venia*, contraria frontalmente as disposições constantes do art. 71 do Código Penal. Ao que parece, embora não tenha feito menção, não considerou como da mesma espécie os atos

libidinosos e a conjunção carnal (que também é uma espécie de ato libidinoso), mantendo a posição de nossos Tribunais Superiores, que assim agiam em virtude de existir, até então, figuras típicas diferentes, ou seja, o delito de estupro e o atentado violento ao pudor.

Agora, como as referidas figuras típicas foram fundidas, não há mais qualquer argumento que justifique o entendimento de que conjunção carnal e atos libidinosos, embora do mesmo gênero, não sejam da mesma espécie. Se esse raciocínio já não se sustentava anteriormente, que dirá agora, depois da fusão dos mencionados tipos penais! Dizer que não cabe continuidade delitiva entre comportamentos previstos na mesma figura típica é negar, evidentemente, a realidade dos fatos. É querer, a todo custo, buscar uma pena mais severa para o condenado.

Caso o agente, por exemplo, em uma única relação de contexto, mantenha com a vítima o coito anal para, logo em seguida, praticar a conjunção carnal, como já afirmamos anteriormente, tal fato se configurará em um único crime de estupro, devendo o julgador, ao aplicar a pena, considerar tudo o que efetivamente praticou com a vítima.

No entanto, pode ocorrer que, uma vez praticado o estupro (com sexo anal e conjunção carnal), o agente, após algum tempo, queira, por mais uma vez, praticar os referidos atos sexuais com a vítima, que ainda se encontrava subjugada. Nesse caso, poderíamos levar a efeito o raciocínio relativo ao crime continuado? Entendemos que a resposta só pode ser positiva, pois que o agente, após a consumação do primeiro estupro, veio a praticar novo crime da mesma espécie, e que pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, o crime subsequente deve ser havido como continuação do primeiro, aplicando-se, portanto, a regra constante do art. 71 do Código Penal.

Assim, concluindo, embora o art. 213 do Código Penal preveja um tipo misto alternativo, tal fato não impede de se visualizar, no caso concreto, a hipótese de crime continuado.

O Superior Tribunal de Justiça vem sedimentando o entendimento de que, diante da unificação pela Lei nº 12.015/2009 das figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor, reconhece-se a ocorrência de crime único. Destarte, tal compreensão, por ser mais benéfica ao réu, deve retroagir para atingir os fatos anteriores à citada lei (STJ, AgRg no HC 354.358/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 21/09/2016).

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, que trouxe para um mesmo tipo penal as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, ambas as figuras típicas foram unificadas, restando sedimentado na jurisprudência dessa Corte o entendimento segundo o qual, ante a prática de conjunção carnal e atos libidinosos contra a mesma vítima e em um mesmo contexto fático, forçoso é o reconhecimento de crime único, não havendo falar em concurso material ou continuidade delitiva (HC 26.2367/GO, *Habeas Corpus* 2012/0273819-2, 6ª T., Rel. Min. Ericson Marinho, Desembargador convocado do TJ-SP, DJe 31/03/2015).

A partir da Lei nº 12.015/2009, passou a ser admitida a possibilidade da unificação das condutas de estupro e de atentado violento ao pudor, considerando-as crime único ou crime continuado, a depender das circunstâncias concretas dos fatos (STF, RHC 105.916/RJ, Rel.ª Min.ª Rosa Weber, 1ª T., DJe 26/06/2013).

À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, proferida em conformidade com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, no sentido de que ocorre crime único quando o agente, num mesmo contexto fático, pratica conjunção carnal e ato libidinoso diverso, devendo-se aplicar essa orientação aos delitos cometidos antes da Lei nº 12.015/2009, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, mantenho-a intacta (STJ, AgRg. no REsp. 1303545/DF, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 6/6/2013).

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, ficaram unificadas as figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor e forçoso foi o reconhecimento da ocorrência de um crime único, não havendo que se falar em concurso material ou continuidade delitiva, quando cometido estupro e ato diverso da conjunção carnal em um mesmo contexto fático contra a mesma vítima (STJ, REsp. 1176752/RJ, Rel^a Min^a Marilza Maynard, Des.^a convocada do TJSE, 5^a T., DJe 10/5/2013).

Como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, entendimento que se acolhe, '[...] Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, ‘autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural’... Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como *praeludia coiti* – e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral.’ Portanto, insistindo, a nova definição legal dada aos crimes sexuais pela Lei nº 12.015, abrangendo-se num só artigo as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, não determina que, havendo os dois fatos, exista apenas um crime (TJRS, Ag. 70046378030, Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 8/3/2012).

Com as inovações trazidas pela Lei nº 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são, agora, do mesmo gênero – crimes contra a liberdade sexual – e também da mesma espécie – estupro –, razão pela qual, preenchidos os requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), não haveria qualquer óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva, prevista no art. 71, *caput*, do CP. Referido dispositivo legal, por externar um panorama mais benéfico ao sentenciado, pode, em princípio, incindir imediatamente e retroativamente aos crimes praticados antes de sua entrada em vigor, independentemente da fase em que se encontrem, posto que são normas de caráter preponderantemente penal. Verificado que os delitos foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, de rigor o reconhecimento da continuidade delitiva (STJ, HC 139956/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 9/5/2011).

Antes da edição da Lei nº 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, ‘autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural’ (JIMENEZ DE ASÚA. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires: Losada, 1963, t. III, p. 916). Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como *praeludia coiti* – e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral (STJ, HC 105533/PR. Rel.^a Min^a Laurita Vaz, 5^a

T., DJe 7/2/2011).

Ejaculação precoce Pode ocorrer que o agente, depois de constranger a vítima para que leve a efeito a conjunção carnal, ejacule precocemente, ficando, assim, impedido de prosseguir no ato, pois que, a partir daquele instante, torna-se impossível a penetração, tendo em vista a flacidez peniana.

Nesse caso, deverá o agente ser responsabilizado pela tentativa de estupro, uma vez que havia dado início aos atos de execução, não chegando à consumação da infração penal, ou seja, aos atos de penetração vaginal, por circunstâncias alheias à sua vontade, caso não tenha consumado a infração penal com a prática de outros atos libidinosos relevantes, como já ressaltado anteriormente.

Agente que é surpreendido depois da prática dos atos de constrangimento, mas ainda sem se encontrar em estado de ereção peniana A dúvida que se coloca nesse tema diz respeito, basicamente, ao fato de termos de apontar o momento que se tem por iniciada a execução no crime de estupro, cuja finalidade era a conjunção carnal ou a prática do sexo anal. Assim, o início seria quando da prática de qualquer ato que importasse em constrangimento da vítima, ou seria necessário, ao seu reconhecimento, o fato de o agente já se encontrar em estado de ereção peniana, se a sua finalidade era a penetração vaginal ou mesmo o sexo anal?

Acreditamos que o início da execução pode ser apontado com a prática de atos que importem no reconhecimento do constrangimento sofrido pela vítima, mesmo que o agente, no momento em que foi surpreendido, v.g., ainda não se encontrasse em estado de ereção, capaz de possibilitar a penetração necessária ao coito por ele pretendido.

Assim, com base nos atos de constrangimento, levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, já poderá ser responsabilizado pela tentativa de estupro.

Possibilidade de ser o estupro evitado pela própria mulher Hungria, expressando o pensamento machista que envolvia a edição do nosso Código Penal na década de 1940, argumenta: “É objeto de dúvida se uma mulher, adulta e normal, pode ser fisicamente coagida por um só homem à conjunção carnal. Argumentase que bastam alguns movimentos da bacia para impedir a intromissão da verga.

Para desacreditar a acusação de estupro com unidade de agente, há também uma das sensatas decisões de Sancho-Pança na *ilha Barataria*. Certa vez, na audiência de Sancho, entrou uma mulher que, trazendo um homem pela gola, bradava: ‘Justiça! Justiça, senhor governador! Se não a encontro na terra, irei buscá-la no céu. Este mau homem surpreendeu-me em pleno campo e abusou da minha fraqueza’. Negada formalmente a acusação, Sancho tomou ao acusado sua recheada bolsa de dinheiro e, a pretexto de reparação do mal, passou-a à querelante. Foi-se esta em grande satisfação, mas Sancho ordenou ao acusado que seguisse no seu encalço, para retomar a bolsa. Em vão, porém, tentou o homem reaver o seu dinheiro, e voltou de rosto agatanhado e a sangrar, confessando-se vencido. Então, fazendo a mulher restituir a bolsa, disse-

-lhe Sancho: ‘Se tivesses defendido tua honra tão empenhadamente como vens de defender essa bolsa, jamais a terias perdido. Não passas de uma audaciosa ladra’. Realmente, se não há uma

excepcional desproporção de forças em favor do homem, ou se a mulher não vem a perder os sentidos, ou prostrar--se de fadiga, ou a ser inibida pelo receio de maior violência, poderá sempre esquivar-se ao coito pelo recurso do movimento dos flancos".⁴⁵

Ninguém duvida, hoje em dia, da violência com que os estupros são praticados, do pavor que os estupradores infundem em suas vítimas para que não exerçam qualquer tipo de reação, sob pena de perderem a vida. A passagem citada de Hungria somente se presta a demonstrar a evolução pela qual vem passando a sociedade. Em um passado não muito distante, considerava-se a vítima do estupro culpada de sua própria sorte, por não ter se esforçado o suficiente no sentido de evitar a penetração do agente, posição que não se pode sustentar hoje em dia.

Exame de corpo de delito Como regra, o estupro, se houver penetração vaginal ou anal, é uma infração penal que deixa vestígios, razão pela qual, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, haveria necessidade de realização do exame de corpo de delito, direto ou indireto.

No entanto, há situações em que tal exame se faz completamente desnecessário, permitindo a condenação do agente mesmo diante da sua ausência nos autos. Veja-se, por exemplo, a hipótese em que uma senhora com 60 anos de idade, mãe de 10 filhos, tenha sido estuprada, com penetração vaginal, mediante o emprego de grave ameaça por parte do agente, não tendo havido ejaculação, e que tenha sido convencida por uma de suas filhas a levar os fatos ao conhecimento da autoridade policial somente 30 dias depois de ocorrido. Nesse caso, pergunta-

-se: Qual a necessidade de tal exame? Seria para apontar o rompimento do hímen? Ou mesmo para identificar a violência sofrida? Ou para a colheita de sêmen? Enfim, como se percebe, os fatos apresentados não exigem nenhuma dessas comprovações.

Aqui, na qualidade de mãe de 10 filhos, todos nascidos de parto normal, não haveria qualquer possibilidade de resistência himenal, que já se teria rompido há muitos anos. No caso apresentado, também não houve emprego de violência, mas tão somente a grave ameaça a fim de subjugar a vítima ao ato sexual, que aconteceu como outro qualquer. A ausência de ejaculação (mesmo que no contato sexual tenha ocorrido secreção de líquido peniano), após a mulher ter se lavado, enojada do constrangimento sexual a que foi submetida, afastaria também a necessidade da perícia, que nada poderia atestar depois de decorridos 30 dias da conjunção carnal.

Dessa forma, no caso em análise, seria forçá-la a outro tipo de constrangimento, ao submetê-la a um exame com um médico desconhecido, o que aumentaria, ainda mais, sua vergonha, intensificando-se aquilo que é conhecido por vitimização secundária.

Portanto, embora o estupro, se houver conjunção carnal ou sexo anal, se encontre no rol

das infrações penais que deixam vestígios, exigindo, como regra, a realização do exame de corpo de delito na vítima, a análise do caso concreto é que determinará essa necessidade, podendo tal regra ser excepcionada.

No entanto, haverá casos em que a prova pericial será mais um elemento de formação de convicção do julgador que, conjugada com os demais, poderá conduzir a um decreto condenatório.

A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios (STJ, AgRg. no AREsp. 160961/PI, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6^a T., *DJe* 682012).

Nos crimes contra a liberdade sexual, geralmente cometidos na clandestinidade, o depoimento da vítima, quando corroborado pelos demais elementos probatórios dos autos, é suficiente para embasar o decreto condenatório (TJSP, AC 330011720108260554, Rel. Willian Campos, *DJe* 982012).

Para a comprovação da prática do crime sexual, a palavra da vítima, corroborada por provas testemunhais idôneas e harmônicas, autorizam a condenação, ainda mais porque o Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo se utilizar, para formar a sua convicção, de outros elementos colhidos durante a instrução criminal (STJ, AgRg. no Ag. 1386821/PA, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJe* 1682011).

Se mostra prescindível a perícia – exame de corpo de delito – para os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor que, por vezes, não deixam vestígios, máxime havendo nos autos provas outras que auxiliem o julgador na formação do seu convencimento. Precedentes do STJ e STF. Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima assume preponderante importância, se coerente e em consonância com as demais provas coligidas nos autos, como é o caso da hipótese vertente, em que a ofendida expôs os fatos com riqueza de detalhes, tudo em conformidade com os demais depoimentos prestados pelas testemunhas em juízo. ‘A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios’ (*HC* 135.972/SP) (STJ, *HC* 177980/BA, 5^a T., Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 1º82011).

Estupro e a Lei no 8.072/1990

O estupro, seja na sua modalidade fundamental, seja em suas formas qualificadas (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º), consumado ou mesmo tentado, foi inserido no elenco das infrações penais consideradas hediondas pela Lei nº 8.072/90 (art. 1º, inc. V). A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, inseriu, ainda, o inc. VI ao mencionado art. 1º, que diz respeito ao chamado *estupro de vulnerável*, previsto no art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º do Código Penal.

Dessa forma, conforme o art. 2º do mencionado diploma legal, será insuscetível de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança (conforme modificação introduzida pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que excluiu do mencionado inc. II a liberdade provisória, possibilitando, agora, a sua concessão, nos termos do art. 310 e parágrafo único do Código de Processo Penal).

A Terceira Seção deste Tribunal Superior, ao apreciar o REsp 1.110.520/DF, admitido como representativo da controvérsia, firmou entendimento segundo o qual os crimes contra a dignidade sexual, ainda que praticados

na sua forma simples e antes da edição da Lei nº 12.015/2009, são considerados hediondos e, portanto, submetem-se ao regramento previsto para estes delitos (STJ, RHC 70.488/BA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 10/08/2016).

É pacífica a compreensão neste Sodalício de que o estupro constitui crime hediondo. Todavia, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso (STJ, HC 313.879/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 13/04/2015).

Os crimes de estupro e o atentado violento ao pudor, ainda quando praticados na forma simples, possuem caráter hediondo. Precedentes (STF, HC 120668/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 27/5/2014).

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 1.110.520/SP (Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 4/12/2012), sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (representativo da controvérsia), firmou o entendimento de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo porque o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e não a integridade física ou a vida da vítima, sendo irrelevante, para tanto, que a prática dos ilícitos tenha resultado lesões corporais de natureza grave ou morte. A natureza de crime hediondo decorre da própria Lei nº 8.072/1990, não sendo necessário que essa característica seja atribuída expressamente na sentença ao crime de estupro ou a qualquer outro delito que esteja listado na referida norma (STJ, HC 231570/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 6/3/2014).

Não entendendo pela natureza hedionda do estupro simples, já decidiu, *permissa venia*, equivocadamente, o TJMG: *Se do crime de estupro, praticado antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, não resulta morte ou lesão corporal grave, não pode ser ele considerado hediondo, restando afastados, pois, os rigores das regras da Lei nº 8.072/90* (TJMG, APCr 0524660-75.2006.8.13.0188, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, DJEMG 26/7/2010).

Aplicação do art. 9º da Lei nº 8.072/1990 aos fatos ocorridos anteriormente à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009

Também merece destaque o fato de que, em virtude da revogação expressa do art. 224 do Código Penal, pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, não será possível a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/1990.

Não se tem dificuldade em raciocinar com essa impossibilidade no que diz respeito aos fatos futuros, tendo em vista a revogação do mencionado art. 224 do Código Penal, por mais que as situações nele previstas (vítima menor de 14 anos, ou portadora de enfermidade ou doença mental, que não tinha o necessário discernimento para a prática do ato, ou, ainda, que não podia oferecer resistência), tenham se deslocado para fazer parte do atual delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP).

O problema maior diz respeito aos fatos ocorridos no passado, uma vez que era aplicado o art. 9º da Lei nº 8.072/1990, aumentando-se em metade a pena do agente que praticava o delito de estupro, bem como o revogado delito de atentado violento ao pudor, contra vítimas que se encontravam em alguma das situações descritas pelo revogado art. 224 do Código Penal.

Assim, o que fazer diante da atual situação, no que concerne aos processos já transitados em julgado, onde houve a condenação do agente, com a aplicação da referida causa especial de aumento de pena?

Inicialmente, devemos entender que, ainda que as situações anteriormente previstas como hipóteses de presunção de violência (art. 224 do CP) tenham se deslocado de tipo penal, elas possuem, agora, em virtude da redação que lhes foi conferida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, natureza jurídica diversa. Cuida-se, portanto, de elementos que integram um tipo penal incriminador, que prevê o delito de estupro de vulnerável.

Assim, não podemos justificar a manutenção da aplicação das majorantes aos casos passados, sob o argumento de que ainda se encontram previstas no nosso ordenamento jurídico, não tendo sido, portanto, abolidas.

Mesmo que numa comparação quantitativa, ou seja, mesmo fazendo-se os cálculos matemáticos para se concluir que, na vigência da lei anterior, o agente que viesse a praticar um estupro, por exemplo, contra vítima menor de 14 (catorze) anos, teria, em virtude da previsão constante do art. 9º da Lei nº 8.072/1990, sua pena aumentada em metade, o que faria com que a pena mínima fosse calculada em 9 (nove) e a máxima em 15 (quinze) anos,⁴⁶ e que no atual delito de estupro de vulnerável, que prevê a mesma hipótese, a pena mínima combinada é de 8 (oito) e a máxima de 15 (quinze) anos, não poderíamos, com um suposto argumento de beneficiar o agente, substituir o aumento previsto na Lei nº 8.072/1990, a fim de aplicar-lhe a pena mínima do atual tipo penal (art. 217-A), vale dizer, 8 (oito) anos.

O que ocorreu, *in casu*, foi abolição da presunção de violência que conduzia ao aumento de pena. Dessa forma, uma vez revogado expressamente o art. 224 do Código Penal, deixando de existir, portanto, o artigo a que remetia o art. 9º da Lei nº 8.072/1990, aqueles que foram condenados, e que ainda não cumpriram suas penas, terão direito à revisão criminal, decotando-se o aumento de *metade* que lhes fora aplicado pelo decreto condenatório.

Embora entendendo pela impossibilidade de aplicação do art. 9º da Lei nº 8.072/1990 aos fatos praticados posteriormente à entrada em vigor da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, Abrão Amisy Neto não comunga do entendimento a respeito da possibilidade de retroatividade benéfica, dizendo: “Quanto à revogação do art. 224 CP, apreende-se que o art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos (LCH) estabelece que, “as penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal. Assim, o agente que praticasse o crime de extorsão mediante sequestro contra uma adolescente de 13 anos (uma das hipóteses

do art. 224 CP) responderia pela extorsão mediante sequestro com aumento de pena de metade em razão do artigo em comento. Agora, entretanto, não há mais como referir-se às hipóteses do art. 224, pois revogado, razão pela qual o art. 9º da LCH não tem mais aplicação. Ressalta-se que, as condições de vulnerabilidade ou de hipossuficiência, então constantes do art. 224, foram ratificadas pelo legislador no tipo penal ‘estupro de vulnerável’. Logo, é possível alegar que a revogação do art. 224 CP não se opera retroativamente. Resulta, por conseguinte, inaplicável doravante, sem possibilidade de retroagir”.⁴⁷

Comprovada a existência de violência real ou grave ameaça no crime de estupro, contra vítima menor de 14 anos, há de incidir a causa de aumento da pena previsto no art. 9º da Lei 8.072/90. Precedentes desta Corte. Não obstante a Lei nº 12.015/2009, ao tipificar o delito de estupro, contra vítima menor de 14 anos, previsto no art. 213 do Código Penal, como estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), tenha determinado o recrudescimento da pena, deve ela retroagir, por ser mais benéfica, uma vez que também determinou a revogação da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei 8.072/90 (STJ, HC 144.091/PE, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 1º/07/2015).

A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento dos EREsp 1.225.387/RS, pacificou o entendimento acerca do caráter hediondo dos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência presumida, cometidos antes da vigência da Lei nº 12.015/2009. O disposto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos é expresso ao determinar a incidência da majorante em todos os casos de violência real, revelada tanto pelo *caput* dos arts. 213 e 214 quanto pelas formas qualificadas consubstanciadas pela lesão grave ou morte, desde que incida também alguma das hipóteses previstas no art. 224 do Código Penal. Com o advento da Lei nº 12.015/2009, houve a revogação expressa do art. 224 do CP. Portanto, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, não deve mais subsistir a referida causa de aumento nas condenações ocorridas sob a égide da legislação anterior (STJ, HC 224.990/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., 18/05/2015).

Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº 8.072/1990, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio *ne bis in idem*. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, seria aplicável a referida causa de aumento. Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, foi revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A

do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP). Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, *ex vi* do art. 2º, parágrafo único, do CP. (STJ, HC 131987/RJ,

5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJe 1º/2/2010) Necessidade de contato físico Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a

própria vítima pratique o ato libinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar.

Embora não se exija o contato físico, a vítima deve, pelo menos, praticar em si mesma algum ato de natureza sexual, a exemplo do que dissemos acima sobre a automasturbação, uma vez que o tipo penal protege a liberdade sexual.

Assim, não podemos concordar, com a devida *venia*, com Guilherme de Souza Nucci,⁴⁸ quando afirma que o delito de estupro restará consumado quando o agente, com a finalidade de satisfazer a sua libido, obrigar a vítima a, simplesmente, despir-se, sem que venha a praticar qualquer ato libidinoso em si mesma. Para nós, tal exemplo se configuraria no delito de constrangimento ilegal, cuja pena é significativamente menor do que aquela prevista para o delito de estupro.

Beijo lascivo Embora se discuta até hoje sobre o chamado beijo lascivo, não se descobriu ainda exatamente o que significa essa expressão. Beijo lascivo é aquele que choca a moral média que o presencia, ou é aquele que causa “inveja” em quem o assiste?

Apesar da dúvida, o beijo lascivo poderia, ainda hoje, mesmo depois da edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ser entendido como delito de estupro, quando a vítima a ele é obrigada pelo agente mediante o emprego de violência ou grave ameaça? Entendemos que não. Por mais que seja ruim o beijo e por mais feia que seja a pessoa que o forçou, não podemos condenar alguém por esse fato a cumprir uma pena de, pelo menos, 6 (seis) anos de reclusão, isto é, com a mesma gravidade que se pune um homicida.

Parte da doutrina, no entanto, parece inclinar--se ao reconhecimento do estupro na hipótese de beijo lascivo praticado mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Nesse sentido, afirma Damásio de Jesus que o beijo lascivo “constitui-se em estupro quando praticado mediante violência ou grave ameaça”,⁴⁸ ou, ainda, Luiz Regis Prado, quando assevera que o beijo lascivo ou lingual obtido contra a vontade da vítima, mediante violência, tem inferior magnitude penal se comparado, por exemplo, com o coito anal. Mas não deixa de ser considerado estupro, conforme a disciplina da lei brasileira vigente, sendo que tal distinção deve ser aferida por ocasião da aplicação da pena”.⁴⁹

Imagine-se a situação de um agente ao entrar na carceragem em virtude de sua condenação pelo delito de estupro, por ter forçado alguém a um beijo lascivo, excessivamente prolongado. Quando for indagado pelos demais presos sobre sua infração penal e responder que está ali para cumprir uma pena de seis anos por ter forçado um beijo em alguém, certamente não faltará, naquele local, quem queira beijá-lo todos os dias, mas o Direito Penal não poderá agir desse modo com um sujeito que praticou um comportamento que, a nosso ver, não tem a importância exigida pelo tipo penal do art. 213 do diploma repressivo.

Poderá, nesse caso, ser responsabilizado pelo delito de constrangimento ilegal, previsto

pelo art. 146 do Código Penal, ou mesmo pela contravenção penal de *importunação ofensiva ao pudor* (art. 61 da LCP), dependendo da intensidade e da gravidade do fato praticado, evitando-se, outrossim, a aplicação de uma pena extremamente desproporcional.

O tribunal *a quo* desclassificou a conduta do art. 214, *caput*, do CP (com a redação anterior à Lei nº 12.015/2009) para o art. 233 (ato obsceno) do mesmo diploma legal. No caso, a denúncia aponta que o réu, ora recorrido, teria constrangido a vítima – menor e portadora de deficiência mental –, mediante grave ameaça, a praticar consigo atos libidinosos diversos da conjunção carnal. A Turma, ao prosseguir o julgamento, deu provimento ao recurso, por entender não ser admissível ao julgador desclassificar o delito de atentado violento ao pudor para ato obsceno de forma manifestamente contrária à lei, utilizando-se como fundamentos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por entender que a ação do acusado ‘não alcançou estágio mais avançado que pudesse causar maior resposta ao padrão da culpabilidade.’ É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de que ‘o atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos’. No caso, constatou-se, pela simples leitura da denúncia e da sentença condenatória, sem incursionar na seara fático-probatória, vedada na via do apelo especial, que o contato sexual mantido entre o recorrido e a vítima mostra-se suficiente para enquadrar sua conduta no revogado art. 214 do Código Penal, atualmente incluído na redação do art. 213 do mesmo diploma. Precedentes citados: REsp. 736.346-MG, DJ 20/3/2006, e REsp. 1.007.121-ES, DJe 28/9/2009 (STJ, REsp. 1.101.758-RS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 382010).

Diferença entre estupro e importunação ofensiva ao pudor Diz o art. 61 da Lei das Contravenções Penais, verbis: Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – multa.

Normalmente, destinam-se à capitulação da mencionada contravenção penal os fatos que tenham vítima determinada e que, comparativamente ao delito de estupro, na modalidade em que o agente pratica na vítima um ato libidinoso, sejam considerados de menor importância.

Guilherme de Souza Nucci preleciona: “Atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima, devem ser considerados uma contravenção penal, e não um crime. A este, é preciso reservar o ato realmente lascivo, que sirva para satisfazer a ânsia sexual do autor, que se vale da violência ou da grave ameaça.”⁵⁰

Importunação ofensiva ao pudor. Art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, c.c. o art. 70 do Código Penal. Materialidade e autoria comprovadas. Conduta típica. Importunar alguém, em local público ou de acesso ao público, de modo ofensivo ao pudor. Inexistência do dolo reclamado no atual tipo penal do estupro, ou seja, a satisfação da lascívia do agente, que se limitou a apalpadelas, apenas importunando a tranquilidade das vítimas, em local de grande movimento (TJSP, AC 188450320068260477, Rel. Eduardo Braga, DJe 5/7/2012).

Agressão a vítima em zonas sexuais, com o fim de humilhá-la Dependendo da gravidade do fato praticado pelo agente, seu comportamento poderá ser considerado típico do delito previsto pelo art. 140, § 2º (injúria real), se era sua finalidade humilhar a vítima, como no exemplo daquele que a agride com tapas em suas nádegas, demonstrando, assim, a sua inferioridade, ou mesmo na hipótese daquele que, também com essa finalidade, agarra o saco escrotal da vítima a fim de vê-la implorar para que cesse com esse comportamento.

No entanto, ressaltamos que cada caso merecerá atenção específica. Assim, mesmo que

com a finalidade de humilhar a vítima, se o agente, fisicamente mais forte, em vez de um simples tapa nas nádegas, introduzir o dedo em seu ânus, o delito não poderá ser entendido como mera injúria real, visto que, tanto objetiva quanto subjetivamente, o agente tinha conhecimento de que levava a efeito um ato grave e ofensivo à dignidade sexual da vítima, razão pela qual deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 213 do Código Penal.

Estatuto do Índio Preconiza o art. 59 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973): Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço.

Hoje, após a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que modificou o título VI do Código Penal, que previa os chamados *Crimes contra os Costumes*, passando a entendê-los, agora, como *Crimes contra a Dignidade Sexual*, deverá ser levada a efeito uma releitura do mencionado art. 59, sem que isso importe em qualquer interpretação prejudicial ao agente.

O que se deve fazer é adaptar tão somente o tipo ao novo Título constante do Código Penal, entendendo-se a palavra *costumes* como *dignidade sexual*.

Assim, na hipótese, por exemplo, de estupro de uma índia não integrada à nossa “cultura”, deverá ser aplicada a causa de aumento de pena determinada pelo mencionado artigo.

Declarada incompetente a justiça federal para processar e julgar o recorrente. Anulada a sentença e remetidos os autos à justiça comum do Estado de Roraima (Vara Criminal de Boa Vista) (TRF, 1^a Reg., ACR 1999.01.00.039185-8/RR, Rel. Luciano Tolentino Amaral, 3^a T., DJ 5/4/2002, p.106).

Compete à justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima (Súmula nº 140 do STJ de 24 maio 1995). A questão de ser a vítima índia aculturada ou não possui relevância na espécie, onde restou comprovado que se trata de família ‘índigena’ residente em Boa Vista há mais de 25 anos, sendo prescindível, *in casu*, o laudo antropológico para inferir sua socialização. Precedentes (STJ, CC 21.968/MS, Rel. Min. Vicente Leal, S3, ac. un., DJ 18/12/98, p. 287; CC 21.275/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, S3, ac. un., DJ 17/2/1999, p. 116).

Estupro praticado por uma mulher, tendo como vítima outra mulher Após a alteração da redação constante do art. 213 do Código Penal, será possível a prática do delito de estupro por uma mulher tendo por vítima outra mulher.

Não importa a natureza do ato praticado, ou seja, se atos de felação (sexo oral), masturbação, ou mesmo penetração com a utilização de membro artificial. Assim, por exemplo, se uma mulher, constrangendo outra mulher, mediante o emprego de violência, vier a penetrá-la valendo-

-se de qualquer instrumento utilizado para esse fim, não importando se a penetração foi anal ou vaginal, restará caracterizado o delito de estupro.

Presença de mais de uma causa de aumento de pena Pode ocorrer que, no caso concreto, esteja presente mais de uma causa de aumento de pena elencada nos arts. 226 e 234-A do Código Penal. Nesse caso, será aplicada a regra constante do parágrafo único do art. 68 do Código Penal, que diz, verbis: Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição, previstas na parte especial, pode o juiz

limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Atentado violento ao pudor e abolitio criminis Embora, à primeira vista, pareça ter ocorrido a chamada abolitio criminis quanto ao crime de atentado violento ao pudor, expressamente Revogado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, na verdade, não podemos cogitar desse instituto pelo fato de que todos os elementos que integravam a figura típica do revogado art. 214 do Código Penal passaram a fazer parte da nova redação do art. 213 do mesmo diploma repressivo.

Assim, não houve descriminalização do comportamento até então tipificado especificamente como atentado violento ao pudor. Na verdade, somente houve modificação do *nomen juris* da aludida infração penal, passando, como dissemos, a chamar-se *estupro* o constrangimento levado a efeito pelo agente a fim de ter conjunção carnal, ou, também, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Aplica-se, na hipótese, o chamado *princípio da continuidade normativo-típica*, havendo, tão somente, uma migração dos elementos anteriormente constantes da revogada figura prevista no art. 214 do Código Penal para o art. 213 do mesmo diploma repressivo.

Em respeito ao princípio da continuidade normativa, não há que se falar em *abolitio criminis* em relação ao delito do art. 214 do Código Penal, após a edição da Lei nº 12.015/2009. Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor foram reunidos em um único dispositivo. Na espécie, a conjunção carnal e os atos diversos não foram praticados no mesmo contexto fático, motivo pelo qual agiu com acerto o Magistrado singular ao aplicar a continuidade delitiva entre os crimes (art. 71 do Código Penal), pois, muito embora haja dito que foi revogada a figura do crime de atentado violento ao pudor, considerou todas as condutas relativas aos crimes sexuais narradas na denúncia, inclusive aquela anteriormente tipificada como estupro, inserida no anterior texto do art. 213 do Código Penal (com violência presumida) (STJ, REsp 1.320.924/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 29/08/2016).

De início, cabe registrar que, diante do princípio da continuidade normativa, não há falar em *abolitio criminis* quanto ao crime de atentado violento ao pudor cometido antes da alteração legislativa conferida pela Lei nº 12.015/2009. A referida norma não desriminalizou a conduta prevista na antiga redação do art. 214 do CP (que tipificava a conduta de atentado violento ao pudor), mas apenas a deslocou para o art. 213 do CP, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor). Todavia, nos termos da jurisprudência do STJ, o reconhecimento de crime único não implica desconsideração absoluta da conduta referente à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, devendo tal conduta ser valorada na dosimetria da pena aplicada ao crime de estupro, aumentando a pena-base. Precedentes citados: HC 243.678-SP, Sexta Turma, DJe 13/12/2013; e REsp. 1.198.786-DF, Quinta Turma, DJe 10/4/2014. [STJ, HC 212.305/DF, Rel^a Min^a Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE), j. 24/4/2014].

Diante do princípio da continuidade normativa, descabe falar em *abolitio criminis* do delito de estupro com presunção de violência, anteriormente previsto no art. 213, c.c. o art. 224, ambos do Código Penal. Com efeito, o advento da Lei nº 12.015/2009 apenas condensou a tipificação das condutas de estupro e atentado violento ao pudor no art. 213 do Estatuto repressivo. Outrossim, a anterior combinação com o art. 224 agora denomina-se ‘estupro de vulnerável’ capitulada no art. 217-A do Código Penal (STJ, HC 253963/RS, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5ª T., DJe 26/3/2014).

Reconhecimento retroativo de crime único ou de continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento

ao pudor Nossos Tribunais Superiores tinham resistência em reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ao argumento de que, embora do mesmo gênero, eram de espécies diferentes, não preenchendo, dessa forma, um dos requisitos exigidos pelo art. 71, caput, do Código Penal.

Agora, uma vez que os delitos acima mencionados foram fundidos em uma única figura típica, poderíamos aplicar, retroativamente, o art. 213 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, a fim de beneficiar os agentes que, anteriormente, foram condenados por essas infrações penais, em concurso material?

Entendemos que a resposta só pode ser positiva, pois que, dada a nova redação legal, não mais se discute sua natureza jurídica, pois que os comportamentos encontram-se previstos no mesmo tipo penal, devendo, portanto, retroagir, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código Penal, que diz: **Parágrafo único.** *A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.*

Merece ser frisado, ainda, o fato de que se o agente foi denunciado pelo estupro e também pelo atentado violento ao pudor, praticados anteriormente à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o julgador, caso sejam comprovados os fatos narrados na *denúncia*, deverá condená-lo somente por um único delito de estupro, na hipótese em que os atos sexuais (conjunção carnal e outro ato libidinoso) tenham sido praticados numa mesma relação de contexto.

Nesse sentido, esclarece Rogério Sanches Cunha: “Com a Lei nº 12.015/2009 o crime de estupro passou a ser de conduta múltipla ou de conteúdo variado. Praticando o agente mais de um núcleo, dentro do mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade da análise do art. 59 do CP). A mudança é benéfica para o acusado, devendo retroagir para alcançar os fatos pretéritos (art. 2º, parágrafo único, do CP). Em todos os casos concretos em que o juiz (ou tribunal) reconheceu qualquer tipo de concurso de crimes (formal, material ou crime continuado) cabe agora a revisão judicial para adequar as penas, visto que doravante já não existe distinção tipológica entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Cuida-se doravante de crime único (cabendo ao juiz, no caso de multiplicidade de atos, fazer a adequada dosagem da pena)”.⁵¹

Se já houver condenação, e o processo estiver em grau de recurso, poderá o Tribunal ajustar a condenação, a fim de encontrar a chamada pena justa.

Se o condenado já estiver cumprindo sua pena, competirá ao juiz da execução, nos termos do art. 66, I, da LEP, ajustar a condenação, desde que, para tanto, não tenha necessidade de reavaliar as provas, pois que, neste caso, a competência será a do Tribunal, através da ação de revisão criminal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica de que os crimes previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, após a redação dada pela Lei nº 12.015/2009, configuram crime único. Todavia, devem as

diversas condutas praticadas serem valoradas na primeira fase do cálculo da pena. Por se tratar de inovação benéfica, *novatio legis in mellius*, a Lei nº 12.015/2009 alcança todos os fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Na hipótese dos autos, considerando que a vítima foi submetida à conjunção carnal e ato libidinoso diverso, no mesmo contexto fático, deve ser concedida a ordem para reconhecer a ocorrência de crime único (STJ, HC 309.632/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 16/05/2016).

A Sexta Turma desta Corte firmou entendimento no sentido de que, com o advento da Lei nº 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no art. 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, quando praticadas contra a mesma vítima e em um mesmo contexto fático, crime único de estupro. A norma em comento, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores (STJ, AgRg no AREsp 416.554/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 26/03/2015).

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, ficaram unificadas as figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor e forçoso foi o reconhecimento da ocorrência de um crime único, não havendo falar em concurso material ou continuidade delitiva, quando cometido estupro e ato diverso da conjunção carnal em um mesmo contexto fático contra a mesma vítima [STJ, REsp. 1297022/SP, Rel^a Min^a Marilza Maynard – (desembargadora convocada do TJSE), 6ª T., DJe 5/6/2014].

Pela aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009, é possível o reconhecimento da ocorrência de um crime único, desde que os crimes de estupro e ato diverso da conjunção carnal tenham sido praticados em um mesmo contexto fático. [STJ, HC 123483/SP, Rel^a Min^a Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJSE), 6ª T., DJe 27/2/2014].

Para aqueles que entendem que o art. 213 do Código Penal contemplou o chamado tipo misto cumulativo, o raciocínio é o mesmo, com a diferença de que não se trabalhará com a hipótese de crime único, mas sim com a necessidade de ser aplicada ao réu (ou condenado) a regra relativa ao crime continuado, prevista no art. 71 do Código Penal, pois que lhe é benéfica em comparação à sua condenação anterior, que considerou os fatos praticados em concurso material de crimes.

A nova redação do art. 213 do Código Penal dada pela Lei nº 12.015/2009 transformou este tipo penal em delito de ação múltipla, o que não transforma, necessariamente, o delito de estupro e atentado violento ao pudor em crime único quanto praticado no mesmo contexto. Somente haverá crime único, se for possível ver nexo causal nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos. A conjunção carnal e a prática de sexo oral ou anal não caracteriza crime único, uma vez que esta segunda ação não é fase de execução da primeira, mas, sim, delito autônomo. Com a unificação do tipo penal, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor passaram a ser delitos da mesma espécie, possibilitando o reconhecimento da continuidade delitiva, quando preenchidos os requisitos do art. 71 do Código Penal (TJRO, ACR 1011789-98.2007.8.22.0501, Câmara Criminal, Rel. Juiz Valdeci Castellar Citton, j. 582010, DJERO 1382010).

A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 unificou, em um só tipo penal, as figuras delitivas antes previstas nos tipos autônomos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o novo tipo de injusto é misto acumulado e não misto alternativo. Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato – seja conjunção carnal ou outra forma de penetração – esgota, de per se, a forma mais reprovável da incriminação (STJ, HC 104.724, Proc. 2008/0085502-3, MS, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/6/2010, DJE 282010).

Prostituta como vítima do estupro O fato de, infelizmente, “trabalhar” vendendo o próprio corpo para que

outros tenham algum tipo de prazer sexual não obriga a prostituta a se entregar a todas as pessoas. Pode ocorrer que alguém, que pratique o comércio do corpo, venha a ter repulsa por algum “cliente”, e se recuse a praticar com ele qualquer tipo de ato libidinoso. Nesse caso, se a prostituta for obrigada a isso, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, e, mesmo que receba, após o ato sexual, o pagamento dos seus “serviços sexuais”, o fato se amoldará ao tipo penal constante do art. 213 do diploma repressivo.

Imagine-se a hipótese em que um homem, no interior de uma casa de prostituição, almejando ter relação sexual com uma determinada garota de programa, tente contratá-la, oportunidade em que seu convite é recusado. Irritado, mediante o emprego de grave ameaça, mostrando à garota uma arma de fogo, obriga-a a ir para o quarto, praticando o ato sexual. Ato contínuo, o agente joga em direção a ela o valor correspondente ao seu “programa”. Nesse caso, mesmo pagando pelos atos sexuais, o agente terá que responder pelo delito de estupro.

Assim, concluindo, a prostituta, tal como outra pessoa qualquer, tem o direito de liberdade sobre o próprio corpo, não podendo ser obrigada ao ato sexual, pois, caso contrário, o agente que a obrigou poderá ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 213 do Código Penal.

Será possível o aborto da autora do estupro, que engravidada da vítima?

Como, atualmente, é possível que a mulher seja autora de um delito de estupro, onde figure um homem como vítima, se, da conjunção carnal, vier a engravidar, poderia, nesse caso, praticar o aborto, considerando-se o disposto no art. 128, II, do Código Penal?

Entendemos que a resposta só pode ser negativa. Isso porque o mencionado inc. II do art. 128 do Código Penal diz respeito somente à gravidez da vítima, e não a da autora da própria infração penal. A violência ou a grave ameaça devem, portanto, ter sido sofridas pela mulher, vítima do ato sexual. Ao contrário, entendemos que aquela que praticou a violência ou a grave ameaça, para que pudesse ser possuída sexualmente pela vítima, não poderá ser beneficiada com o dispositivo legal, sob pena de serem invertidos os valores que ditaram a regra permissiva.

Da mesma forma, entendemos como impossível o pedido que possa ser levado a efeito judicialmente pela vítima, com a finalidade de compelir a autora do estupro ao aborto, sob o argumento de que não desejava a gravidez e, consequentemente, o fruto dessa relação sexual criminosa. Isso porque devemos preservar, *in casu*, o direito à vida do feto, já que não se confunde com o crime praticado pela sua mãe, ou mesmo com as pretensões morais da vítima.

Mulher que constrange um homem a com ela manter conjunção carnal, caso venha a engravidar, poderá o filho indesejado pela vítima requerer pensão de alimentos e ter direitos sucessórios?

Pode ocorrer que uma mulher, além da finalidade de satisfazer seus desejos sexuais com a vítima, queira também, como se diz no jargão popular, aplicar o “golpe da barriga”. Imagine que a vítima seja um homem bem sucedido profissionalmente, sendo possuidor de um patrimônio invejável. Teria o fruto dessa concepção indesejada e criminosa direito a pensão de alimentos ou mesmo fazer parte da sucessão hereditária da vítima, recebendo sua cota-part

juntamente com os demais herdeiros, após o falecimento daquele que foi violentado sexualmente? A resposta só pode ser positiva. Isso porque a criança, que se tornou herdeira, não pode sofrer as consequências dos atos criminosos praticados pela sua mãe, devendo o Estado não somente protegê-la como também assegurar-lhe todos os seus direitos, incluído, aqui, o de participar na sucessão hereditária de seu genitor, mesmo que tenha sido ele vítima de um crime de estupro.

Estupro praticado mediante inseminação artificial forçada Introduzir objetos na vagina da mulher, mediante violência ou grave ameaça configura-se como estupro. Assim, seria possível a ocorrência do delito em estudo se uma mulher fosse obrigada a submeter-se a uma inseminação artificial, fato que poderia figurar, ainda, como autor (coautor ou partícipe) seu próprio marido.

Assim, imagine-se a hipótese em que uma mulher, que não consiga engravidar pelos meios naturais, resolva conformar-se com essa situação, ou seja, a de não poder gerar filhos. O marido, que nutria essa expectativa, tenta convencê-la a se submeter ao processo de inseminação artificial, sendo infrutíferas todas suas tentativas. Assim, decide forçar a inseminação, mesmo contra a vontade de sua esposa. Nesse caso, se a obrigar, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, ao ato de inseminação, deverá ser responsabilizado pelo delito de estupro.

Estupro e atentado violento ao pudor no Código Penal Militar O Código Penal Militar ainda manteve a distinção entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, conforme se verifica pela redação de seus arts. 232 e 233, respectivamente.

Estupro com a finalidade de transmitir o vírus HIV

Não é incomum a hipótese em que o agente, portador do vírus HIV, revoltado com essa situação, queira disseminar essa doença, ainda incurável, a outras pessoas. Para tanto, mediante o emprego de constrangimento, obriga suas vítimas ao ato sexual, mantendo com elas, por exemplo, conjunção carnal ou mesmo o coito anal.

Nesse caso, deverá responder, em concurso formal impróprio, pelas duas infrações penais, ou seja, pelo delito de estupro (consumado) e pela tentativa de homicídio, enquanto houver sobrevida da vítima, aplicando-se, outrossim, a regra relativa ao cúmulo material, com a soma das penas correspondentes às duas infrações penais, nos termos preconizados pela parte final do art. 70 do Código Penal. Caso a vítima venha a falecer, o agente será responsabilizado pelo homicídio consumado, se ainda não houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Diz o Informativo nº 584, do Supremo Tribunal Federal: *A Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se discute se o portador do vírus HIV que, tendo ciência da doença e deliberadamente a ocultando de seus parceiros, pratica tentativa de homicídio ao manter relações sexuais sem preservativo. Trata-se de writ impetrado contra o indeferimento, pelo STJ, de liminar em idêntica medida na qual se reitera o pleito de revogação do decreto de*

prisão preventiva e de desclassificação do delito para o de perigo de contágio de moléstia grave (CP: ‘Art. 131 Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: [...]’). Preliminarmente, o Min. Marco Aurélio, relator, salientando a existência de sentença de pronúncia e aduzindo que, em prol de uma boa política judiciária, a situação em tela estaria a ensejar a manifestação do STF, conheceu do *writ*. No mérito, concedeu, em parte, a ordem para imprimir a desclassificação do crime e determinar o envio do processo para distribuição a uma das varas criminais comuns do Estado-membro. Em interpretação sistemática, reputou descabido cogitar-se de tentativa de homicídio, porquanto haveria crime específico, considerada a imputação. Registrhou, relativamente ao tipo subjetivo, que se teria no art. 131 do CP a presença do dolo de dano, enquanto que no art. 121 do CP verificar-se-ia a vontade consciente de matar ou a assunção do risco de provocar a morte. Afirmou não ser possível potencializar este último tipo a ponto de afastar, tendo em conta certas doenças, o que disposto no aludido art. 131 do CP. Após os votos dos Ministros Dias Toffoli e Cármem Lúcia acompanhando o relator, pediu vista o Min. Ayres Britto (*HC 98712/SP*,

Rel. Min. Marco Aurélio, 27/4/2010).

Estupro praticado contra mulher no âmbito doméstico e familiar Se o estupro for praticado contra mulher, no âmbito doméstico e familiar, será aplicada a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, cujo inc. III do art. 7º diz, verbis: Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – [...]

II – [...]

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força [...].

O art. 1º da Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, determina a notificação compulsória, em todo o território nacional, de violência praticada contra a mulher, atendida em serviços de saúde públicos e privados, tendo sido esta lei regulamentada pelo Decreto nº 5.099, de 3 de junho de 2004.

A Lei nº 11.340/06 visa proteger exclusivamente a mulher, em razão de sua histórica situação de inferioridade e submissão ao homem, não alcançando as crianças e adolescentes do sexo feminino, que têm proteção através de legislação própria, o Estatuto da Criança e do Adolescente, razão pela qual, tratando-se de crime de violência sexual cometido por réu contra criança do sexo feminino, com 07 anos de idades, ainda que no ambiente familiar, não se aplica a regra de competência prevista no art. 1º daquele primeiro diploma legal (*TJSP, AC 990104985889, Rel. Luis Augusto de Sampaio Arruda, DJe 12/9/2012*).

Atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual.

Vide Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013, que determina que os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar,

visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social, considerando como violência sexual qualquer forma de atividade sexual não consentida, nos termos dos arts. 1º e 2º do referido diploma legal.

Diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS)

Vide Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013.

Identificação do perfil genético

O art. 9-A e seus parágrafos, incluídos na Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, dizem, textualmente: *Art. 9º-A Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.*

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigilosos, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Em 12 de março de 2013, foi editado o Decreto nº 7.950, que instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, no âmbito do Ministério da Justiça, tendo aquele o objetivo de armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes, e tendo este último, vale dizer, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, o objetivo de permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Prioridade de tramitação do processo de estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º)

A Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016, acrescentou o art. 394-A ao Código de Processo Penal, determinando, *verbis*: *Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.*

Art. 214.

(Revogado pela Lei nº 12.015, de 782009.) **Violação sexual mediante fraude (Redação**

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.) Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.)* Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.) Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.) Introdução

O art. 215 do Código Penal, desde sua edição original, de 1940, vem sofrendo algumas alterações. Inicialmente, previa o tipo penal a conduta de *ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude*. Basicamente, a partir da década de 1980, acirraram-se as críticas no que diz respeito à expressão *mulher honesta*. A mulher do final do século XX já não podia sofrer esse tipo de discriminação. Era um evidente preconceito, que tinha que ser suprimido da nossa legislação penal. Essa mobilização ganhou força e, em 28 de março de 2005, o tipo penal foi modificado, passando a prever o comportamento de *ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude*. Era o fim da expressão que tanto causou polêmica no meio jurídico.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, modificou, por mais uma vez, o mencionado art. 215 do Código Penal. Agora, não somente os elementos do tipo penal foram modificados, mas também a própria rubrica foi alterada. Como o tipo penal passaria a prever os comportamentos que se encontravam no revogado art. 216 do Código Penal, o delito passou a ser chamado de *violação sexual mediante fraude*. Percebe-se, portanto, que a nova figura típica é uma fusão dos já não mais existentes delitos de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, com a inclusão de novos elementos.

Assim, de acordo com a nova redação legal, constante do *caput* do mencionado art. 215, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de *ter conjunção carnal*; b) ou praticar outro ato libidinoso com alguém; c) mediante fraude; d) ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

O verbo *ter*, utilizado pelo art. 215 do Código Penal, pode ser entendido, agora, no sentido de que tanto o homem quanto a mulher podem praticar o delito em estudo quando a finalidade for a conjunção carnal, desde que estejamos diante de uma relação heterossexual. Assim, por exemplo, uma mulher poder valer-se do emprego de fraude para ter conjunção carnal com um homem, ou seja, fazer com que ocorra a penetração vaginal, da mesma forma que um homem pode usar do mesmo artifício para ter conjunção carnal com uma mulher. Em suma, a conjunção carnal pressupõe, sempre, uma relação heterossexual.

Com as modificações levadas a efeito no art. 215 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, foi inserida no tipo penal em exame a conduta de *praticar outro ato*

libidinoso, vale dizer, qualquer outro ato sexual, capaz de aflorar a libido, que não seja a conjunção carnal, a exemplo do que ocorre com a penetração anal, o sexo oral e vaginal, masturbação *etc.*

Conforme preleciona Cesar Roberto Bitencourt, “esta modalidade de conduta, ao contrário da primeira (ter conjunção carnal, admite homem com homem e mulher com mulher, sem nenhuma dificuldade linguístico-dogmática. Em outros termos, tendo como vítima tanto homem quanto a mulher, o que, convenhamos, trata-se de grande inovação na seara dos direitos e liberdades sexuais”⁵².

Para que sejam levadas a efeito as condutas previstas no tipo, isto é, para que o agente tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém, deverá se valer da *fraude* ou *outro meio que impeça ou dificulte manifestação de vontade da vítima*.

A *fraude*, portanto, é um dos meios utilizados pelo agente para que tenha sucesso na prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. É o chamado *estelionato sexual*.

A fraude faz com que o consentimento da vítima seja viciado, pois que se tivesse conhecimento, efetivamente, da realidade não cederia aos apelos do agente. Por meio da fraude, o agente induz ou mantém a vítima em erro, fazendo com que tenha um conhecimento equivocado da realidade.

O item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal aponta dois exemplos de fraude, vale dizer, a *simulação de casamento* e o fato de o agente *substituir-se ao marido na escuridão da alcova*. Quanto à simulação de casamento, podemos até entender e concordar com o vício do consentimento da vítima, que somente pode ter permitido a conjunção carnal sob a condição do matrimônio. O segundo exemplo, no entanto, parece-nos um pouco teatral. Talvez fosse próprio para a mulher da década de 1940, época em que foi editado o Código Penal, quando, segundo se ouve falar, havia um buraco no lençol para que o marido pudesse ter relações sexuais com sua esposa, satisfazendo somente a sua libido, já que, normalmente, não se preocupava com o prazer sexual de sua esposa. Hoje, no entanto, dificilmente a mulher não saberá que está tendo relações sexuais com outra pessoa que se faz passar por seu marido.

Todavia, existem casos, infelizmente não incomuns, em que, por exemplo, “líderes espirituais”, ou melhor dizendo “cafajestes espirituais”, enganam suas vítimas, abatidas emocionalmente e, mediante a sugestão da conjunção carnal ou da prática de qualquer outro ato libidinoso, alegam que resolverão todos os seus problemas. Também poderá ocorrer a hipótese de troca de pessoas tratando-se de irmãos gêmeos idênticos, ou, ainda, o médico ginecologista, que, sem necessidade, realiza exame de toque na vítima, somente para satisfazer seu instinto criminoso. Enfim, o ardil, o engano, o artifício, viciando o consentimento, devem fazer com que a vítima ceda aos pedidos sexuais do agente, permitindo a conjunção carnal ou a prática de

outro ato libidinoso.

Nesse sentido, adverte Noronha: “Conquanto rara a posse sexual fraudulenta, os livros registram alguns casos. Viveiros de Castro relata dois fatos. Um, de certo indivíduo, que convenceu a noiva de ser o casamento religioso o único válido, abandonando-a depois que a possuiu. Outro, o de um pajé – nome de curandeiro no Maranhão – que fazia suas consulentes acreditarem ter no ventre aranhas e baratas, que deviam ser retiradas por meio da cópula. Também os repertórios de jurisprudência relatam alguns casos: o de um homem que, após o matrimônio religioso e haver deflorado a vítima, furtou-se ao casamento civil; e o de um curandeiro que convenceu duas menores de possuírem *fistula interna*, necessitando, assim, de tratamento especial.”⁵³

Conforme explica Hungria,

“*fraude* é a maliciosa provocação ou aproveitamento do erro ou engano de outrem, para consecução de um fim ilícito. Nem toda fraude, porém, constitui *material* da entidade criminal em questão. Não bastam, assim, as meras *sugestões verbais*: é preciso o emprego de artifícios, de estratégias (*mise en œuvre* de coisas ou pessoas) que torne insuperável o erro. Não é de confundir-

-se o engano obtido pela *sedução* com o engano a que, na espécie, é induzida a vítima. A *blanda verba*, os *allectamenta*, as *dolosae promissiones* nada têm a ver com a *fraus* necessária à configuração do crime de que ora se trata, pois não ofendem, sequer indiretamente, a liberdade sexual.”⁵⁴

E continua o grande penalista, dizendo:

“A fraude (tal como acontece no estelionato) tanto se apresenta quando o agente tem a iniciativa de provocação do erro, com quando se aproveita de erro provocado por terceiro ou de erro espontâneo da vítima”.⁵⁵ Assim, imagine-se, a título de exemplo, a hipótese em que os irmãos gêmeos idênticos tenham viajado juntos, com suas esposas. Durante a noite, uma delas erra a porta de seu quarto, e ingressa no cômodo onde estava seu cunhado. Coincidemente, a esposa deste último havia permanecido em uma festa que se realizava naquele local. A cunhada, pensando tratar-se do próprio marido, o induz a prática do ato sexual. O gêmeo idêntico, mesmo percebendo o erro, aproveita-se da situação e com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, deveria responder pelo delito em estudo, pois que, com sua fraude, permitindo que a vítima acreditasse que fosse seu irmão, a manteve em erro.

Rogério Sanches Cunha adverte, com autoridade: “A fraude utilizada na execução do crime não pode anular a capacidade de resistência da vítima, caso em que estará configurado o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Assim, não pratica o estelionato sexual (art. 215 do CP), mas estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), o agente que usa psicotrópicos para vencer a resistência da vítima e com ela manter a conjunção carnal”.⁵⁶

Além da fraude, o agente pode, de acordo com a nova redação legal, valer-se de *outro meio* que *impeça* ou *dificulte* a livre manifestação de vontade da vítima. Cuida-se, *in casu*, da chamada interpretação analógica, ou seja, esse *outro meio* utilizado deverá ter uma conotação fraudulenta, a fim de que agente possa conseguir praticar as condutas previstas no tipo, a exemplo do que ocorre com a utilização de algum meio artificioso ou ardiloso, nos mesmos moldes previstos para o delito de estelionato. A doutrina procura distinguir o *artifício* do *ardil*, embora façam parte do gênero *fraude*. Conforme explica Noronha, “artifício, lexicologicamente, significa produto de arte, trabalho de artistas. Nesse sentido, portanto, pode-se dizer haver artifício quando há certo aparato, quando se recorre à arte, para mistificar alguém.

Pode o artifício manifestar-se por vários modos: consistir em palavras, gestos ou atos; ser ostensivo ou tácito; explícito ou implícito; e exteriorizar-se em ação ou omissão.

Quanto ao ardil, dão-nos os dicionários os sinônimos de astúcia, manha e sutileza. Já não é de natureza tão material quanto o artifício, porém mais intelectual. Dirige-se diretamente à psique do indivíduo, ou, na expressão de Manzini, à sua inteligência ou sentimento, de modo que provoque erro mediante *falsa aparência lógica ou sentimental*, isto é, excitando ou determinando no sujeito passivo convicção, paixão, ou emoção, e criando destarte motivos ilusórios à ação ou omissão desejada pelo sujeito ativo”.⁵⁷

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente se faça passar por um famoso estilista, que estaria recrutando modelos para desfilarem nas passarelas mais importantes do Brasil e no exterior. Como é do conhecimento de todos, em alguns desses eventos, as modelos podem desfilar seminuas, com os seios de fora *etc*. A fim de levar a efeito sua intenção criminosa, o agente, ao receber as modelos, solicita-lhes que retirem suas roupas e fiquem somente com a *langerie* inferior. Ato contínuo, simulando estar analisando o corpo de cada uma delas, começa a tocá-las, passando lhes as mãos nos seios, nas nádegas, nos pelos pubianos *etc*. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelo delito em estudo, vale dizer, violação sexual mediante fraude.

O verbo *impedir* é utilizado no texto com a ideia de que foi impossibilitada a livre manifestação de vontade da vítima, que se encontrava completamente viciada em virtude da fraude ou outro meio utilizado pelo agente, a fim de conseguir praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. *Dificultar*, a seu turno, dá a ideia de que a vontade da vítima, embora viciada, não estava completamente anulada pela fraude ou outro meio utilizado pelo agente. Nesse último caso, embora ludibriada, a vítima poderia, nas circunstâncias em que se encontrava, ter descoberto o plano criminoso, mas, ainda assim, foi envolvida pelo agente.

Classificação doutrinária

Crime de mão própria no que diz respeito ao sujeito ativo, quando a conduta for no sentido

de *ter conjunção carnal*, e próprio, neste caso, quanto ao sujeito passivo. Se a conduta for dirigida à prática de outros atos libidinosos, o crime será comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; material; de dano; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); instantâneo; de forma vinculada (quando disser respeito à conjunção carnal) e de forma livre (quando estivermos diante de um comportamento dirigido à prática de outros atos libidinosos); monossubjetivo; plurissubstancial; não transeunte e transeunte (dependendo da hipótese concreta a ser examinada, ou seja, podendo o crime deixar vestígios ou não).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A *liberdade sexual*, seja da mulher, seja do homem, é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de violação sexual mediante fraude e, de forma mais ampla, a *dignidade sexual*, conforme dispõe o Título VI do Código Penal.

Objeto material do delito em estudo poderá ser tanto o homem quanto a mulher, devendo ser ressaltado, no entanto, que, quando estivermos diante de uma conjunção carnal, a relação deverá ser, obrigatoriamente, heterossexual.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos ativos do delito de violação sexual mediante fraude quando a conduta for dirigida a ter conjunção carnal. No entanto, tal situação pressupõe, obrigatoriamente, uma relação heterossexual, ou seja, se a mulher, objetivando a conjunção carnal, for o sujeito ativo, o homem deverá ser o sujeito passivo, e vice-versa.

No que diz respeito à prática de outros atos libidinosos, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos ativo e passivo, não se pressupondo, aqui, a anteriormente mencionada relação heterossexual, podendo o crime ocorrer mesmo entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos diversos.

Assim, não podemos mais nos surpreender, na sociedade do século XXI, que uma mulher, por exemplo, mediante o emprego de fraude, venha a praticar sexo oral com um homem. Nesse caso, ela se colocaria na situação de sujeito ativo e ele, na posição de sujeito passivo do delito de violação sexual mediante fraude.

Tal como podia ocorrer com médicos ginecologistas, em relação às suas pacientes mulheres, agora, poderá uma médica urologista, por exemplo, examinar o pênis de um homem, nele tocando e fazendo carícias, quando, no caso concreto, tal exame era considerado desnecessário. Nesse caso, sujeito passivo seria o paciente que, em virtude da fraude praticada, permitiu que fosse examinado.

Consumação e tentativa

O delito de violação sexual mediante fraude se consuma, na sua primeira parte, com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, não importando que essa penetração seja total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação.

No que diz respeito à segunda parte, o delito se aperfeiçoa quando o sujeito ativo (homem ou mulher) pratica qualquer ato libidinoso com o sujeito passivo (que pode ser também um homem ou uma mulher).

É importante frisar, no entanto, que, dada a gravidade da pena prevista para essa infração penal, somente aqueles atos que importem em atentados graves contra a liberdade sexual é que poderão ser reconhecidos como característicos do tipo penal em estudo. Assim, por exemplo, utilizar-se de fraude para *beijar* a vítima, mesmo que seja um beijo prolongado, não se configura no delito em questão, devendo o fato ser considerado atípico. Ao contrário, se, por exemplo, o agente se utiliza de fraude ou de outro meio para, por exemplo, ter qualquer tipo de ato sexual que envolva penetração, ou mesmo qualquer tipo de felação (masculina ou feminina), já se poderá configurar no delito de violação sexual mediante fraude.

Tratando-se de crime plurissubstancial, torna-se perfeitamente possível o raciocínio correspondente à tentativa. Dessa forma, imagine-se a hipótese daquele que, fazendo-se passar por seu irmão gêmeo, após despir a vítima, mas antes da efetivação da conjunção carnal, é por ela reconhecido em virtude da descoberta de uma tatuagem não existente no corpo de seu real companheiro. Nesse caso, podemos raciocinar no sentido de que o agente havia iniciado os atos de execução do delito em estudo, que somente não se consumou, como prática da conjunção carnal por circunstâncias alheias à sua vontade.

Ou, ainda, a hipótese daquele que, fazendo-se passar por um médico ginecologista-obstetra, solicita à vítima que se dirija ao local destinado à realização do exame de toque, e é surpreendido e preso antes de introduzir os dedos no canal vaginal.

Elemento subjetivo

O delito de violação sexual mediante fraude somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente a ter conjunção carnal ou a praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *ter* e *praticar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, será possível a sua prática via omissão imprópria, na hipótese de o garantidor,

dolosamente, permitir que a vítima seja enganada pelo agente, tendo com ela conjunção carnal ou praticando o outro ato libidinoso se, no caso concreto, devia e podia agir a fim de evitar o resultado, conforme determinação contida no § 2º do art. 13 do Código Penal.

Finalidade de obtenção de vantagem econômica

O parágrafo único do art. 215 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, determina que *se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

A aplicação da multa será regulada pela regra constante do art. 49 do Código Penal.

Causas de Aumento de Pena

Determina o art. 226 do Código Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005: *Art. 226: A pena é aumentada:*

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

O art. 234-A, nos termos da redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera, *verbis: Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:*

I – (vetado);

II – (vetado);⁵⁸

III – de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV – de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.”

Pode ocorrer que, no caso concreto, esteja presente mais de uma causa de aumento de pena elencada nos arts. 226 e 234-A do Código Penal. Nesse caso, será aplicada a regra constante do parágrafo único do art. 68 do Código Penal, que diz, *verbis: Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição, previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.*

No que diz respeito à análise de cada uma das causas de aumento de pena mencionadas pelos arts. 226 e 234-A do Código Penal, remetemos o leitor ao art. 213 do mesmo diploma repressivo.

Pena, ação penal e segredo de justiça

O preceito secundário do art. 215 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Se houver a finalidade de obtenção de vantagem econômica será aplicada, também, a pena de multa.

Diz o art. 225 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009: *Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.*

Parágrafo único. *Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.*

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, criado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Consumado o delito do art. 215 do Código Penal (violação sexual mediante fraude) quando as vítimas eram menores de 18 anos, a ação penal é pública incondicionada, por expressa disposição do parágrafo único do art. 225 do Código Penal (STJ, HC 237540/RJ, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 4/6/2014).

Mulher que percebe o erro durante o ato sexual Pode acontecer que, durante o ato sexual e principalmente quando esse ocorrer mediante a troca de parceiros, como no citado caso dos gêmeos, a mulher, por exemplo, perceba que está se relacionando com outra pessoa. A partir daí, podemos raciocinar com duas hipóteses. Na primeira delas, a mulher consente no prosseguimento do coito; na segunda, tenta interrompê-lo, mas é impedida pelo agente.

Na primeira hipótese, não haveria o crime de violação sexual mediante fraude, visto que o consentimento, ainda durante a prática do ato sexual, afastaria o vício de vontade.

Na segunda situação, caso a vítima percebesse e quisesse interromper o ato sexual, mas fosse impedida pelo agente, este deveria responder pelo estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

Fraude grosseira A fraude grosseira tem o condão de afastar a infração penal, pois que a vítima não estaria se entregando enganosamente ao agente, uma vez que, como diz a parte final do art. 215 do Código Penal, a utilização desse meio não impediria ou mesmo dificultaria a sua livre manifestação de vontade.

Aplica-se, aqui, o raciocínio correspondente ao crime impossível, haja vista ser a fraude, por exemplo, o meio utilizado pelo agente para efeitos de sucesso no congresso carnal ou da prática de outro ato libidinoso. A fraude grosseira, portanto, se amoldaria ao conceito de meio absolutamente ineficaz.

No entanto, deve ser analisada caso a caso, verificando-se, principalmente, as condições e características pessoais da vítima que, de acordo com suas limitações, poderia ser mais facilmente enganada, mesmo que o artifício, o engodo, o ardil utilizados pelo agente fossem

completamente ineficazes para iludir alguém de entendimento mediano.

Prostituta que tem relações sexuais com alguém que prometeu pagá-la após o ato Se o agente mantém relações sexuais com uma prostituta, por exemplo, prometendo-lhe, dolosa e enganosamente, pagá-la após a prática do ato, caso não cumpra com o pactuado poderá ser responsabilizado pelo delito de violação sexual mediante fraude, uma vez que a promessa falsa de pagamento foi o que motivou a garota de programa a ele se entregar sexualmente.

Prática da conjunção carnal e outro ato libidinoso com a mesma vítima Tal como ocorre com o delito de estupro, entendemos que o art. 215 do Código Penal prevê um tipo misto alternativo, importando, outrossim, em crime único quando o agente pratica mais de um comportamento por ele previsto.

Assim, por exemplo, se o agente, mediante fraude, pratica a conjunção carnal e, também, o coito anal com a vítima, deverá responder por uma única infração penal, e não pelo concurso de crimes.

Cuida-se de um tipo misto alternativo, em que a prática de mais de um comportamento permitirá o reconhecimento de crime único. Assim, por exemplo, aquele que, mediante fraude, mantém conjunção carnal, além de praticar o sexo oral com a vítima, responderá por um único delito de violação sexual mediante fraude. Em sentido contrário, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini prelecionam que a hipótese é de “tipo misto cumulativo, punindo-se no mesmo dispositivo duas condutas distintas, a exemplo do que ocorre com o estupro. A prática de uma ou de outra configura o crime em estudo e a realização de ambas enseja a possibilidade do concurso de delitos e da continuidade delitiva”⁵⁹

Agente “bom de papo”

Pode ocorrer a hipótese onde o agente, por exemplo, “especialista em cantadas”, convença a vítima a ter com ele qualquer tipo de relação sexual, a exemplo da conjunção carnal, ou da prática de atos libidinosos. Para tanto, se utiliza de todos os “artifícios possíveis”, simulando ser uma pessoa bem sucedida financeiramente, e que essa condição proporcionará a ela, no futuro, um conforto extraordinário.

A vítima, seduzida pelas promessas do agente, cede e com ele mantém relação sexual. Nesse caso, poderia o agente ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 215 do Código Penal? A resposta só pode ser negativa. A ganância da vítima, na verdade, é que fez com que se entregasse ao agente. Guardadas as devidas proporções, poderiam aplicar, *in casu*, o raciocínio relativo à chamada *torpeza bilateral*, estudada no delito de estelionato.

Aqui, agente e “vítima” queriam obter vantagens, tendo prevalecido o mais “esperto”, não se podendo cogitar de qualquer tipo de infração penal.

Como alerta Cesar Roberto Bitencourt, “é indispensável que a vítima tenha sido ludibriada, iludida, e não que se tenha entregue à prática libidinosa por rogos, carícias ou na expectativa de obter alguma vantagem do agente. Assim, não há como considerar ludibriada,

frauadada ou enganada a mulher que ‘empresta’ seu corpo para satisfazer desejos sexuais de alguém na expectativa de receber, em troca, bens materiais, ou simplesmente para a própria satisfação dos mesmos instintos que impulsionam o suposto ofensor.”⁶⁰

Diferença entre violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável

No delito de violação sexual mediante fraude, a vítima consente com o ato sexual ou ato libidinoso, no entanto sua vontade não é livre, pois induzida em erro. Já no crime de estupro de vulnerável, na modalidade imputada ao paciente, inexiste consentimento quanto ao ato sexual praticado (STJ, HC 326.903/RO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 17/12/2015).

Art. 216.

(Revogado pela Lei nº 12.015, de 782009.) **Assédio sexual** (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15/5/2001.) **Art. 216-A.** Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

(Incluído pela Lei nº 10.224, de 15/5/2001.) Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

(Incluído pela Lei nº 10.224, de 15/5/2001.) **Parágrafo único.** (Vetado).

(Incluído pela Lei nº 10.224, de 15/5/2001.) § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) **Introdução**

De acordo com a redação do art. 216-A do Código Penal, podemos identificar os seguintes elementos: *a)* a conduta de constranger alguém; *b)* com a finalidade de obter vantagem ou favorecimento sexual; *c)* devendo o agente prevalecer-se de sua condição de superior hierárquico ou de ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

O núcleo constranger, utilizado pelo tipo penal que prevê o delito de *assédio sexual*, deve ter outra conotação que não a utilização do emprego de violência ou grave ameaça. No delito de assédio sexual, partindo do pressuposto de que seu núcleo prevê uma modalidade especial de constrangimento, devemos entendê-lo praticado com ações por parte do sujeito ativo que, na ausência de receptividade pelo sujeito passivo, farão com que este se veja prejudicado em seu trabalho, havendo, assim, expressa ou implicitamente, uma ameaça. No entanto, essa ameaça deverá sempre estar ligada ao exercício de emprego, cargo ou função, seja rebaixando a vítima de posto, colocando-a em lugar pior de trabalho, enfim, deverá sempre estar vinculada a essa relação hierárquica ou de ascendência, como determina a redação legal.

Constranger, aqui, deve ser entendido no sentido de perseguir com propostas, insistir,

importunar a vítima, para que com ela obtenha vantagem ou favorecimento sexual, devendo existir, sempre, uma ameaça expressa ou implícita de prejuízo na relação de trabalho, caso o agente não tenha o sucesso sexual pretendido.

O constrangimento poderá ser dirigido contra qualquer pessoa, uma vez que a lei penal se vale do termo *alguém* para indicar o sujeito passivo. Da mesma forma, qualquer pessoa, independentemente do sexo, poderá ser considerada sujeito ativo. Assim, poderá existir o assédio sexual tanto nas relações heterossexuais como nas relações homossexuais. Um homem poderá, dessa forma, assediar uma mulher, e vice-versa. Também assim nas relações homossexuais, masculina e feminina.

A finalidade do constrangimento é a obtenção de *vantagem* ou *favorecimento sexual*. Dissertando sobre o tema, esclarece Rubia Girão: “Encontramos o emprego do substantivo *vantagem* em diversos tipos penais. Na maioria das vezes é usado no sentido de benefício pecuniário, de lucro. Contudo, por vezes não vem acompanhado de qualquer adjetivo; pelo que se interpreta que, qualquer que seja o proveito pretendido pelo agente, faz configurar o crime. No delito sob estudo, corretamente qualifica-se a vantagem pretendida como ‘sexual’. Ainda assim, sua utilização no tipo parece mais adequada que o emprego do vocábulo *favorecimento* – que corresponde ao ato de favorecer-se – de uso menos frequente na legislação penal. No crime de assédio certamente pretendeu o legislador referir-se ao ato de beneficiar-se o agente, de aproveitar-se de sua condição de superioridade funcional para conseguir um benefício de ordem sexual. Assim, melhor teria sido o emprego neste momento de ‘favores sexuais’”.⁶¹

Para tanto, o agente deve valer-se de sua condição de *superior hierárquico* ou *ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*.

A prova constante dos autos é suficiente para atestar a verossimilhança da tese esposada na inicial, valendo considerar que em casos de assédio sexual, a palavra da vítima ganha especial relevo, porquanto os atos que o caracterizam geralmente ocorrem na clandestinidade, circunstância essa que dificulta a comprovação do ilícito (TJ-RS, Ap. 70070917547, Rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. 29/09/2016).

Para a configuração do delito de assédio sexual é necessário que o réu tenha se prevalecido de sua superioridade hierárquica para constranger a vítima no intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual. A querelante afirma em juízo que o querelado nunca a ameaçou de demissão e não referiu outro tipo de ameaça apta a constrangê-la a ceder aos seus propósitos. Conduta que não se amolda ao tipo penal incriminado (TJRS, Rec. Crim. 71002054799, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Cristina Pereira Gonzales, j. 11/5/2009, DJ 14/5/2009).

O assédio exige, como pressuposto para sua caracterização, a existência de uma relação de superioridade ou ascendência entre autor e vítima e, ainda, a prevalência dessa condição (TJMG, ACR 1.0024.03. 040884-3/001, 5^a Câm. Crim., Rel. Alexandre Victor de Carvalho, pub. 12/4/2008).

A expressão *superior hierárquico* indica uma relação de direito público, vale dizer, de Direito Administrativo, não se incluindo nela as relações de direito privado.

Para que a máquina administrativa possa funcionar com eficiência, é preciso que exista

uma escala hierárquica entre aqueles que detêm o poder de mando e seus subordinados. Nesse sentido, Frederico Marques aduz que para que se possa falar em obediência hierárquica é necessário existir “dependência funcional do executor da ordem dentro do serviço público, em relação a quem lhe ordenou a prática do ato delituoso”.⁶² Isso significa que não há relação hierárquica entre particulares, como no caso do gerente de uma agência bancária e seus subordinados, bem como inexiste tal relação nas hipóteses de temor reverencial entre pais e filhos ou mesmo entre líderes religiosos e os fiéis. No entanto, poderia haver a prática do delito de assédio sexual, por exemplo, entre um coronel e alguém de uma patente menor, de um juiz com seus inferiores (oficial de justiça, escrivão, escrevente etc.), do chefe da seção, com seu subordinado (sendo todos eles, por exigência legal, servidores públicos). Enfim, visualizando-se a relação de direito público, será possível o reconhecimento do assédio sexual.

Menciona a lei penal, também, ascendência inerente ao exercício de *emprego*, *cargo* ou *função*. Conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, “*emprego* é a relação trabalhista estabelecida entre aquele que emprega, pagando remuneração pelo serviço prestado, e o empregado aquele que presta serviços de natureza não eventual, mediante salário e sob ordem do primeiro. Refere-se, no caso, às relações empregatícias na esfera civil. *Cargo*, para os fins deste artigo, é o público, que significa o posto criado por lei na estrutura hierárquica da administração pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios [...]. *Função*, para os fins deste crime, é a pública, significando o conjunto de atribuições inerentes ao serviço público, não correspondentes a um cargo ou emprego [...]”.⁶³

Note-se que na redação do tipo penal que prevê o assédio sexual a lei usa os termos *superior* hierárquico e *ascendência*. Isso quer dizer que somente quando o agente for hierarquicamente superior à vítima ou quando houver ascendência da sua posição em seu emprego, cargo ou função é que poderá ocorrer o delito.

Assim, quando o agente ocupar uma posição inferior ou mesmo idêntica à da pessoa que, em tese, é constrangida, não haverá o delito em estudo.

O assédio sexual, como tentativa de dominação sexual da vítima, por chantagem ou por qualquer outro expediente que, de alguma forma, importe restrição de igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, não se vincula ao tipo penal restritivo do art. 216-A do Código Penal. Para fins de direito do trabalho, basta a conduta constrangedora do assediador com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual da vítima, que cause algum temor a esta, independente daquele se encontrar em posição hierárquica superior. O que se busca proteger é, além da liberdade sexual da vítima, também a segurança e a harmonia do ambiente laboral, além do dever de proteção do empregador em relação a seus empregados (TRT, 9ª Reg., Proc. 32934-2007-009-09-00-3, Ac. 23352-2010, 2ª T., Rel.ª Des.ª Rosalie Michaele Bacila Batista, DJPR 23/7/2010).

O crime de assédio sexual, tipificado no art. 216-A do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 10.224/2001, consiste em importunar a vítima em razão de posição de hierarquia superior ou ascendência, para dela obter

vantagem ou favor sexual, sugerindo, exatamente, de alguma forma, a condição superior como moeda de troca. Para a sua configuração é imprescindível que o agente tenha por fim a obtenção da vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se da sua condição de superior hierárquico (TRF, 1^a Reg., ACr. 2003.51.01.501444-6, Rel. Abel Gomes, DJU 19/10/2006, p. 99).

Assédio sexual é o comportamento importuno de alguém, com o objetivo de obter favores de natureza sexual, abusando de relação de autoridade ou ascendência, inerentes ao exercício do cargo ou função (TJMG, Processo 2.0000.00.420325-6/000 [1], Rel. Saldanha Fonseca, pub. 15/5/2004).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo, haja vista que a lei exige uma relação hierárquica ou de ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função; doloso; formal (uma vez que não há necessidade de que o agente obtenha a vantagem ou o favorecimento sexual, bastando que o constrangimento tenha sido exercido com essa finalidade); comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra, pois que será difícil a prova pericial, a não ser quando o agente pratica o delito valendo-se de cartas, desenhos ou outros meios passíveis de ser periciados).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo que prevê o delito de assédio sexual é a *liberdade sexual* e, em sentido mais amplo, a dignidade sexual.

Objeto material do delito é a pessoa contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo agente, seja ela do sexo feminino ou masculino.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O delito de assédio sexual exige que o *sujeito ativo* se encontre na condição de superior hierárquico da vítima ou com ela tenha ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função, podendo, no entanto, ser pessoa do sexo feminino ou masculino.

Sujeito passivo será aquele que estiver ocupando o outro polo dessa relação hierárquica ou aquele sobre o qual tenha ascendência o sujeito ativo, não importando seu sexo.

Consumação e tentativa

O delito de assédio sexual se consuma no momento em que ocorrem os atos que importem em constrangimento para a vítima, não havendo necessidade que esta venha, efetivamente, a praticar os atos que impliquem vantagem ou favorecimento sexual exigidos pelo agente que, se vierem a ocorrer, serão considerados mero exaurimento do crime.

Embora difícil de se verificar, a tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O delito de assédio sexual somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *constranger* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente no sentido de infundir temor à vítima a fim de obter vantagem ou favorecimento sexual, não se podendo descartar, contudo, a sua prática via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Diz o § 2º do art. 216-A, *verbis*:

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

O referido § 2º foi acrescentado ao art. 216-A do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, tendo tal inclusão, de acordo com a Justificação ao então projeto de lei, sido levada a efeito em virtude de dois motivos: “Primeiro, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) permite o trabalho para adolescentes (art. 60 e seguintes), o que poderia colocá-lo na situação de subordinação hierárquica ou de ascendência profissional, e, segundo, que, mesmo diante de relação irregular de trabalho infantil, é preciso assegurar proteção às crianças envolvidas e punir com mais razão os autores dessa relação irregular cumulada com assédio sexual, o que no Brasil se verifica em muitas situações, como a do trabalho doméstico”.

A idade da vítima é um dado de natureza objetiva, que deverá ser comprovado nos autos por meio do necessário documento de identificação (certidão de nascimento, documento de identidade etc.), pois que o art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, determina que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Da mesma forma, para que possa ser aplicada a causa especial de aumento de pena deverá ficar demonstrado nos autos que o agente conhecia a idade da vítima, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo.

O § 2º do art. 216-A do Código Penal determina que o aumento máximo será de até um terço, não especificando, o mínimo. Assim, para que se mantenha a coerência com os demais artigos que também preveem majorantes, o aumento mínimo deverá ser de 1/6 (um sexto), conciliando-se, assim, com os demais artigos constantes da legislação penal.

Concluindo, tendo o agente conhecimento de que a vítima era menor de 18 anos, o julgador, obrigatoriamente, no terceiro momento do critério trifásico de aplicação da pena, determinará um aumento que variará entre um mínimo de 1/6 (um sexto) e o máximo 1/3 (um terço), encontrando-se, após essa aplicação, a chamada *pena justa*.

Pena, ação penal, competência para julgamento, suspensão condicional do processo e segredo de justiça

O preceito secundário do art. 216-A do Código Penal comina uma pena de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos para aquele que praticar o delito de assédio sexual.

A pena será aumentada em até 1/3 (um terço) se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos de idade, conforme determina § 2º do art. 216-A do diploma repressivo.

Nos termos do art. 225 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, a ação penal, como regra, será de iniciativa pública condicionada à representação. No entanto, será considerada de iniciativa pública incondicionada se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, conforme preconiza o parágrafo único do referido art. 225.

A competência para o processo e julgamento do crime de assédio sexual será do Juizado Especial Criminal.

Poderá ser levada a efeito proposta de suspensão condicional do processo, desde que a vítima não seja menor de 18 (dezoito) anos de idade, uma vez que a incidência da majorante, prevista no § 2º do art. 216-A, impede a aplicação do instituto.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, criado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os crimes contra a dignidade sexual, correrão em segredo de justiça.

De acordo com entendimento já pacificado nesta Corte Superior de Justiça, a representação da vítima ou de seus representantes legais para a investigação ou deflagração de ação penal, prescinde de qualquer rigor formal, bastando a demonstração inequívoca da parte interessada, o que ocorreu na hipótese dos autos, em que a mãe da vítima, assim que soube dos fatos, procurou a autoridade policial dentro do prazo legal (STJ, HC 108.222/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 25/06/2015).

Prostituta como sujeito passivo do delito

A prostituta ou garota de programa não está fora da proteção do art. 216-A do Código Penal. Pode acontecer que, além da prostituição, exerça outra profissão. Nesse caso, poderá o seu superior, por exemplo, ter descoberto sua outra atividade tida como clandestina e, sob a ameaça de prejudicá-la em seu local de trabalho, exigir uma vantagem ou favorecimento sexual, podendo-se, nesse caso, ser-lhe atribuído o delito de assédio sexual.

Funcionário de nível inferior

Não poderá ser responsabilizado pelo delito de assédio sexual, que exige relação de superioridade entre o agente e a vítima.

Líderes espirituais

Não se amoldam ao art. 216-A do Código Penal os chamados líderes espirituais, a exemplo do que ocorre com os pastores, padres, videntes e outros.

Relação entre professor(a) e aluno(a)

Não se considera como subsumível ao comportamento tipificado pelo art. 216-A do Código Penal a conduta do(a) professor(a) que assedia sua(seu) aluna(o), fazendo-lhe propostas sexuais, sob o argumento de que poderá, por exemplo, prejudicá-la(lo) em suas notas.

Empregadas domésticas

No que diz respeito às empregadas domésticas, por existir entre elas e seu patrão uma relação de emprego, poderá ser levado a efeito o raciocínio do delito em estudo, mesmo que essa relação não seja diária. Isso significa, segundo a nossa posição, que mesmo as denominadas “faxineiras” ou “diaristas” são passíveis de assédio sexual por seus empregadores, sob o argumento, por exemplo, de que caso não atendam aos seus apelos sexuais, deixarão de trabalhar naquele local.

Em sentido contrário, argumenta Damásio de Jesus que a diarista “não pode ser sujeito passivo do crime, uma vez que não realiza atividade inerente a ‘emprego’,”⁶⁴ posição com a qual não concordamos, conforme salientamos linhas atrás, pois que, para nós, existe essa relação de emprego, mesmo que por um único dia na semana, haja vista que, se rompida, trará prejuízos à vítima, que sobrevive à custa do seu trabalho em várias residências.

Prescrição

Vide art. 111, V do CP.

Capítulo II – Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 07/08/2009.) Art. 217.

(Revogado pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.) Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 7/8/2009.) Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7/8/2009.) § 1º In corre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) § 2º (Vetado) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Introdução

A partir da década de 1980, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, *a*, do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940.

No entanto, doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois que, para nós, não existe dado mais objetivo do que a idade.

Em inúmeras passagens, o Código Penal se vale tanto da idade da vítima quanto do próprio agente, seja para aumentar a pena, a exemplo do que ocorre com o art. 61, II, *h*, quando o crime é praticado contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, seja para levar a efeito algum cálculo diferenciado, como ocorre com a prescrição, onde os prazos são reduzidos pela metade quando o agente, ao tempo do crime, era menor de 21 (vinte e um) anos, ou maior de 70 (setenta), na data da sentença, conforme determina o art. 115 do Código Penal *etc.*

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal e criavam as próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa venia*, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seu conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.

Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social *etc.* O que se esquecia, infelizmente, era de que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses

menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento.

Hoje, com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surgiu em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos (pelo menos é o que se espera).

Nesse sentido, vale transcrever parcialmente a Justificação ao projeto que culminou com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, quando diz que o art. 217-A, *que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.*

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci preleciona que, mesmo após a edição do novo tipo penal, a discussão ainda se mantém: “O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade”.⁶⁵

Com a devida *venia*, ousamos discordar do renomado autor. Isso porque, como dissemos acima, a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Como dissemos, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a

idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de *estupro de vulnerável*.

Por força do julgamento do REsp repetitivo 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos (STJ, REsp 1.607.392/RO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 04/10/2016).

De acordo com entendimento majoritário da Terceira Seção, a presunção de violência no crime de estupro cometido contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea “a”, do Código Penal, é de natureza absoluta, de maneira que a aquiescência da ofendida, a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima ou mesmo sua experiência com relação ao sexo não tem relevância jurídico-penal. Ressalva do entendimento da Relatora (STJ, EDcl no REsp 1.515.962/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 23/04/2015).

A Terceira Seção desta Corte, ao apreciar os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.152.864/SC e nº 762.044/SP, firmou o entendimento no sentido de que, no estupro e no atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos, praticados antes da vigência da Lei nº 12.015/2009, a presunção de violência é absoluta, sendo irrelevante, para fins de configuração do delito, a aquiescência da adolescente ou mesmo o fato de a ofendida já ter mantido relações sexuais anteriores (STJ, REsp 897.734/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 13/02/2015).

Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito. (STJ, AgRg. no REsp. 1363531/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 482014) Assim, de acordo com a redação constante do *caput* do art. 217-A do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos: *a) a conduta de ter conjunção carnal; b) ou praticar qualquer outro ato libidinoso; c) com pessoa menor de 14 (quatorze) anos.*

O núcleo *ter*, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (quatorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.

Como deixamos entrever, embora a lei não mencione expressamente o constrangimento praticado contra vítima menor de 14 (catorze) anos, com a finalidade de ter, com ela, conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, não podemos excluí-lo do tipo penal em estudo.

O novo tipo penal, como se percebe, busca punir com mais rigor comportamentos que atinjam as vítimas por ele mencionadas. Não seria razoável que, se não houvesse violência ou grave ameaça, o agente que tivesse, por exemplo, se relacionado sexualmente com vítima menor de 14 (catorze) anos, respondesse pelo delito de estupro de vulnerável, com uma pena que varia entre 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, enquanto aquele que tivesse, v.g., se valido do emprego de violência ou grave ameaça, com a mesma finalidade, fosse responsabilizado pelo delito tipificado no art. 213 do Código Penal, com as penas variando entre um mínimo de 6 (seis) e um máximo de 10 (dez) anos.

O mundo globalizado vive e presencia a atuação de pedófilos, que se valem de inúmeros e vis artifícios, a fim de praticar algum ato sexual com crianças e adolescentes, não escapando de suas taras doentias até mesmo os recém-nascidos. A *internet* tem sido utilizada como um meio para atrair essas vítimas para as garras desses verdadeiros psicopatas sexuais. Vidas são destruídas em troca de pequenos momentos de prazer estúpido e imbecil.

As condutas previstas no tipo penal do art. 217-A são as mesmas daquelas constantes do art. 213 do Código Penal, sendo que a diferença existente entre eles reside no fato de que no delito de estupro de vulnerável a vítima, obrigatoriamente, deverá ser menor de 14 (quatorze) anos de idade.

Por isso, remetemos o leitor ao que foi dito quanto do estudo do mencionado art. 213 do Código Penal, para não sermos repetitivos.

No que diz respeito à idade da vítima, para que ocorra o delito em estudo, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo que, dependendo do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato, ou à sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, dada à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebida alcoólica etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o consentimento dela, levá-la para um motel, mantêm conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça.

Réu que manteve conjunção carnal com adolescente de 13 (treze) anos e 5 (cinco) meses de idade. Relacionamento entre ambos de pouco mais de 1 (um) mês. Menor com aparência física desenvolvida, que já havia tido experiência sexual com outrem e que afirmou ao acusado ter idade superior. Conjunto probatório a revelar que o réu não tinha ciência de que ela possuía idade inferior a 14 (catorze) anos antes da prática do ato. Erro de tipo essencial vincível configurado (art. 20, *caput*, CP). Dolo excluído. Crime não punível a título de

culpa. Conduta atípica. Absolvição mantida (TJSC, AC 2011.062081-3, Rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 18/7/2013).

Estupro de vulnerável – Recurso defensivo – Absolvição pretendida – Procedência. Réu que negou ter conhecimento da idade da menor. Relação sexual consentida entre a vítima e o acusado. Testemunhas dando conta de que a ofendida aparentava ter mais idade do que realmente tinha. Inexistência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Violência presumida que não tem caráter absoluto, devendo ser analisada com acuidade caso a caso. Precedentes C. STJ. Absolvição de rigor. Sentença reformada. Recurso provido (TJSP, AC 21683320078260453, Rel. Salles Abreu, DJe 982012).

Considera-se vulnerável não somente a vítima menor de 14 (quatorze) anos, mas também aquela que possui alguma enfermidade ou deficiência mental, não tendo o necessário discernimento para a prática do ato, ou aquela que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, conforme se verifica pela redação do § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Percebe-se, sem muito esforço, que o legislador criou uma figura típica em substituição às hipóteses de presunção de violência constantes do revogado art. 224 do Código Penal. Assim, no *caput* do art. 217-A, foi previsto o estupro de vulnerável, considerando como tal a vítima menor de 14 (quatorze) anos. No § 1º do mencionado artigo foram previstas outras causas de vulnerabilidade da vítima, ou seja, quando, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, ou a que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.

Na antiga redação do revogado art. 224 do Código Penal, a alínea *b* mencionava a alienação mental e a debilidade mental. Hoje, o art. 217-A faz menção à enfermidade ou deficiência mental.

José Jairo Gomes, dissertando sobre o assunto, com precisão, assevera: “*Enfermidade* é sinônimo de doença, moléstia, afecção ou outra causa que comprometa o normal funcionamento de um órgão, levando a qualquer estado mórbido. Apresentando base anatômica, a doença enseja a alteração da saúde física ou mental. Pode ser provocada por diversos fatores, tais como: carências nutricionais, traumas decorrentes de impactos físico ou emocional, ingestão de tóxicos (drogas e álcool), parasitários (por ação de vermes, fungos), infeciosos (por ação de vírus, bacilos, bactérias), degenerativos (inerente ao próprio organismo, como a arteriosclerose, tumores e cânceres em geral).

Logo, por *enfermidade mental* deve-se compreender toda doença ou moléstia que comprometa o funcionamento adequado do aparelho mental. Nessa conceituação, devem ser considerados os casos de neuroses, psicopatias e demências mentais.

Deficiência, porém, significa a insuficiência, imperfeição, carência, fraqueza, debilidade. Por *deficiência mental* entende-se o atraso no desenvolvimento psíquico”.⁶⁶

De acordo com o *Manual Merck de Medicina*, retardo mental, subnormalidade mental ou deficiência mental é “a habilidade intelectual subnormal presente desde o nascimento ou

infância precoce, manifestada por desenvolvimento anormal e associado a dificuldades no aprendizado e adaptação social”.⁶⁷

Preleciona Odon Ramos Maranhão: “Antigamente as expressões ‘frenastenia’ (escola italiana), ‘debilidade mental’ e ‘oligofrenia’ serviam para se designar os atrasos do desenvolvimento que a Classificação Internacional de Doenças (CID 10) hoje denomina ‘retardo mental’. Sabe-se, seguramente, que não é apenas a esfera cognitiva a afetada, mas há o comprometimento global da personalidade.

Conceitua-se da seguinte forma: ‘Retardado mental é uma condição de desenvolvimento interrompido ou incompleto da mente, a qual é especialmente caracterizada por comprometimento de habilidades manifestadas durante o período de desenvolvimento, as quais contribuem para o nível global da inteligência, isto é, aptidões cognitivas, de linguagem, motoras e sociais’”.⁶⁸

Além do critério biológico (enfermidade ou deficiência mental), para que a vítima seja considerada pessoa vulnerável, não poderá ter o necessário discernimento para a prática do ato (critério psicológico), tal como ocorre em relação aos inimputáveis, previstos pelo art. 26, *caput*, do Código Penal.

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Existem pessoas que são portadoras de alguma enfermidade ou deficiência mental que não deixaram de constituir família. Assim, mulheres portadoras de enfermidades mentais, por exemplo, podem, tranquilamente, engravidar, ser mãe, cuidar de suas famílias, de seus afazeres domésticos, trabalhar, estudar *etc.* Dessa forma, não se pode confundir a proibição legal constante do § 2º do art. 217-A do Código Penal com uma punição ao enfermo ou deficiente mental.

Assim, repetindo, somente aquele que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual é que pode ser considerado como vítima do delito de estupro de vulnerável.

Também previu o § 1º do art. 217-A do Código Penal o estupro de vulnerável quando a vítima não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

O item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, mesmo dizendo respeito às hipóteses da revogada presunção de violência, elenca uma série de situações em que se pode verificar a impossibilidade de resistência da vítima, *seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidades, grande debilidade orgânica, paralisia etc.), ou de especiais*

condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos).

Os meios de comunicação, incluindo, aqui, também, a Internet, têm divulgado, infelizmente com frequência, casos de abusos por parte de médicos, e de outras pessoas ligadas à área da saúde, em pacientes que, de alguma forma, são incapazes de oferecer resistência, inclusive mostrando cenas chocantes e deprimentes.

Vale recordar algumas situações em que uma pessoa, em estado de coma, engravidou, supostamente, de um enfermeiro encarregado de prestar os cuidados necessários à manutenção de sua vida vegetativa; ou ainda daquele cirurgião plástico que, depois de anestesiar suas pacientes, fazendo-as dormir, mantinha com elas conjunção carnal; ou daquele terapeuta que abusava sexualmente de crianças e adolescentes depois de ministrar-lhes algum sedativo.

Não importa que o próprio agente tenha colocado a vítima em situação que a impossibilitava de resistir ou que já a tenha encontrado nesse estado. Em ambas as hipóteses deverá ser responsabilizado pelo estupro de vulnerável.

Poderão ser reconhecidas, também, como situações em que ocorre a impossibilidade de resistência por parte da vítima, os casos de embriaguez letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade, temporária ou definitiva, de resistir, a exemplo daqueles que se encontram tetraplégicos *etc.*

Odon Ramos Maranhão, com acerto, alerta que também ocorrerá a incapacidade de resistência quando houver *deficiência do potencial motor*, dizendo o renomado autor: “Se a vítima não tiver ou não puder usar o potencial motor, é evidente que não pode oferecer resistência. Assim, doenças crônicas e debilitantes (tuberculose avançada, neoplasia grave, desnutrições extremas etc.); uso de aparelhos ortopédicos (gesso em membros superiores e tórax; gesso aplicado na coluna vertebral; manutenção em posições bizarras para ossificação de certas fraturas etc.); paralisias regionais ou generalizadas; miastenias de várias causas *etc.* são casos em que a pessoa não pode oferecer resistência. Às vezes, não pode sequer gritar por socorro, seja pela grave debilidade, seja pelas condições do local onde se encontre”.⁶⁹

Também há os casos em que o agente, por exemplo, almejando ter relações sexuais com a vítima, faz com que esta se coloque em estado de embriaguez completa, ficando, consequentemente, à sua disposição para o ato sexual. Se a embriaguez for parcial e se a vítima podia, de alguma forma, resistir, restará afastado o delito em estudo.

Verifica-se, nas situações elencadas pelo § 1º do art. 217-A do Código Penal, a impossibilidade que tem a vítima de expressar seu consentimento para o ato, devendo a lei, portanto, procurar preservar a sua dignidade sexual.

As jurisprudências do STF e do STJ consolidaram-se no sentido de que o crime previsto art. 217-A do

Código Penal – CP, é de tipo misto alternativo. Ou seja, quando as condutas correspondentes à “conjunção carnal” e a “outro ato libidinoso” forem praticadas em um mesmo contexto fático, contra a mesma vítima, permitem o reconhecimento da ocorrência de crime único (STJ, HC 306.085/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5^aT., DJe 19/08/2016).

Com a edição e entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, o estupro e o atentado violento ao pudor cometidos contra menor de 14 anos passaram a ter nova denominação, chamando-se o tipo de ‘estupro de vulnerável’, agora estabelecido no art. 217-A do CP, não sendo mais admissível a aplicação do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos aos fatos posteriores a sua vigência. Mantida a incidência da causa de especial aumento do art. 9º da Lei nº 8.072/1990, vez que o atentado violento ao pudor foi cometido com emprego de violência e grave ameaça contra surda-muda menor de 14 anos, e sendo a novel legislação mais benéfica ao condenado, de se aplicar na hipótese o preceito secundário do novo comando normativo – art. 217-A do CP –, nos termos do art. 2º do CPP. Ordem denegada, concedendo-se *habeas corpus* de ofício para fazer incidir retroativamente à espécie os ditames da Lei nº 12.015/2009, por ser mais benéfica ao paciente, redimensionado-se a reprimenda imposta, que finda definitiva em 8 anos e 2 meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença e o arresto combatidos (STJ, HC 122381/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 28/6/2010).

Classificação doutrinária

No que diz respeito ao sujeito ativo, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, terá a natureza de crime de mão própria e comum nas demais situações, ou seja, quando o comportamento for dirigido à prática de outros atos libidinosos; crime próprio com relação ao sujeito passivo, uma vez que a lei exige que a vítima seja menor de 14 (quatorze) anos (*caput*), ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (§ 1º); doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); material; de dano; instantâneo; de forma vinculada (quando disser respeito à conjunção carnal) e de forma livre (quando estivermos diante de um comportamento dirigido a prática de outros atos libidinosos); monossubjetivo; plurissubstancial; não transeunte e transeunte (dependendo da forma como é praticado, o crime poderá deixar vestígios, a exemplo do coito vaginal ou do sexo anal; caso contrário, será difícil a sua constatação por meio de perícia, oportunidade em que deverá ser considerado um delito transeunte).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Em virtude da nova redação constante do Título VI do Código Penal, podemos apontar como bens juridicamente protegidos pelo art. 217-A tanto a liberdade quanto a dignidade sexual. Da mesma forma, como constava originalmente no projeto que, após algumas modificações, se converteu na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, podemos apontar o *desenvolvimento sexual* também como bem juridicamente tutelado pelo tipo penal em estudo.

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a

liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.

Emiliano Borja Jiménez, dissertando sobre o conceito de liberdade sexual, com precisão, aduz que assim se entende a “autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais”.⁷⁰

O objeto material do delito é a *criança*, ou seja, aquela que ainda não completou os 12 (doze) anos, nos termos preconizados pelo *caput* do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e o *adolescente menor de 14 (catorze) anos*, bem como a vítima acometida de *enfermidade ou deficiência mental*, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, *não pode oferecer resistência*.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Tanto o homem quanto a mulher podem figurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar nessa condição.

Sujeito passivo será a pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ou acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência.

Consumação e tentativa

No que diz respeito à primeira parte constante do *caput* do art. 217-A do Código Penal, o delito de estupro de vulnerável se consuma com a efetiva conjunção carnal, não importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação.

Quanto à segunda parte prevista no *caput* do art. 217-A do estatuto repressivo, consuma-se o estupro de vulnerável no momento em que o agente pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima.

Vale frisar que, em qualquer caso, a vítima deve se amoldar às características previstas tanto pelo *caput*, como pelo § 1º do art. 217-A do Código Penal, não importando se tenha ou não consentido para o ato sexual.

Tratando-se de um crime plurissubstancial, torna-se perfeitamente admissível a tentativa.

É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes (STJ, REsp 1.273.776/SP, Rel. Min.

Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 21/06/2016).

A consumação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Precedentes. No caso, o recorrido segurou o pênis da criança, após lhe retirar os shorts, tirou suas próprias calças, colocou a mão do menor sobre o seu pênis e, pedindo que a criança fizesse o mesmo, movimentou sua própria mão sobre o órgão genital da vítima, de 10 anos de idade à época dos fatos, o que, de per si, configura ato libidinoso para a consumação do delito de estupro de vulnerável. Entendeu a Corte de origem que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade de agente, visto que a genitora da vítima chegou ao local durante a prática dos atos libidinosos. Não cabe a desclassificação do delito para sua forma tentada, por ser contrário à norma legal, pois os atos já praticados configuram a prática do delito em sua forma consumada (STJ, REsp. 1432394/GO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^aT., DJe 20/6/2014).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de estupro de vulnerável, devendo abranger as características exigidas pelo tipo do art. 217-A do Código Penal, vale dizer, deverá o agente ter conhecimento de que a vítima é menor de 14 (quatorze) anos, ou que esteja acometida de enfermidade ou deficiência mental, fazendo com que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência.

Se, na hipótese concreta, o agente desconhecia qualquer uma dessas características constantes da infração penal em estudo, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a tipicidade do fato.

Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *ter* e *praticar* pressupõem um comportamento *positivo* por parte do agente, tratando-se, pois, como regra, de um crime *comissivo*.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor, nos termos preconizados pelo § 2º do art. 13 do Código Penal.

Infelizmente, tem sido notícia comum nos meios de comunicação o fato de mães aceitarem que seus maridos ou companheiros tenham relações sexuais com seus filhos menores, nada fazendo para impedir o estupro. Nesse caso, a sua omissão deverá ser punida com as mesmas penas constantes no preceito secundário do art. 217-A do Código Penal.

Modalidades qualificadas

Os §§ 3º e 4º do art. 217-A do Código Penal preveem duas modalidades qualificadas no crime de estupro de vulnerável, *verbis*: § 3º *Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave*:

Pena – reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Por lesão corporal de natureza grave devemos entender aquelas previstas pelos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, diz, claramente, que a lesão corporal de natureza grave, ou mesmo a morte da vítima, devem ter sido produzidas em consequência da conduta do agente, vale dizer, do comportamento que era dirigido finalisticamente no sentido de praticar o estupro.

No entanto, deve ser frisado que esses resultados que qualificam a infração penal somente podem ser imputados ao agente a título de *culpa*, cuidando-se, outrossim, de crimes eminentemente preterdolosos.

Dessa forma, o agente deve ter dirigido sua conduta no sentido de estuprar a vítima, vindo, culposamente, a causar-lhe lesões graves ou mesmo a morte.

No que diz respeito ao reconhecimento da tentativa qualificada de estupro de vulnerável, remetemos o leitor ao art. 213 do Código Penal, cujos fundamentos podem ser utilizados no tipo penal em exame.

Causas de aumento de pena

Determina o art. 226 do Código Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005: **Art. 226. A pena é aumentada:**

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

O art. 234-A, nos termos da redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera, *verbis*: **Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:**

I – (vetado);

II – (vetado);⁷¹

III – de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV – de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.”

Infelizmente, tem sido uma constante que vítimas menores engravidem após terem sido

violentadas sexualmente não somente por estranhos, como também por parentes ou por pessoas que possuem, para com elas, o dever de cuidado, proteção ou vigilância⁷². A violência intrafamiliar, ou seja, aquela realizada no seio da família, tem contribuído para essa triste realidade. Dessa forma, justifica-se o maior juízo de reprovação, com a aplicação da majorante, reprimindo, com mais severidade, a ação de pedófilos que engravidam suas vítimas.

Tem-se por padrasto o homem em relação aos filhos anteriores da mulher com quem constitui sociedade conjugal, que pode advir tanto do vínculo do casamento quanto da união estável. Não se trata de interpretação extensiva *in malan partem* do tipo penal incriminador, mas deflui de seu próprio elemento descritivo (STJ, AgRg no REsp 996.386/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 04/03/2015).

Estupro de vulnerável qualificado por concurso de agentes e por sua condição de tios da vítima, em continuidade delitiva (art. 217-A, *caput*, c.c. art. 226, I e II, na forma do art. 71, do Código Penal). Crime caracterizado, integralmente. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e incriminatórias da vítima, mais narrativas testemunhais. Atos libidinosos gravados em vídeo. Mídia digital periciada. Versões exculpatórias inverossímeis. Inimputabilidade não verificada. Necessidade condenatória imperiosa (TJSP, AC 93576820108260126, Rel. Luis Soares de Mello, DJe 3182012).

Da mesma forma, merece reprimenda mais severa aquele que, sabendo ou devendo saber ser portador de doença sexualmente transmissível, a transmite para a vítima em situação de vulnerabilidade.

Para melhor compreensão do tema, remetemos o leitor à discussão levada a efeito quando do estudo do delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

Pode ocorrer que, no caso concreto, esteja presente mais de uma causa de aumento de pena elencada nos arts. 226 e 234-A do Código Penal. Nesse caso, será aplicada a regra constante do parágrafo único do art. 68 do Código Penal, que diz, *verbis*: **Parágrafo único.** *No concurso de causas de aumento ou de diminuição, previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.*

Pena, ação penal e segredo de justiça

A pena prevista no preceito secundário do art. 217-A do Código Penal é de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; se da conduta resulta morte, a pena é de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A ação penal, nos termos da nova redação dada ao parágrafo único do art. 225 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, será de iniciativa pública incondicionada, tendo em vista a vulnerabilidade da vítima.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, criado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Não há que se falar em decadência do direito de queixa-crime, quando os estupros de vulneráveis ocorreram após a entrada em vigor da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que alterou o Código Penal, determinando que os crimes desta natureza são de ação penal pública (STJ, RHC 71.409/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 03/10/2016).

É irrazoável condicionar à opção dos representantes legais da vítima, ou ao critério econômico, a persecução penal dos crimes definidos pela Constituição da República como hediondos, excluindo da proteção do Estado as crianças submetidas à prática de delitos dessa natureza. Vale dizer, é descabida a necessidade de iniciativa dos pais quando o bem jurídico protegido é indisponível, qual seja, a liberdade sexual de uma criança de 13 anos, que, conquanto não tenha sofrido violência real, não possui capacidade plena para determinação dos seus atos, dada a sua vulnerabilidade (STJ, RHC 23.656/SE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 20/09/2016).

Concurso entre o constrangimento e o estupro de vulnerável O art. 217-A do Código Penal não exige que o delito seja praticado mediante o emprego de violência física (*vis absoluta*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*). O simples fato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa considerada vulnerável, mesmo com o consentimento desta, já importa na prática do crime.

No entanto, poderá o delito ser praticado mediante o emprego de violência física ou mesmo da grave ameaça, como ocorre com o estupro tipificado no art. 213 do Código Penal. Nesse caso, pergunta-se, poderia se falar em concurso de crimes? A resposta só pode ser positiva. Não sendo um elemento constante do tipo do estupro de vulnerável, será possível o reconhecimento do concurso material entre o delito de lesão corporal (leve, grave ou gravíssima), ou a ameaça, com o tipo do art. 217-A do Código Penal.

Agente que constrange a vítima, com a finalidade de praticar atos libidinosos, sem que tenha conhecimento de que se amolda a uma das situações previstas no caput, bem como no § 1º do art. 217-A. Não tendo o agente conhecimento de que a vítima se amolda a uma das situações elencadas pelo caput ou pelo § 1º do art. 217-A do Código Penal, poderá ser alegado o erro de tipo, que poderá conduzir, dependendo da situação concreta, à atipicidade do fato praticado, ou permitir que o agente seja condenado pelo estupro tipificado no art. 213 do Código Penal, se tiver ocorrido o emprego de violência ou grave ameaça.

Vítima que mantém relações sexuais consentidas no dia em que completa 14 (catorze) anos, ou que é forçada ao ato sexual, mediante o emprego de violência ou grave ameaça O caput do art. 217-A do Código Penal considera como vulnerável a vítima menor de 14 (catorze) anos de idade. Assim, se o agente, mediante o consentimento da vítima, com ela, por exemplo, tem conjunção carnal no dia de seu aniversário, em que completava 14 (catorze) anos, o fato deixará de se amoldar ao tipo penal em estudo, devendo ser considerado atípico.

Se houver o constrangimento, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, no

sentido de forçar a vítima ao ato sexual, no dia de seu aniversário, em que completava 14 (catorze) anos, podemos entender pelo delito de estupro, com a qualificadora prevista pelo § 1º do art. 213 do Código Penal.

Nesta última hipótese, *vide* discussões relativas ao art. 213 do mesmo diploma legal.

Pedofilia *De todos os crimes que nos causam asco, que nos enojam, que nos fazem sentir um sentimento de repulsa, sem dúvida alguma, a pedofilia se encontra no topo da lista. Embora o Código Penal não tenha usado a palavra pedofilia, o comportamento daquele que mantém relações sexuais com crianças, a exemplo do que ocorre com aquele que pratica o delito de estupro de vulnerável, pode, tranquilamente, se amoldar a esse conceito.*

Genival Veloso de França define a pedofilia como uma “perversão sexual que se apresenta pela predileção erótica por crianças, indo desde os atos obscenos até a prática de manifestações libidinosas, denotando graves comprometimentos psíquicos e morais dos seus autores.

É mais comum entre indivíduos do sexo masculino com graves problemas de relacionamento sexual, na maioria das vezes por serem portadores de complexo ou sentimento de inferioridade. São quase sempre portadores de personalidade tímida, que se sentem impotentes e incapazes de obter satisfação sexual com mulheres adultas. Geralmente, são portadores de distúrbios emocionais que dificultam um relacionamento sexual normal. Há até os que se aproveitam da condição de membros ou participantes de entidades respeitáveis que tratam de problemas de menores.

Quando em indivíduos de baixa renda, estes distúrbios quase sempre vêm acompanhados do uso de bebidas alcoólicas e, em muitos, casos são de contatos incestuosos envolvendo filhos, enteados ou parentes próximos. Na maioria dos casos, a criança é ameaçada, submetendo-se a estes atos, temendo represália do adulto”.⁷³

Essa relação abominável pode ser tanto heterossexual como homossexual.

Ultimamente, o mundo tem convergido esforços no sentido de combater os pedófilos que se utilizam, principalmente, da *Internet* para atrair suas vítimas inocentes.

As sequelas que esses abusos sexuais produzem em nossas crianças são, muitas vezes, irreparáveis.

Em muitos casos, infelizmente, a pequena vítima guarda para si a violência que vem sofrendo por parte do pedófilo, pois, em virtude do abalo psicológico a que é submetida, sente-se amedrontada em contar o fato a qualquer pessoa, principalmente a seus familiares.

Existe uma técnica para se descobrir se uma criança está sendo vítima de algum abuso sexual, principalmente o estupro. São traços comuns, característicos dessa espécie de criminalidade, que afloram nas crianças que são submetidas a essas atrocidades. Guilherme

Schelb, com precisão, aponta três tipos de indicadores de abuso sexual, a saber: “a) Indicadores físicos da criança e do adolescente * Infecções urinárias.

- * Dor ou inchaço na área genital ou anal.
- * Lesão ou sangramento genital ou anal.
- * Secreções vaginais ou penianas.
- * Doenças sexualmente transmissíveis.
- * Dificuldade de caminhar ou sentar.
- * Falta de controle ao urinar (incontinência urinária).
- * Enfermidades psicossomáticas (doenças de pele ou digestivas etc.).

b) Comportamento da criança e do adolescente

- * Comportamento sexual inadequado para a idade ou brincadeiras sexuais agressivas.
- * Palavras de conotação sexual incompatíveis com a idade.
- * Falta de confiança em adultos.
- * Fugas de casa.
- * Alegações de abuso.
- * Ideias e tentativas de suicídio.
- * Autoflagelação (o jovem fere o próprio corpo).
- * Terror noturno (sono agitado em que a criança acorda com medo, no meio da noite, normalmente chorando ou gritando).

c) Comportamento da família (quando conivente ou autora da violência) * Oculta frequentemente o abuso.

- * É muito possessiva, negando à criança contatos sociais normais.
- * Acusa a criança de promiscuidade, sedução sexual e atividade sexual fora de casa.
- * Afirma que o contato sexual é uma forma de amor familiar”.⁷⁴

A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do REsp 1.498.662/RS, ressaltando a necessidade de obediência ao princípio da segurança jurídica, decidiu acompanhar o entendimento assentado nas duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser possível atribuir à Justiça da Infância e Juventude, entre outras competências, a de processar e julgar crimes de natureza sexual praticados contra crianças e adolescentes (REsp 1.498.662/RS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, 6^a T., j. 12/02/2015, DJe 26/06/2015) (STJ, RHC 39.525/AC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 12/05/2016).

A Justiça Federal é competente, conforme disposição do inciso V do art. 109 da Constituição da República, quando se tratar de infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, como é caso do racismo, previsto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário, assim como nos crimes de guarda de moeda falsa, de tráfico internacional de entorpecentes, de tráfico de mulheres, de envio ilegal e tráfico de menores, de tortura, de pornografia infantil e pedofilia e corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais (STJ, CC 132.984/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, S3, DJe 02/02/2015).

Erro de proibição e vítima já prostituída Pode ocorrer que o agente tenha relação sexual com vitima

menor de 14 (catorze) anos que, infelizmente, já tenha ingressado no “mundo da prostituição”. Assim, imagine-se o exemplo em que um caminhoneiro, em um Posto de Gasolina localizado à beira de uma estrada, seja abordado por uma menina que, sabidamente, tinha 13 anos de idade, mas que já se prostituía desde os seus 12 anos. Nesse caso, se o agente vier a manter algum tipo de ato libidinoso com ela, deverá ser responsabilizado pelo delito de estupro de vulnerável? Embora a resposta precise depender, efetivamente, do caso concreto, dificilmente poderá ser aceito o argumento do erro de proibição, uma vez que os meios de comunicação de massa estão, nos últimos anos, desenvolvendo um intenso trabalho de conscientização da população no que diz respeito à pedofilia, ou seja, a relação sexual com crianças e adolescentes (menores de 14 anos) que se encontram nessa situação de vulnerabilidade.

Assim, por mais que o fato de estar a vítima, menor de 14 anos, comercializando o próprio corpo, a população em geral tem conhecimento de que praticar com ela algum tipo de ato libidinoso, aqui incluída, obviamente, a conjunção carnal, é um comportamento ilícito, razão pela qual o agente deverá ser condenado pelo delito em estudo.

A condição objetiva prevista no art. 217-A

do Código Penal encontra-se presente, *in casu*, porquanto suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou nestes autos, para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima (STJ, AgRg. no REsp. 1418859/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6^a T., DJe 10/4/2014).

Aplicação retroativa do art. 217-A Não obstante a Lei nº 12.015/2009, ao tipificar o delito de atentando violento ao pudor contra vítima menor de 14 anos, previsto no art. 214 do Código Penal, como “estupro de vulnerável” (art. 217-A do Código Penal), tenha determinado o recrudescimento da pena, deve ela retroagir, por ser mais benéfica, uma vez que referida lei também determinou a revogação da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90. É vedada a combinação de leis, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, devendo o magistrado analisar o caso sob o enfoque de ambas as leis, a anterior e a posterior, aplicando-se, na sua integralidade, aquela mais favorável ao réu (STJ, HC 337.740/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 16/09/2016).

Quanto ao delito de estupro de vulnerável, a jurisprudência desta Corte assentou que o crime praticado contra menor de 14 anos, mediante violência ou grave ameaça, que anteriormente tinha a pena mínima prevista para seis anos, aumentada em metade em razão do disposto no art. 9º da Lei nº 8.072/90, alcançando nove anos, com o advento da Lei nº 12.015/2009, passou a ter previsão de pena mínima de oito anos, nos termos do art. 217-A do Código Penal. A alteração, por ser mais benéfica, deve retroagir, aplicando-se a lei nova por inteiro (STJ, HC 262.367/GO, Rel. Min. Ericson Maranho, Desembargador convocado do TJ-SP, 6^a T., DJe 31/03/2015).

O novel diploma legal promoveu a inserção, no art. 213 do CP, da conduta antes prevista no art. 214 do mesmo estatuto, de forma que persiste ela no ordenamento jurídico. As condutas praticadas pelo peticionário, nos dias de hoje, com as modificações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009, seriam tipificadas como estupro de vulnerável, a vista do disposto no art. 217-A do CP, considerando-se que as vítimas eram todas menores de catorze anos quando ele passou a, na denominação legal vigente, estuprá-las. Para esta hipótese, a pena cominada em abstrato vai de 8 a 15 anos de reclusão, caso típico de *novatio legis in pejus*, situação mais gravosa que não pode retroagir para alcançar fatos passados. Alteração do regime prisional para o inicial fechado diante dos termos inequívocos da Lei nº 11.464/2007 (TJSP, AC 990090854065, Rel. Otávio de

Almeida Toledo, DJe 2782012).

A Lei nº 12.015/2009 revogou, também, o art. 224 do CPB, que tratava da presunção de violência no crime sexual praticado contra vítima menor de 14 anos de idade, alienada ou débil mental ou que, por qualquer outra causa, não pudesse oferecer resistência. Tais hipóteses estão previstas, agora, no novo art. 217-A do CPB, que traz o tipo penal denominado estupro de vulnerável. Portanto, a conduta imputada ao apelante está subsumida, na atualidade, no tipo penal descrito no art. 217-A do CPB. Embora o parâmetro de penas abstratamente cominadas para esse novo tipo penal (art. 217-A: 8 a 15 anos de reclusão) seja mais severo em relação aos tipos penais pelos quais o recorrente foi condenado (arts. 213 e 214: 6 a 10 anos de reclusão), deverá, ainda assim, ser aplicada a Nova Lei Penal, uma vez que, com a sua redação, será afastado o concurso material dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, beneficiando, em muito, o recorrente (TJPE, APL 0180393-6, São José do Belmonte, 4ª Câm. Crim., Rel. Des. Marco Antônio Cabral Maggi, j. 28/7/2010, DJEPE 482010).

Verossimilhança da palavra da vítima vulnerável

A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos contra liberdade sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. Precedentes (STJ, HC 326.991/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 21/09/2016).

Vítima de 5 anos de idade que, de forma inequívoca e coerente, relatou alguns dos detalhes da prática delituosa. Palavra da vítima que se reveste de crucial importância em delitos desta natureza. Parecer Social conclusivo no sentido de que a revelação do abuso sexual parece causar desconforto para a criança, que vem sendo revitimizada em várias ocasiões sucessivas, verbaliza de forma articulada, demonstrando clareza com o ocorrido. Defesa infundada e dissociada das provas dos autos, lastreada, exclusivamente, nas opiniões de amigos do réu que não presenciam os fatos (TJ-RJ, AC 0000903-17.2013.8.19.0053, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 04/03/2015).

A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos (STJ, AgRg no AREsp 608.342/PI, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, Desembargador convocado do TJ-SP, 5ª T., DJe 09/02/2015).

Prescrição

Vide art. 111, V do CP.

Atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual

Vide Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013, que determina que os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social, considerando como violência sexual qualquer forma de atividade sexual não consentida, nos termos dos arts. 1º e 2º do referido diploma legal.

Diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS)

Vide Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013.

Identificação do perfil genético

O art. 9-A e seus parágrafos, incluídos na Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, dizem, textualmente: *Art. 9º-A Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.*

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Em 12 de março de 2013, foi editado o Decreto nº 7.950, que instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, no âmbito do Ministério da Justiça, tendo aquele o objetivo de armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes, e tendo este último, vale dizer, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, o objetivo de permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Estupro de vulnerável e importunação ofensiva ao pudor A contravenção penal descrita no art. 61 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de importunar alguém, de modo ofensivo ao pudor, o que não se aplica a crianças menores de 14 anos (STJ, REsp 1.273.776/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 21/06/2016).

Prioridade de tramitação do processo de estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3^a e 4º)

A Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016, acrescentou o art. 394-A ao Código de Processo Penal, determinando, *verbis*: *Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.*

Corrupção de menores Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: (*Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

(*Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.*) **Parágrafo único.** (Vetado).

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, dando nova redação ao art. 218 do Código Penal, passou a entender como *corrupção de menores* o fato de *induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem*.

Trata-se, na verdade, de uma modalidade especial de lenocínio, em que o agente presta assistência à libidinagem de outrem, tendo ou não a finalidade de obter vantagem econômica. Hungria afirma que, “a nota diferencial, característica do lenocínio (em cotejo com os demais crimes sexuais), está em que, ao invés de servir à concupiscência de seus próprios agentes, opera, em torno da lascívia alheia, a prática sexual *inter alios*. E esta é uma nota comum entre *proxenetas, rufiões e traficantes de mulheres*: todos *corvejam* em torno da libidinagem de outrem, ora como mediadores, fomentadores ou auxiliares, ora como especuladores parasitários. São moscas da mesma cloaca, vermes da mesma podridão. No extremo ponto da escala de indignidade, porém, estão, por certo, os que agem *lucri faciendi causa*: o proxeneta de ofício, o rufião habitual, o ‘marchante’ de mulheres para as feiras de Vênus Libertina. De tais indivíduos se pode dizer que são os espécimes mais abjetos do gênero humano. São *ténias* da prostituição, os *parasitas* do vil mercado dos prazeres sexuais. Figuras típicas da *malavita*. Constituem, como diz Viazzi, um peso morto na luta solidária para a consecução dos fins coletivos. As meretrizes (segundo o tropo do padre Vieira) ‘comem do próprio corpo’, e essa ignóbil caterva de *profiteurs* disputa bocados e nacos no prato de tal infâmia”.⁷⁵

Genial a passagem escrita pelo maior penalista que o Brasil já conheceu. Se Hungria já se indignava com a existência do proxeneta tradicional, que diria ele a respeito daquele que, como ocorre nos dias de hoje, explora nossas crianças e adolescentes menores de 14 (catorze) anos? Esses, realmente, fazem parte da escória da sociedade. Não se importam em macular sexualmente aqueles que ainda se encontram em processo de desenvolvimento.

Aquele que pratica o lenocínio é conhecido como *proxeneta*. O proxenitismo, em virtude das alterações ocorridas no Código Penal, abrange as cinco figuras típicas constantes dos arts. 218, 218-B, 227, 228 e 229, que preveem, respectivamente, os delitos de *corrupção de menores, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, mediação para servir a lascívia de outrem, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual e casa de prostituição*.

Inicialmente, vale ressaltar que, em sua redação original, o art. 218 do Código Penal entendia como delito de *corrupção de menores* a conduta de *corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou a presenciá-lo*. A nova redação constante do art. 218 do Código Penal mudou significativamente seus elementos, uma vez que o tipo

penal prevê o delito de *corrupção de menores* quando o agente induz alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.

Assim, de acordo com a redação legal, podemos apontar os seguintes elementos que integram a mencionada figura típica: a) a conduta de *induzir alguém*; b) com a finalidade de *satisfazer a lascívia de outrem*.

O núcleo *induzir* é utilizado no sentido não somente de incutir a ideia na vítima, como também de convencê-la à prática do comportamento previsto no tipo penal. A vítima, aqui, é convencida pelo proxeneta a satisfazer a lascívia de outrem.

Por *satisfazer a lascívia* somente podemos entender aquele comportamento que não imponha à vítima, menor de 14 (catorze) anos, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, uma vez que, nesses casos, teria o agente que responder pelo delito de estupro de vulnerável, em virtude da regra constante do art. 29 do Código Penal, que seria aplicada ao art. 217-A do mesmo diploma repressivo.

Assim, por exemplo, poderia o agente induzir a vítima a fazer um ensaio fotográfico, completamente nua, ou mesmo tomar banho na presença de alguém, ou simplesmente ficar deitada, sem roupas, fazer danças eróticas, seminua, com roupas minúsculas, fazer *streach tease* etc., pois que essas cenas satisfazem a lascívia de alguém, que atua como *voyeur*.

O *voyeurismo* é uma prática que consiste num indivíduo conseguir obter prazer sexual observando de outras pessoas, que podem ou não ter conhecimento da sua presença.

Assim, é importante frisar que, em nenhum momento, a vítima menor de 14 (catorze) anos poderá ser submetida à conjunção carnal ou a outros atos libidinosos, pois que, se isso ocorrer, estaremos diante do delito de estupro de vulneráveis, tipificado no art. 217-A do Código Penal, e não o crime de corrupção de menores, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Por isso, não podemos concordar com Guilherme de Souza Nucci quando afirma que “o atual art. 218 criou uma modalidade de exceção pluralística à teoria monística, impedindo a punição do partícipe de estupro de vulnerável, pela pena prevista para o art. 217-A, quando se der na modalidade de induzimento”.⁷⁶

Quando a lei penal menciona, na sua parte final, que a vítima deverá ser induzida a satisfazer a lascívia *de outrem*, está afirmado, consequentemente, que deverá ser *uma pessoa ou grupo de pessoas determinadas*, pois, conforme adverte corretamente Rogério Sanches Cunha, “se o agente induz a vítima a satisfazer a lascívia de um número indeterminado de pessoas, o crime passará a ser o de favorecimento da prostituição (art. 218-B do CP).”⁷⁷

A nota característica do lenocínio é que o proxeneta atua não no sentido de satisfazer sua libido, mas sim de satisfazer a lascívia de outrem, de terceira pessoa.

A Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou, em profundidade, os crimes de corrupção de menores, previstos no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ela ainda revogou, expressamente, a Lei nº 2.252/1954, que também tratava desse instituto. O art. 218 do Código Penal visa evitar a mácula sexual daqueles em processo de desenvolvimento, definindo corrupção de menores como a conduta de ‘[i]nduzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem’. O art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, tem o escopo de proteger a formação moral, punindo quem ‘corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la’, para evitar sua incursão no mundo da criminalidade. Nesse contexto, verifica-se uma lacuna legislativa, em consonância com a nova sistemática para a delicada questão da tutela da dignidade sexual dos menores, no caso da prática consentida de conjunção carnal ou ato de libidinagem com adolescente maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos, que não esteja inserido em um contexto de favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual, como é o caso dos autos. Recurso provido para absolver o Réu, com fundamento nos arts. 2º e 107, inc. III, do Código Penal (STJ, REsp. 1218392/PR, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T, DJe 28/5/2012).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo, pois que o delito somente se configurará se o induzido for alguém menor de 14 (quatorze) anos; doloso; material; de forma livre; comissivo (podendo ser praticado via omissão, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); instantâneo; incongruente; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (não havendo necessidade, como regra, de prova pericial, tratando-se de infração penal que não deixa vestígios).

Embora evidenciada a presença do menor na prática do delito, restou ausente prova da efetiva corrupção, tornando impositiva a absolvição, por se tratar de crime material, conforme se tem decidido neste órgão fracionário (TJRS, Ap. Crim. 70046008330, Rel.^a Des.^a Isabel de Borba Lucas, j. 30/5/2012).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo art. 218 do Código Penal é a dignidade sexual do menor de 14 (quatorze) anos, bem como o direito a um desenvolvimento sexual condizente com a sua idade.

O objeto material é a pessoa contra a qual recai a conduta praticada pelo agente, vale dizer, aquela, menor de 14 (catorze) anos, que foi induzida a satisfazer a lascívia de outrem.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *corrupção de menores*, não havendo nenhuma qualidade ou condição especial exigida pelo tipo, sendo, portanto, um delito de natureza comum.

No que diz respeito ao sujeito passivo, somente alguém menor de 14 (catorze) anos pode figurar nessa condição, seja do sexo masculino ou feminino.

Consumação e tentativa

Embora o núcleo *induzir* nos dê a impressão de que a consumação ocorreria no momento em que a vítima, menor de 14 (catorze) anos, fosse convencida pelo agente a satisfazer a lascívia de outrem, somos partidários da corrente que entende seja necessária a realização, por parte da vítima, de pelo menos algum ato tendente à satisfação da lascívia de outrem, cuidando-se, pois, de delito de natureza material.

Em sentido contrário, Paulo Busato preleciona que: “A consumação do crime se dá com a produção do resultado de indução, que é o convencimento do menor a realizar o ato que deverá conduzir à satisfação para a lascívia de terceiro.

É muito importante notar que, ao tratar-se da corrupção de menor, ao ter por objetivo jurídico a salvaguarda do seu desenvolvimento sexual adequado, não é necessário o resultado da efetiva satisfação da lascívia de terceiro, bastando que tenha havido efetivamente a indução do menor e que este tenha-se convencido a realizar ato tendente à satisfação da lascívia de terceiro.”⁷⁸

Tratando-se de um crime plurissubstancial, no qual se permite o fracionamento do *iter criminis*, torna-se perfeitamente admissível a tentativa. Assim, imagine-se a hipótese em que a vítima, menor de 14 (catorze) anos, depois de ser induzida pelo agente à satisfação da lascívia de outrem, é impedida, por circunstâncias alheias à vontade do agente, momentos antes de realizar o comportamento que se adequaria ao tipo penal em estudo, quando, por exemplo, são descobertos em determinado cômodo de uma residência, por seu proprietário, que os expulsa daquele lugar, evitando, assim, a consumação do delito.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção de menores*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida a induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a praticar qualquer ato que tenha uma conotação sexual capaz de satisfazer a lascívia de outrem.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *induzir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, também ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática da infração penal.

Causas de aumento de pena

Vide arts. 226 e 234-A do Código Penal, com as discussões que lhe são pertinentes, levadas a efeito quando do estudo do art. 213 do mesmo diploma repressivo.

Tendo em vista a limitação contida no tipo penal, pois que o menor de 14 (catorze) anos

não poderá praticar a conjunção carnal ou mesmo outro ato libidinoso com o agente, será de difícil ocorrência a hipótese em que sejam aplicadas as majorantes constantes do art. 234-A do Código Penal.

Pena, ação penal e segredo de justiça

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, não somente modificou a redação constante do preceito primário do art. 218 do Código Penal, como também a pena cominada em seu preceito secundário, passando a prever uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*, nos termos do parágrafo único do art. 225 do Código Penal.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Habitualidade O delito de corrupção de menores, mesmo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, não se encontra no rol daquelas infrações penais reconhecidas como habituals.

Portanto, basta que a conduta do agente seja dirigida, por uma única vez, a fazer com que a vítima atue no sentido de satisfazer a lascívia de outrem para que o delito reste consumado.

A habitualidade, aqui, poderá, se for o caso, importar no reconhecimento do concurso de crimes, aplicando-se as regras constantes dos arts. 69 ou 71 do Código Penal, dependendo do caso concreto.

Terceiro que satisfaz sua lascívia com a vítima menor de 14 (catorze) anos Aquele que vê satisfeita sua lascívia em virtude do comportamento praticado pelo proxeneta não pratica o delito tipificado no art. 218 do Código Penal, que exige do sujeito ativo que atue no sentido de satisfazer a lascívia de outrem, e não a própria.

Erro de tipo quanto à idade da vítima Para que o agente possa responder pelo delito tipificado pelo art. 218 do Código Penal, deverá, obrigatoriamente, ter conhecimento da idade da vítima, pois, caso contrário, poderá ser responsabilizado pela infração penal prevista pelo art. 227 do mesmo diploma legal.

Prova da idade da vítima Para que o agente possa ser responsabilizado criminalmente pelo delito tipificado no art. 218 do Código Penal, deverá, obrigatoriamente, ser provada nos autos a idade da vítima, por meio de documento próprio (certidão de nascimento, documento de identidade etc.), pois que o art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, determina que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Vítima que é induzida a satisfazer a lascívia de outrem pela Internet Pode ocorrer que a vítima, menor de 14 (catorze) anos, seja induzida pelo proxeneta a se exibir para alguém pela Internet, via webcan, fazendo streaptease. Nesse caso, seria possível a configuração do delito de corrupção de menores? A resposta só pode ser positiva. Isso porque o art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a nova

redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.829/2008, pune, com uma pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, aquele que vier a produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente, sendo que o § 1º do referido artigo diz que incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de crianças ou adolescentes nas cenas referidas no caput do artigo, ou ainda quem com esses contracena.

Como se percebe pela leitura do art. 240 do mencionado estatuto, não houve previsão legal para o comportamento de, simplesmente, *assistir* à exibição erótica do menor de 14 (catorze) anos, sendo necessário, para efeitos de configuração do delito, que o agente, ao menos, registre a cena, ou seja, grave as imagens em seu computador, por exemplo, para que o proxeneta possa ser responsabilizado.

No entanto, o induzimento à exposição do menor de 14 (catorze) anos por *webcan* já se configurará como delito de corrupção de menores, se a finalidade for a satisfação da lascívia de outrem.

Corrupção de menores no estatuto da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/1990) A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 revogou, expressamente, a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que previa o crime de corrupção de menores, criando, por outro lado, o art. 244-B no Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz, verbis: Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas alitipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da Internet.

§ 2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

A redação constante do *caput* do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente é muito parecida com a do revogado art. 1º da Lei nº 2.252/1954.

Aqui, embora não exista mais essa rubrica, haverá a corrupção de menores quando o agente praticar uma infração penal em companhia do menor ou induzi-lo a praticá-la. Procura-se evitar, com a tipificação levada a efeito pelo referido art. 244-B, que o menor seja iniciado na criminalidade, corrompendo a sua formação moral.

Deve-se notar, ainda, que o art. 244-B da Lei nº 8.069/1990 aponta que o menor deve ter idade inferior a 18 anos, não determinando idade mínima. Assim, se um roubo, por exemplo, for praticado pelo agente em companhia de um menor que contava, à época dos fatos, com 13 anos de idade, em tese, poderá configurar-se o delito tipificado na lei especial. Agora, no

entanto, se o fato for praticado em companhia de uma criança de apenas 2 anos de idade, não se poderá cogitar da infração penal em estudo, devendo-se aplicar, pois, o princípio da razoabilidade.

Entendemos que, para efeito de configuração do delito, deverá ser demonstrado que, com a prática da infração penal, houve a efetiva corrupção ou, pelo menos, a facilitação da corrupção do menor de 18 (dezoito) anos, pois, caso contrário, o fato deverá ser considerado atípico. Assim, imagine-se a hipótese em que um menor tenha participado no cometimento de uma infração penal levada a efeito por um agente imputável e, logo após, arrepende-se do que fez e deixa de praticar qualquer outro ato infracional, levando uma vida “normal”, de acordo com os padrões legais exigidos. Não se pode dizer, nesse caso, que o agente tenha corrompido ou facilitado a corrupção do referido menor, razão pela qual devemos entender pelo afastamento do tipo penal do art. 244-B da Lei nº 8.069/1990.

Da mesma forma, se a vítima já se encontrava corrompida, sendo, outrossim, pessoa voltada à prática de infrações penais, também não se poderá cogitar do reconhecimento do delito em estudo, podendo-se levar a efeito o raciocínio relativo ao crime impossível, em virtude da absoluta improriedade do objeto.

Nossos Tribunais Superiores, no entanto, diante da revogada Lei nº 2.252/1954, cujo art. 1º tinha a redação similar àquela prevista pelo art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, já haviam decidido o seguinte: A Terceira Seção deste Superior Tribunal, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.127.954/DF, ocorrido em 14/12/2011, pacificou o entendimento de que “Para a configuração do crime de corrupção de menores, atual art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal, cujo bem jurídico tutelado pela norma visa, sobretudo, a impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal” (REsp nº 1.127.954/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3^a S., DJe 1º/02/2012). Incidência da Súmula nº 500 do STJ (STJ, AgRg no AREsp 432.091/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6^a T., DJe 03/08/2015).

A Terceira Seção desta Corte já se pronunciou, em sede de recurso representativo da controvérsia (Recurso Especial nº 1.127.954/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze), no sentido de que o crime de corrupção de menores é delito formal, no qual é desnecessária a comprovação da efetiva corrupção da vítima (STJ, AgRg. no REsp. 1133753/MG, Rel. Min. Og Fernandes, 6^a T., DJe 5/3/2012).

O STJ, consolidando seu posicionamento, editou a Súmula nº 500, publicada no DJe de 28 de outubro de 2013, que diz: **Súmula nº 500. A configuração do crime previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.**

Em sentido contrário, entendendo pela natureza material do delito, decidiu o TJMG: o crime de corrupção de menores, descrito no art. 1º da Lei nº 2.252/1954, em qualquer das suas duas formas de conduta – corromper ou facilitar a corrupção –, tem a natureza de crime material, que se configura em face do resultado, sendo, portanto, necessário para a sua configuração que se demonstre a efetiva corrupção do adolescente (STJ) (TJMG, ACR 1.0024.06. 249627-8/001, 2ª Cam. Crim., Rel.ª Beatriz Pinheiro Caires, pub. 1º/2/2008).

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 previu, no § 1º do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, que as condutas nele elencadas poderiam ser praticadas com a utilização de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de “bate-papo” na Internet.

Inúmeros delitos podem ser praticados pelos meios apontados no referido parágrafo, desde delitos patrimoniais, até crimes que envolvam a ação de pedófilos. Se o comportamento criminoso for praticado em companhia de menor de 18 anos, mesmo que virtualmente, também se poderá cogitar do delito em análise.

O § 2º do art. 244-B diz que as penas previstas no *caput* são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Abolitio criminis e corrupção de menores tipificada pelo art. 218 do Código Penal, anteriormente à modificação trazida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009

Rogério Sanches Cunha adverte: “Os três comportamentos típicos trazidos pelo antigo *caput* do art. 218 do CP, tratando-se de vítima *maior de 14 e menor de 18 anos*, foram abolidos (supressão da figura criminosa), devendo retroagir nos termos do art. 2º do CP”.⁷⁹

Ao paciente se imputa a prática do crime do artigo 218 do Código Penal, redação anterior à Lei nº 12.015/2009, corrupção de menores, fato que se afirma ocorrido entre 2004 e 2007, quando a vítima era maior de quatorze e menor de dezoito anos de idade. Sucede que a Lei nº 12.015/2009 alterou a redação do artigo 218 do Código Penal para a seguinte: “Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem. Pena. reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”. A nova conduta não se identifica com a anteriormente descrita na norma, que era: “Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo. Pena. reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.” A antiga conduta, em que não há o dissenso da vítima, não é reproduzida em qualquer dos novos dispositivos do Título VI do Código Penal. Com efeito, havido o consenso da pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos, não há tipo penal novo que corresponda ao anterior. E, conforme o artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, com a redação da Lei nº 12.015/2009, só há cogitar de corrupção de menores com a prática ou a indução à prática de “infração penal”. Já a nova conduta do inc. I do § 2º do novo artigo 218-B do Código Penal pressupõe situação de prostituição ou outra forma de exploração sexual do menor, estranhas à hipótese sob exame. Ocorreu a *abolitio criminis*. Julgada extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 107, inc. III, do Código Penal (TJDF, Rec. 2009.00.2.008817-7,

Ac. 383.346, 1ª T. Crim., Rel. Des. Mario Machado, DJDFTE 11/11/2009, p. 134).

Prescrição

Vide art. 111, V, do CP.

Corrupção de menores no Código Penal Militar

Vide art. 234 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente
(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) **Art. 218-A.** Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Introdução

O delito de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente* foi inserido no Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, vindo, outrossim, a cobrir uma falha existente em nosso ordenamento jurídico, que não previa essa situação.

A redação anterior do delito de *corrupção de menores*, previsto no já modificado art. 218 do Código Penal, somente tipificava o comportamento daquele que corrompia ou facilitava a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, fazendo com que presenciasse a prática de atos de libidinagem. Se a vítima fosse menor de 14 (catorze) anos, em virtude dessa falha legislativa, o fato era considerado atípico, por ausência de previsão legal tanto pelo Código Penal, quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Agora, de acordo com o novo art. 218-A do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos que informam a figura típica: *a)* a conduta de *praticar* conjunção carnal ou outro ato libidinoso; *b)* na presença de alguém menor de 14 (catorze anos); *c)* ou induzi-lo a presenciar a prática desses atos; *d)* com a finalidade de satisfazer a lascívia própria ou de outrem.

Para que ocorra o delito em estudo, é necessário que o agente esteja praticando a conjunção carnal ou outro ato libidinoso na presença de menor de 14 (catorze) anos. Inicialmente, pela redação do artigo em estudo, podemos concluir que, na primeira hipótese, embora o agente não tivesse induzido o menor a presenciar o ato sexual que estava sendo realizado, sabia que este a tudo assistia e, em virtude disso, permite que ali permaneça, pois que isso também é uma forma de satisfazer a sua própria libido ou mesmo a de outrem.

Assim, a presença do menor, que a tudo assiste, é um motivo também de prazer sexual para o agente. É mais uma maneira de exteriorizar sua libido. Saber que o menor assiste à cena

estimula o agente à prática dos atos sexuais, pois que isso também lhe dá prazer.

Por outro lado, o artigo menciona também que o menor de 14 (catorze) anos, embora não realize nenhum ato de natureza sexual, é induzido pelo agente a presenciar, a assistir à prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O núcleo *induzir* nos dá a ideia de que o agente havia convencido o menor a presenciar os atos sexuais.

No tipo penal em estudo, o que podemos entender por lascívia? Conforme lições de Noronha, “lascívia é sinônimo de sensualidade, luxúria, concupiscência e libidinagem”.⁸⁰ Assim, aquele que permite que um menor de 14 (catorze) anos presencie a prática de atos sexuais (conjunção carnal ou outro ato libidinoso), ou mesmo que o induz a presenciá-los, deve ter por finalidade uma dessas características apontadas por Noronha, pois, caso isso não ocorra, isto é, ausente essa finalidade especial exigida pelo tipo, o fato deverá ser considerado como atípico.

De acordo com a redação legal, a finalidade do agente, ao permitir ou o induzir que o menor assista à prática dos atos sexuais pode ser tanto dirigida à satisfação da sua própria lascívia, como à de terceiros. Pode ocorrer que alguém se satisfaça sexualmente em saber que o menor de 14 (catorze) anos assiste, por exemplo, à prática da conjunção carnal. Nesse caso, pode ser até mesmo uma terceira pessoa, que não esteja participando dos atos sexuais que estão sendo presenciados pelo menor de 14 (catorze) anos. Seu *voyeurismo*, sua “tara sexual” pode se resumir ao fato de saber que aquela pessoa vulnerável assiste ao ato sexual praticado por outro.

A masturbação na frente de menor constitui crime autônomo de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (TJ-DFT, Processo: 20120110003885APR, Rel.^a Des.^a Sandra de Santis, DJe 26/09/2016).

Prova é certeira no sentido de que apelante induziu um adolescente de 13 anos de idade, a presenciar vídeos e fotografias contendo atos libidinosos, a fim de satisfazer a lascívia própria. Conforme se observa dos registros do aplicativo “WhatsApp” encartado nos autos (doc. 00013), o apelante enviou várias mensagens para o celular do menor, com fotos e vídeos com imagens de seus órgãos genitais e cenas de masturbação, bem como constantemente solicitava que a vítima se masturbasse e filmasse a cena para lhe enviar (TJ-RJ, AC 0289749-51.2014.8.19.0001, Rel. Des. Gilmar Augusto Teixeira, DJe 24/02/2016).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo, pois que somente o menor de 14 (catorze) anos pode figurar nessa condição; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor, nos termos do § 2º do art. 13 do Código Penal); incongruente; de mera conduta; de perigo; de forma vinculada (pois que se exige que o menor presencie a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso); monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Os bens juridicamente protegidos pelo art. 218-A do Código Penal são o desenvolvimento e a dignidade sexual do menor de 14 (quatorze) anos.

O objeto material é o menor de 14 (catorze) anos que presencia a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a lascívia do agente que pratica os atos sexuais, ou mesmo de outrem.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeito ativo pode ser considerado tanto o agente que pratica os atos sexuais presenciados pelo menor de 14 (catorze) anos, ou mesmo um terceiro, que satisfaz a sua lascívia sabendo da presença do menor naquele local.

Sujeito passivo é o menor de 14 (catorze) anos, que presencia a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso.

Renato Marcão e Plínio Gentil, corretamente, advertem que: “É preciso que o sujeito passivo, que presencia o ato libidinoso de terceiro, tenha idade suficiente para sofrer alguma influência do que presencia, no sentido de que aquilo seja minimamente compreendido por ele, a ponto de poder corrompê-lo sexualmente, afetando sua moral sexual. Lembre-se que o atual art. 218-A é parcialmente extraído do antigo tipo penal de corrupção de menores.

Dessa maneira, não é possível cogitar-se da configuração do crime quando o menor é de tão pouca idade que, por não possuir discernimento algum, ou possuí-lo em grau ainda incipiente, é incapaz de ser atingido pelo sentido libidinoso do ato que presencia.”⁸¹

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o menor de 14 (catorze) anos, efetivamente, presencia a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, satisfazendo, assim, a lascívia do agente que pratica os atos sexuais, ou mesmo de terceiro.

Rogério Sanches Cunha, no entanto, subdivide as hipóteses dizendo que: “A consumação depende da modalidade delituosa. Na primeira, praticar na presença de pessoa menor de 14 anos, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, o crime se perfaz somente com a efetiva realização do ato sexual. Já na segunda, induzir a presenciar, o delito se caracteriza com a realização do núcleo, independentemente da concretização do ato de libidinagem.”⁸²

Tratando-se de um crime plurissubstancial, no qual se permite o fracionamento do *iter criminis*, torna-se perfeitamente admissível a tentativa. Assim, imagine-se a hipótese em que um menor de 14 (catorze) anos seja induzido a presenciar a prática da conjunção carnal e, antes que os envolvidos no ato sexual tirassem as roupas, são surpreendidos pelo pai do referido menor, que impede a consumação do delito. Nesse caso, poderíamos raciocinar com a

hipótese de tentativa.

Para Rogério Sanches Cunha, no exemplo por nós fornecido, pelo que se percebe da posição por ele assumida, a infração penal já estaria consumada com a simples indução.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que o agente, negligentemente, permita que uma criança presencie a prática de algum ato libidinoso, em virtude de ter se descuidado em trancar a porta, ou mesmo por tê-la deixado entreaberta. Nesse caso, o fato deverá ser considerado como um indiferente penal.

Além disso, exige-se o chamado *especial fim de agir*, vale dizer, o agente deverá praticar o comportamento previsto pelo tipo penal com a finalidade de satisfazer a lascívia própria ou de outrem.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *praticar* ou *induzir* a presenciar pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, na qualidade de garantidor, mesmo podendo e devendo, nada fizer para evitar que o menor de 14 (catorze) anos presencie a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, que tinha por finalidade a satisfação da lascívia de outrem.

Causas de aumento de pena

Vide artigos 226 e 234-A do Código Penal.

Pena, ação penal e segredo de justiça

A pena cominada ao delito de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente* é de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*, de acordo com o parágrafo único do art. 225 do Código Penal.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Menor de 14 (catorze) anos que é induzido a presenciar cenas pornográficas através da Internet O tipo

penal em exame não exige a presença física do menor que foi, por exemplo, induzido a presenciar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a lascívia própria ou de outrem.

Com o avanço da tecnologia, principalmente a da Internet, nada impede que alguém induza um menor a assistir, via *webcam*, a um casal que se relacionava sexualmente. O casal, a seu turno, também praticava o ato sexual visualizando o menor pelo computador.

Assim, embora à distância, o delito poderia ser perfeitamente praticado.

Em sentido contrário, Cezar Roberto Bitencourt, a nosso ver sem razão, assevera que: “O indivíduo deve estar, pessoalmente ou, dito de outra forma, “de corpo presente” onde se desenrola o acontecimento libidinoso. Em outros termos, *na presença*, ou *presenciar*, significa estar presente, ver, assistir *in loco*, e não, indiretamente, via qualquer mecanismo tecnológico, físico ou virtual, como permitiria o mundo tecnológico.”⁸³

Concurso de Agentes Analisando o art. 218-A do Código Penal, podemos concluir que alguém pode ter induzido o menor a presenciar um casal praticando a conjunção carnal, por exemplo, com a finalidade de satisfazer lascívia própria.

Aqui, tanto o agente, que induz o menor, quanto o casal, que realiza o ato sexual, serão responsabilizados pelo delito em estudo, aplicando-se a regra do concurso de pessoas, cada qual contribuindo, com o seu comportamento, para a prática do crime.

Pais que tomam banho juntamente com seus filhos Não é incomum o fato de alguns pais tomarem banho juntamente com seus filhos. Nesse caso, por mais que pareça erótica a cena, se não houver a finalidade de satisfação da lascívia própria ou de outrem, o fato será considerado atípico.

No entanto, infelizmente, em alguns lares, os abusos sexuais de pais para com seus filhos são constantes. Nesses casos, se for demonstrado que o pai, ou mesmo a mãe, que tomava banho juntamente com seu filho, agia de modo a satisfazer sua lascívia – como, por exemplo, se masturbando na presença do menor de 14 (catorze) anos –, o delito restará configurado.

Família que vive em barracos ou outra residência precária O Brasil ainda está longe de cumprir com suas funções sociais, principalmente aquelas elencadas em nossa Constituição Federal. Por isso, ainda existem famílias que vivem em condições de miserabilidade, abaixo da linha de pobreza. Essas famílias, embora extremamente pobres e carentes, vivem em algum lugar. Esse lugar pode ser debaixo de algum viaduto, ou mesmo em um barraco feito com papelão, enfim, terão algo para dizer que é a sua “casa”. Nesse lugar, assim, farão sua morada, com tudo o que lhe diz respeito, ou seja, farão sua comida, brincarão com seus filhos, repousarão, se relacionarão sexualmente etc.

Assim, imagine-se a hipótese em que um casal de mendigos, no meio da noite, resolva ter relações sexuais, sendo que, naquele mesmo barraco, com somente um cômodo, que chamam de casa, dormiam também seus filhos, todos menores de 14 (catorze) anos. Durante o ato sexual, uma das crianças acorda, e não é percebida pelos pais, que continuam a se relacionar sexualmente. Nesse caso, o casal deveria responder pelo delito em estudo? Obviamente que não, uma vez que, além do fato de que, mesmo na condição de mendigos, o casal tem o direito de se relacionar sexualmente, não o fizeram com a finalidade de satisfazer a sua lascívia ou a

de outrem.

Agiram, na verdade, de forma culposa, comportamento este que não é previsto pelo tipo, razão pela qual o comportamento deles deverá ser entendido como um indiferente penal, ou seja, o fato por eles praticado será considerado atípico.

Prescrição

Vide art. 111, V do CP.

Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (nova rubrica dada pela Lei nº 12.978, de 21 de maio de 2014) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) § 2º In corre nas mesmas penas: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) § 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Introdução

O art. 218-B foi inserido no Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, criando uma modalidade especial de delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, inicialmente com o *nomen juris* de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

A Lei nº 12.978, de 21 de maio de 2014, modificou a rubrica original do art. 218-B e o delito em estudo passou a ser reconhecido como *favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável*. Tal modificação teve o condão de evitar algumas confusões em virtude dos elementos constantes do tipo penal,

ou seja, como, inicialmente, a rubrica (ou indicação marginal) fazia menção somente à exploração sexual de vulnerável, e o tipo apontava como um dos sujeitos passivos alguém menor de 18 (dezoito) anos, surgia a dúvida se o conceito de vulnerável havia sido ampliado nessa hipótese, abrangendo os adolescentes entre 14 e 18 anos de idade incompletos.

Agora, com a nova rubrica, a dúvida foi eliminada, uma vez que no *nomen juris* do delito consta, expressamente, como seus sujeitos passivos: a criança (pessoa até doze anos de idade incompletos), adolescente (aquele entre 12 a 18 anos de idade) e vulnerável (o menor de 14 anos, bem como aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, nos termos preconizados pelo art. 217-A, e seu §1º, do Código Penal).

Além da mudança do *nomen juris* do art. 218-B do Código Penal, a Lei nº 12.978, de 21 de maio de 2014 inseriu a infração penal em estudo no rol dos crimes considerados hediondos pela Lei nº 8.072/90, a ela acrescentando o inciso VIII.

Assim, de acordo com a nova definição legal, podemos destacar a nova definição legal, podemos destacar os seguintes elementos que compõem a figura típica: *a)* as condutas de submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual; *b)* alguém menor de 18 (dezoito) anos; *c)* ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; *d)* facilitando, impedindo ou dificultando que a vítima a abandone.

A partir do *I Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes*, realizado em Estocolmo, em 1996, foram definidas quatro modalidades de exploração sexual, a saber: prostituição, turismo sexual, pornografia e tráfico para fins sexuais.

Pode ocorrer que a exploração sexual da vítima não lhe resulte em qualquer lucro. Pode ser que se submeta a algum tipo de exploração sexual somente para que tenha um lugar onde morar, o que comer *etc.* A mídia tem divulgado, infelizmente, com uma frequência considerável, casos em que pessoas são exploradas sexualmente por outra em virtude da condição de miserabilidade em que se encontram. Por isso, permitem que seus corpos sejam usados por pessoas inescrupulosas e, com isso, passam a receber o básico para sua subsistência. Na verdade, saem da situação de miserabilidade para a de pobreza. Muitas, inclusive, trocam seus corpos por drogas.

Assim, primeiramente, faz-se mister conceituar o que vem a ser prostituição. Eva T. Silveira Faleiros faz uma abordagem específica do tema ligada diretamente às crianças e adolescentes: “A prostituição é definida como a atividade na qual atos sexuais são negociados em troca de pagamento, não apenas monetário, mas podendo incluir a satisfação de necessidades básicas (alimentação, vestuário, abrigo) ou o acesso ao consumo de bens e de serviços (restaurantes, bares, hotéis, *shoppings*, boutiques,

diversão).

Trata-se de prática pública, visível, não ou semiclandestina, utilizada amplamente e justificada como necessidade da sexualidade humana, principalmente a masculina, embora farisaicamente abominada.

A prostituição tem diferentes formas: (garotas(os) de programa, em bordéis, de rua, em estradas), serviços e preços.

A bibliografia sobre esta problemática no Brasil, pesquisas e testemunhos de vítimas evidenciam que as crianças e adolescentes trabalham, em geral, na prostituição de rua (cidades, portos, estradas, articulada com o turismo sexual e o tráfico para fins sexuais), ou em bordéis (na Região Norte em situação de escravidão). Muitos são moradores de rua, tendo vivenciado situações de violência física ou sexual e/ou de extrema pobreza e exclusão, de ambos os性os, crianças, pré-adolescentes e adolescentes, pouco ou não escolarizados. Trata-se de trabalho extremamente perigoso e aviltante, sujeito a todo o tipo de violência, repressão policial e discriminação.

As instituições (governamentais, não governamentais, internacionais), profissionais, pesquisadores e estudiosos da exploração sexual vêm questionando o termo *prostituição* de crianças e adolescentes, por considerarem que estes não optam por este tipo de atividade, mas que a ela são levados pelas condições e trajetórias de vida, induzidos por adultos, por suas carências e imaturidade emocional, bem como pelos apelos da sociedade de consumo. Neste sentido, não são trabalhadores do sexo, mas prostituídos, abusados e explorados sexualmente, economicamente e emocionalmente”.⁸⁴

Dessa forma, com a inserção do art. 218-B no Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, podemos entender que as condutas previstas no tipo penal em estudo podem ter por finalidade *outra forma de exploração sexual* que não a prostituição em si, ou seja, não há necessidade que exista o comércio do corpo, mas que tão somente a vítima seja explorada sexualmente, nada recebendo em troca por isso, amoldando-se a esse conceito, como já dissemos, o turismo sexual e a pornografia.

O núcleo *submeter*, utilizado pelo novo tipo penal, nos fornece a ideia de que a vítima foi subjugada pelo agente, tendo que se sujeitar à prática da prostituição ou outra forma de exploração sexual. *Induzir* tem o significado de incutir a ideia, convencer alguém a se entregar à prostituição ou mesmo a outra forma de exploração sexual; *atrair* significa fazer com que a pessoa se sinta estimulada à prática do comércio do corpo ou de qualquer outro tipo de exploração sexual. Induzir e atrair são, na verdade, situações muito parecidas, de difícil separação. O agente pode, por exemplo, induzir uma pessoa à prostituição, atraindo-a com perspectivas de riquezas, de aumento do seu padrão de vida, de possibilidade de viagens internacionais, enfim, a atração não deixa de ser um meio para que ocorra o induzimento.

Também incorre no delito em estudo aquele que facilita a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Aqui é denominado de *lenocínio acessório*. Conforme salienta Luiz Regis Prado, ocorre a facilitação quando o agente, “sem induzir ou atrair a vítima, proporciona-lhe meios eficazes de exercer a prostituição, arrumando-lhe clientes, colocando-a em lugares estratégicos etc.”⁸⁵ A diferença desse comportamento típico para os anteriores residiria no fato de que, no induzimento ou na atração de alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, a vítima ainda não se encontrava prostituída, tampouco explorada sexualmente por alguém; ao contrário, na facilitação, o agente permite que a vítima, já entregue ao comércio carnal ou outra forma de exploração sexual, nele se mantenha com o seu auxílio, com as facilidades por ele proporcionadas.

Também se configura o delito em estudo quando a conduta do agente é dirigida a impedir que a vítima abandone a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Como se percebe pela redação típica, a vítima se encontra no exercício pleno da prostituição ou outra forma de exploração sexual e deseja abandoná-la, havendo a intervenção do agente no sentido de impedi-la, fazendo, por exemplo, com que tenha que saldar dívidas extorsivas relativas ao período em que permaneceu “hospedada às expensas do agente”, ou com algum artifício que a faça sopesar pela necessidade de permanecer no comércio carnal *etc.*

Dada a modificação feita pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, também aquele que vier a *dificultar* que alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tendo o necessário discernimento para a prática do ato, abandone a prostituição ou outra forma de exploração sexual, responderá pelo delito tipificado no art. 218-B do Código Penal. Dificultar tem o sentido de atrapalhar, criar embaraços, com a finalidade de fazer com que a vítima sinta-se desestimulada a abandonar a prostituição ou outra forma de exploração sexual.

O art. 218-B do Código Penal ainda exige, para efeitos de sua caracterização, que a vítima seja alguém *menor de 18 (dezoito) anos* ou que, *por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato*.

Inicialmente, tratando-se de vítima menor de 18 (dezoito) anos, somente poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo o agente que tiver efetivo conhecimento da idade da pessoa que por ele fora submetida, induzida ou atraída à prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou que a tenha facilitado, ou mesmo impedido ou dificultado o seu abandono. O erro sobre a idade da vítima poderá importar na desclassificação do fato para a figura prevista pelo art. 228 do Código Penal.

Cleber Masson, acertadamente, conclui:

“No crime do art. 218-B do Código Penal, é importante destacar, não se exige a efetiva prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com a vítima. O crime se esgota com o

favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. Pune-se o proxeneta (ou alcoviteiro), ou seja, o intermediário, o agenciador da relações sexuais entre as vítimas e terceiros.

Deveras, quem mantém conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoas vulneráveis responde pelo crime de estupro de vulnerável, nos termos do art. 217-A do Código Penal”⁸⁶.

Cuida-se de tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de um comportamento previsto no *caput* do art. 218-B importará em crime único.

De acordo com o art. 218-B, § 2º, inc. I, do Código Penal, pune-se o cliente da pessoa menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos submetida, atraída, induzida à prostituição ou outra forma de exploração sexual, bem como aquele que impede ou dificulta o abandono da exploração sexual ou prostituição de criança ou adolescente, não havendo qualquer menção à necessidade de obtenção de lucro ou vantagem material por parte do agente (STJ, RHC 65.205/RN, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 20/04/2016).

O *cliente* que conscientemente se serve da prostituição de adolescente, com ele praticando conjunção carnal ou outro ato libidinoso, incorre no tipo previsto no inciso I do § 2º do art. 218-B do CP (favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável), ainda que a vítima seja atuante na prostituição e que a relação sexual tenha sido eventual, sem habitualidade. Assim dispõe o art. 218-B do CP, incluído pela Lei nº 12.015/2009: ‘Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos’. O inciso I do § 2º do referido artigo, por sua vez, prescreve o seguinte: ‘Incorre nas mesmas penas: I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo’. Da análise da previsão típica do art. 218-B do CP, especialmente do inciso I do § 2º, extrai-se que o fato de já ser a vítima corrompida, atuante na prostituição, é irrelevante para o tipo penal. Não se pune a provocação de deterioração moral, mas o incentivo à atividade de prostituição, inclusive por aproveitamento eventual dessa atividade como cliente. Pune-se não somente quem atua para a prostituição do adolescente – induzindo, facilitando ou submetendo à prática ou, ainda, dificultando ou impedindo seu abandono –, mas também quem se serve desta atividade. Trata-se de ação político-social de defesa do adolescente, mesmo contra a vontade deste, pretendendo afastá-lo do trabalho de prostituição pela falta de quem se sirva de seu atendimento. A condição de vulnerável é no tipo penal admitida por critério biológico ou etário, neste último caso pela constatação objetiva da faixa etária, de 14 a 18 anos, independentemente de demonstração concreta dessa condição de incapacidade plena de autogestão. O tipo penal, tampouco, faz qualquer exigência de habitualidade da manutenção de relações sexuais com adolescente submetido à prostituição. Habitualidade há na atividade de prostituição do adolescente, não nos contatos com aquele que de sua atividade serve-se. Basta único contato consciente com adolescente submetido à prostituição para que se configure o crime. A propósito, não tem relação com a hipótese em análise os precedentes pertinentes ao art. 244-A do ECA, pois nesse caso é exigida a submissão (condição de poder sobre alguém) à prostituição (esta atividade sim, com habitualidade). No art. 218-B, § 2º, I, pune-se outra ação, a mera prática de relação sexual com adolescente submetido à prostituição – e nessa conduta não se exige reiteração, poder de mando, ou introdução da vítima na habitualidade da prostituição (STJ, HC 288.374/AM, 6ª T., Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 5/6/2014).

O delito de exploração sexual de vulnerável consiste em aliciar vulnerável à prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual, geralmente por meio do pagamento de retribuição de qualquer natureza na forma

de dinheiro, bens, roupa ou comida, incorrente na espécie (STJ, REsp. 1312620/MG, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 27/6/2014).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo, e próprio quanto ao sujeito passivo, pois somente o menor de 18 (dezoito) anos ou o que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato pode figurar nessa condição; doloso; material; de forma livre; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente goze do *status* de garantidor); instantâneo (merece destaque a discussão existente quanto ao núcleo *impedir*, uma vez que parte da doutrina se posiciona no sentido de entender tal comportamento como permanente, a exemplo de Noronha;⁸⁷ monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (não havendo necessidade, como regra, de prova pericial, tratando-se de infração penal que não deixa vestígios).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável é tanto a moralidade como o seu desenvolvimento sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual.

Pode ocorrer tanto a prostituição como a exploração sexual masculina ou feminina, razão pela qual tanto o homem como a mulher podem ser considerados o objeto material do delito em estudo, desde que atendam às características exigidas pelo tipo do art. 218-B do Código Penal.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser considerada *sujeito ativo* do delito de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, haja vista não exigir o tipo penal do art. 218-B do diploma repressivo nenhuma qualidade ou condição especial necessária a esse reconhecimento, tratando-se, portanto, de um crime comum.

Ao contrário, somente a pessoa menor de 18 (dezoito) ou a que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato podem ser sujeitos passivos do delito em exame.

Consumação e tentativa

Tem-se por consumado o crime tipificado no art. 218-B do Código Penal, por meio das condutas de *subjugar*, *induzir* ou *atrair*, quando a vítima, efetivamente, dá início ao comércio carnal, ou seja, às atividades próprias características da prostituição, com a colocação de seu corpo à venda, mesmo que não tenha, ainda, praticado qualquer ato sexual com algum

“cliente”; ou, ainda, de acordo com a redação típica, levada a efeito pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, quando a vítima é, efetivamente, explorada sexualmente, mesmo sem praticar o comércio carnal. Dessa forma, o fato de já estar em um bordel ou, nos dias de hoje, nas chamadas casas de massagem, com a finalidade de vender o corpo, ou em *boites* de *streach tease*, já seria suficiente para efeitos de caracterização do delito, pois que a vítima já fora, efetivamente, subjugada, induzida ou atraída a prostituir-se. Além disso, agora, também restará configurado o delito se a vítima já estiver à disposição de alguém, que irá explorá-la sexualmente.

No que diz respeito à facilitação, entende-se por consumado o delito com a prática, pelo agente, do comportamento que, de alguma forma, facilitou, concorreu para que a vítima praticasse a prostituição ou fosse, de qualquer outra forma, explorada sexualmente.

Consuma-se também a figura típica mediante impedimento ao abandono da prostituição, quando a vítima, já decidida a deixar o meretrício, de alguma forma é impedida pelo agente, permanecendo no comércio carnal. Da mesma forma aquela que quer se livrar da exploração sexual a que vem sendo submetida e é impedida pelo agente.

O delito também restará consumado quando ficar provado que o agente, de alguma forma, dificultou, criando problemas para que a vítima abandonasse a prostituição ou a exploração sexual a que estava sujeita.

Tratando-se de crime plurissubsistente, no qual se pode fracionar o *iter criminis*, será admissível o raciocínio relativo à tentativa.

Nesse sentido, prelecionam Renato Marcão e Plínio Gentil, dizendo que: “Naturalmente é possível a tentativa, que ocorrerá sempre que, a despeito da conduta do sujeito ativo, induzindo, atraindo etc. o menor de dezoito anos não se prostitua nem se deixe explorar sexualmente, ou que, por outro motivo, seja o agente impedido de prosseguir na sua ação.”⁸⁸

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci preleciona: “Não admite tentativa nas formas *submeter*, *induzir*, *atrair* e *facilitar*, por se tratar de crime condicionado. A prostituição e a exploração sexual são elementos normativos do tipo, implicando em exercício do comércio do sexo ou sexo obtido mediante engodo. Exemplificando, no caso da prostituição, não se pode considerar uma mulher como prostituta se uma única vez teve relação sexual por dinheiro ou qualquer outro ganho material (jantar, joia, carro etc.). Torna-se fundamental e essencial que faça isso com *habitualidade*. O sexo, na sua vida, é *profissão* e não simplesmente prazer. Tal medida não é detectável em pouco tempo, demandando prova da habitualidade. Por isso, ilustrando, atrair alguém à prostituição exige prova de que o comércio sexual instalou-se, ainda que por breve tempo, na vida da vítima. As formas *impedir* e *dificultar* admitem tentativa.”⁸⁹

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 218-B do diploma repressivo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do proxeneta deve ser dirigida a submeter, induzir ou atrair a vítima para as atividades de prostituição ou de outra forma de exploração sexual, auxiliar a sua permanência ou, mesmo, impedir ou dificultar a sua saída dessas atividades sexuais.

A denúncia por crime não culposo tem o dolo inferido na conduta imputada: ao descrever a prática de relações sexuais com menor de dezoito anos, a acusação expressa, implícita mas clara e diretamente, que essa conduta se deu conscientemente pelo agente, sabedor das condições do fato imputado (STJ, HC 288374/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 13/6/2014).

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas inseridas no tipo penal que prevê o delito de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável pressupõem um comportamento ativo por parte do sujeito, vale dizer, o proxeneta faz alguma coisa no sentido de submeter, induzir ou atrair a vítima para a prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual, mantê-la nessa atividade ou, mesmo, impedi-la ou dificultá-la de abandoná-la.

No entanto, poderá ser cometido, também, via omissão imprópria, na hipótese, por exemplo, em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir que a vítima se inicie na prostituição, ou se submeta a qualquer forma de exploração sexual. Assim, imagine-se a situação de um pai que, mesmo percebendo que sua filha menor de 18 (dez) anos de idade está sendo aliciada para iniciar-se na prostituição e desejando, na verdade, essa nova forma de vida para ela, podendo, não a impede.

Proxenetismo mercenário

O inciso I, do § 2º do art. 218-B do Código Penal, visando *se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa*.

Extensão das penas

O § 2º do art. 218-B do Código Penal assevera:

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dez) anos e maior de 14 anos na situação descrita no caput deste artigo;

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.

O inciso I, do § 2º do art. 218-B do Código Penal, visando evitar a prática da prostituição, bem como qualquer outro tipo de exploração sexual com os menores de 18 (dezoito) e maiores de 14 (catorze), pune com as mesmas penas cominadas pelo preceito secundário do art. 218-B do Código Penal aqueles que com eles praticam a conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Embora, nos dias de hoje, a prostituição ainda seja um comportamento lícito, tolerado pelo direito, tratando-se de menores de 18 (dezoito) anos, acertadamente, a nosso ver, deverá haver a responsabilização penal daquele que com eles praticaram os comportamentos sexuais previstos pelo inc. I do § 2º do art. 218-B do Código Penal. Por mais que se diga que, tanto as meninas, quanto os rapazes acima de 14 anos já possuem amplo conhecimento ligado à área sexual, principalmente pela fartura de materiais disponíveis, temos que preservar ao máximo sua indenidade sexual, ou, pelo menos, até que atinjam a maioridade, aos 18 anos completos.

Para que o agente responda nos termos do inc. I do § 2º do art. 218-B do Código Penal, deverá, obrigatoriamente, ter conhecimento da idade da vítima. O erro sobre a idade importará em atipicidade do comportamento. Assim, por exemplo, se o agente se relaciona sexualmente com uma prostituta, imaginando fosse ela maior de 18 anos, quando, na verdade, ainda contava com 17 anos de idade, não poderá ser responsabilizado pelo tipo penal em estudo, pois que o erro em que incorreu afastará o dolo e, consequentemente, a tipicidade do fato.

Renato Marcão e Plínio Gentil advertem, com precisão, que: “O que o novo tipo penal (art. 218-B, § 2º, I) define é a prática de qualquer ato libidinoso com menor de dezoito e maior de catorze anos já prostituído ou vítima de alguma espécie de exploração sexual.

Significa dizer que é lícito ter relação sexual com pessoa maior de catorze e menor de dezoito anos, desde que ela consinta, *fora do ambiente da exploração sexual* – quem sabe até mesmo contribuindo, dessa maneira, para sua degradação e, mais tarde o ingresso na prostituição. Mas fazer a mesma coisa com quem já está prostituído passa agora a constituir crime, punido com reclusão de quatro a dez anos, a mesma pena atribuída ao roubo.”⁹⁰

Também deverá ser responsabilizado com as penas previstas no *caput* do art. 218-B do Código Penal o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas da prostituição ou outra forma de exploração sexual envolvendo menores de 18 (dezoito) anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato.

Cuida-se, na verdade, de uma modalidade assemelhada ao delito de *casa de prostituição*, tipificado no art. 229 do Código Penal. No entanto, em virtude da maior gravidade dos fatos, por envolver a prostituição ou outra forma de exploração sexual, por exemplo, de menores de 18 (dezoito) anos, ou mesmo a exploração sexual de alguém portador de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o necessário discernimento para o ato, as penas são duas vezes maiores do que aquelas previstas no preceito secundário do tipo penal que prevê o

delito de *casa de prostituição*.

Deve ser frisado, ainda, que o proprietário do local somente será punido pelo delito em estudo se tiver conhecimento de que, na sua propriedade, é praticada a prostituição ou outra forma de exploração sexual com as pessoas elencadas pelo tipo penal do art. 218-B do Código Penal. Assim, por exemplo, se tiver alugado um imóvel que, supostamente, seria utilizado para fins comerciais, mas que, na realidade, é um local destinado à prostituição, se tal fato não for do seu conhecimento, não poderá ser responsabilizado criminalmente, sob pena de aceitarmos a chamada responsabilidade penal objetiva, amplamente rejeitada pela nossa doutrina.

Contendo a imputação inicial narrativa do fato de manter relação sexual com adolescente, que atuava na prostituição, a habitualidade na mercancia do corpo dela sendo demonstrada pela agenciadora e pelos variados clientes individualizados na peça acusatória, é admitida como suficiente a descrição das elementares do crime do art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal (STJ, HC 288374/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, DJe 13/6/2014).

Opção político-estatal de proteção integral da criança e adolescente, por princípio constitucional, normas nacionais e internacionais, que gradualmente fez inserir na legislação proibição de trabalho até os 16 anos de idade – sendo na menoridade de nenhum modo perigoso ou insalubre – e de submissão à prostituição (ECA, Art. 244-A), tipo penal derrogado pela Lei nº 12.015/90, que acresceu condutas não coativas de introdução ou de dificultação de abandono da prostituição (profissão voluntária), ou de exploração sexual (sem a voluntariedade) da adolescente – art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal. Para impedir violações à proteção integral, não se pune o adolescente (que trabalha ou se prostitui), mas quem se serve dessa atividade vedada (punindo administrativamente empregadores e criminalmente – opção política de tratamento mais gravoso – aos clientes da prostituição). Não é afetada a liberdade sexual do adolescente, pois abrogado o art. 218 do CP, apenas mantendo protegida sua imagem (ECA, arts. 240/241-E) e impedindo indução a servir como simples instrumento do prazer de terceiro (CP, Art. 227). O tipo do art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal, tem a condição de vulnerabilidade admitida por critério biológico ou etário, neste último caso pela constatação objetiva da faixa etária, de 14 a 18 anos, independentemente de demonstração concreta dessa condição de incapacidade plena de autogestão. A única habitualidade exigida é na atividade de prostituição – que não se dá por única prática sexual –, o que não afasta ato único em caso de exploração sexual. Desimporta atuar a vítima previamente na prostituição, pois não se pune a provocação de deterioração moral, mas o incentivo à atividade de prostituição de adolescente, inclusive por aproveitamento eventual dessa atividade, como cliente (STJ, HC 288374/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, DJe 13/6/2014).

Causas de aumento de pena

Vide artigos 226 e 234-A do Código Penal.

Pena, ação penal e segredo de justiça

A pena prevista para o delito de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (*caput* e § 2º) é de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também a pena de multa, cumulativamente.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*, nos termos do parágrafo único do

art. 225 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Efeito da condenação

Determina o § 3º do art. 218-B do Código Penal, *verbis*:

§ 3º Na hipótese do inc. II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Embora seja um efeito obrigatório da condenação, o julgador deverá fazer menção a ele em sua sentença, apontando o estabelecimento onde eram levadas a efeito as condutas previstas pelo *caput* do art. 218-B do Código Penal. Sua omissão poderá ser suprida pela via dos embargos de declaração.

Prova da idade da vítima Para que o agente possa ser responsabilizado criminalmente pelo delito tipificado no art. 218-B

do Código Penal, deverá, obrigatoriamente, ser provada nos autos a idade da vítima, através de documento próprio (certidão de nascimento, documento de identidade etc.), pois que o art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, determina que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Fundamentos do parecer contrário à sanção do art. 218-B do projeto que culminou com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009

Embora tenha sido sancionado pelo Presidente da República, o art. 218-B foi objeto de críticas pela Secretaria de Assuntos Legislativos, do Ministério da Justiça, que elaborou parecer ao Processo nº 08001.007832/2004-91, opinando pelo voto integral do artigo.

No parecer, afirmaram que no *caput* do art. 218-B instituía-se: “perigosa confusão entre o critério etário de caráter objetivo, geralmente o único empregado para a consumação dos crimes perpetrados contra os menores, e o critério do discernimento, o qual deve ser aplicado exclusivamente aos que possuem enfermidades ou deficiências mentais. De outro lado, não se reconhece a prostituição de menores de 18 (dezoito) anos, pois qualquer ato libidinoso praticado com menor de 14 (catorze) anos configura estupro, nos termos do art. 217-A a ser acrescentado no Código Penal.

Não há prostituição de menores para os menores de 14 anos presume-se o estupro. Ademais, o reconhecimento do estupro não pode depender do critério do discernimento, que é aplicável apenas para os que possuem enfermidade ou deficiência mental. O *caput* do art. 218-B confunde todos esses conceitos.

Posicionamos, assim, pelo voto integral deste artigo”.

Deixando de lado o mencionado parecer, houve sanção presidencial ao aludido artigo, encontrando-se, agora, em vigor.

Estatuto da Criança e do Adolescente

Com a finalidade de evitar situações que coloquem em risco a integridade da criança ou adolescente, a Lei nº 12.038, de 1º de outubro de 2009, alterou o art. 250 da Lei nº 8.069/1990, entendendo como infração de natureza administrativa, punida com multa, o fato de *hospedar criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, ou sem autorização escrita desses ou da autoridade judiciária, em hotel, pensão, motel ou congêneres.*

Em caso de reincidência, diz o § 1º do mencionado artigo que, *sem prejuízo da pena de multa, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até 15 (quinze) dias.*

Se for comprovada a reincidência em período inferior a 30 (trinta) dias, o estabelecimento será definitivamente fechado e terá sua licença cassada, conforme determina o § 2º do art. 250 do ECA.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu bojo artigos que combatem crimes relacionados à pedofilia na rede mundial de computadores, crimes que têm como foco principal a utilização de imagens pornográficas infantis. O art. 241-B, especificamente, tem o objetivo de criminalizar a aquisição e a posse de materiais de conteúdo relacionados à pornografia infantil. O objeto de proteção da norma, ou seja, o bem jurídico tutelado, é a dignidade da criança e do adolescente, pois busca protegê-los da exploração sexual decorrente da exposição de suas imagens em material pornográfico. Na presente hipótese, não há ofensividade relevante ao bem jurídico protegido pelo tipo penal. Embora seja certo que o acusado possuiu e armazenou imagens de conteúdo sensual de adolescente, caracterizando formalmente a conduta típica, não se verifica uma ação relacionada à pedofilia, objeto de proteção do referido tipo penal (TJ-DFT, Processo: 20140710069205APR, Rel. Des. Silvano Barbosa dos Santos, DJe 14/06/2016).

Prescrição

Vide art. 111, V do CP.

Crime hediondo

A Lei nº 12.978, de 21 de maio de 2014, inseriu o inciso VIII, no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passando a reconhecer o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, tipificado no art. 218-B, como crime hediondo, com todas as consequências que lhe são inerentes, a exemplo da impossibilidade de concessão de anistia, graça e indulto, bem como de fiança; o cumprimento 2/5 (dois quintos) da pena, se for primário, ou 3/5 (três quintos), se reincidente, para efeitos de progressão de regime etc.

Princípio da consunção

O crime de favorecimento a prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável deve ser absorvido pelo crime de estupro de vulnerável. É que, da prova produzida, extrai-se com clareza que a promessa de pagamento se deu em função da vontade do apelante em satisfazer a sua própria lascívia, sendo portanto, o meio utilizado por ele, para realizar a conduta-fim – conjunção carnal com a vítima, o que de fato ocorreu (TJ-RJ, AC 0000729-83.2014.8.19.0049, Rel.^a Des.^a Suimei Meira Cavalieri, DJe 27/07/2016).

Prioridade de tramitação do processo de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º)

A Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016, acrescentou o art. 394-A ao Código de Processo Penal, determinando, *verbis*: *Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.*

Capítulo III – Do Rapto

Art. 219.

(Revogado pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.) Art. 220.

(Revogado pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.) Art. 221.

(Revogado pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.) Art. 222.

(Revogado pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.)

Capítulo IV – Disposições Gerais

Formas qualificadas

Art. 223.

(Revogado pela Lei nº 12.015, de 7/8/2009.) Presunção de violência

Art. 224.

(Revogado pela Lei nº 12.015, de 7/8/2009.) Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7/8/2009.) **Parágrafo único.** Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7/8/2009.) **Aumento de pena**

Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.) I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.) II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

(Redação dada pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.) III – (Revogado pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.) **Introdução**

O art. 225 do Código Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera que a ação penal, para os crimes definidos nos Capítulos I (Dos Crimes contra a Liberdade Sexual) e II (Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável), do Título VI (Dos Crimes contra a Dignidade Sexual) do Código Penal, será de iniciativa pública condicionada à representação. No entanto, diz o seu parágrafo único que procede-se mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Tratando-se de crime de atentado violento ao pudor contra menor impúbere, a ação penal é pública incondicionada, segundo a Lei nº 12.015/09, diante da não recepção do antigo art. 225 do CP, pela Constituição Federal (TJDF, Rec. 2009.00.2.014144-9, Ac. 402.411, 1^a T. Crim., Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, DJDFTE 9/2/2010, p. 168).

A primeira observação que deve ser feita diz respeito ao fato de que, ao contrário do que ocorria anteriormente, não existe mais a previsão de início da *persecutio criminis in judicio* através da ação penal de iniciativa privada propriamente dita, pois que os novos dispositivos penais apontam, tão somente, para as ações penais de iniciativa pública, sejam elas

condicionadas à representação, ou mesmo incondicionadas.

De qualquer forma, ainda será possível a propositura da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública na hipótese de inércia do Ministério Público.

No que diz respeito à seleção das ações penais feitas pelo legislador, devemos, *ab initio*, apontar um erro evidente na redação do *caput* do art. 225 do Código Penal, que diz respeito ao fato de mencionar o Capítulo II do Título VI do Código Penal, que cuida, especificamente, *dos crimes sexuais contra vulnerável*, dizendo que a ação penal poderá ser de iniciativa pública condicionada à representação quando, logo em seguida, o seu parágrafo único afirma que se procede mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

A despeito do que dispõe o art. 225 do Código Penal, com redação anterior à Lei nº 12.015/2009, esta Corte já decidiu que “[...] O Ministério Público é parte legítima para propor a Ação Penal instaurada para verificar a prática de atentado violento ao pudor contra criança, independentemente da condição financeira da mesma.[...]” (HC 148.136/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 21/03/2011). Isso porque a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado (art. 227, *caput*, c/c o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais (STJ, RHC 23.656/SE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 20/09/2016).

A alteração legislativa do art. 225, parágrafo único, do CP, que tornou prescindível a representação em caso de crime de atentado violento ao pudor praticado contra vítima menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável tem aplicação imediata, em obediência ao princípio *tempus regit actum* (TJES, HC 100090040161, 1ª Câm. Crim., Rel.^a Des.^a Subst. Marianne Judice de Mattos Farina, DJES 12/3/2010).

Assim, temos de entender que, como regra, as ações penais serão de iniciativa pública condicionada à representação quando disserem respeito ao capítulo I (dos crimes contra a liberdade sexual), que abrange os crimes de estupro (art. 213), violação sexual mediante fraude (art. 215) e assédio sexual (art. 216-A). No que diz respeito ao capítulo II (Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável), que prevê os delitos de estupro de vulnerável (art. 217-A), corrupção de menores (art. 218), satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B) a ação será, sempre, de iniciativa pública incondicionada.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a representação de que trata o art. 225 do Código Penal não exige nenhum rigor formal, bastando a demonstração inequívoca do interesse da vítima ou do representante legal em iniciar a persecução criminal (STJ, HC 240678/SP, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5ª T., DJe 14/4/2014).

Apesar da nova redação legal, no que diz respeito ao crime de estupro, entendemos ainda ser aplicável a Súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal, que diz: **Súmula nº 608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.**

A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual praticados com violência real continua sendo pública

incondicionada, permanecendo hígida a orientação constante do verbete 608 da Súmula da Suprema Corte, mesmo após o advento da Lei nº 12.015/2009. Precedente (STJ, *RHC 40719/RJ*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., *DJe 26/3/2014, RJP vol. 57 p. 173*).

Dessa forma, de acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, toda vez que o delito de estupro for cometido com o emprego de violência real, a ação penal será de *iniciativa pública incondicionada*, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no *caput* do art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do(a) ofendido(a) nas hipóteses em que o crime for cometido com o emprego de *grave ameaça*.

Damásio de Jesus assevera que nos casos de crimes sexuais nos quais resultem lesões corporais de natureza grave ou morte, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, aplicando-se a Súmula nº 608 do STF.⁹¹

Em sentido contrário, entendendo pelo afastamento da Súmula nº 608, Guilherme de Souza Nucci, a nosso ver sem razão, assevera: “Elimina-se a Súmula nº 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. Chegou-se, inclusive, a criar a Delegacia da Mulher, para receber tais tipos de ocorrência. Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei nº 12.015/2009”.⁹²

Ainda mais enfaticamente, Yuri Carneiro Coêlho defende a tese de que a Súmula nº 608 do STF: “Perdeu sua aplicabilidade, pois, o CP, nos artigos que tratam da ação penal, oferta, claramente, outro tratamento jurídico-penal à matéria, sendo essa a clara opção do legislador, que somente estabeleceu a possibilidade de ação penal pública incondicionada nas hipóteses em que os delitos forem praticados contra vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.”⁹³

Com a devida *venia*, não vislumbramos qualquer incompatibilidade entre as novas disposições legais e a Súmula nº 608 do STF. Caso, efetivamente, assim entenda nossa Corte Superior, deverá levar a efeito o cancelamento da referida Súmula, extirpando, de uma vez por todas, a discussão.

No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada (Súmula nº 608-STF). Na hipótese, configurada a violência física que impossibilitou a resistência da vítima, resta patente a legitimidade do *Parquet* para a propositura da ação penal. Destarte, a demonstração do interesse da vítima na instauração da ação penal, acrescida do reconhecimento na r. sentença condenatória de que é pobre, também legitima a atuação do Ministério Público (STJ, *HC 153.526*, Proc. 2009/0222265-4, PE, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 20/5/2010, *DJE 282010*).

O crime de estupro, praticado mediante violência real, se inclui entre aqueles de titularidade do representante do Ministério Público, para a propositura da ação penal, por quanto é de iniciativa pública, delito complexo (art. 101 do Código Penal Brasileiro), conforme a Súmula nº 608, do Supremo Tribunal Federal, não

reclamando qualquer providência do ofendido ou de seu representante (TJGO, ACr 145998-08.2002.8.09.0000, Cristalina, Rel. Des. Luiz Cláudio Veiga Braga, DJGO 21/7/2010; p. 233).

Merecem destaque, ainda, as observações feitas por Paulo Rangel, um dos maiores processualistas da atualidade, quando, precisamente, aponta outro equívoco na redação do art. 225 do Código Penal, se o agente, que tinha finalidade de praticar o estupro, vier a causar a morte da vítima, sendo que esta última não tinha quem por ela pudesse oferecer a representação, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 24 do Código de Processo Penal, vale dizer, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Nesse caso, como o estupro com resultado morte encontra-se previsto no Capítulo I, do Título VI do Código Penal, de acordo com o *caput* do art. 225, em sendo a ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, e não tendo quem possa oferecê-la, o autor do crime ficaria impune?

Paulo Rangel responde a essa indagação, dizendo: “Havendo a morte da vítima (seja homem ou mulher), maior e capaz, no crime de estupro quem irá representar? Ninguém. O crime ficará impune. Grande inovação. O legislador, realmente, conseguiu o impossível: tornar o crime de estupro com resultado morte de ação penal pública condicionada à representação e, por via de consequência, não poderá ser instaurado inquérito policial nem processo. Era tudo que os estupradores queriam. Isso porque a lei veio para proteger a vítima.

Por outro lado, o art. 225, parágrafo único, ao dizer que: ‘procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável’ cria uma contradição, qual seja: todos os crimes do capítulo II são crimes contra pessoa vulnerável. Mas no capítulo II a ação penal não é pública condicionada? Como que agora no parágrafo único do art. 225 diz que a ação será pública incondicionada quando a vítima for pessoa vulnerável? É condicionada ou incondicionada?

Pensamos que o que se quis dizer (aqui o terreno é movediço: adivinhar o que o legislador quis dizer) no *caput* do art. 225 é que nos crimes definidos no capítulo I (apenas o capítulo I) a ação penal será pública condicionada à representação e no parágrafo único do mesmo artigo será pública incondicionada quando a vítima for pessoa menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Em verdade, não precisava o legislador dizer que a ação penal será pública incondicionada porque isso já se sabe pelo art. 100 do CP. Bastava o silêncio e saberíamos que ação penal seria pública incondicionada.

E mais: temos que aplicar os princípios da razoabilidade; da conformação do legislador ordinário à Constituição da República; da proibição do retrocesso social e o da interpretação conforme a Constituição para entendermos que em se tratando de estupro com resultado lesão grave ou morte, ou ainda, se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos a ação penal será

pública incondicionada.

Não é crível nem razoável que o legislador tenha adotado uma política de repressão a esses crimes e tornado a ação penal pública condicionada à representação. Até mesmo pelo absurdo de se ter a morte da vítima no crime de estupro e não haver quem, legitimamente, possa representar para punir o autor do fato. O crime, sendo a vítima maior e capaz, ficaria impune. Com certeza, por mais confuso que esteja o Congresso Nacional com seus sucessivos escândalos, não foi isso que se quis fazer.

O intérprete não pode mais se ater, única e exclusivamente, ao que diz o texto ordinário, mas sim, principalmente, ao que diz a Constituição da República e é aqui que reside a maior tarefa hermenêutica: conformar a lei ordinária ao texto constitucional.

Quando se verifica que o texto legal aponta para possibilidades interpretativas variadas, impõe-se ao intérprete buscar extrair da lei o sentido que mais se harmonize com a Constituição. Dentre duas ou mais interpretações extraíveis do texto legal (algumas contrárias, outras em conformidade com a Constituição), é impositiva aquela que seja mais compatível com a normatividade constitucional (ANDRADE, André Gustavo de. *Dimensões da interpretação conforme à constituição*. Texto retirado da Internet em 13/8/2009).

Nesse sentido, podemos dizer que há uma crise de paradigmas que impede a efetivação dos direitos e das garantias constitucionais, isto é, ausência de uma posição firme de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico onde se olha (e se faz) o novo (Lei nº 12.015/2009 para reprimir os delitos contra a dignidade sexual) com os olhos do velho (Código Penal de 1940 onde os crimes contra os costumes eram de ação penal de iniciativa privada) (para tanto cf. STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 8 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 296 e 297).

Ademais, há que se fazer uma interpretação (do texto do art. 225 do CP) conforme a Constituição, respeitando um requisito de razoabilidade, qual seja: ‘implica um mínimo de base na letra da lei; e tem de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme a Constituição, fique privado de função útil ou onde seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte’ (STRECK. *Jurisdição Constitucional...*, p. 618).

Ora, é incontestável que o legislador ordinário jogou a barra da razoabilidade/ponderação longe demais quando admitiu (acreditamos sem querer) que o crime de estupro com resultado lesão grave ou morte fosse de ação penal pública condicionada à representação. Se o fez, conscientemente, houve um retrocesso social, inadmissível dentro de um Estado Democrático de Direito com, consequente, violação do princípio da proibição de proteção deficiente.

Quando a lei ordinária vai além da Constituição usamos o princípio da proibição do excesso; quando ela fica aquém da Lei Maior aplicamos o princípio da proibição de proteção

deficiente, sendo, ambos, dois lados de uma mesma moeda: o princípio da proporcionalidade. No caso em tela, houve proteção deficiente em relação ao bem jurídico protegido no crime de estupro com resultado lesão grave ou morte.

Se a interpretação conforme a Constituição é uma forma adaptativa e corretiva e criadora de novos sentidos de um texto legal, não resultando dela a expulsão da lei do ordenamento jurídico, mas sim de sua recuperação não há outra forma de entender o novo art. 225 do CP que assim para nós fica: Nos crimes definidos no capítulo I somente se procede mediante representação, salvo se da violência resultar lesão grave ou morte ou, ainda, se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Por último, o princípio da proibição do retrocesso social, corolário lógico do Estado Democrático de Direito, com aplicação no Poder Legislativo, determina uma diminuição na liberdade de conformação legislativa, notadamente em respeito ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, sendo um deles a vida (cf. CONTO, Mário De. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97).

E, aqui, repete-se a pergunta feita acima: se da violência do estupro resultar a morte da vítima (ou lesão grave, ou ainda, se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável) qual a natureza da ação penal?

Sem dúvida será de ação penal de iniciativa pública incondicionada e a razão, por tudo e além do que acima foi dito, é que o princípio da interpretação conforme a Constituição recomenda que os seus aplicadores, diante de textos infraconstitucionais de significados múltiplos e de duvidosa constitucionalidade, escolham o sentido que as torne constitucionais, e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, aproveitando ou conservando, assim, as leis evitando o surgimento de conflitos sociais e, porque não dizer, no caso penal, evitando também a impunidade caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura (MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112).

Destarte, se o que se quer com a Lei nº 12.015/2009 é estabelecer uma nova política repressiva dos crimes contra a dignidade sexual, protegendo-se a pessoa vítima do descontrole humano, em especial, quando houver morte ou lesão grave e, principalmente, se a vítima for pessoa vulnerável ou menor de 18 anos é intuitivo que a ação penal seja pública incondicionada”.⁹⁴

Entendemos que a Súmula nº 608 do STF resolve, pelo menos à primeira vista, a questão levantada pelo querido amigo e renomado processualista, Paulo Rangel. Isso porque dificilmente os resultados lesão corporal grave e morte não advirão de um comportamento violento praticado pelo agente. Dessa forma, a violência empregada na prática do estupro, que culminou por produzir a lesão corporal de natureza grave ou a morte, nos termos da orientação

constante da mencionada Súmula, definiria a natureza da ação penal, que seria, portanto, considerada como pública incondicionada.

Aury Lopes Júnior, com precisão, após afirmar a eficácia da Súmula nº 608 do STF, aduz que o estupro: “Com resultado morte ou lesão corporal grave (ou gravíssima) é um crime complexo, sendo nesse caso, a ação penal pública incondicionada. Aplica-se nesses casos a regra contida no art. 101 do Código Penal, que determina que a ação será pública quando a lei considerar como elementar ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituam crimes de ação penal pública (como o resultado morte ou lesão corporal grave ou gravíssima).”⁹⁵

Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que a representação prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima em autorizar a persecução criminal (STJ, REsp 1.273.776/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 21/06/2016).

Até o advento da Lei nº 12.015/2009, os crimes definidos nos arts. 213 a 220 do Código Penal procediam-se mediante queixa, com as exceções dispostas nos §§ 1º e 2º da antiga redação do art. 225 do Código Penal, na Súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal, que previa a hipótese de ação penal pública incondicionada, para os casos em que se houvesse emprego de violência real, bem como nos casos que resultassem em lesão corporal grave ou morte (art. 223), inserido no mesmo capítulo do art. 225, e não nos capítulos anteriores, aos quais o dispositivo remetia em sua redação original. Com o advento da Lei nº 12.015/2009, que alterou a redação do art. 225 do Código Penal, os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, mesmo com violência real (hipótese da Súmula nº 608/STF) ou com resultado lesão corporal grave ou morte (antes definidos no art. 223 do Código Penal e hoje definidos no art. 213, §§ 1º e 2º), passaram a se proceder mediante ação penal pública condicionada à representação, nos termos da nova redação do art. 225 do Código Penal, com exceção apenas para os casos de vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (parágrafo único do art. 225 do Código Penal). Se a lei nova se apresenta mais favorável ao réu nos casos de estupro qualificado, o mesmo deve ocorrer com as hipóteses de violência real, isto é, para as ações penais públicas incondicionadas nos termos da Súmula 608/STF, segundo a qual, ‘no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada’. Tais ações penais deveriam ser suspensas para que as vítimas manifestassem desejo de representar contra o réu (STJ, REsp. 1227746/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJe 1782011).

Nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, é pública e incondicionada a ação penal referente aos crimes contra os costumes quando praticados pelo detentor do pátrio poder, padastro, tutor ou curador da vítima. Inteligência do art. 225, § 1º, II, do Código Penal (Precedentes STJ). *In casu*, constatada a suposta participação e influência da genitora da vítima para a prática dos delitos sexuais praticados, o crime se procede mediante ação penal pública incondicionada, motivo pelo qual não há falar em decadência por ausência de representação da ofendida ou do representante legal, fato que, enquadrado na hipótese do art. 225, § 1º, II, do CP (antiga redação) evidencia a legitimidade do órgão ministerial para a propositura da ação. Ordem denegada (STJ, HC 180430/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 1º82011).

É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, em caso de estupro ou atentado violento ao pudor praticados mediante violência real, como na hipótese dos autos – de acordo com o afirmado pelas instâncias ordinárias, inclusive com o respaldo do laudo de corpo de delito – a ação penal cabível é a pública incondicionada, a teor do Enunciado nº 608 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não havendo que se cogitar de ilegitimidade na atuação do Ministério Público. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* desprovido

(STJ, RHC 22362/RO, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, 6^a T., DJe 25/4/2011).

É assente neste Tribunal Superior o entendimento segundo o qual, tratando-se de crime de estupro e atentado violento ao pudor praticados com emprego de violência real, a ação penal é de iniciativa pública incondicionada, sendo o Parquet o ente legitimado para a sua promoção, a teor do texto constitucional, incidindo, na espécie, o enunciado da Súmula nº 608/STF, que, inclusive, não perdeu a validade com o advento da Lei nº 9.099/95 (Precedentes STJ). Não fosse isso, de acordo com entendimento já pacificado nesta Corte Superior de Justiça, a representação da vítima ou de seus representantes legais para a investigação ou deflagração de ação penal, nos casos em que esta é condicionada àquela manifestação, prescinde de qualquer rigor formal, bastando a demonstração inequívoca da parte interessada, o que ocorreu na hipótese dos autos. Ordem denegada (STJ, HC 106224/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 14/2/2011).

Aplicação das disposições constantes do art. 225, I, do Código Penal

Sabemos que inúmeras ações penais tramitam em nosso país versando sobre os crimes mencionados pelo inc. I do art. 225 do Código Penal, ou seja, aqueles que encontram previsão no Capítulo I do Título VI do diploma repressivo, que prevê os chamados crimes contra a liberdade sexual.

Para eles, de acordo com a nova determinação legal, a ação penal será de iniciativa pública condicionada à representação. Assim, o que fazer com os processos em andamento, cuja ação foi iniciada privativamente, ou seja, aquela em que a vítima ofereceu sua queixa-crime em juízo, ou, ainda, aquela em que o Ministério Público deu início, mediante o oferecimento de denúncia, entendendo-a como de natureza pública incondicionada? A nova regra, condicionando à representação a ação penal de iniciativa pública, deverá retroagir, a fim de alcançar os fatos pretéritos, ou somente terá aplicação para os fatos cometidos após a sua entrada em vigor?

Para que se possa responder a essas indagações é preciso, primeiramente, identificar a natureza jurídica dessa norma, ou seja, daquela que exige a representação para o início da *persecutio criminis in judicio* pelo Ministério Público.

Se a entendermos como puramente processual, deverá ser aplicada a regra constante do art. 2º do Código de Processo Penal, que prevê o princípio do *tempus regit actum*.

No entanto, se a entendermos como de natureza material, deverá ser aplicado o princípio da retroatividade benéfica, previsto tanto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal quanto no inc. XL do art. 5º da Constituição Federal, que diz que *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*.

Poderá, ainda, como defendem alguns processualistas, ser entendida como norma híbrida ou mista, ou seja, uma norma processual com reflexos penais, posição com a qual concordamos.

Rômulo de Andrade Moreira, dissertando especificamente sobre o tema, com precisão, assevera: “Ora, uma norma que passou a exigir a representação para o exercício da ação penal

em relação a alguns crimes tem um aspecto material, visto que o não oferecimento da representação acarretará a decadência e a extinção da punibilidade, matéria do Direito Penal (art. 107 do Código Penal); mas, é também norma processual, pois é uma condição de procedibilidade da ação penal (art. 38 do CPP). Destarte, nos processos em andamento, cuja ação penal iniciou-se mediante queixa, não existe providência a ser tomada pelo Juiz de Direito, senão a marcha normal do procedimento, observando-se o princípio do *tempus regit actum*, pois a nova disposição não aproveitaria ao réu; uma ação penal de iniciativa privada ‘é mais benéfica’ (em tese) para o acusado que a ação penal pública, seja condicionada ou não (do ponto de vista da iniciativa). O mesmo raciocínio serve para aqueles casos em que o processo iniciou-se por denúncia (independentemente de representação) e a nova lei não a exige.

O problema surge naqueles casos em que a ação penal era pública incondicionada [...] e passou a ser agora pública condicionada à representação (art. 225, *caput*, do Código Penal). Obviamente que a situação é mais benéfica para o acusado, pois o início da *persecutio criminis in judicio* tornou-se mais difícil para o Ministério Público, passando a depender de uma condição específica de procedibilidade, não mais podendo agir de ofício (princípio da oficiosidade). Neste caso, entendemos que, tratando-se de norma processual penal material, deve ser aplicado o art. 2º do Código Penal, ou seja, a retroatividade se impõe, atingindo os casos pendentes”.⁹⁶

Se a representação é necessária, na hipótese apontada pelo renomado Procurador de Justiça da Bahia, havendo o oferecimento de denúncia, deverá o magistrado determinar a intimação da vítima (ou qualquer dos legitimados elencados pelo § 1º do art. 24 do Código de Processo Penal) para, se assim desejar, representar em Juízo, demonstrando, com isso, o seu interesse no prosseguimento do feito.

O prazo para a apresentação da representação em Juízo deverá ser o de 30 (trinta) dias, aplicando-se, por analogia, o art. 91 da Lei nº 9.099/1995, sob pena de ser reconhecida a decadência e, consequentemente, declarada a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal.

Aumento de pena

Inicialmente, deve ser frisado que as causas de aumento de pena previstas pelo art. 226 do Código Penal somente poderão ser aplicadas aos capítulos I e II do Título VI do Código Penal. Isto porque, conforme determina regra de hermenêutica, as majorantes incidirão sobre tudo aquilo que lhe for antecedente, sendo vedada sua aplicação aos tipos penais que lhe forem subsequentes.

Assim, por exemplo, será possível sua aplicação ao crime de *estupro* (art. 213 do CP), pois que inserido no Capítulo I do Título VI do estatuto repressivo, enquanto seria proibida sua

aplicação ao delito de *mediação para servir a lascívia de outrem* (art. 227 do CP), que se encontra topograficamente à frente do capítulo que prevê as majorantes.

A primeira hipótese, contida no inc. I do art. 226 do estatuto repressivo, prevê o aumento de quarta parte da pena se o crime for cometido com o concurso de duas ou mais pessoas. Entendemos que a mencionada majorante somente poderá ser aplicada se os agentes praticarem, conjuntamente, atos de execução tendentes à prática do delito sexual.

A presença de duas ou mais pessoas é motivo de maior facilidade no cometimento do delito, diminuindo ou, mesmo, anulando a possibilidade de resistência da vítima. Dessa forma, existe maior censurabilidade no comportamento daqueles que praticam o delito em concurso de pessoas.

Assim, não somos partidários da corrente que aceita a aplicação da causa de aumento de pena em estudo pela simples existência do concurso de pessoas, sem levar em consideração a maior facilidade no cometimento da infração penal, quando realizada, efetivamente, por dois ou mais agentes, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, quando afirma que “se duas ou mais pessoas tomaram parte na prática do delito, antes ou durante a execução, é isso suficiente para aplicar-se a elevação da pena”,⁹⁷ ou, ainda, a de Luiz Regis Prado quando assevera que “não é imprescindível a presença de todos os agentes nos atos de execução, bastando que os coautores ou partícipes hajam concorrido, de qualquer forma, para o crime”.⁹⁸

A segunda hipótese prevê o aumento de metade da pena, conforme determina o inc. II do art. 226 do Código Penal. Diz respeito ao fato de ser o agente ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge ou companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título ter autoridade sobre ela.

Foram inseridas no mencionado artigo, para efeito de aplicação da majorante, as figuras do padrasto e da madrasta, do tio, bem como do cônjuge e do companheiro. Foi afastada a figura do *pai adotivo*, uma vez que, nos dias de hoje, tal designação tornou-se discriminatória e proibida constitucionalmente.

Isso significa que a relação de parentesco ou de autoridade tem o condão de fazer com que a pena seja especialmente aumentada, levando-se a efeito, assim, maior juízo de reprovação sobre as pessoas elencadas pelo inc. II do art. 226 do Código Penal.

Decorre da própria literalidade do art. 226, II, do CP o recrudescimento da reprimenda se o crime sexual é cometido pelo padrasto em desfavor da enteada, tal qual ocorreu na espécie (STJ, REsp 1.607.392/RO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 04/10/2016).

A mens legis da causa de aumento de pena, prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, intenta uma maior punição para o agente que possui não somente um vínculo emocional, mas sim uma relação de autoridade (derivada ou não do poder familiar) do autor para com a vítima, de modo a debilitar seu levante contra a ação delitiva orquestrada (STJ, HC 260267/SP, Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 29/5/2014).

A causa especial de aumento de pena do art. 226, inciso II, do Código Penal, mesmo antes da edição da Lei n.º 11.106/2005, deve incidir sempre que restar comprovada a relação de autoridade, por qualquer motivo, entre o Réu e a vítima

(STJ, HC 253963/RS, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 26/3/2014).

De acordo com o art. 226, II, do Código Penal, nos crimes contra a dignidade sexual, a pena é aumentada de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela. Na hipótese, o paciente é padrinho das vítimas, intitulando-se

perante elas como um segundo pai. Assim, o vínculo emocional estabelecido durante vários anos e também o fato de as vítimas trabalharem para ele aos finais de semana, auxiliando na organização de festas infantis, atraem a incidência da majorante inserida no art. 226 da Lei Penal (STJ, HC 158968/RJ, Rel. Min. Og Fernandes,

6^a T., DJe 15/6/2011).

No caso, a gravidez da vítima, filha do paciente, não pode ser considerada fato inerente ao crime de estupro. Tal circunstância, por si só, justifica o aumento da pena-base em 6 meses, ante a gravidade das consequências – nascimento de pessoa, em razão de relação incestuosa, e que, segundo as instâncias ordinárias, era indesejada. A gravidez causada por estupro já foi considerada como motivo válido para o aumento da pena-base por esta Turma: HC 86.513/MT, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a Turma, DJe de 22/9/2008. Apenas *ad argumentandum*, é circunstância válida para o aumento da pena-base o fato de o paciente conviver em ambiente familiar a vítima, tendo a prática delituosa ocorrido durante a ausência de sua esposa do lar. Não há *bis in idem* entre as primeira e terceira fases da dosimetria da pena no caso. Na majorante do art. 226, inc. II, do Código Penal, não se prevê somente condições referentes ao poder familiar; há também relativas ao poder patronal, por exemplo ('ser o agente ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela'). Não se pode considerar, portanto, que a coabitação tenha sido prevista pelo legislador na causa de aumento em questão, que, repita-se, não prevê apenas condições referentes ao pátrio poder (STJ, HC 137719/MG, Rel^a Min^a Laurita Vaz,

5^a T., 7/2/2011).

Havendo evidências seguras de que o réu exercia autoridade sobre a vítima, porque a mesma foi entregue aos cuidados do casal (avô e companheiro), com eles residindo e, inclusive, chamando o inculpado de avô, incide a majorante do art. 226, II do CP (TJRS, ACr. 70028969459, Rel.^a Des.^a Fabianne Breton Baisch, DJERS 1082010).

Não há que se afastar a causa especial de aumento da pena contida no art. 226, inc. II, ambos do Código Penal, conquanto seja o réu tio por afinidade da vítima, máxime quando esta mantiver estreito contato com a família do agressor, donde não haverá que se questionar a autoridade do mesmo em relação a vítima (TJES, ACr. 55030004844, 1^a Câm. Crim., Rel. Des. Alemer Ferraz Moulin, DJES 30/7/2010, p. 28).

Causa especial de aumento de pena do art. 226, II, do Código Penal não detectada. Imprescindível a demonstração de relação de autoridade entre as partes, dado que não se apreende na espécie (TJRS, EI-Nul 70033805441, Lajeado, Quarto Grupo Criminal, Rel.^a Des.^a Naele Ochoa Piazzeta, j. 28/5/2010, DJERS 27/7/2010).

Comprovada a condição de padrasto das vítimas, aplica-se a causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, do Código Penal (TJDF, Rec. 2008.03.1.020297-3, Rel. Des. Silvânia Barbosa dos Santos, DJDFTE 22/7/2010, p. 220).

Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para Fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual

(*Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7/8/2009.*) **Mediação para servir a lascívia de outrem**

Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: (*Redação dada pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Introdução

O delito de *mediação para servir a lascívia de outrem* encontra-se no Capítulo V do Título VI do Código Penal, que, depois da nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, passou a cuidar do *lenocínio e do tráfico de pessoas*, revogando a expressão *tráfico de mulheres* que constava na redação original do aludido capítulo.

Atualmente, após as modificações levadas a efeito pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o Capítulo V do Título VI do Código Penal passou a ser *do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual*.

Assim, aquele que pratica o comportamento típico previsto pelo art. 227 do Código Penal comete aquilo que se denomina *lenocínio*.

De acordo com a redação constante do mencionado artigo, podemos apontar os seguintes elementos que integram a mencionada figura típica: *a) a conduta de induzir alguém; b) com a finalidade de satisfazer a lascívia de outrem.*

O núcleo *induzir* é utilizado no sentido não somente de incutir a ideia na vítima, como também de convencê-la à prática do comportamento previsto no tipo penal. A vítima, aqui, é convencida pelo proxeneta a satisfazer a lascívia de outrem.

Por satisfazer a lascívia de outrem, tem-se entendido qualquer comportamento, de natureza sexual, que tenha por finalidade realizar os desejos libidinosos de alguém, seja com ele

praticando atos sexuais (conjunção carnal, coito anal, sexo oral etc.), seja tão somente permitindo que o sujeito pratique com a vítima, ou mesmo que esta os realize, nela própria, ou no agente que a induziu, a fim de serem vistos por terceira pessoa que se satisfaz como *vouyer*.

Quando a lei penal menciona, na sua parte final, que a vítima deverá ser induzida a satisfazer a lascívia *de outrem*, está afirmando, consequentemente, que esse *outrem* deverá ser *uma pessoa ou grupo de pessoas determinadas*, pois, caso contrário, poderá ocorrer a hipótese do art. 228 do Código Penal, que tipifica o delito de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*, conforme o *nomen juris* que lhe foi dado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

A nota característica do lenocínio é que o proxeneta atua não no sentido de satisfazer sua libido, mas, sim, de satisfazer a lascívia de outrem, de terceira pessoa. Além disso, o que o diferencia do art. 228 do Código Penal é o fato de que a vítima não obtém nenhuma contraprestação por parte do agente ou de terceiro, em virtude de seu comportamento, pois, caso contrário, restaria configurada a atividade de prostituição, permitindo a desclassificação para esta última figura típica.

Mediação para servir à lascívia de outrem. A decisão que decretou a prisão preventiva da paciente está suficientemente fundamentada, lastreada em requisito constante do art. 312 do CPP, a garantia da ordem pública, francamente ameaçada não pela gravidade em abstrato do delito, que realmente é acentuada, mas não pode servir como fundamento à custódia cautelar – delito praticado contra adolescentes com idades entre 14 e 16 anos, submetidas à exploração sexual – mas, especialmente, pelo *modus operandi* adotado, que revela a periculosidade da agente. Imputada que, ao que tudo indica, em conjunção de esforços e vontades com um dos corréus, utilizava-se do sonho das adolescentes, que almejavam fazer carreira no mundo da moda, para submetê-las a situações de exploração sexual, ora para satisfazer a lascívia do comparsa, ora de terceiros (TJ-RS, HC 70062895883, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, DJe 18/03/2015).

Mantém-se a condenação da acusada pelo delito previsto no art. 227, § 1º, do Código Penal, porquanto restou comprovada que ela induziu a própria filha a satisfazer a lascívia de outrem mediante ofertas de dádivas (TJMG, APCr. 1.0028.07.014472-1/0011, Rel. Des. Fernando Starling, DJEMG 22/9/2009).

A configuração do delito previsto no art. 227, *caput*, do Código Penal, entretanto, requer uma conduta que objetive a satisfação da lascívia de outrem (TJRS, ACr. 70023181670, 7ª Câm. Crim., Rel. Sylvio Baptista Neto, pub. 8/4/2008).

Para que haja induzimento de alguém a satisfazer a lascívia de outrem é necessário que tenham ocorrido promessas, dádivas ou súplicas (TJSP, AC, Rel. Denser de Sá, RT 519, p. 331).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e ao sujeito passivo (na modalidade de lenocínio simples) e próprio cuidando-se da hipótese de lenocínio qualificado quando o agente for ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador, ou a quem o sujeito passivo esteja confiado para fins de educação, tratamento ou guarda; doloso; material; de forma livre; comissivo (podendo ser praticado via omissão, na hipótese em que o agente

goze do *status* de garantidor); instantâneo; incongruente; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (não havendo necessidade, como regra, de prova pericial, tratando-se de infração penal que não deixa vestígios).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A moral sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual são os bens juridicamente protegidos pelo tipo penal que prevê o delito de lenocínio.

O objeto material é a pessoa contra a qual recai a conduta praticada pelo agente, vale dizer, aquela que foi induzida a satisfazer a lascívia de outrem.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, bem como sujeito passivo do delito em estudo.

Se a vítima já era corrompida à época dos fatos, resta descaracterizado o crime de mediação para servir à lascívia de outrem, mantendo-se a absolvição operada pelo juízo primevo (TJ-MG, AC 0002235-64.2010.8.13.0708, Rel. Des. Furtado de Mendonça, DJe 25/08/2011).

A meretriz não pode ser havida como vítima do delito previsto no art. 227 do CP, pois não é induzida, mas se presta, voluntariamente, à lascívia de outrem (TJSP, AC, Rel. Costa Lima, RT 487, p. 347).

Mediação para servir a lascívia de outrem. Adolescente contratada para prestar serviços de atendimento e limpeza que é induzida a prostituir-se em casa de massagem. Prova suficiente (TJRS, Ap. Crim. 70007222466, 6ª Câm. Crim., Rel. João Batista Marques Tovo, j. 1º/9/2005).

Concurso de infrações. Caracterização. Mediação para servir à lascívia de outrem e favorecimento de prostituição. Crimes que, embora do mesmo gênero, são de espécies diferentes. Condenação mantida. Recurso não provido (TJSP, Ap. Crim. 303.399-3/0, São José do Rio Preto, 3ª Câm. Crim., Rel. Segurado Braz, v.u., 10/10/2000).

Consumação e tentativa

Embora o núcleo *induzir* nos dê a impressão de que no momento em que a vítima fosse convencida pelo agente a satisfazer a lascívia de outrem estaria consumado o delito, somos partidários da corrente que entende seja necessária a realização, por parte da vítima, de algum ato tendente a satisfazer a lascívia de outrem, tratando-se, pois, de delito de natureza material.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de mediação para servir a lascívia de outrem, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *induzir* pressupõe um comportamento comissivo, podendo, no entanto, ser

praticado via omissão imprópria.

Lenocínios qualificados

Os §§ 1º e 2º do art. 227 do Código Penal preveem duas modalidades qualificadas de lenocínio.

A primeira delas, com a nova redação dada ao § 1º do mencionado artigo por meio da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, qualifica o lenocínio dizendo: *§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:*

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Percebe-se, por meio das hipóteses previstas pelo mencionado parágrafo, o maior juízo de censura, de reprovação, sobre aquele que pratica o delito em estudo numa daquelas situações. Vale lembrar que o rol apresentado é taxativo, não podendo ser ampliado por meio da analogia *in malam partem*. Assim, por exemplo, se um padrasto praticar o delito valendo-se de sua enteada, o fato se subsumirá na modalidade prevista no *caput* do art. 227, pois, ao contrário do que ocorreu com a causa especial de aumento de pena prevista no inc. II do art. 226 do Código Penal, não houve previsão legal expressa no sentido de incluir o padrasto no rol daquelas pessoas sobre as quais incidiria a modalidade qualificada do delito, a não ser que seu comportamento fosse dirigido contra enteada *maior de 14 e menor de 18 anos* ou que fosse a ele confiada para *fins de educação, de tratamento ou de guarda*.

Na hipótese de o delito ter sido cometido contra filho, tutelado ou curatelado, aplica-se o inc. II do art. 92 do Código Penal.

A segunda modalidade qualificada de lenocínio vem prevista no § 2º do art. 227: *§ 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:*

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

Nessa hipótese, a vítima é forçada, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, a satisfazer a lascívia de outrem, ou pratica esse comportamento em virtude de um vício de vontade a que foi induzida pela fraude utilizada pelo agente.

Interessante notar que, nos casos de violência ou grave ameaça, a conduta do agente estaria muito próxima daquela prevista pelo art. 213 do Código Penal, que traduz o delito de estupro. A diferença fundamental entre essas figuras típicas é que a vítima, no delito em estudo, é induzida, mesmo que à força, à satisfação da lascívia de outrem. No caso do estupro, por exemplo, a vítima é compelida ao ato sexual, não havendo qualquer consentimento de sua parte. Na figura típica do art. 227, ao contrário, mesmo que induzida à força ao ato que tenha

por finalidade satisfazer a lascívia de outrem, ainda há resquício de sua vontade, ou seja, ela o pratica com o seu consentimento.

Se a vítima, agredida fisicamente pelo agente, é obrigada, por exemplo, a praticar atos sexuais com alguém, não existindo qualquer consentimento de sua parte, não estaremos diante do delito do art. 227 do Código Penal, mas, sim, da figura típica constante do art. 213 do mesmo diploma repressivo, podendo-se raciocinar em termos de concurso de pessoas caso exista liame subjetivo entre o agente agressor e aquele que tem por satisfeita sua pretensão sexual.

A segunda parte do preceito secundário do § 2º do art. 227 do Código Penal determina que, além da pena privativa de liberdade, seja aplicada ao proxeneta aquela correspondente à violência por ele empregada.

Lenocínio mercenário

A finalidade de lucro, prevista pelo § 3º do art. 227 do Código Penal, caracteriza o denominado *lenocínio mercenário ou questuário*.

Causas de aumento de pena

Vide art. 234-A, acrescentado ao Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Pena, ação penal, suspensão condicional do processo e segredo de justiça

Ao delito de lenocínio simples foi cominada uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos; na hipótese do lenocínio qualificado, previsto pelo § 1º do art. 227 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos; para a última modalidade qualificada de lenocínio, constante do § 2º do mesmo diploma repressivo, está reservada uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se, também, a pena de multa cumulativamente.

A ação penal, em qualquer das formas de lenocínio, é de *iniciativa pública incondicionada*.

Será possível a realização de proposta de suspensão condicional do processo na hipótese de lenocínio simples.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Habitualidade

O delito de lenocínio não se encontra no rol daquelas infrações penais reconhecidas como habituais, bastando um único comportamento para que se configure o delito.

Indução de prostituta à satisfação da lascívia alheia

Na hipótese de uma pessoa já prostituída ser induzida a satisfazer a lascívia de outrem, o fato deverá ser considerado atípico.

Em sentido contrário, Paulo César Busato preleciona que: “A meretriz tem pleno direito à própria autonomia sexual e pode perfeitamente não pretender realizar a satisfação da libido de mulheres, ou não pretender realizar determinada classe de ato sexual, por exemplo, o coito anal, e ser induzida a isso pelo proxeneta.”⁹⁹

Terceiro que satisfaz sua lascívia com a vítima

Aquele que vê satisfeita sua lascívia em virtude do comportamento praticado pelo proxeneta não pratica o delito tipificado no art. 227 do Código Penal, que exige do sujeito ativo que atue no sentido de satisfazer a lascívia de *outrem*, e não a própria.

Vítima menor de 14 anos

Se a vítima, que foi induzida a satisfazer a lascívia de outrem, for menor de 14 (catorze) anos, o fato se amoldará à figura típica prevista no art. 218 do Código Penal, que prevê o delito de *corrupção de menores*, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Comprovado o induzimento de menor de quatorze anos para satisfação da lascívia, caracteriza-se o delito do art. 218 do Código Penal (TJ-DFT, Processo: 20090510117933APR, Rel.^a Des.^a Sandra de Santis, DJe 14/03/2013).

Prescrição

Vide art. 111, V do CP.

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual
(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.) **Art. 228.** Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.) § 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.) Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.) § 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena – reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Introdução

A prostituição é considerada uma das “profissões” mais antigas da história da humanidade. Alguns chegam até mesmo a dizer que se trata de um “mal necessário”, pois que a sua existência impede, por exemplo, o aumento do número de casos de violências sexuais.

Como é cediço, a prostituição, em si, é considerada uma conduta indiferente ao Direito Penal, vale dizer, é um fato que não mereceu a atenção do legislador penal, sendo, portanto, atípico.

Contudo, embora atípico o comportamento de se prostituir, a lei penal reprime aquelas pessoas que, de alguma forma, contribuem para a sua existência, punindo os proxenetas, cafetões, rufiões, enfim, aqueles que estimulam o comércio carnal, seja ou não com a finalidade de lucro.¹⁰⁰

Há três sistemas que disputam o tratamento da prostituição, vale dizer: a) o da regulamentação; b) o da proibição e; c) o abolicionista.

Dissertando sobre o tema, com precisão, esclarece Luiz Regis Prado: “O sistema da regulamentação tem por escopo objetivos higiênicos, a fim de prevenir a disseminação de doenças venéreas e também a ordem e a moral públicas. Por este sistema a prostituição fica restrita a certas áreas da cidade, geralmente distantes do centro, onde as mulheres sujeitam-se a um conjunto de obrigações, como a de submeterem-se periodicamente a exames médicos. É criticável o sistema em epígrafe, uma vez que, além de estigmatizar a prostituta, o seu fim higiênico é de resultado restrito, já que controla apenas parte da atividade.”¹⁰¹

Nesse sistema de regulamentação, as pessoas que se prostituem trabalham, em geral, com carteira assinada, possuem plano de saúde, aposentadoria etc., tal como ocorre na Holanda.

No sistema em que predomina a proibição, a exemplo dos países árabes e Estados Unidos, a prostituição é considerada infração penal.

No entanto, tem prevalecido o sistema conhecido como abolicionista. Assim, deixa-se de responsabilizar criminalmente aquele que pratica a prostituição; no entanto pune-se as pessoas que lhe são periféricas e que de alguma forma contribuem para o seu exercício, como ocorre com os proxenetas, rufiões, cafetões etc.

O Código Penal, adotando o sistema abolicionista, por meio do seu art. 228, pune essa outra modalidade de proxenetismo com a tipificação do delito de *favorecimento da*

prostituição ou outra forma de exploração sexual, dizendo, *verbis*: **Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição, ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:**

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Podemos, portanto, de acordo com a redação típica, que foi alterada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, identificar os seguintes elementos que lhe são característicos: *a)* a conduta de induzir, ou atrair alguém à prostituição, ou outra forma de exploração sexual; *b)* a sua facilitação;

c) o comportamento de impedir ou mesmo dificultar que alguém a abandone.

Primeiramente, faz-se mister conceituar o que vem a ser prostituição. Enrique Orts Berenguer diz que prostituição significa, “a satisfação sexual que uma pessoa dá a outra em troca de um preço. Dois são, pois, os ingredientes desta atividade: uma prestação de natureza sexual, entendida esta em um sentido amplo, compreensivo de qualquer variante que possa ser solicitada, não somente das mais convencionais; e a percepção de um preço, de uns honorários em contraprestação ao serviço prestado”.¹⁰²

Noronha posiciona-se contrariamente à necessidade do escopo de lucro como um dos elementos característicos da prostituição dizendo: “Pode a mulher por perversões sexuais, como a ninfomania, entregar-se à prostituição, sem ter por objetivo o lucro. Conforme as circunstâncias pode até pagar ao lenão ou ao bordel onde recebe quem sacia seus instintos. A mulher abonada que indistintamente se entrega, a título gratuito, a quem a quer, é tão prostituta quanto a miserável que o faz para ganhar o pão de cada dia.”¹⁰³

Não podemos concordar, *permissa venia*, com as ponderações do renomado penalista. Isso porque, para nós, somente haverá *prostituição* se houver, efetivamente, o *comércio do corpo*, e para que exista esse comércio, consequentemente, deverá haver quem venda e quem pague. Caso contrário, não poderemos taxar alguém como prostituta simplesmente porque possui uma patologia, a exemplo da citada ninfomania, ou porque se entrega, sem qualquer distinção, a qualquer pessoa.

Hoje, no entanto, com a modificação levada a efeito no art. 228 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, as condutas previstas no tipo penal em estudo podem ter por finalidade *outra forma de exploração sexual* que não a prostituição em si, ou seja, não há necessidade que exista o comércio do corpo, mas que tão somente a vítima seja explorada sexualmente, muitas vezes nada recebendo em troca por isso.

Na verdade, a prostituição é uma modalidade de exploração sexual. Esta seria o gênero, sendo aquela uma de suas espécies, ao lado do turismo sexual, da pornografia e do tráfico para fins sexuais, tal como apontado no I Congresso Mundial contra a Exploração Sexual de

Crianças e Adolescentes, realizado em Estocolmo, em 1996.

A exploração sexual faz parte do chamado “mercado sexo” que funciona, conforme adverte Eva T. Silveira Faleiros: “como um ramo de negócios no qual há a produção e a comercialização da mercadoria – *serviços e produtos sexuais*. Trata-se de um *produto subjetivo – o prazer*, altamente vendável, que tem *valor de uso*.”

A oferta de serviços性uais, restrita durante séculos quase que exclusivamente à prostituição foi, historicamente, se ampliando e diversificando. Com o desenvolvimento da tecnologia, dos meios de comunicação de massa, da Internet, e da sociedade de consumo, bem como a liberalização sexual, se diversificou o comércio do sexo e se desenvolveu extraordinariamente a indústria pornográfica, ou seja, a produção de mercadorias e produtos性uais. Atualmente encontram-se no mercado do sexo produtos e serviços que se caracterizam por sua grande variedade, níveis de qualidade, de consumidores, de profissionais que empregam, de preços. São produzidos, vendidos e comprados: corpos, pessoas, *shows*性óticos, fotos, revistas, objetos, vídeos, filmes pornográficos.

Existe um enorme mercado consumidor de serviços性uais, sendo o sexo uma mercadoria altamente vendável e valorizada, principalmente o sexo-jovem, de grande valor comercial”.¹⁰⁴

Induzir tem o significado de incutir a ideia, convencer alguém a se entregar à prostituição ou mesmo a outra forma de exploração sexual; atrair significa fazer com que a pessoa se sinta estimulada à prática do comércio do corpo ou de qualquer outro tipo de exploração sexual. Induzir e atrair são, na verdade, situações muito parecidas, de difícil separação. O agente pode, por exemplo, induzir uma pessoa à prostituição, atraindo-a com perspectivas de riquezas, de aumento do seu padrão de vida, de possibilidade de viagens internacionais, enfim, a atração não deixa de ser um meio para que ocorra o induzimento.

Também incorre no delito em estudo aquele que facilita a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Aqui é denominado de *lenocínio acessório*. Conforme salienta Luiz Regis Prado, ocorre a facilitação quando o agente, “sem induzir ou atrair a vítima, proporciona-lhe meios eficazes de exercer a prostituição, arrumando-

-lhe clientes, colocando-a em lugares estratégicos etc.”¹⁰⁵ A diferença desse comportamento típico para os anteriores residiria no fato de que, no induzimento ou na atração de alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, a vítima ainda não se encontrava prostituída, tampouco explorada sexualmente por alguém; ao contrário, na facilitação, o agente permite que a vítima, já entregue ao comércio carnal, nele se mantenha com o seu auxílio, com as facilidades por ele proporcionadas.

Também se configura o delito em estudo quando a conduta do agente é dirigida a impedir que a vítima abandone a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Como se percebe pela redação típica, a vítima se encontra no exercício pleno da prostituição ou outra forma de

exploração sexual e deseja abandoná-la, havendo a intervenção do agente no sentido de impedi-la, fazendo, por exemplo, com que tenha que saldar dívidas extorsivas relativas ao período em que permaneceu “hospedada à custa do agente”, ou com algum artifício que a faça sopesar pela necessidade de permanecer no comércio carnal *etc.*

De acordo com a modificação feita pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, também aquele que vier a *dificultar* que alguém abandone a prostituição ou outra forma de exploração sexual responderá pelo delito tipificado no art. 228 do Código Penal. Dificultar tem o sentido de atrapalhar, criar embaraços, com a finalidade de fazer com que a vítima sinta-se desestimulada a abandonar a prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Como cediço, prevalece a sistemática proibitiva do sistema abolicionista, para o qual o comportamento de se prostituir é considerado atípico, todavia, há repressão da lei penal àqueles que contribuem para sua existência, estimulando o comércio carnal, independente da finalidade de lucro. Nesse passo, verifica-se, em princípio, adequação típica formal ao crime de favorecimento à prostituição e exploração sexual, pelo verbo núcleo “facilitar” (CP, art. 228, *caput*). O núcleo verbal “induzir” significa incutir a ideia; o “atrair”, estimular a prática da prostituição ou exploração sexual. Trata-se de situações muito próximas, pois, em regra, a atração não deixa de ser um meio de induzimento da vítima. O núcleo “facilitar”, denominado lenocínio acessório, é subsidiário aos dois outros, pois ocorre a facilitação quando o agente, sem induzir ou atrair a vítima, proporciona-lhe meios eficazes de exercer a prostituição, verdadeiro auxílio material para o desempenho da prostituição ou exploração sexual. A diferença fulcral entre os comportamentos típicos de induzir e atrair e o verbo facilitar encontra-se na situação da vítima: nos dois primeiros verbos, a vítima ainda não se encontrava em situação de prostituição ou exploração sexual; diversamente, na facilitação, o agente permite que a vítima, já entregue ao comércio carnal, nele se mantenha com seu auxílio e facilidades proporcionadas (STJ, HC 332.512/ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 24/02/2016).

Demonstrado nos autos que a conduta da acusada subsume-se no tipo penal descrito no art. 228 do CP, que abrange o ato de induzir, atrair alguém para a prostituição ou facilitá-la, na sua modalidade tentada, pois somente não houve a consumação, com o ingresso da vítima na prostituição, por circunstâncias alheias a vontade da acusada, pois a dona do prostíbulo se recusou a manter a vítima em seu estabelecimento (TJPE, APL 0206041-9, Vícência, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Mauro Alencar de Barros, DJEPE 19/7/2010).

Ré condenada pelo crime descrito no art. 244-A da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Recurso da defesa. Conjunto probatório demonstrando que a acusada facilitou a menor envolvida a prostituir-se. Absolvição inviável, porém inadequação da tipificação reconhecida de ofício (arts. 383 e 617, CPP). Conduta que se amolda ao crime descrito no art. 228, *caput*, do Código Penal. Não aplicação da qualificadora da menoridade prevista no § 1º vigente à época dos fatos, em razão da nova redação do dispositivo dada pela Lei nº 12.015/2009, mais benéfica à ré (art. 5º, XL, CF, e art. 2º, parágrafo único, CP) (TJSC, ACr 2010.026870-6, Rel. Des. Newton Varella Júnior, DJSC 1º/7/2010, p. 570).

Para que esteja caracterizado o tipo penal descrito no artigo 228 do Código Penal, na modalidade facilitação, não basta que o agente alugue quarto para encontros amorosos, mister se faz a presença da prostituição, ou seja, atividade sexual remunerada e com habitualidade, o que não se comprovou nos autos (TJMS, ACr 2010.003568-8/0000-00, Rel. Juiz Manoel Mendes Carli, DJEMS 28/6/2010, p. 57).

Existe favorecimento quando a pessoa é levada à prostituição ou impedida de abandoná-la, não excluindo a facilitação o fato de a vítima (menor) já ser prostituída, revelando, inclusive, haver percorrido diversos lugares

nas mesmas circunstâncias (STJ REsp. 118181/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6^a T., DJ 24/11/1997, p. 61.288). Embora o crime do art. 229, do CP, seja uma espécie do art. 228 do CP, são tipos autônomos, pois nada impede que o agente, além de manter a casa de prostituição, induza ou facilite alguém à prática do comércio sexual, ocorrendo o concurso material de crimes (TJPR, ApCr. 0607222-6, Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, DJPR 6/5/2010, p. 444).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo (na modalidade prevista no *caput* do art. 228), e próprio cuidando-se da hipótese qualificada de favorecimento da prostituição quando o agente for ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei, ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; doloso; material; de forma livre; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente goze do *status* de garantidor); instantâneo (merece destaque a discussão existente quanto ao núcleo *impedir*, uma vez que parte da doutrina se posiciona no sentido de entender tal comportamento como permanente, a exemplo de Noronha quando afirma que, “nesta modalidade, a consumação se protraí no tempo, devido à ação contínua do agente, que pode fazer cessar a prostituição, renunciando à sua atividade”.¹⁰⁶ Em sentido contrário, afirmado, ainda assim, o caráter instantâneo da infração penal, Guilherme de Souza Nucci;¹⁰⁷ monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (não havendo necessidade, como regra, de prova pericial, tratando-se de infração penal que não deixa vestígios).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual é a moralidade sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual.

Pode ocorrer a prostituição ou a exploração sexual masculina ou feminina, razão pela qual tanto o homem quanto a mulher podem ser considerados objeto material do delito em estudo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser considerada *sujeito ativo* do delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, haja vista não exigir o tipo penal do *caput* do art. 228 do diploma repressivo nenhuma qualidade ou condição especial necessária a esse reconhecimento, tratando-se, portanto, de um crime comum.

Da mesma forma, qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito passivo* do delito, seja do sexo masculino ou feminino. Nos dias de hoje, verifica-se com clareza o aumento da prostituição masculina, a ponto de se exporem em programas de televisão, rádio e em outros meios de comunicação de massa, a exemplo de jornais revistas *etc.*

Consumação e tentativa

Tem-se por consumado o crime tipificado no art. 228 do Código Penal, por meio das condutas de *induzir* ou *atrair*, quando a vítima, efetivamente, dá início ao comércio carnal, ou seja, às atividades próprias características da prostituição, com a colocação de seu corpo à venda, mesmo que não tenha, ainda, praticado qualquer ato sexual com algum “cliente”; ou, ainda, de acordo com a nova redação legal levada a efeito pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, quando a vítima é, efetivamente, explorada sexualmente, mesmo sem praticar o comércio carnal.

Dessa forma, o fato de já estar em um bordel ou, nos dias de hoje, nas chamadas casas de massagem, com a finalidade de vender o corpo, já seria suficiente para efeitos de caracterização do delito, pois que a vítima já fora, efetivamente, induzida ou atraída a prostituir-se. Além disso, agora, também restará configurado o delito se a vítima já estiver à disposição de alguém, que irá explorá-la sexualmente.

No que diz respeito à facilitação, entende-se por consumado o delito com a prática, pelo agente, do comportamento que, de alguma forma, facilitou, concorreu para que a vítima praticasse a prostituição ou fosse, de qualquer outra forma, explorada sexualmente.

Consuma-se também a figura típica mediante impedimento ao abandono da prostituição, quando a vítima, já decidida a deixar o meretrício, de alguma forma, é impedida pelo agente, permanecendo no comércio carnal. Da mesma forma aquela que quer se livrar da exploração sexual a que vem sendo submetida e é impedida pelo agente.

O delito também restará consumado quando ficar provado que o agente, de alguma forma, dificultou, criando problemas para que a vítima abandonasse a prostituição ou a exploração sexual a que estava sujeita.

Tratando-se de crime plurissubstancial, no qual se pode fracionar o *iter criminis*, será admissível o raciocínio relativo à tentativa.

Em sentido contrário, entendendo pela impossibilidade da tentativa, Guilherme de Souza Nucci aduz que: “não admite tentativa nas formas *induzir*, *atrair* ou *facilitar* por se tratar de crime condicionado. Poderia configurar a tentativa nas modalidades *impedir* e *dificultar*, mas não cremos ser realisticamente viáveis”.¹⁰⁸

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 228 do diploma repressivo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do proxeneta deve ser dirigida finalisticamente a introduzir a vítima nas

atividades de prostituição ou de outra forma de exploração sexual, auxiliar a sua permanência ou, mesmo, impedir ou dificultar a sua saída dessas atividades sexuais.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas inseridas no tipo penal que prevê o delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual pressupõem um comportamento ativo por parte do sujeito, vale dizer, o proxeneta faz alguma coisa no sentido de iniciar a vítima na prostituição ou em qualquer outra forma de exploração sexual, mantê-la nessa atividade ou, mesmo, impedi-la ou dificultá-la de abandoná-la.

No entanto, poderá ser cometido, também, via omissão imprópria, na hipótese, por exemplo, em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir que a vítima se inicie na prostituição, ou se submeta a qualquer forma de exploração sexual. Assim, imagine-se o fato praticado por um pai que, mesmo percebendo que sua filha menor de idade está sendo aliciada para iniciar-se na prostituição e desejando, na verdade, essa nova forma de vida para ela, podendo, não a impede.

Modalidades qualificadas

Determina o § 1º do art. 228 do Código Penal que, se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

Já o § 2º aduz que se o crime for cometido com o emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena será de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, além da pena correspondente à violência.

Valem, aqui, as explicações levadas a efeito quando dos comentários ao item correspondente no artigo anterior.

Proxenetismo mercenário

Assevera o § 3º do art. 228 do Código Penal que, se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-

-se também multa, tal como ocorre na hipótese do § 3º do art. 227 do mesmo diploma legal, que prevê a mediação para servir a lascívia de outrem.

Causas de aumento de pena

Vide art. 234-A, acrescentado ao Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Pena, ação penal e segredo de justiça

A pena prevista para a modalidade fundamental de favorecimento da prostituição ou outra

forma de exploração sexual é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos; para a modalidade qualificada constante do § 1º do art. 228 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, sendo que, para a forma também qualificada tipificada no § 2º do referido estatuto repressivo, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, além da pena correspondente à violência.

Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também a pena de multa, cumulativamente.

A ação penal, em qualquer das formas de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, é de *iniciativa pública incondicionada*.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Habitualidade *Para que se reconheça a prostituição ou mesmo qualquer outra forma de exploração sexual há necessidade de que o comércio da atividade sexual ou a exploração a que se submete a vítima seja habitual, ou basta a prática de um congresso carnal com finalidade lucrativa, ou de um ato que se configure em exploração sexual?*

Alguns dos leitores devem ter assistido a um filme muito interessante, com a atriz Demi Moore, com o título *Proposta Indecente*. Um dos protagonistas ofereceu a uma mulher casada uma importância considerável em dinheiro, que a enriqueceria, apenas por uma noite de sexo. Nesse caso, se a mulher aceitasse a proposta, estaria configurada a prostituição? Da mesma forma, aquele que, por exemplo, induzisse a vítima a se entregar por dinheiro a alguém apenas por uma noite praticaria o delito tipificado no art. 228 do Código Penal?

Enrique Orts Berenguer, analisando o tema, concluiu que “a realização de um só ato sexual, ainda quando se realize por dinheiro, não parece que constitua prostituição, ao menos no sentido usual da linguagem”.¹⁰⁹

Soler conceitua prostituição dizendo: “É a atividade consistente em entregar-se habitualmente aos tratos sexuais com pessoas mais ou menos determinadas, que eventualmente o requeiram. [...] constitui-se em um modo de viver”.¹¹⁰

Percebe-se, portanto, mediante as lições dos renomados autores, que a prostituição, como atividade profissional do sexo, somente se configura com o requisito da habitualidade.

Dessa forma, tanto a mulher que protagonizava um dos papéis no filme *Proposta Indecente* quanto aquela que se deixa levar, influenciada pelo agente, a permitir uma única noite de sexo em troca de dinheiro não podem, nos termos legais, ser consideradas prostitutas, razão pela qual o agente que convence a mulher a se entregar a alguém, apontando-lhe as vantagens que receberia em dinheiro, não pratica o delito tipificado no art. 228 do Código Penal, podendo,

entretanto, responder pela mediação para satisfazer lascívia de outrem, prevista no art. 227 do mesmo diploma legal.

Em sentido contrário, Renato Marcão e Plínio Gentil, posicionam-se no sentido de que: “Haverá prostituição mesmo quando não houver habitualidade na venda dos prazeres do sexo.

Imaginemos a seguinte hipótese: a vítima, já determinada a exercer a prostituição, se instala em prostíbulo e na primeira noite recebe um cliente. Pratica sexo com ele e recebe o valor cobrado. Na manhã seguinte, por qualquer razão que aqui desimporta, resolve abandonar a “vida fácil” e retornar à vida honesta.

Pergunta-se: é correto dizer que não exerceu prostituição? Se for *impedida* pelo proxeneta de abandonar “função”, não estarão presentes as elementares do crime previsto no art. 228?

A resposta a estas duas questões e a tantas outras que poderiam ser feitas com base nos verbos do tipo penal sob análise é exatamente a mesma: sim.

É claro que exerceu a prostituição, ainda que efêmera, e bem por isso não deve reclamar habitualidade na mercancia do sexo para fins de tipificação penal.”¹¹¹

Com todo respeito à posição dos renomados amigos, entendemos que a finalidade daquele que pratica o ato sexual também deve ser considerada para efeito de reconhecimento da prostituição, mesmo que, posteriormente, venha, como no exemplo por eles citado, a praticar somente um ato sexual e depois desista de continuar no comércio do sexo.

Assim, se uma pessoa ingressa em um bordel querendo dar início à sua “carreira” como prostituta, vende seu corpo uma única vez, e depois se arrepende, não podemos deixar de reconhecer que houve prostituição. Agora, como nas hipóteses por nós referidas anteriormente, se alguém não quiser fazer disso uma profissão e se vender seu corpo uma única vez, não podemos reconhecer a prostituição, que exige, assim, pelo menos uma finalidade habitual.

Da mesma forma, a expressão *exploração sexual* nos dá a ideia de uma prática reiterada, constante. Assim, não poderia responder pelo delito em estudo aquele que, por exemplo, induzisse a vítima a permitir que ficasse à disposição de alguém tão somente por um dia, a fim de que o sujeito deixasse aflorar todos os seus desejos libidinosos. O agente, tal como na hipótese de prostituição, poderia ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 227 do Código Penal.

O reconhecimento da prostituição exige contato físico?

Linhos atrás, concluímos que a prostituição exige a prestação de atividades sexuais que tenham como contrapartida o pagamento de um preço.

No entanto, essas atividades sexuais devem ser entendidas, necessariamente, no sentido de contato físico com o agente que paga pelos serviços sexuais, ou poderia ser entendida como

prostituição aquela atividade na qual alguém, mesmo não tocando naquele que paga pelos seus serviços, ou, ainda, não permitindo que seja tocado, também prestasse atividades ligadas aos prazeres sexuais?

Emiliano Borja Jiménez, analisando o tema, preleciona: “Ainda que o *Dicionário da Real Academia* defina esse conceito como atividade sexual que presta uma pessoa em troca de dinheiro, creio que o termo legal é mais limitado. Se circunscreveria ao marco das relações sexuais que exigem contato físico entre o agente e seu cliente, em troca de dinheiro. A isso haveria de somar as notas de brevidade no tempo e de diversidade a respeito dos sujeitos da oferta sexual. Assim ficam excluídas prestações de conteúdo sexual em troca de dinheiro nas que não existe contato físico entre trabalhador e cliente, como nas hipóteses de *striptease*, hipóteses de dança erótica com proibição de contatos por parte do cliente, espetáculos em cabines eróticas, telefones eróticos e ofertas similares”.¹¹²

Apesar da autoridade do renomado professor da Universidade de Valência (Espanha), ousamos discordar, pois que podemos compreender o exercício da prostituição como aquela atividade ligada à prestação de um serviço de natureza sexual em troca de um preço, não importando se há ou não possibilidade de contato físico. O que o “comprador” deseja é a realização de seus prazeres sexuais, que lhe são oferecidos pela(o) prostituta(o), haja ou não contato corporal. Assim, por exemplo, o que ocorre com *disk-sexo*, em que uma pessoa entra em contato com outra, via telefone, a fim de ver realizados seus sonhos e desejos eróticos. Simula-se, até mesmo, uma situação de relação sexual. Nesse caso, segundo entendemos, poderíamos considerar a atividade daquela(e) que presta serviços性uais a alguém em troca de preço como característica da prostituição.

Casa de prostituição Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (*Redação dada pela Lei nº 12.015, de 782009.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Introdução

A redação do art. 229 do Código Penal foi alterada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que dizia, inicialmente: *manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.*

Com a nova redação, em vez de referir-se à casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, o tipo penal passou a mencionar, tão somente, o estabelecimento

em que ocorra exploração sexual, mantendo-se, no mais, os elementos constantes do tipo penal anterior, inclusive a sua rubrica: *casa de prostituição*.

Assim, de acordo com a nova redação legal, podemos destacar os seguintes elementos que compõem a mencionada figura típica: *a) a conduta de manter*, por conta própria ou de terceiro; *b) estabelecimento em que ocorra a exploração sexual; c) haja ou não intuito de lucro; d) ou a mediação direta do proprietário ou gerente.*

O núcleo *manter* nos dá a ideia de habitualidade, de permanência. Manter requer um comportamento mais ou menos prolongado, com persistência no tempo. Não se trata de um comportamento praticado em um só instante, mas com a finalidade de continuar a acontecer, durante determinado prazo, que pode ser longo, ou mesmo de curta duração. O importante, segundo nosso ponto de vista, para efeitos de reconhecimento do núcleo manter, é a finalidade de que aquela situação se prolongue.

Assim, por exemplo, tanto pode ser responsabilizado pelo delito em estudo aquele que mantém tão somente por um mês lugar destinado à prática de prostituição, como aquele que conserva um local para esse fim por muitos anos.

A manutenção pode ocorrer por conta própria ou de terceiros, querendo isso significar que o próprio agente é quem pode arcar com as despesas de manutenção do local (estabelecimento em que ocorra a exploração sexual), ou que terceira pessoa, mesmo sabendo da finalidade ilícita do lugar, contribua para a sua manutenção, devendo, também, responder pelo delito, a título de coautoria.

Se, porventura, o terceiro desconhecer a finalidade ilícita do local para o qual contribui para a sua manutenção, o fato, para ele, será atípico, por ausência de dolo. Assim, imagine-se a hipótese em que um filho solicite o auxílio de seu pai no sentido de ajudá-lo no pagamento do aluguel de sua residência, quando, na verdade, o local onde vive destina-se, exclusivamente, à prostituição. Nesse caso, embora seja mantido por terceiro, aquele que contribui para essa manutenção, por desconhecer a finalidade ilícita do local, não poderá ser responsabilizado criminalmente, dada a ausência do elemento subjetivo (dolo) indispensável à caracterização da figura típica.

A lei penal, agora, faz menção a *estabelecimento em que ocorra a exploração sexual*. A exploração sexual pode ser lucrativa ou não, isto é, pode ser um local destinado especificamente ao comércio do corpo, como acontece com os bordéis, casas de prostituição, o *rendez-vous*, boates de *stripteases* etc., ou qualquer outro, mesmo que não ocorra finalidade lucrativa, para as pessoas que se deixam explorar sexualmente.

O verbo ‘*manter*’, contido no art. 229, do CP, não pode ser interpretado de forma tão ampla como quer o ilustre representante do Ministério Público, incluindo na figura típica a simples conservação do local. A expressão deve ser entendida como quem paga o aluguel, as contas, enfim, quem está a frente do

estabelecimento, e não um mero empregado encarregado da faxina do local (TJMG, AC 0627625-06.2012.8.13.0000, Rel. Des. Herbert Carneiro, *DJe* 19/7/2012).

Quem mantém, por conta própria, estabelecimento em que ocorria exploração sexual, com o intuito de lucro, incide no tipo penal tipificado pelo artigo 229 do Código Penal (TJDFT, Rec. 2008.01.1.119088-2, Rel. Des. Mário Machado, *DJDFT* 2/7/2010, p. 160).

Mediação direta, conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, “é apenas um alerta feito pelo tipo penal para demonstrar que o proprietário da casa pode entregar a administração do local a terceira pessoa e, ainda assim, estará inciso no tipo penal do art. 229. O mesmo se diga do gerente, que responde pelo crime, mesmo que administre o negócio ou o local à distância”.¹¹³

A existência de tipos penais como o do art. 229 somente traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal (Polícia, Ministério Público, Magistratura etc.), pois que, embora sendo do conhecimento da população em geral que essas atividades são contrárias à lei, ainda assim seu exercício é levado a efeito com propagandas em jornais, revistas, *outdoors*, até mesmo em televisão, e nada se faz para tentar coibi-lo.

Nas poucas oportunidades em que se resolve investir contra os empresários da prostituição, em geral, percebe-se, por parte das autoridades responsáveis, atitudes de retaliação, vingança, enfim, o fundamento não é o cumprimento rígido da lei penal, mas algum outro motivo, muitas vezes escuso, que impulsiona as chamadas *blitz* em bordéis, casas de massagem e similares. Nessas poucas vezes em que ocorrem essas batidas policiais, também o que se procura, como regra, é a descoberta de menores que se prostituem, demonstrando, assim, que não é o local em si que está a merecer a repressão do Estado, mas sim o fato de ali se encontrarem pessoas que exigem a sua proteção.

O Estado, no entanto, não está acostumado a abrir mão de sua força, deixando-a de reserva para “algum momento oportuno”. Entendemos que a revogação de alguns delitos que giram em torno da prostituição de pessoas maiores e capazes contribuiria para a diminuição da corrupção existente no Estado, pois que a licitude de determinados comportamentos, hoje tidos como criminosos, impediria solicitações ou, mesmo, exigências indevidas por parte de determinados funcionários públicos, que fazem “vista grossa” quando obtêm alguma vantagem indevida e, ao contrário, retaliam, quando seus interesses ilegais não são satisfeitos.

Paulo César Busato, com precisão, afirma que:

“Novamente o legislador reformista perdeu uma grande oportunidade de banir do sistema punitivo uma conduta anacrônica, descontextualizada da sociedade atual, e que não corresponde, absolutamente, a uma ideia de direito penal mínimo, que praticamente logra consenso na doutrina mais respeitável.”

É óbvio que o fato prostituição tem que ocorrer em algum lugar.

Se o ato de prostituir-se é lícito, qual seria a razão para castigar quem mantém o lugar de realização de um ato lícito?”¹¹⁴

E continua o dileto amigo, dizendo:

“Aqui aparece claramente o efeito nocivo do chamado *direito penal simbólico*, pois o uso de Direito Penal para a incriminação de uma conduta absolutamente carente de qualquer lesividade conduz a que a sociedade simplesmente faça vistas grossas à efetiva ocorrência do mencionado delito, expondo ao descrédito as instituições encarregadas da persecução penal.”¹¹⁵

Acreditamos que o controle social informal, praticado pela própria sociedade, seria suficiente para efeitos de conscientização dos males causados pela prática de determinados comportamentos que envolvem a prostituição, não havendo necessidade de sua repressão por parte do Direito Penal, que deve ser entendido como *extrema ou ultima ratio*.

A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, delito tipificado no art. 229 do Código Penal (Precedentes) (STJ, HC 238.688/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJe 19/08/2015).

A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter casa de prostituição, delito que, mesmo após as recentes alterações legislativas promovidas pela Lei nº 12.015/2009, continuou a ser tipificada no artigo 229 do Código Penal. De mais a mais, a manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual de outrem vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo incabível a conclusão de que é um comportamento considerado correto por toda a sociedade (STJ, REsp. 1435872/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T, DJe 1º/7/2014).

Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que não se pode falar em descriminalização pela ordem social do delito de casa de prostituição – art. 229 do Código Penal (STJ, AgRg. no REsp. 924750/RS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, DJe 15/3/2011).

Não compete ao órgão julgador descriminalizar conduta tipificada formal e materialmente pela legislação penal. Com esse entendimento, a 1^a Turma indeferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenados pela prática do crime descrito na antiga redação do art. 229 do CP [‘Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa’]. A defesa sustentava que, de acordo com os princípios da fragmentariedade e da adequação social, a conduta perpetrada seria materialmente atípica, visto que, conforme alegado, o caráter criminoso do fato estaria superado, por força dos costumes. Aduziu-se, inicialmente, que os bens jurídicos protegidos pela norma em questão seriam relevantes, razão pela qual imprescindível a tutela penal. Ademais, destacou-se que a alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.015/2009 teria mantido a tipicidade da conduta imputada aos pacientes. Por fim, afirmou-se que caberia somente ao legislador o papel de revogar ou modificar a lei penal em vigor, de modo que inaplicável o princípio da adequação social ao caso (STF, HC 104467/RS, Rel.^a Min.^a Cármel Lúcia, 1^a T, j. 8/2/2011, Informativo nº 615).

Classificação doutrinária

Crime comum (não havendo qualquer exigência de qualidade ou condição especial do sujeito ativo); doloso; de forma livre; comissivo (podendo, excepcionalmente, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); habitual; permanente; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra, pois que é possível a comprovação por meio de perícia de que o lugar tratava-se de estabelecimento em que ocorria a exploração sexual).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A moralidade pública sexual é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito tipificado no art. 229 do Código Penal e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual.

O objeto material é o próprio estabelecimento em que ocorre a exploração sexual.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser considerada *sujeito ativo* do delito em estudo, não exigindo o tipo penal nenhuma qualidade ou condição especial a esse reconhecimento.

Tem-se apontado a *coletividade* como *sujeito passivo* do delito previsto pelo art. 229 do Código Penal, haja vista ser a moralidade pública sexual o bem por ele juridicamente protegido. Alguns autores, a exemplo de Luiz Regis Prado,¹¹⁶ apontam, também, como sujeito passivo aquele que exerce a prostituição nesses lugares.

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci aduz: “A pessoa que se prostitui não é sujeito passivo, tendo em vista que o ato em si não é considerado ilícito penal”.¹¹⁷

Consumação e tentativa

Embora seja considerado um crime habitual, acreditamos que a consumação ocorra com, por exemplo, a inauguração do lugar em que ocorra a exploração sexual. A abertura de um bordel, a nosso ver, já configuraria a consumação do delito, independentemente, até mesmo, de que algum casal já tenha ali se relacionado sexualmente.

Assim, imagine-se a hipótese em que a polícia, informada sobre a inauguração de uma luxuosa casa de prostituição, dirija-se até o local no exato instante em que é aberta por seu proprietário, que havia levado a efeito o convite de inúmeras autoridades para que conhecessem o seu novo local de exploração sexual. Embora existam posições em contrário, não entendemos que o fato de ser reconhecido como um delito habitual seria uma barreira para a prisão em flagrante do mencionado proprietário.

O dolo de manter aquele local era evidente: a casa já estava aberta e preparada para receber os “clientes”. Que mais se deveria esperar para que se concluisse pela prática da mencionada infração penal? O núcleo *manter*, segundo nosso ponto de vista, já estava presente, razão pela qual poderíamos concluir pela consumação do delito tipificado no art. 229

do Código Penal.

A questão, como dissemos, é polêmica. Cesar Roberto Bitencourt, por exemplo, entende que: “Este crime é habitual e permanente. Tratando-se de crime habitual, por certo, a prática de um ou outro encontro ‘amoroso’ é insuficiente para consumar o delito, cuja tipificação exige a prática reiterada de condutas que, isoladamente, constituem um indiferente penal”.¹¹⁸

Apesar da força do raciocínio do renomado professor gaúcho, não podemos com ele concordar. É certo que o tipo exige o *animus* da permanência, habitualidade, mas, por outro lado, não requer, como dissemos, a prática de qualquer comportamento libidinoso. Quando a lei faz menção a “estabelecimento em que ocorra a exploração sexual” está se referindo, na verdade, à necessidade dessa finalidade com caráter duradouro, e não à preparação de um lugar, por exemplo, para um único encontro destinado à prática da prostituição. Assim, imagine-se a hipótese na qual um conhecido artista internacional esteja organizando uma turnê no Brasil e peça ao seu empresário para que consiga um local a fim de que, somente por um dia, possa descansar e ter relações sexuais com uma prostituta brasileira. Assim, atendendo ao pedido do artista, o referido empresário consegue alugar, por um único dia, uma mansão em frente à praia, e organiza tudo aquilo que era necessário para aquela única noite de prazer. Obviamente que, nesse caso, não poderíamos falar em *manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual*, pois que aquele lugar, especialmente preparado para a prática de atos libidinosos, não cumpriria a exigência da habitualidade exigida pelo tipo.

No entanto, imagine-se, agora, a hipótese daquele que, depois de inaugurar sua luxuosa casa de prostituição, ainda não tenha conseguido angariar nenhum cliente. Poderíamos afastar a elementar típica *manter*, simplesmente pelo fato de que os aposentos ainda não haviam sido utilizados para a prática de atos libidinosos? O prostíbulo já não estava sendo mantido do mesmo modo, ou seja, já não se encontrava aberto com a finalidade de acolher pessoas que ali desejasse explorar sexualmente as “garotas de programa” que ali aguardavam seus “clientes”?

Entendemos, portanto, que o núcleo *manter* já estava sendo praticado pelo agente, razão pela qual o delito poderia ser considerado consumado, mesmo sem a constatação de qualquer prática de atos sexuais.

Existe controvérsia, ainda, no que diz respeito à possibilidade de tentativa no delito em estudo. A maioria da doutrina entende pela impossibilidade do reconhecimento do *conatus*, tendo em vista a natureza *habitual* do delito.

Nesse sentido, afirma Guilherme de Souza Nucci: “Não admite tentativa por se tratar de crime habitual. Aliás, além de habitual, conforme a situação concreta, pode ser crime condicionado, dependente de prova da ocorrência da exploração sexual (delito antecedente, como, por exemplo, a figura do art. 215)”.¹¹⁹

No entanto, tratando-se de crime plurissubsistente, em nossa opinião, torna-se perfeitamente admissível o raciocínio da tentativa, pois que se pode visualizar o fracionamento do *iter criminis*.

Assim, imagine-se a hipótese daquele que seja surpreendido no exato instante em que ia levar a efeito a inauguração de seu bordel, que foi impedido de ser aberto por circunstâncias alheias à vontade do agente. Nesse caso, poderíamos entender pela tentativa do delito tipificado no art. 229 do Código Penal. Frise-se que a maior parte de nossos doutrinadores repudia esse entendimento, a nosso ver sem razão, *permissa venia*, pois que se baseiam tão somente no fato de estarmos diante de um delito habitual,¹²⁰ e desprezam, equivocadamente, sua natureza plurissubsistente.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 229 do diploma repressivo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente a praticar, reiteradamente, os atos que se configuram no delito de natureza habitual, vale dizer, a manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual. Dessa forma, o elemento subjetivo deve abranger o caráter duradouro do comportamento, não se destinando, por exemplo, a uma única ocasião.

Para que o agente seja responsabilizado pela figura típica em estudo, deverá ter conhecimento, ainda, de que mantém estabelecimento em que ocorra exploração sexual, pois, caso contrário, o fato será atípico, por ausência do necessário elemento subjetivo, como na hipótese do terceiro, já referido anteriormente, que contribui para a manutenção de determinado local, desconhecendo que ali era praticada a exploração sexual.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *manter* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, nas hipóteses em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir a perpetuação do estabelecimento destinado à exploração sexual.

Assim, imagine-se o exemplo em que o agente, policial, tendo, nos termos da alínea *a* do § 2º do art. 13 do Código Penal, a obrigação legal de impedir o resultado, mesmo sabendo da existência de uma casa de prostituição, dolosamente, nada faça no sentido de impedir o seu funcionamento. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelo delito em estudo, via omissão imprópria.

Pena, ação penal e segredo de justiça

O preceito secundário do art. 229 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Motéis Tendo em vista a redação legal, poderíamos entender como típica a conduta daquele que mantém um motel?

Sob a vigência da redação anterior, embora houvesse divergência doutrinária e jurisprudencial, a maioria se posicionava no sentido de não entender como típica a manutenção de motéis. Hoje, após a modificação levada a efeito pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, somente se ficar demonstrado que o estabelecimento hoteleiro destinava-se à exploração sexual, o que não é incomum em determinadas regiões do país, o fato poderá amoldar-se à definição constante do art. 229 do Código Penal.

Nos dias de hoje, aqueles que mantêm estabelecimentos destinados a encontros para fins sexuais não podem ser incriminados, diante da permissividade da sociedade quanto a esse modelo de comportamento. Embora ainda figure no Código Penal vigente, a conduta a que se refere o seu art. 229 (casa de prostituição) deixou de ser vista à conta delituosa. E deixou de sê-lo, porque se trata de um conceito moral reconhecidamente ultrapassado e que já não tem mais como sustentar-se nos dias atuais. A sociedade hodierna culminou por ditar uma realidade que acabou por afastar a ilicitude daquela conduta – a do art. 229 –, tornando-a, em consequência, atípica a conduta, em nome da evolução dos costumes (TJ-MG, AC 2868535-38.2009.8.13.0105, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, DJe 13/04/2016).

A exploração sexual prevista no art. 229 do Código Penal (conforme a redação dada pela Lei nº 12.015/2009), da qual a prostituição é espécie, constitui atividade que se aperfeiçoa após algum tempo, exigindo-se para a sua configuração o requisito da habitualidade. Hipótese em que não foi demonstrado que o estabelecimento em questão se destinava exclusivamente à prostituição, assim como não há elementos quanto ao requisito temporal da permanência na atividade. Impositiva a manutenção da sentença e a consequente absolvição fundada no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (TJRS, Ap. Crim. 70046831004, Rel.^a Des.^a Naele Ochoa Piazzeta, j. 14/6/2012).

Prisão em flagrante Existe intensa discussão com relação à possibilidade de levar a efeito a prisão em flagrante quando estivermos diante de um crime habitual, ou seja, aquele que, para efeitos de consumação, requer a reiteração dos comportamentos previstos no tipo penal.

O delito de casa de prostituição, como afirmamos, se amolda ao conceito de crime habitual. Contudo, embora nossa posição seja minoritária, entendemos ser perfeitamente possível a prisão em flagrante daquele que mantinha, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorria exploração sexual, com ou sem intenção de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

Assim, imagine-se a hipótese em que a polícia tome conhecimento, por meio de recortes de

jornais, que determinado estabelecimento era, efetivamente, uma casa de prostituição. No anúncio, até mesmo, tinha uma “tabela de preços”, informando aos clientes quanto pagariam pelo prazer sexual. Seria absurdo acreditar que os policiais, ao se dirigirem ao local anunciado, verificando, que a mencionada “tabela de preços” encontrava-se afixada na porta de entrada, poderiam prender em flagrante o agente responsável pela manutenção daquele prostíbulo, simplesmente por se tratar de um crime habitual? Acreditamos que não.

No entanto, como dissemos, grande parte da doutrina se posiciona contrariamente a essa possibilidade de prisão em flagrante, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, quando afirma ser “juridicamente impossível a prisão em flagrante no caso do art. 229”, dizendo que “com a nova redação, há maior razão para se afastar essa atitude estatal. Além de se exigir *prova da habitualidade*, o que demanda tempo, algo incompatível com o flagrante, pode ser exigível *prova da existência da exploração sexual* (prática de qualquer crime sexual envolvendo esse estado). A situação de flagrância perde-se em meio a tantas exigências probatórias incompatíveis com a urgência da medida”.¹²¹

Ousamos discordar do renomado autor. Tomando-se por base o exemplo acima mencionado, que encontramos praticamente em todas as grandes cidades, nada tem de extraordinário ou mesmo complicado em se afirmar que um determinado local era destinado à exploração sexual. Muito pelo contrário, os “empresários do sexo”, ou seja, os mantenedores desses locais fazem propagandas em todos os meios de comunicação, inclusive, no saguão de aeroportos.

Enfim, concluindo, entendemos ser perfeitamente possível a prisão em flagrante do agente que pratica o comportamento previsto pelo tipo do art. 229 do Código Penal, mesmo tratando-se de um crime habitual.

Crime de manutenção de casa de prostituição (art. 229 do Código Penal). Prisão em flagrante. Situação de flagrância devidamente caracterizada. Policiais que ingressaram no estabelecimento comercial gerenciado pela paciente e flagraram a exploração sexual de mulheres (TJSC, HC 2010.046257-9, Rel. Juiz Rodrigo Collaço, DJSC 1982010, p. 191).

Abolito criminis

Art. 229 do CP com nova Redação dada pela Lei nº 12.015/2009. *Abolitio criminis* pela referida Lei. Retroatividade da Lei Penal mais favorável. Necessidade de exploração sexual para configuração do tipo penal, o que não resta caracterizado nos autos. Absolvição que se impõe (TJSC, ACr 2009.060474-0, Rel.ª Des.ª Marli Mosimann Vargas, DJSC 1782010, p. 392).

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que deu nova redação ao artigo 229 do Código Penal, exige nova elementar para caracterização do tipo penal, ou seja, de que no estabelecimento ocorra ‘exploração sexual’. Não restando comprovada nos autos a ocorrência de exploração sexual, diante da *abolitio criminis* e presente o princípio da retroatividade da Lei mais benéfica, impõe-se a absolvição da apelante, nos termos do artigo 386, inc. III, do Código de Processo Penal (TJDF, Rec. 2009.03.1.001602-8, Rel. Des. Luciano Moreira Vasconcellos, DJDFTE 15/7/2010, p. 111).

Rufianismo Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerce: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (*Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 8 2009.*) Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 8 2009.*) § 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: (*Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 8 2009.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

(*Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 8 2009.*) **Introdução**

O rufianismo – ativo e passivo – está previsto no art. 230 do Código Penal.

Assim, de acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: *a)* a conduta de tirar proveito da prostituição alheia; *b)* seja participando diretamente de seus lucros; *c)* seja fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerce.

O núcleo do tipo aduz o comportamento de *tirar proveito* da prostituição alheia.

A expressão *tirar proveito* possui natureza econômica, e não sexual, e pode ocorrer mediante duas situações distintas. Na primeira delas, o agente participa diretamente dos lucros auferidos com a prostituição alheia. Atua como se fizesse parte do negócio, sendo que sua função, em geral, é dar proteção, organizar ativamente as atividades daquela (ou daquele) que se prostitui. É o chamado *rufianismo ativo*. Na segunda modalidade, conhecida como

rufianismo passivo, o agente não participa diretamente das atividades ligadas à prostituição, mas somente se faz sustentar por quem a exerce. É o famoso *gigolô*, normalmente amante da prostituta.

Como esclarecem Renato Marcão e Plínio Gentil:

“A relação parasitária punível é somente aquela estabelecida enquanto a meretriz ainda exerça o comércio carnal.

Para a configuração do crime, é imprescindível que o proveito obtido seja extraído de parte do que é auferido com o exercício da prostituição, e não de qualquer outra fonte de renda ou recursos.”¹²²

Para efeitos de configuração da mencionada figura típica, haverá necessidade de constatação do requisito habitualidade, sem o qual o fato se transforma em um indiferente penal.

O rufianismo pressupõe habitual e direta participação nos ganhos ou habitual sustento, total ou parcial, do agente pela prostituta. É imprescindível que haja habitualidade para que o crime venha a ser reconhecido (TJMG, ACR 1.0193.016977-1/001, 5ª Câm. Crim., Rel. Alexandre Victor de Carvalho, pub. 31/5/2008).

As expressões *participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar*, nos dão a nítida ideia da necessidade da habitualidade.

Não se exige que o agente viva, exclusivamente, a expensas da prostituição alheia, pois que a lei penal menciona expressamente a possibilidade de que essa relação ocorra total ou parcialmente, vale dizer, poderá a subsistência do agente depender exclusivamente da prostituição alheia, ou poderá ele ter uma atividade paralela à de rufião.

No rufianismo, a ação tipificada é tirar proveito da prostituição alheia, isto é, auferir vantagem, aproveitar-se economicamente de pessoa que a exerce, havendo duas modalidades: participando diretamente dos lucros ou fazendo-se sustentar por quem exerce a prostituição. Demonstrado que os acusados, mediante o emprego de violência e grave ameaça, auferiam lucro de forma direta da prostituição, deverão responder pelo crime disposto no art. 230, § 2º, do CP (TJ-MG, AC 0202428-33.2015.8.13.0672, Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, DJe 16/09/2016).

Qualquer que seja o nome dado ao valor que o agente recebe das meretrizes, seja - ‘aluguel do quarto’, ‘dízimo’, ‘contribuição espontânea’ ou qualquer outro –, quando evidenciada que a exploração é por ele comandada, fica preenchido o tipo penal (TJSC, ACr 2010.012391-4, Rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, DJSC 9/6/2010, p. 573).

Para a configuração do crime de rufianismo exige-se que o agente tenha efetiva e direta participação no produto havido da prostituição alheia, o que caracterizaria a ação parasitária do proxeneta no ganho alheio, não se vislumbrando o delito nas hipóteses em que ocorre o estímulo à venda de bebidas ou o simples recebimento de aluguel para a habitação regular da prostituta (TJDF, APR1813097, Crim., Rel. P. A. Rosa de Farias, 1ª T., j. 18/3/1998, DJ 3/6/1998, p. 40).

Rufianismo. Delito não caracterizado. Donos de bordel que tiram vantagem indiretamente do meretrício alheio, pela venda de bebidas e aluguel de quartos. Ausência de participação direta nos lucros de prostituta.

Inteligência do art. 230, CP (TJMG, 1.0000.00.261634-0/000 [1], Rel. Sérgio Resende, pub. 17/4/2002).

Demonstrado que a apelante auferia lucro de forma direta da prostituição, a manutenção da condenação pelo delito de rufianismo se apresenta adequada (TJRS, Ap. Crim. 70016 668840, 8ª Câm. Crim., Rel. Roque Miguel Fank, j. 4/7/2007).

A eventual tolerância da Polícia em relação ao lenocínio não aproveita ao rufião (STF, HC 56408, Rel. Min. Soares Muñoz, 1ª T., RT 522, p. 458).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo, uma vez que somente aquele que exerce a prostituição poderá figurar nessa condição; doloso; material; de forma livre; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); habitual; monossubjetivo; plurissubsistente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A moralidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de rufianismo, bem como, num sentido mais amplo, a dignidade sexual, de acordo com a nova redação conferida ao Título VI do Código Penal, pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

A pessoa explorada pelo rufião (ou cafetina), seja do sexo masculino, seja do sexo feminino, é o objeto material do delito em estudo.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito. O *sujeito passivo* é a pessoa explorada pelo rufião, abrangendo-se, também, em um sentido mais amplo, a coletividade.

Consumação e tentativa

Ocorre a consumação com o efetivo aproveitamento, pelo agente, da prostituição alheia, a exemplo de quando recebe o primeiro pagamento, os primeiros presentes, desde que seja com uma característica duradoura, vale dizer, não eventual.

Mesmo com alguma dificuldade de reconhecimento, não descartamos a possibilidade do raciocínio correspondente à tentativa.

Elemento subjetivo

O delito tipificado no art. 230 do Código Penal somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *tirar proveito* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Modalidades qualificadas

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 deu nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 230 do Código Penal, criando outras modalidades qualificadas de rufianismo. Diz o § 1º do mencionado artigo, *verbis*: *§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:*

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

A modificação legal teve por finalidade inserir no tipo penal do art. 230 do diploma repressivo situações que não tinham sido previstas de modo a qualificar o rufianismo, mantendo aquelas que, pelo fato de ensejarem maior juízo de censura sobre o comportamento praticado, deveriam fazer com que o delito fosse considerado qualificado, impondo-se, consequentemente, uma pena maior do que aquela prevista na sua modalidade fundamental, constante do *caput* do mencionado artigo.

A primeira das qualificadoras previstas pelo § 1º do art. 230 do Código Penal diz respeito ao fato de ser a vítima, ou seja, a pessoa que é explorada pelo rufião, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos. Nesse caso, é importante destacar que, para efeitos de reconhecimento da qualificadora, deverá ficar demonstrado nos autos que o agente sabia que a vítima encontrava-se nessa faixa etária, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, fazendo com que responda tão somente pela figura prevista no *caput* do art. 230 do Código Penal.

Para efeitos de reconhecimento da idade mencionada no aludido § 1º deverá ser anexada aos autos a prova correspondente, por meio de documento próprio (certidão de nascimento, documento de identidade etc.), pois que o art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, determina que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Também qualifica o delito de rufianismo se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima. Na hipótese de o delito ter sido cometido contra filho, tutelado ou curatelado, aplica-se o inc. II do art. 92 do Código Penal, que diz: ***Art. 92. São também efeitos da condenação:***

I – [...];

II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado.

Da mesma forma, responderá pelo delito qualificado o garantidor que, por lei ou outra

forma, tiver assumido a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância da vítima. Aqui, ao contrário do que ocorre no art. 13, § 2º, a, do Código Penal, que exige tão somente uma obrigação legal, deverá ser considerado como qualificado o delito de rufianismo se a obrigação for oriunda, por exemplo, de um contrato, como na hipótese de alguém que é contratado para cuidar da vítima, e acaba praticando qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo.

Réu condenado por infringir o artigo 230, §1º, do Código Penal, porque submeteu adolescentes à prostituição, tirando proveito dos lucros obtidos com os programas sexuais por elas realizados (TJDF, Rec. 2009.01.1.073165-8, Ac. 433.802,

1ª T. Crim., Rel. Des. George Lopes Leite, DJDFTE 22/7/2010, p. 159).

Diz o § 2º do art. 230 do Código Penal que, se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima, a pena será de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

Nessas hipóteses, o agente utiliza qualquer desses meios para que possa tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerce. É uma situação muito comum no submundo da prostituição, em que o rufião impõe à força o seu sustento pela prostituta e, como contrapartida, oferece seus serviços de “proteção”.

Se houver violência, deverá ser aplicada a regra do concurso material de crimes, ou seja, deverá ser o agente responsabilizado pelo delito de rufianismo qualificado, bem como por aquele originário do emprego de violência, vale dizer, o delito de lesão corporal simples (art. 129, *caput*, do CP) ou qualificada (art. 129, §§ 1º e 2º, do CP).

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada pelo preceito secundário do *caput* do art. 230 do Código Penal é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa; para a modalidade qualificada no § 1º, a pena será de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, além da multa; no § 2º, a pena será de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da multa e sem prejuízo da pena correspondente à violência.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo para a modalidade simples de rufianismo.

Diferença entre o rufião e o proxeneta

Rufião é o popular cafetão, isto é, aquele que, de forma habitual, tira proveito da prostituição alheia. Já o proxeneta atua no sentido de mediar os interesses sexuais de terceiros.

Diferença entre rufianismo e favorecimento da prostituição com intuito de lucro

A diferença entre o rufianismo e o favorecimento da prostituição com o intuito de lucro (art. 228, § 3º, do CP) reside no fato de que, no rufianismo, a percepção do proveito é continuada, tratando-se, pois, de crime habitual, sendo que o favorecimento da prostituição possui a natureza de crime instantâneo.

Concurso entre rufianismo e favorecimento da prostituição

O Superior Tribunal de Justiça, analisando a mencionada situação, decidiu, em nossa opinião corretamente: que menor, trabalhando para o paciente, com a função de fazer programas com homens e mulheres, com ele dividia o dinheiro auferido, sendo, então, patente a sua condição de sócio oculto do incapaz que, na dicção de Nélson Hungria, funcionava como sócio de indústria. Nestas circunstâncias, não obstante o angariamento de clientes a indicar, *in thesi*, o favorecimento à prostituição, este delito foi absorvido pelo de rufianismo, pela preponderância do indevido proveito, consubstanciado na participação nos lucros. Em suma, o menor exercia a prostituição e o paciente dela tirava proveito direto, numa espécie de sociedade (STJ, HC 8.914/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., RSTJ, v. 134, p. 525).

Prescrição

Vide art. 111, V do CP.

Política de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas

Em 4 de fevereiro de 2013, foi publicado o Decreto nº 7.901, que instituiu a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, para coordenar a gestão estratégica e integrada da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, aprovada pelo Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006, e dos Planos Nacionais de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas, bem como o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (CONATRAP).

A coordenação tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas é integrada, nos termos do parágrafo único, do art. 1º do Decreto nº 7.901, de 4 de fevereiro de 2013, pelos seguintes órgãos: I) Ministério da Justiça; II) Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República; e III) Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Concurso entre rufianismo e casa de prostituição

O delito de rufianismo não é um mero exaurimento tampouco está na linha de desdobramento regular do delito tipificado no art. 229 do CP. Inaplicável, portanto, o princípio da consunção (STJ, HC 238.688/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 19/08/2015).

Arts. 231 e 231-A.

(Revogados pela Lei nº 13.344, de 6/10/2016.) Art. 232.

(Revogado pela Lei nº 12.015, de 7/8/2009.)

Capítulo VI – Do Ultraje Público ao Pudor

Ato obsceno Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Introdução

Para efeito de configuração do ato obsceno, deverão estar presentes os seguintes elementos que informam a figura típica constante do art. 233: *a) a conduta de praticar ato obsceno; b) em lugar público, ou aberto ou exposto ao público.*

Assim, a norma penal proíbe a *prática* de *ato* considerado *obsceno*. Esse ato pode ser levado a efeito de diversas formas, sempre ligadas à expressão corporal do agente. Isso significa que verbalizar palavras obscenas não se configura no delito em estudo, podendo, dependendo de a hipótese concreta se subsumir à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP), ou mesmo ao crime contra a honra. São, portanto, as expressões corporais, com conotação sexual, que podem se configurar no delito de ato obsceno.

Ato obsceno é um conceito eminentemente normativo, que depende, obrigatoriamente, de um juízo de valor para que possa ser compreendido.

O princípio da adequação social poderá auxiliar o intérprete, servindo como termômetro que identifica o pudor médio.

Conforme salienta Noronha, “o pudor coletivo não difere daquele de que a pessoa é dotada, porém informa-se do sentimento comum aos homens, dos *costumes* observados pela coletividade, em determinada época, não tomando em consideração a sensibilidade moral extraordinária de determinadas pessoas ou grupos. São as regras e princípios consuetudinariamente observados pela generalidade dos homens que dão conteúdo ao pudor”.¹²³

E continua o renomado autor, esclarecendo: “Sua apreciação não prescinde da consideração dos usos e costumes de determinado povo, em determinada época, subordinando-

se, também particularmente, aos *lugares*. Tal acontece porque o sentimento do pudor evolui e não é o mesmo em todas as partes.”¹²⁴

O princípio da adequação social, por mais que tenha conotação subjetiva, poderá nos auxiliar no sentido de investigar o sentimento da maioria da sociedade, a fim de descobrir se aquele determinado comportamento poderá ser considerado adequado, levando-se em consideração o lugar, a época, a cultura do povo, enfim, dados que serão indispensáveis ao reconhecimento da conduta como obscena.

Para que se configure o delito em estudo, o ato considerado obsceno deve ser praticado em *lugar público*, ou *aberto ao público*, ou *exposto ao público*.

Lugar público é aquele ao qual todos nós temos acesso, quase sempre, irrestritamente, como no caso das praças, ruas, avenidas, túneis, viadutos, parques etc. *Aberto ao público* é aquele lugar que, embora com alguma restrição, o acesso ao público é permitido, como acontece com os cinemas, teatros, museus, igrejas etc. *Exposto ao público* é aquele lugar em que, embora podendo ser considerado privado, é devassado a ponto de permitir que as pessoas presenciem o que nele se passa, como acontece, por exemplo, com as varandas dos apartamentos, quadras de esportes existentes no interior dos prédios, onde todos os vizinhos têm acesso através de suas janelas, enfim, qualquer lugar, mesmo que privado, ao qual um número, ainda que limitado, de pessoas tenha acesso.

O que não se pode, sob o falso argumento de defesa da coletividade, é radicalizar a ponto de reconhecer qualquer comportamento incômodo como obsceno. Veja-se, por absurdo que possa parecer, o julgado do extinto TACrim/SP, publicado na *JTACrim/SP*, 46, p. 348, em que se chegou à “feliz conclusão” de que *ventosidade intestinal* não configurava o delito em estudo. Isso quer dizer que alguém foi indiciado por ter, acreditamos que dolosamente, soltado gases em público, o que fez com que o Ministério Público denunciasse o sujeito por ato obsceno, sendo, afinal, absolvido da acusação, ao que parece, pelo Tribunal de Alçada paulista.

Comete ato obsceno o agente que, segurando sua genitália, diz que tinha duas bolinhas e outras coisas, que poderia dar a crianças que reclamavam a devolução de uma bola que havia caído no pátio de sua residência. A conduta descrita na exordial acusatória subsumiu-se às elementares necessárias para a caracterização do delito descrito no art. 233 do Código Penal, pela prática de ato obsceno, na forma de palavras e gestos com conotação sexual, para crianças, em local exposto ao público, no pátio de sua propriedade, sendo incabível a desclassificação pretendida (TJ-RS, RC 71006183008, Rel. Edson Jorge Cechet, j. 10/10/2016).

Para tipificação do delito descrito no art. 233 do Código Penal, suficiente que o ato praticado fira ‘o pudor ou a vergonha, (sentimento de humilhação gerado pela conduta indecorosa), tendo sentido sexual’, sendo despiciendo perquirir eventuais disfunções sexuais que o réu possua (TJDF, Rec. 2005.02.1.004457-8, Rel. Des. George Lopes Leite, DJDFTE 15/7/2010, p. 92).

Pratica ato obsceno (CP, art. 233) o agente que desnuda o pênis em via pública, sem importar a visão do olhar ou que alguém possa se sentir agredido no seu recato, por se tratar de crime formal e de perigo (TJGO,

ACr 200902778069, Rel. Des. José Lenar de Melo Bandeira, *DJGO* 18/2/2010, p. 223).

Em se tratando de crime de perigo, embora não queira o agente ofender o pudor público, basta a possibilidade de sua ocorrência para tipificar o delito (TJMG, AC 142990-1, Rel. Gomes Lima).

O delito de ato obsceno em lugar público, previsto no art. 233 do Código Penal, exige que o ato seja praticado em lugar público ou aberto ao público, ou ainda, exposto ao público (TJRS, ACr. 71001542018, Rel. Alberto Delgado Neto, pub. 17/4/2008).

O tipo do art. 233 do Código Penal exige, para sua configuração, que o ato obsceno seja feito em lugar público, aberto ou exposto ao público, não se configurando o delito quando realizado em local privado (Rec. Crim. 7100 1360833, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais/RS, Rel.^a Ângela Maria Silveira, j. 3/9/2007).

Praticado ato obsceno de subir no teto solar de veículo, tirar a roupa, rebolar fazendo gestos de prática de sexo em local público. Configurado o delito do art. 233 do Código Penal (Rec. Crim. 7100 1245927, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais/RS, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 4/6/2007).

Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em que se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal (STF, HC 83996/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, 2^a T., *DJ* 2682005, p. 65).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo, quanto no que diz respeito ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de gozar o agente do *status* de garantidor); instantâneo; formal (bastando a prática do comportamento considerado valorativamente como obsceno); de forma livre; monossubjetivo; plurissubstancial; transeunte (como regra, pois que não será necessária a perícia para a comprovação dos atos considerados como obscenos, bastando, em quase a totalidade dos casos, a prova testemunhal).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é o *pudor público*.

Objeto material pode ser a pessoa ou grupo de pessoas específico contra o qual foi dirigido o ato ou, mesmo, a própria sociedade, pois há hipótese de não ser dirigido à pessoa determinada.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo. O sujeito passivo tanto pode ser uma pessoa ou grupo específico de pessoas como a própria coletividade.

Consumação e tentativa

A consumação ocorre no momento em que o agente pratica o ato obsceno em lugar público, ou aberto, ou exposto ao público.

Embora exista controvérsia, entendemos como possível a tentativa, mesmo que seja difícil a sua ocorrência.

O crime previsto no CP-233 é formal e de perigo, não exigindo que o ato obsceno seja efetivamente visto por alguém. Basta, para sua consumação, a simples possibilidade de ser visto e o assistido atingir o pudor público, como aconteceu (TJRS, Ap. Crim. 693117723, 3^a Câm. Crim., Rel. Moacir Danilo Rodrigues, j. 25/11/1993).

Elemento subjetivo

O delito de ato obsceno somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Dolo específico. As provas dos autos, consubstanciadas nos depoimentos das vítimas, indicam que o réu teve nítido intento sexual, o que indica o dolo específico para a caracterização do crime, sem qualquer respaldo probatório a alegação de que satisfazia necessidades fisiológicas. Sem acolhida, pois, a pretensão de desclassificação para contravenção penal (TJ-DFT, Processo: 20140410064612APJ, Rel. Des. Aiston Henrique de Sousa, DJe 1º/06/2016).

Inadmissível a absolvição do acusado comprovadamente autor dos fatos a ele imputados na exordial. Impossível a desclassificação para o delito de ato obsceno quando a finalidade da conduta do agente é a de satisfação da própria lascívia (TJMG, AC 1.0382.02.022477-2/001, Rel. Des. Jane Silva, DJ 20/7/2006).

Ato obsceno. Acusado que mantém relação sexual no interior de veículo estacionado em local público. Fato ocorrido durante a madrugada em via pública sem movimento e iluminação. Inexistência de dolo, de consciência da ilicitude do ato e de vontade de ofender o pudor público. Absolvição decretada. Inteligência do art. 233 do CP de 1940 e da Lei nº 7.209/84 (RT 602, p. 344).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *praticar* pressupõe um comportamento comissivo, podendo, no entanto, ser levado a efeito via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento, suspensão condicional do processo e segredo de justiça

O preceito secundário do art. 233 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, para o delito de ato obsceno.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

Tendo em vista a pena máxima cominada ao delito tipificado no art. 233 do Código Penal, competirá, *ab initio*, ao Juizado Especial Criminal seu processo e julgamento.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Diferença entre o delito de ato obsceno e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor

A contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, tipificada no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, é um *minus* comparativamente ao delito de ato obsceno.

Dissertando sobre a referida contravenção penal, Marcello Jardim Linhares preleciona: “*Importunar* é dar vida, por palavras, gestos ou ações, ao propósito de causar incômodo ao equilíbrio psíquico de uma pessoa normal. É aborrecê-la com súplicas ou pedidos insistentes, ofensivos ao seu pudor.

O ato material, dessa forma, liga-se a uma ação pessoal comissiva, não se compreendendo a importunação omissiva.

O evento prende-se a todos os atos nocivos que molestarem alguém, incluindo os toques lascivos, desde que não sejam expressão de violência (caso em que ocorrerá crime), dirigidos a coartar a liberdade sexual, resolvendo-se em simples molestação para fins libidinosos.”¹²⁵ A diferença, na verdade, é de grau, de importância, sem contar o fato de que, no delito de ato obsceno, o Código Penal exige a prática de um *ato*, ou seja, de um comportamento, de uma expressão corporal entendida como obscena. Simples palavras, mesmo que incômodas, obscenas, poderão se configurar na contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

Tendo os atos perpetrados pelo réu ultrapassado a mera importunação ofensiva ao pudor ou constrangimento ilegal, expondo seu órgão genital em praça pública e em local de bastante movimentação de transeuntes, resta plenamente configurado o crime previsto no art. 233 do Código Penal, inviabilizando desclassificar a conduta na forma como pretendido (TJ-RS, AC 70069091312, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, DJe 17/08/2016).

Escrito ou objeto obsceno Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Parágrafo único. In corre na mesma pena quem: I – vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II – realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter; III – realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

Introdução

Hungria, analisando os verbos retores que compõem o tipo penal do art. 234, incluindo o seu parágrafo, esclarece: “*Fazer* é produzir, fabricar, elaborar, dar forma a alguma coisa. *Importar* é introduzir em qualquer ponto do território nacional. *Exportar*, ao contrário, é fazer sair do nosso para outro país. *Adquirir* é obter alguma coisa *ut dominus*, seja a que título for (pouco importando que a *res* não incida imediatamente na efetiva posse do agente). *Ter sob sua guarda* é deter ou possuir, ter a *res*, própria ou alheia, em depósito ou à imediata disposição. *Vender* é transferir, dispor ou entregar, mediante um preço. *Distribuir* é entregar a outrem, com ânimo definitivo ou não, a título gratuito ou oneroso (exemplo: *locação lucrativa*), franca ou clandestinamente, de modo direto ou mediante despacho, ou por via postal. *Expor à venda* é colocar a *res* à vista de possíveis compradores. *Expor ao público* é exibir ou mostrar em lugar público ou em que, embora somente para fim de conhecimento da exposição, se permita o acesso a *tout venant*”.¹²⁶

Pratica o crime de escrito ou objeto obsceno, tipificado no inc. I do parágrafo único do art. 234 do Código Penal brasileiro, o agente que tem a posse de fotos de mulher nua e em situações de práticas sexuais, as quais remete por *e-mails*, com considerações pessoais atinentes a sexo, a colegas de trabalho da ex-companheira (TJDF, Ap. Crim. no Juizado Especial, ACR 20010111156939/DF, 2ª T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Rel. João Batista Teixeira, j. 30/3/2005, DJU 3/5/2005, p. 159).

Acusados que mantinham em depósito grande quantidade de publicações pornográficas para comércio. Pretendida supressão da proibição legal pelos costumes vigentes. Inadmissibilidade. Irrelevância de estarem as publicações envelopadas em plástico, por ser o delito de perigo.

Condenação mantida. Inteligência do art. 234 do CP (RT 616, p. 311).

Se a peça publicitária de roupa íntima não incursiona pelo chulo, pelo grosseiro, tampouco pelo imoral, até porque exibe a nudez humana em forma de obra de arte, não há inequivocadamente, atentado ao Código Penal, art. 234. O Código Penal, art. 234, se dirige a outras circunstâncias, visando, efetivamente, resguardar o pudor público de situações que possam evidentemente constituir constrangimento às pessoas nos lugares públicos. A moral vigente não se dissocia do costume vigente. Assim, quando os costumes mudam, avançando contra os preconceitos, os conceitos morais também mudam. O conceito de obsceno hoje não é mais o mesmo da inspiração do legislador do Código Penal em 1940. A liberdade de criação artística é tutelada pela Constituição Federal, que não admite qualquer censura (CF, art. 220, § 2º) (STJ, HC 7809/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., RT 765, p. 502).

Classificação doutrinária

Crime comum, haja vista que o tipo penal do art. 234 não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo ou passivo; doloso; comissivo (como regra, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); formal; de ação múltipla ou conteúdo variado; instantâneo (no que diz respeito à maior parte das condutas típicas); permanente (na modalidade *ter sob sua guarda*); de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como regra, pois é possível que o

material erótico seja objeto de perícia).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é o *pudor público*. Podemos entender esse pudor público no sentido de a moralidade pública ter conotação sexual.

Objeto material é o escrito, o desenho, a pintura, a estampa ou qualquer objeto obsceno.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito. Sujeito passivo é a coletividade.

Consumação e tentativa

O delito se consuma com a prática de qualquer dos comportamentos previstos no art. 234, *caput*, parágrafo único, do Código Penal.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de escrito ou objeto obsceno somente pode ser cometido dolosamente, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas no tipo penal do art. 234 e seu parágrafo único pressupõem comportamento comissivo, podendo, no entanto, ser praticadas via omissão imprópria.

Penal, ação penal, competência para julgamento, suspensão condicional do processo e segredo de justiça

A pena cominada para as condutas previstas no *caput*, bem como no parágrafo único do art. 234 do Código Penal, é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

Tendo em vista a pena máxima cominada ao delito de escrito ou objeto obsceno, competirá, *ab initio*, ao Juizado Especial Criminal o seu processo e julgamento.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Estatuto da Criança e do Adolescente

Vide arts. 240 e 241.

O princípio da adequação social não pode ser usado como neutralizador, *in genere*, da norma inserida no art. 234 do Código Penal. Verificado, *in casu*, que a recorrente vendeu a duas crianças revista com conteúdo pornográfico, não há se falar em atipicidade da conduta afastando-se, por conseguinte, o pretendido trancamento da ação penal (STJ, *RHC 15.093/SP*, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., *DJ* 12/6/2006, p. 499).

Código Penal Militar

Caracteriza o delito previsto no art. 239 do CPM a conduta do militar que, em lugar sujeito à Administração Militar, espalha fotografias obscenas em áreas sabidamente frequentadas, inclusive por crianças, com o mote de que estas as recolhessem, como, de fato, veio a ocorrer. Delito delineado e provado em todos os seus elementos, de forma continuada, nada existindo que justifique ou exculpe o acusado no seu cometimento. Decisão majoritária (STM, Ap. [FO]: Apelfo 48.694/RJ 2001.01.048694-1, Rel. José Enaldo Rodrigues de Siqueira, j. 22/11/2001, *DJ* 02102-02, 20/2/2002).

Capítulo VII – Disposições Gerais

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Aumento de pena

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) I – (Vetado);

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) II – (Vetado);

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) III – de metade, se do crime resultar gravidez; e

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) IV – de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) O inc. III do art. 234-A do Código Penal determina que a pena será aumentada de metade, se do crime resultar gravidez. Infelizmente, quando uma mulher é vítima de estupro, praticado mediante conjunção carnal, poderá engravidar e, consequentemente, rejeitar o feto, fruto da concepção violenta. Como o art. 128, II, do Código Penal permite o aborto nesses casos, é muito comum que a mulher opte pela interrupção da gravidez. Como se percebe, a conduta do estuprador acaba não somente causando um mal à mulher, que foi vítima de seu comportamento sexual violento, como também ao feto, que teve ceifada sua vida. Dessa forma, o juízo de censura sobre a conduta do autor do estupro deverá ser maior, aumentando-se a pena em metade, no terceiro momento do critério trifásico, previsto pelo art. 68 do diploma repressivo.

A pena deverá, ainda, ser aumentada de um sexto até metade, de acordo como inc. IV do

art. 234-A do Código Penal, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Para que ocorra a majorante, há necessidade de que a doença tenha sido, efetivamente, transmitida à vítima, que, para efeitos de comprovação, deverá ser submetida a exame pericial.

“As DST (doenças sexualmente transmissíveis)

são doenças causadas por vírus, bactérias, fungos ou protozoários e que, pelo fato de seu mecanismo de transmissão ser quase que exclusivamente por via sexual, possuem a denotação *sexualmente transmissível*. Apesar disso, existem DST que podem ser transmitidas fora das relações sexuais.

As DST se manifestam principalmente nos órgãos genitais do homem e da mulher, podendo acometer outras partes do corpo, sendo possível, inclusive, que não se manifeste qualquer sintoma visível.

Até certo tempo, as doenças sexualmente transmissíveis eram popularmente conhecidas como ‘doenças venéreas’ ou ‘doenças do mundo’.

A maioria das doenças sexualmente transmissíveis possui cura. Outras, causadas por vírus, possuem apenas tratamento. É o caso da sífilis, do herpes genital e da Aids. Nestes casos, a doença pode ficar estagnada (incubada) até que algum fator externo permita que ela se manifeste novamente.”¹²⁷

Podemos citar, como exemplos de doenças sexualmente transmissíveis, a candidíase, a gonorreia, a pudicolose do púbis, HPV (*Human Papilloma Viruses*), a hepatite B, a herpes simples genital, o cancro duro e o cancro mole, a infecção de clamídia, bem como o HIV (Sida).

O inc. IV em análise exige, para efeitos de aplicação da causa especial de aumento de pena, que o agente, no momento do contato sexual, saiba – ou pelo menos deva saber – que é portador dessa doença sexualmente transmissível. As expressões contidas no mencionado inciso – *sabe ou deva saber ser portador* – são motivo de intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Discute-se se tais expressões são indicativas tão somente de dolo ou podem permitir também o raciocínio com a modalidade culposa.

A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, ao cuidar do art. 130, que contém expressões similares, consigna expressamente que, nelas, se pode visualizar também a modalidade culposa, conforme se verifica da leitura do item 44, que diz: *44. O crime é punido não só a título de dolo de perigo, como a título de culpa (isto é, não só quando o agente sabia achar-se infeccionado, como quando devia sabê-lo pelas circunstâncias).*

Com a devida *venia* das posições em contrário, devemos entender que as expressões *de que sabe ou deva saber ser portador* dizem respeito ao fato de ter o agente atuado, no caso

concreto, com dolo direto ou mesmo com dolo eventual, mas não com culpa.

Merece ser frisado, ainda, que, quando a lei menciona que o agente *sabia* ou *devia saber* ser portador de uma doença sexualmente transmissível está se referindo, especificamente, a esse fato, ou seja, ao conhecimento efetivo ou possível da contaminação, e não ao seu elemento subjetivo no momento do ato sexual, ou seja, não importa saber, para que se aplique a causa de aumento de pena em estudo, se o agente queria ou não a transmissão da doença, mas tão somente se, anteriormente ao ato sexual, sabia ou poderia saber que dela era portador.

Agente que, mesmo usando preservativo, engravidou ou transmite doença sexualmente transmissível à vítima Pode ocorrer a hipótese em que, por exemplo, um estuprador, visando praticar a conjunção carnal com a vítima, faça uso de preservativo. Imagine-se que, durante o ato sexual, o material é rompido e, em virtude de ter havido ejaculação, a vítima venha a engravidar. Ou, ainda, a hipótese em que o agente, sabendo ser portador de DST, faz uso do preservativo na prática do estupro mediante conjunção carnal, o qual, também, acaba se rompendo durante o coito, transmitindo, assim, sua doença para vítima.

Nesses casos, embora o agente tenha tomado o cuidado para não engravidar ou mesmo transmitir uma DST para a vítima, se tais resultados ocorrerem, ainda assim deverão ser aplicadas as causas especiais de aumento de pena previstas pelo art. 234-A do Código Penal? A resposta só pode ser positiva. Isso porque, o art. 234-A do mencionado diploma repressivo diz que nos crimes previstos no Título VI a pena é aumentada, no primeiro caso, se *do crime*, ou seja, da prática sexual criminosa, *resultar gravidez*. Não importa, aqui, se o agente queria ou não engravidar a vítima; se foi “cuidadoso” ou não se importou com a possibilidade de engravidar. O inc. III é claro no sentido quando afirma que haverá a incidência da majorante *se do crime resultar gravidez*.

Da mesma forma, o inc. IV do art. 234-A do Código Penal se contenta, para efeitos de aplicação da causa de aumento de pena nele prevista, com a transmissão da doença sexualmente transmissível de que o agente sabia ou, pelo menos, devia saber ser portador. Se o agente, como no exemplo citado, se preveiu, usando preservativo, pois que tinha conhecimento da sua DST, e se, no caso concreto, mesmo assim, a vítima veio a contraí-la, pela redação do inc. IV, deverá ser aplicada a majorante, pois que, *in casu*, a lei penal não exige que o agente tenha o dolo da transmissão, mas, sim, que, tão somente, tenha conhecimento ou possibilidade de conhecimento da doença sexualmente transmissível de que era portador.

Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.) Embora fosse mais apropriada a inclusão da exigência do segredo de justiça no Código de Processo Penal, entendeu por bem o legislador em trazer para o Título VI do Código Penal essa determinação, impondo, assim, o sigilo de todos os atos processuais

*que envolvam os Crimes contra a Dignidade Sexual, vale dizer: • estupro
(art. 213)*

- violação sexual mediante fraude (art. 215)
- assédio sexual (art. 216-A)
- estupro de vulnerável (art. 217-A)
- corrupção de menores (art. 218)
- satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (art. 218-A) • favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B) • mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227) • favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228) • casa de prostituição (art. 229)
- rufianismo (art. 230)
- ato obsceno (art. 233)
- escrito ou objeto obsceno (art. 234)

Art. 234-C. (Vetado).

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 782009.)

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 60.

2 Alberto Silva Franco e Tadeu Antonio Dix Silva, com precisão, criticando a expressão *crimes contra a dignidade sexual*, asseveraram que “em matéria de sexualidade enquanto componente inafastável do ser humano, não se cuida de sexo digno ou indigno, mas tão-somente de sexo realizado com liberdade ou sexo posto em prática mediante violência ou coação, ou seja, com um nível maior ou menor de ofensa à autodeterminação sexual do parceiro. Destarte, toda lesão à liberdade sexual da pessoa humana encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração na área penal” (*Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 1018-1019).

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. III, p. 95-98.

4 Vide artigos 181, 182 e 183 do Código Penal espanhol.

5 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 116.

6 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 601.

7 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. 4, p. 50.

8 JESUS, Damásio E. *Direito penal*, v. 3, p. 132.

9 JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*, p. 156.

10 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código penal comentado*, p. 391.

11 A redação constante do *caput* do revogado art. 223 utilizava a expressão *se da violência resulta lesão corporal de natureza grave*, enquanto o § 1º do mesmo artigo dizia *se do fato resulta a morte*. Essa diversidade de expressões produzia discussões que acabavam por gerar dúvidas na sua aplicação. Hoje, após a nova redação legal trazida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, podemos afirmar que o agente responderá pela modalidade qualificada se da sua conduta ou seja, do seu comportamento dirigido a estuprar a vítima, vier a causar-lhe qualquer dos resultados previstos pelos §§ 1º e 2º do art. 213 do Código Penal.

12 Em sentido contrário, afirma Guilherme de Souza Nucci, que “todo resultado qualificador pode ser alcançado por dolo ou culpa, exceto

quando o legislador deixa bem clara a exclusão do dolo, tal como fez no art. 129, § 3º, do Código Penal. (*Crimes contra a dignidade sexual*, p. 26)

13 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal comentado*, p. 391.

14 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. 4, p. 52.

15 Leia-se, agora, *dignidade sexual*.

16 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 182.

17 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 250.

18 CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 37.

19 Nesse sentido, Julio Fabbrini Miarabete e Renato N. Fabbrini, quando dizem que “a vítima tem 14 anos de idade a partir do primeiro instante do dia de seu aniversário” (*Manual de Direito Penal*, v. 2, p. 393).

20 ESTEFAM, André. *Crimes sexuais – comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 43.

21 Os incs. I e II do art. 234-A, que foram objeto do veto presidencial, diziam, respectivamente: *I – da quarta parte se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*. Nas razões dos vetos foi esclarecido que “as hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescer ao diploma legal já figuram nas disposições gerais do Título VI. Dessa forma, o acréscimo dos novos dispositivos pouco contribuirá para a regulamentação da matéria e dará ensejo ao surgimento de controvérsias em torno da aplicabilidade do texto atualmente em vigor”.

22 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 676.

23 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 604.

24 <http://www fmt am gov br/areas/dst/conceito htm>

25 SZNICK, Valdir. *Crimes sexuais violentos*, p. 145.

26 FLETCHER, George. P. *Las victimas ante el jurado*, p. 161.

27 MESTIERE, João. *Do delito de estupro*, p. 92.

28 Apud FLETCHER, George. P. *Las víctimas ante el jurado*, p. 170.

29 FLETCHER, George. P. *Las víctimas ante el jurado*, p. 183-184.

30 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 124-125.

31 Não podemos concordar com Damásio de Jesus quando assevera que “sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa” (JESUS, Damásio E. *Direito penal*, v. 3, p. 128). Com a devida vénia, não há qualquer necessidade de “justa causa para a negativa”. Basta, simplesmente, que a mulher não queira o ato sexual, não podendo a ele ser obrigada em nenhuma situação, tenha ou não fundamento para sua negativa.

32 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*, v. VI, p. 161-162.

33 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 195.

34 BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 97.

35 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal – Parte general*, p. 580.

36 FRANÇA, Genival Vélos de. *Medicina legal*, p. 235.

37 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal comentado*, p. 391.

38 Depois de algum tempo preso, Deus honrou a fidelidade de José, fazendo dele o segundo homem mais poderoso do Egito, somente ficando abaixo do próprio Faraó. Para saber mais detalhes sobre a vida de José, desde seu nascimento até sua assunção ao poder no Egito, leia os capítulos 37 a 50 do livro de Gênesis, na *Bíblia Sagrada*.

39 Cf. nota no final do capítulo.

40 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 18-19.

41 BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte especial* 1, p. 800.

42 AMISYNETO, Abrão. *Estupro, estupro de vulnerável e ação penal*. Acesso em 30 ago. 2009. Disponível in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13404>.

43 MIRABETE, Julio Fabrinni; FABRINNI, Renato N. *Manual de direito penal*, v. 2, p. 388.

44 GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº 2.270, 18 set. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13530>. Acesso em: 20 set. 2009.

45 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 122-123.

46 Esse raciocínio não é exato, pois que as majorantes, de acordo com o art. 68 do Código Penal, são aplicadas somente no terceiro momento do critério trifásico, e como os cálculos são feitos em cascata, ou seja, pena sobre pena, aquele a quem tivesse sido aplicada uma circunstância agravante (art. 61 do CP) teria uma pena aumentada em valor superior ao calculado no exemplo, ou seja, sua pena poderia ser superior aos 9 (nove) anos.

47 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 22.

48 JESUS, Damásio E. *Direito penal*, v. 3, p. 132.

49 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 2, p. 599.

50 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 648.

51 CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 36-37.

52 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. 4, p. 65.

53 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 106.

- 54 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 149.
- 55 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 151.
- 56 CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 43.
- 57 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 2, p. 365.
- 58 Os incs. I e II do art. 234-A, que foram objeto do voto presidencial, diziam, respectivamente: *I – da quarta parte se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*. Nas razões dos vetos foi esclarecido que “as hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescer ao diploma legal já figuram nas disposições gerais do Título VI. Dessa forma, o acréscimo dos novos dispositivos pouco contribuirá para a regulamentação da matéria e dará ensejo ao surgimento de controvérsias em torno da aplicabilidade do texto atualmente em vigor”.
- 59 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, v. 2, p. 401.
- 60 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 64.
- 61 GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. *Crime de assédio sexual*, p. 51-52.
- 62 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. II, p. 310-311.
- 63 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 794.
- 64 JESUS, Damásio E. de. *Assédio sexual*, p. 54.
- 65 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 37.
- 66 GOMES, José Jairo. *Teoria geral do direito civil*, p. 65.
- 67 MANUAL Merck de medicina, 16ª edição, p. 2.087.
- 68 MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*, p. 327.
- 69 MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*, p. 209.
- 70 JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*, p. 156.
- 71 Os incs. I e II do art. 234-A, que foram objeto do voto presidencial, diziam, respectivamente: *I – da quarta parte se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*. Nas razões dos vetos foi esclarecido que “as hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescer ao diploma legal já figuram nas disposições gerais do Título VI. Dessa forma, o acréscimo dos novos dispositivos pouco contribuirá para a regulamentação da matéria e dará ensejo ao surgimento de controvérsias em torno da aplicabilidade do texto atualmente em vigor”.
- 72 Em pesquisa realizada no Hospital Pérola Byington, em São Paulo, referência no tratamento de mulheres vítimas de violência sexual, constatou-se que 43% dos atendimentos diários se referem a meninas com menos de 12 anos de idade que engravidaram depois de terem sido estupradas. É um dado, realmente, assustador, razão pela qual se justifica a maior punição do pedófilo que engravidou essas crianças e adolescentes.
- 73 FRANÇA, Genival Véloso de. *Medicina legal*, p. 234.
- 74 Schelb, Guilherme. *Segredos da violência*, p. 19-20.
- 75 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 267.
- 76 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 45.
- 77 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 501.
- 78 BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte especial* 1, p. 850.
- 79 CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 55.
- 80 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 219.
- 81 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 225.
- 82 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 503/504.
- 83 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, parte especial, v. 4, p. 126.
- 84 FALEIROS, Eva. T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*, p. 78-79.
- 85 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 277.
- 86 MASSON, Cleber. *Direito penal – Parte especial*, v. 3, p. 81.
- 87 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 226.
- 88 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 244.
- 89 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 55-56.
- 90 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 251/252.
- 91 JESUS, Damásio. *Direito penal*, vol.3, p. 185.
- 92 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 62-63.
- 93 COÊLHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*, p. 773.
- 94 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, p. 301/303.
- 95 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 404.
- 96 MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável – a lei 12.015/99*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=91630. Acessado em: 27 ago. 2009.
- 97 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 676.
- 98 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 260.

99 BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte especial 1*, p. 900.

100 O art. 1º da Convenção para a repressão ao Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, concluída em Lake Sucess, nos Estados Unidos em 21 de março de 1950, e firmada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951, visando punir o lenocínio, assevera, textualmente: “As partes na presente Convenção convêm em punir toda pessoa que, para satisfazer às paixões de outrem: 1º) aliciar, induzir ou desencaminhar, para fins de prostituição, outra pessoa, ainda que com seu consentimento; 2º) explorar a prostituição de outra pessoa, ainda que com seu consentimento.”

101 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 274.

102 BERENGUER, Enrique Orts. *Derecho penal – Parte especial*, p. 967.

103 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 223.

104 FALEIROS, Eva. T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*, p. 83.

105 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 277.

106 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 226.

107 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 816.

108 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 76.

109 BERENGUER, Enrique Orts. *Derecho penal – Parte especial*, p. 967.

110 SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*, v. III, p. 311.

111 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 307/308.

112 JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*, p. 158-159.

113 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 682.

114 BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte especial 1*, p. 915/916.

115 BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte especial 1*, p. 916.

116 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 281.

117 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 817.

118 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 94.

119 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 81.

120 Nesse sentido: Cezar Roberto Bitencourt, quando diz que “como crime habitual, não admite tentativa” (*Tratado de direito penal*, v. 4, p. 94); e, ainda, Luiz Regis Prado, que afirma ser “a tentativa inadmissível, por se tratar de delito habitual” (*Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 282).

121 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 82-83.

122 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 340.

123 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 248.

124 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 248.

125 LINHARES, Marcello Jardim. *Contravenções penais*, v. 2, p. 529.

126 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 313-314.

127 <http://wwwfmtam.gov.br/areas/dst/conceito.htm>

Título VII – Dos Crimes contra a Família

Capítulo I – Dos Crimes contra o Casamento

Bigamia Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena – reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

Introdução

Podemos extrair os seguintes elementos que integram o tipo penal do art. 235: *a)* conduta de contrair novo casamento; *b)* sendo o agente já casado.

O núcleo *contrair* tem o significado de formalizar oficialmente um novo casamento, sendo o agente casado. Para tanto, o agente desconsidera a proibição legal constante do inc. VI do art. 1.521 do Código Civil, que diz que *não podem casar, as pessoas já casadas*, e dá início à formalização do seu pedido, mediante processo de habilitação para o casamento, nos termos preconizados pelo art. 1.525 do Código Civil.

Considerando que um dos documentos exigidos no processo de habilitação para casamento é a declaração feita pelos requerentes, na qual fica consignado o seu *estado civil*, ao praticar o delito de bigamia o agente, obrigatoriamente, comete, também, um delito de falsidade ideológica (crime-meio), sendo este, no entanto, absorvido pelo crime-fim, vale dizer, o de bigamia. Contudo, conforme adverte Luiz Regis Prado, “se não caracterizado o início da execução, a falsidade ideológica consumada (ato preparatório) seria punível como delito autônomo”.¹

Constituindo-se a falsidade ideológica (crime-meio) etapa da realização da prática do crime de bigamia (crime-fim), não há concurso do crime entre estes delitos (STJ, HC 39.583/MS, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 11/4/2005, p. 346).

Para que ocorra o delito em exame, faz-se mister que o agente já seja casado legalmente, isto é, que seu casamento anterior tenha sido válido de acordo com as normas da legislação civil.

Por isso, não se pode falar em bigamia quando o agente, por exemplo, mantinha

anteriormente com alguém *união estável*, mesmo que dessa relação tenha advindo filhos.

Da mesma forma, a cerimônia religiosa que oficializou, perante a Igreja, a união de duas pessoas, se não obedecer às formalidades legais, determinadas pelo art. 1.515 do Código Civil, não se prestará para efeitos de reconhecimento do casamento anterior, não servindo como impedimento do casamento futuro, que, se ocorrer, não se configurará, consequentemente, em bigamia.

O casamento anterior, contudo, mesmo que inválido, enquanto não for declarado judicialmente como tal, permitirá o reconhecimento do delito *sub examen*. Entretanto, nos termos do § 2º do art. 235 do Código Penal, se for *anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime*. Nélson Hungria alerta para o fato de que “o dispositivo fala em *anulado*, mas, deve-se entender, *anulado ou declarado nulo*”.²

Para a configuração do crime de bigamia, pouco importa que um ou ambos os casamentos sejam nulos ou anuláveis. Ele ocorrerá porque a lei atende à existência formal do casamento, à sua vigência, e não à sua validade (TJSP, Ap. 27958-3, Rel. Jefferson Perroni, *RT* 601, p. 319).

De acordo com o § 1º do art. 1.571 do Código Civil, *o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio*, aplicando-se a presunção estabelecida pelo Código Civil quanto ao ausente.³

O termo *bigamia* é dirigido somente àquele que, já sendo casado, contrai novo casamento. Isso significa que o outro cônjuge que contraiu casamento sem que, para tanto, houvesse qualquer óbice legal que fosse de seu conhecimento, até mesmo o *status* de casado do outro cônjuge, não pratica a infração penal em estudo. Pelo contrário, será considerado um dos sujeitos passivos do delito de bigamia.

Por outro lado, aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, será responsabilizado pelo tipo derivado privilegiado, constante do § 1º do art. 235 do Código Penal, sendo-lhe cominada uma pena menor à que seria atribuída ao agente casado.

Prova indubidosa de que o acusado contraiu novas núpcias ainda na vigência do primeiro casamento. Não demonstração, pelo agente, da ocorrência de erro de fato, da ausência de dolo ou da ignorância do caráter criminoso da sua conduta. Aplicação do art. 235 do CP (TJMG) (*RT* 773, p. 644).

Delito configurado. Rusticidade do acusado que não tem o condão de excluir o dolo. Proibição de novo casamento na constância do anterior que é de conhecimento de todos (TJSP) (*RT* 675, p. 370).

Classificação doutrinária

Crime próprio com relação ao sujeito ativo, pois que o tipo penal exige que o agente seja casado, e comum com relação ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo ser praticado

via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); material; de forma vinculada; instantâneo; plurissubjetivo (haja vista que necessita, obrigatoriamente, de uma outra pessoa para efeitos de configuração típica, tratando-se, pois, de um delito denominado de bilateral, de encontro ou de convergência); plurissubsistente; não transeunte (tendo em vista a possibilidade de prova pericial no que diz respeito à documentação necessária ao reconhecimento do casamento).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A instituição do *matrimônio*, relativa ao casamento monogâmico, é o bem juridicamente protegido pelo delito de bigamia. No entanto, busca-se, também, proteger a *família*.

O *objeto material* do delito de bigamia é o casamento.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *sujeito ativo* é a pessoa casada, que contrai segundas núpcias.

O *sujeito passivo* é o Estado. O *cônjugue do primeiro casamento* e o *contraente de boa-fé* também podem ser considerados sujeitos passivos.

Consumação e tentativa

O delito de bigamia tem seu momento de consumação quando da efetiva realização do segundo casamento.

Entendemos que o início da execução ocorre, efetivamente, quando se tem por iniciada a *solemnidade de celebração do casamento*, mesmo que não tenham, ainda, os contraentes manifestado sua vontade positiva, e vai até que o presidente do ato leve a efeito a declaração formal de casados, de acordo com a fórmula determinada pela segunda parte do art. 1.535 do Código Civil.

A tentativa é admissível.

O delito de bigamia exige para se consumar a precedente falsidade, isto é: a declaração falsa, no processo preliminar de habilitação do segundo casamento, de que inexiste impedimento legal (STJ, HC 39.583/MS, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz,
5^a T., DJ 11/4/2005, p. 346).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de bigamia, não existindo, outrossim, previsão para a modalidade de natureza culposa.

Bigamia. Art. 235 do Código Penal. Alegação de inexistência de dolo no agir do acusado, que acreditava já encaminhado o divórcio por advogado. Circunstâncias que não amparam a alegação do réu, que afirmou ser solteiro para a segunda esposa. Ademais, o segundo matrimônio foi contraído antes da entrada em vigor da Lei do Divórcio, o que comprova a impossibilidade de, na época, contrair novo casamento (TJRS, Ap. Crim.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de contrair casamento pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causa de exclusão da tipicidade

O § 2º do art. 235 do Código Penal assevera que *anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.*

Trata-se, portanto, de questão prejudicial ao reconhecimento da bigamia. Deverá, assim, ser aplicado o art. 92 do Código de Processo Penal.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do *caput* do art. 235 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos; já o § 1º do mencionado artigo prevê uma pena de reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, para aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

No caso do § 1º do art. 235 do Código Penal, será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

A ação proposta com a finalidade de declarar-se a nulidade absoluta do casamento, por bigamia, é imprescritível (STJ, REsp. 85.794/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., DJ 17/12/1999, p. 371).

Poligamia

Aplica-se a regra do concurso de crimes.

Prescrição

Somente depois da descoberta do ulterior casamento do agente é que terá início a contagem do prazo prescricional, nos termos do art. 111, IV, do Código Penal, e não, efetivamente, da data em que foi realizada a sua celebração formal.

No entanto, fica a pergunta: O fato deve se tornar conhecido de quem? De qualquer pessoa do povo ou de alguma autoridade pública? Embora exista a controvérsia, tem-se entendido, majoritariamente, que o prazo prescricional começa a correr a partir do momento em que o fato chega ao conhecimento de qualquer autoridade pública (delegado de polícia, Ministério Público, juiz de direito).

Por exceção, nos delitos de falso, a exemplo do que ocorre com o crime de bigamia, o fluxo prescricional não se inicia da data de consumação dessas figuras criminosas, mas do dia em que tais delitos se tornaram

conhecidos da autoridade pública (TJ-MG, AC 2038047-17.2011.8.13.0024, Rel. Des. Cassio Salomé, DJe 14/08/2015).

Criminal. Bigamia. Prescrição pela pena em concreto. Data inicial do prazo. Jurisprudência assentada sobre que o prazo começa a correr a partir da *notitia criminis* levada ao conhecimento da autoridade pública (STF, RHC 7206/RJ, RO em HC 1998/0003366-1, Rel. Min. José Dantas, DJ 25/5/1998, p. 124).

Bigamia. Prescrição. No crime de bigamia, o lapso prescricional não se conta do segundo casamento e sim da data em que o fato se tornou conhecido, *ex vi* do art. 111, inc. IV, do Código Penal (TJRS, HC 691016976, 2^a Câm. Crim., Rel. Antônio Carlos Netto de Mangabeira, j. 9/5/1991).

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

Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

Introdução

Podemos destacar os seguintes elementos que compõem o tipo penal que prevê o delito de *induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento*: a) a conduta de contrair casamento; b) induzindo o outro contraente em erro essencial; c) ou, ainda, ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior.

A expressão *contrair casamento* significa a união de duas pessoas, por meio do matrimônio, celebrado depois do cumprimento de todas as formalidades legais. Esclarece Alberto Silva Franco: “Na ação incriminada, o legislador teve em vista duas modalidades: na primeira, o agente aplica, instiga, persuade, seduz, leva-a, aconselha, compele etc., a vítima a erro essencial [...]; na segunda, o agente oculta impedimento. Ocultar significa esconder, sonegar, encobrir, disfarçar, simular. É mister, no entanto, que o outro cônjuge ignore o impedimento”.⁴

Para que ocorra a infração penal em exame, o casamento deverá ter sido realizado com a indução do outro cônjuge em *erro essencial* sobre aquele que o induziu, de modo que seja enganado sobre algumas das hipóteses constantes do art. 1.557 do Código Civil.

Caso em que o réu é acusado de ter forjado casamento a fim de regularizar sua situação de estrangeiro residente no Brasil. Situação improvada. Em seu depoimento judicial, a esposa não confirma a simulação do matrimônio, esclarecendo, ao contrário, que ela e o réu mantinham um relacionamento há mais de dois anos, o que leva a presumir que a união não foi um ato precipitado e artificioso (TRF, 4^a Reg., AC 1999.04.01.011795-3/PR, Rel. Eloy Bernst Justo, DJ 20/9/2000).

Classificação doutrinária

Ao contrário do que aduz parte da doutrina,⁵ entendemos ser comum o delito tipificado no art. 236 do Código Penal, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo, haja vista que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial, pois que a qualidade de cônjuge somente surgirá depois do cometimento do delito, e não antes dele; doloso; comissivo (uma vez que o tipo penal exige o núcleo *contrair*, pressupondo um comportamento ativo por parte do agente; poderá, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); formal, pois que, conforme adverte Guilherme de Souza Nucci, o delito não “exige resultado naturalístico, consistente na efetiva dissolução do matrimônio por conta do erro ou do impedimento”⁶; instantâneo; de forma vinculada; plurissubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Busca-se proteger a regularidade na realização dos casamentos, haja vista as consequências legais que lhe são inerentes.

O objeto material é o casamento.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Consumação e tentativa

O delito de *induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento* tem seu momento de consumação quando da efetiva realização do casamento, que ocorre de acordo com o art. 1.514 do Código Civil.

Salienta Noronha que “alguns autores acham possível a tentativa do crime. Realmente, pode alguém tentar contrair casamento, ocultando impedimento ou induzindo o outro contraente em erro, mas se antes de ultimada a celebração [...] for desmascarado, não se negará haver tentado praticar o delito. Todavia, o parágrafo único do art. 236 contém condição objetiva de punibilidade: a *sentença anulatória* do casamento, e para este ser anulado é mister que se realize, donde a tentativa do crime é juridicamente impossível, podendo ocorrer, entretanto, que o agente venha a praticar outro crime”.⁷

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, não existindo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de contrair casamento pressupõe um comportamento comissivo, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Penal, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 236 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

A ação penal será de iniciativa privada personalíssima, pois que, conforme determina o parágrafo único do art. 236, *depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.*

O trânsito em julgado da sentença que, por erro ou impedimento, anule o casamento é considerado uma condição objetiva de procedibilidade, sendo que a prescrição, a seu turno, somente começará a correr depois desse marco.

Tendo em vista a pena máxima cominada em abstrato, compete ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento.

Será permitida, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Ação penal de iniciativa privada personalíssima

Pela redação constante do parágrafo único do art. 236 do Código Penal, chegamos à conclusão de que a ação penal *sub examen* é de iniciativa privada personalíssima e somente o ofendido, no caso o contraente enganado, é que pode propô-la. Dessa forma, fica completamente inviabilizada a possibilidade de se transferir às pessoas elencadas pelo § 4º do art. 100 do Código Penal o início da *persecutio criminis in judicio*.

Além disso, a ação penal somente poderá ser intentada depois do trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento, sendo esse, portanto, o marco inicial para a contagem do prazo prescricional.

Isso significa, de acordo com as lições de Yuri Carneiro Coêlho, que “o trânsito em julgado da decisão se configura uma condição de procedibilidade da ação penal”.⁸

Conhecimento prévio de impedimento Art. 237. Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Introdução

O delito de *conhecimento prévio de impedimento* está previsto no art. 237 do Código Penal.

Ressalta Noronha: “O elemento material consiste em o indivíduo casar, conhecendo a existência do impedimento. Ao contrário do dispositivo anterior, aqui não se exige comportamento ativo do agente, a fraude veiculada pelo emprego de um ou mais meios; basta não declarar a causa dirimente absoluta, suficiente, pois, a simples omissão.”⁹

Cuida-se de norma penal em branco homogênea, haja vista que os impedimentos mencionados pelo tipo penal em estudo são aqueles arrolados pelo art. 1.521 do Código Civil.

Classificação doutrinária

Tal como a infração penal anterior (*induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento*), entendemos ser comum o delito tipificado no art. 237 do Código Penal, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo, haja vista que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial, pois que a condição de cônjuge somente surgirá depois do cometimento do delito, e não antes dele; doloso; comissivo (uma vez que o tipo penal exige o núcleo *contrair*, pressupondo um comportamento ativo por parte do agente; poderá, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); instantâneo; de forma vinculada; plurissubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a *regularidade da constituição do casamento*.

O objeto material é o casamento.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*. O *sujeito passivo* é o Estado.

Consumação e tentativa

O delito de *conhecimento prévio de impedimento* tem seu momento de consumação quando da efetiva realização do casamento, que ocorre de acordo com o art. 1.514 do Código Civil.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de *conhecimento prévio de impedimento*, não existindo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *contrair* casamento pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 237 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Tendo em vista a pena máxima cominada em abstrato, compete ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de conhecimento prévio de impedimento.

Será permitida, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Simulação de autoridade para celebração de casamento Art. 238.

Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Introdução

O delito de simulação de autoridade para celebração de casamento diz respeito ao personagem que ingressa na última fase do procedimento solene, que conduzirá à constituição regular da família por intermédio do casamento. O agente, portanto, assume o papel de *presidente do ato*, atribuído ao juiz de paz, e leva a efeito, ilegalmente, a declaração de que os contraentes estão *casados*. Sílvio de Salvo Venosa, dissertando sobre a autoridade competente para a celebração de casamento, alerta: “No Estado de São Paulo, a autoridade competente para celebrar o casamento ainda é o juiz de casamento, até quando o legislador organizar a Justiça de Paz, como determina a Constituição estadual. No Estado do Rio de Janeiro, é o juiz do Registro Civil; em alguns Estados, o juiz de direito, embora na maioria dos Estados a função seja atribuída ao juiz de paz. Essa autoridade, designada pela lei, não pode ser substituída por outra, ainda que de maior grau (juiz de direito, desembargador), salvo pelo seu substituto legal, sob pena de nulidade. O juiz de casamento competente é o do local onde foi processada a habilitação. Juiz de outro distrito será incompetente.”¹⁰

Como se percebe na redação constante do art. 238 do Código Penal, o delito de simulação de autoridade para celebração de casamento pode ser considerado uma modalidade especial de usurpação de função pública, tipificada no art. 328 do diploma repressivo. No delito em exame, ocorre, exatamente, a usurpação de função pública, uma vez que o agente se atribui falsamente autoridade para a celebração de casamento, sendo esta (a simulação de autoridade

para celebração do casamento) punida mais severamente do que aquela (a usurpação de função pública).

Classificação doutrinária

Crime comum, no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto aos sujeitos passivos, pois que exige que a conduta do agente se dirija contra os contraentes já habilitados para o casamento; doloso; comissivo (podendo, excepcionalmente, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de mera conduta; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; podendo ser mono ou plurissubsistente, dependendo da possibilidade do fracionamento do *iter criminis* no caso concreto; não transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Busca-se proteger a regular constituição da família.

O objeto material é o casamento.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, além dos cônjuges que foram enganados pelo simulacro de casamento levado a efeito por quem não tinha autoridade legítima para tanto.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito tipificado no art. 238 do Código Penal quando o agente pratica *qualquer ato* que diga respeito à solenidade de celebração do casamento, não havendo necessidade que *todos* os atos sejam levados a termo, inclusive com a declaração de *casados*.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O tipo penal do art. 238 somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de atribuir-se falsamente autoridade para a celebração de casamento pressupõe um comportamento comissivo, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 238 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui crime mais grave, demonstrando, aqui, ser o delito considerado expressamente como subsidiário. Assim, na hipótese de o agente usurpar função

pública auferindo vantagem, aplica-se o parágrafo único do art. 328 do Código Penal.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

Tendo em vista a pena mínima cominada, será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Simulação de casamento Art. 239. Simular casamento mediante engano de outra pessoa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

Introdução

Podemos destacar os seguintes elementos que integram a figura típica do delito de *simulação de casamento*: *a)* a conduta de simular casamento; *b)* enganando a outra pessoa.

O núcleo *simular* é utilizado pelo texto legal no sentido de fazer de conta, dar aparência verdadeira àquilo que é falso. Conforme esclarece Romão Cortes de Lacerda, “*simular casamento* é fingir casamento, é figurar como contraente de matrimônio numa farsa de que resulte para o outro contraente a convicção de que está casando seriamente”.¹¹

Com a simulação, o agente engana o outro contraente, que acredita estar realizando, com seriedade e de acordo com as determinações legais, o ato solene.

Assim, conforme esclarece Cesar Roberto Bitencourt, “é indispensável a utilização do *meio enganoso* para a prática do crime. Se os dois contraentes simulam o casamento, não se configura este crime, uma vez que faltou o ‘engano de outra pessoa’.

Para configurar o crime é indispensável que a simulação de casamento ocorra por meio de engano (ardil, fraude, armadilha) do outro contraente. Assim, a simples *representação* de estar casando, para ‘pregar uma peça nos amigos’, é insuficiente para caracterizá-lo”.¹²

Vindo a nubente enganada a tomar conhecimento da falsidade do casamento, ainda que pouco tempo antes da cerimônia, não há falar no delito do CP (TACrim./SP, AC, Rel. Xavier Homrich, *JTACrim./SP* 34, p. 425).

Impõe-se a absolvição se há dúvida insanável quanto à ocorrência de simulação de casamento e dolo no registro de filho alheio. Por conseguinte, restam insuficientes as provas para condenação pelo delito de declaração falsa do estado civil em pedido de visto para fixação de residência definitiva no território nacional (TRF, 4ª Reg., AC 2002.04.01.022140-0, Rel. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 30/11/2005).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, excepcionalmente, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o

agente gozar do *status* de garantidor); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (haja vista a possibilidade que se tem de fracionar o *iter criminis*); transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de simulação de casamento tem como bem juridicamente protegido a regular constituição do matrimônio.

O objeto material é o casamento simulado.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa enganada com o simulacro de casamento.

Consumação e tentativa

A consumação ocorre com a simulação de qualquer ato constante da celebração do casamento, independentemente se o agente conseguiu ou não alcançar a simulação do ato considerado culminante, vale dizer, a declaração falsa de casados.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal, que prevê o delito de simulação de casamento, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de simular casamento pressupõe um comportamento comissivo, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo A pena prevista para o delito de simulação de casamento é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

Considerando-se a pena mínima cominada, será possível a realização de proposta de suspensão condicional do processo.

Art. 240.

(Revogado pela Lei nº 11.106, de 28/3/2005.)

Capítulo II – Dos Crimes contra o Estado de Filiação

Registro de nascimento inexistente Art. 241. Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Introdução

O delito de registro de nascimento inexistente é uma forma especializada do crime de falso, haja vista que o agente fornece, falsamente, os dados exigidos pelo art. 54 da Lei de Registros Públicos, ao Cartório do Registro Civil, a fim de promover a inscrição de nascimento inexistente.

Conforme esclarece Noronha, o núcleo “do tipo é *promover*, ou seja, diligenciar, propor, requerer (linguagem forense) e originar, provocar, causar *etc.* (linguagem comum), na espécie, o registro de nascimento que não se deu. Tal ocorre quando se diz nascido filho de mulher que não o deu à luz, quer por não se achar grávida, quer porque não houve ainda a *délivrance*; ou quando se declara o natimorto como tendo nascido vivo. Em ambos os casos não houve nascimento”.¹³

No que diz respeito ao natimorto, *vide* art. 53 da Lei nº 6.015/1973.

Não há conflito aparente de normas entre o delito de registro de nascimento inexistente (CP, art. 241) e o de fazer declaração falsa em processo de transformação de visto (Lei nº 6.815/1980, art. 125, XIII), pois este pode ser cometido sem que o agente tenha praticado aquele, o qual não é crime-meio, ainda que cometido com a finalidade de instruir o referido processo. São fatos distintos que ensejam qualificação jurídica própria (TRF, 1ª Reg., CC 98.03.092233-5, Rel. André Nekatschalow, *DJU* 7/10/2004, p. 222).

Utilizando-se o Réu de declaração ideologicamente falsa, fornecida pelo outro denunciado, e promovendo em cartório o registro de assentamento de nascimento inexistente, de filho que seria seu, visando obter visto permanente no Brasil, resta configurada a violação ao art. 241 do CP e ao art. 125, XIII, da Lei nº 6.815/1980 (TRF, 1ª Reg., ACr. 1998.01.00.026402-5/AC, Rel. Juíza Ivani Silva Da Luz [conv.], *DJ* 29/5/2003, p. 76).

Sendo o agente denunciado pela prática do crime tipificado no art. 304 do CP, tendo como violado o art. 297 que aquele remete, e sendo o falso elemento do art. 241 – crime de promover o registro de nascimento inexistente – fica aquele absorvido por este (TRF, 2ª Reg., RSE, 93.02.18613-0/RJ, Rel. Paulo Barata, *DJ* 14/2/1995).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); material (pois que a sua consumação ocorre com o efetivo registro da inscrição de nascimento inexistente);¹⁴ de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubstítente; não transeunte (haja vista que haverá necessidade de comprovação, via

perícia, da inscrição levada a efeito no cartório do registro civil).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é o *estado de filiação*, fato que se comprova dada a sua inserção do Capítulo II (dos crimes contra o estado de filiação), do Título VII (dos crimes contra a família). Com a sua incriminação protege-se, também, a regular constituição da família.

O objeto material é o registro que é levado a efeito no Cartório de Registro Civil, onde se faz consignar um nascimento inexistente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode figurar como *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como qualquer pessoa que vier a ser prejudicada com a utilização do registro inexistente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma no exato instante em que é procedida a inscrição do nascimento inexistente no cartório do registro civil.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O delito de registro de nascimento inexistente somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *promover* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, praticando uma conduta positiva no sentido de efetivar a inscrição de nascimento inexistente no cartório de registro civil, podendo, no entanto ser praticado via omissão imprópria.

Penal e ação penal

O preceito secundário do art. 241 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, para aquele que promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

Prescrição

Vide art. 111, IV, do Código Penal.

Questão prejudicial

Vide art. 92 do Código de Processo Penal.

Competência

Não compete à Justiça Federal o processo e julgamento de feitos relativos à certidão de nascimento de criança inexistente feita por tabelião, uma vez que não existe lesão a interesse concreto de entidade pública federal, de modo a atrair a competência da Justiça Federal. Competência da Justiça do Estado do Amazonas (TRF, 1ª Reg., ACR 2000. 01. 00.101468-0/AM, Rel. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira [conv.], DJ 1/12/2006, p. 45).

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

-nascido Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (*Redação dada pela Lei nº 6.898, de 7/12/1981.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

(*Redação dada pela Lei nº 6.898, de 7/12/1981.*) **Parágrafo único.** Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (*Redação dada pela Lei nº 6.898, de 7/12/1981.*) Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

(*Redação dada pela Lei nº 6.898, de 7/12/1981.*) **Introdução**

O tipo penal do art. 242 do diploma repressivo prevê o delito de *parto suposto e supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido*.

Como se percebe, são múltiplos os comportamentos que podem se configurar no delito em estudo. Assim, de acordo com a redação legal, podemos apontar os seguintes elementos: *a)* a conduta de dar parto alheio como próprio; *b)* a conduta de registrar como seu o filho de outrem; *c)* a ocultação de recém-nascido ou a sua substituição, mediante a supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil.

Ao contrário do que ocorre com o delito de registro de nascimento inexistente, na infração penal tipificada pelo art. 242 do Código Penal, na modalidade de *dar parto alheio como próprio*, existe, efetivamente, o nascimento de uma criança. No entanto, a agente atribui como próprio o filho nascido de outra mulher. Conforme lições de Noronha, “a ação física consiste em a mulher atribuir-se a maternidade de filho alheio, em regra simulando prenhez e parto. A punibilidade assenta-se, pois, não no simples fato de simular prenhez, mas na acompanhada ou completada pelo aparecimento de criança alheia, porque é então que advém dano à ordem da família, com a introdução nela de um indivíduo estranho, em prejuízo aos legítimos herdeiros,

a quem caberiam os bens se não houvesse essa falsidade".¹⁵

A segunda modalidade de comportamento típico diz respeito à conduta de *registrar como seu o filho de outrem*, conhecida, popularmente, como “adoção à brasileira”, sendo extremamente comum a sua ocorrência, praticada, principalmente, por famílias que ajudam um amigo, um parente próximo ou, mesmo, uma pessoa estranha que não possui condições para criar e cuidar de seu filho, razão pela qual existe o reconhecimento legal da nobreza do comportamento, criando, assim, nos termos do parágrafo único do art. 242 do Código Penal, um tipo derivado privilegiado, permitindo-se, ainda, ao julgador a aplicação do perdão judicial, oportunidade em que deixará de aplicar a pena.

Deve ser ressaltado que tanto o homem quanto a mulher podem praticar o comportamento típico.

Registro de filho alheio como próprio. Coautoria. Mulher que acompanha o companheiro no cartório para registrar novamente, como se fosse filha de ambos, criança já registrada, havida na constância de casamento já desfeito (TJRS, AC 698075850, Rel. Paulo Moacir de Aguiar Vieira, j. 14/10/98).

A lei penal, também no mesmo art. 242, responsabiliza criminalmente aquele que vier a *ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil*. No primeiro caso, o agente oculta o recém-nascido, não levando a efeito o seu registro, com a finalidade de suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil. Preleciona Luiz Regis Prado ser “irrelevante a efetiva ocorrência do ocultamento material, ou seja, basta que o agente não apresente o neonato, advindo dessa conduta a supressão ou alteração de seu *status familiae*. A não realização da inscrição do nascimento no Registro Civil, com a finalidade de suprimir direito do recém-nascido – por exemplo, obstar que figure como herdeiro –, configura o delito se acompanhada da privação de direito concernente ao estado civil”.¹⁶

A lei penal menciona, expressamente, a figura do recém-nascido, não se podendo incluir, consequentemente, por meio dessa expressão, o natimorto.

Na segunda hipótese, ocorre a troca de recém-nascidos.

O tipo penal do art. 242 é de natureza *mista cumulativa*. Dessa forma, de acordo com as lições de Luiz Regis Prado, “não há fungibilidade entre as condutas, o que implica, em caso de se realizar mais de uma, a aplicação da regra do cúmulo material (art. 69 do CP)”.¹⁷

Alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido. Marido que, na constância do conjugio, registra filho da esposa e, posteriormente, ajuíza ação anulatória do registro, alegando paternidade alheia. Ausência de prova do dolo no agir. Absolvição imposta (TJRS, Ap. Crim. 700 07663768, 6ª Câm. Crim., Rel. João Batista Marques Tovo, j. 22/4/2004).

No crime do art. 242 do CP não há previsão de tipo especial para o coautor da mesma conduta, como ocorre, v.g., com o aborto consentido ou com o falso testemunho – exceções expressas à teoria monista. Pratica o

crime de falsidade ideológica ré que faz inserir declaração falsa em assentamento de registro civil, sobre a paternidade de sua filha (TJRS, Ap. Crim. 70005849732, 8ª Câm. Crim., Rel. Roque Miguel Fank, j. 29/10/2003).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito à primeira figura (*dar parto alheio como próprio*) e comum com relação às demais (*registrar como seu filho de outrem, ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inherente ao estado civil*); doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; material; instantâneo (exceto no que diz respeito ao núcleo ocultar, que denota sua natureza permanente); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (nas hipóteses, por exemplo, em que seja realizado o registro do filho de outrem, sendo possível, dessa forma, o exame pericial no documento).

O art. 242 do Diploma Penal prevê quatro figuras criminosas. A primeira é crime próprio, pois o crime de parto suposto só pode ser cometido por mulher. As três restantes (ocultação de recém-nascido, registro de filho alheio e substituição de recém-nascido) são crimes comuns e, portanto, executáveis por qualquer pessoa. No registro de filho alheio, introduzido no art. 242, por meio da Lei nº 6.898/1981, cuidou-se de ‘tipificar’ a conduta consistente na chamada ‘adoção à brasileira’, por meio da qual as pessoas, em vez de adotarem regularmente uma criança, a registravam como seu filho (TRF, 2ª Reg., ACR 2922, Rel. Raldênio Bonifacio Costa, DJU 12/5/2004, p. 216).

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal tem por finalidade proteger o *estado de filiação*. Com sua incriminação, protege-se, também, a regular constituição da família, podendo-se visualizar, ainda, a proteção da *fé pública* do Registro Civil.

O objeto material poderá ser tanto o registro como o próprio recém-nascido.

Sujeito ativo e sujeito passivo

No que diz respeito à conduta de dar parto alheio como próprio, somente a mulher poderá figurar como *sujeito ativo* do delito, tratando-se, pois, de crime próprio; nos demais comportamentos previstos pelo art. 242 (registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inherente ao estado civil), qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, haja vista que, nessas hipóteses, o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial, cuidando-se, assim, de delito comum.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como as pessoas que foram prejudicadas com a conduta levada a efeito pelo sujeito ativo (herdeiros, nas duas primeiras hipóteses, por exemplo, pois terão que dividir, indevidamente, sua parte na herança com aquele que a ela não faz jus; o próprio recém-nascido, ou mesmo outras pessoas que foram lesadas com a prática da conduta

típica).

Consumação e tentativa

No que diz respeito ao momento de consumação do delito, devemos fazer as distinções relativas às quatro situações elencadas pelo art. 242 do Código Penal. Assim, conforme esclarece Luiz Regis Prado, “na primeira figura, verifica-se quando criada a situação duradoura que realmente implique alteração do *status familiae* da criança; na segunda, com o efetivo registro de filho alheio como se fosse próprio; na terceira e quarta figuras, com a supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil. Logo, se da ocultação ou da supressão não resultou a privação de direito do neonato, haverá unicamente tentativa”.¹⁸

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O tipo penal do art. 242 somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Nas modalidades ocultar recém-nascido ou substituí-lo, o agente, segundo a doutrina dominante, ainda terá de atuar com um *especial fim de agir*, no sentido de suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil.

Em relação a registrar como seu filho de outrem, cabe examinar o elemento subjetivo do injusto contido no tipo penal decorrente da expressão “suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”. Como se observa, tal elemento é aplicável a todas as figuras contidas no art. 242 do Código Penal, porém isto não significa que quando o falso vise a beneficiar o menor e não prejudicá-lo, não ocorra a ausência do elemento subjetivo do injusto que decorre no caso da chamada “intenção de salvar” pela qual a jurisprudência entende que quem registra filho seu com a intenção de salvar a criança e agindo sem o intuito de alterar a verdade, nem prejudicar direito ou criar obrigação que é o elemento subjetivo do injusto do *falsum ideológico*, não comete crime (TRF, 2ª Reg., ACR 2922, Rel. Raldênio Bonifacio Costa, DJU 12/5/2004, p. 216).

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas no tipo penal do art. 242 pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, até mesmo no que diz respeito ao núcleo *ocultar*, pois o agente atua positivamente no sentido de esconder o recém-nascido.

No entanto, será possível sua prática via omissão imprópria.

Modalidade privilegiada e perdão judicial

O parágrafo único do art. 242 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, podendo o juiz deixar de aplicá-la.

Nesse caso, a lei fornece ao julgador duas opções: a primeira delas, depois de concluir

que o fato é típico, ilícito e culpável, condenar o agente pela prática do delito previsto pelo parágrafo único do art. 242 do Código Penal, que prevê uma modalidade privilegiada de parto suposto; a segunda opção, que dependerá da sensibilidade do julgador no caso concreto, será a concessão do *perdão judicial*, deixando de aplicar a pena. O juiz deverá, portanto, analisar, principalmente, a culpabilidade do agente, a fim de concluir, entre as opções que lhe são fornecidas pela lei, qual delas é a que melhor se aplica ao caso concreto, ou seja, aquela que melhor atenderá aos critérios de uma boa política criminal.

Para enquadramento dos fatos na regra inscrita no parágrafo único do art. 242 do Código de Penal brasileiro, contenta-se o legislador com motivo de reconhecida nobreza, não exigindo seja ele de exclusiva nobreza, pelo que circunstâncias como o alegado egoísmo do casal, dificuldades da mulher de engravidar, frustrações em anterior processo de adoção ou intuito de burla a ele, quando acompanhados do motivo nobre de proporcionar um lar estruturado a criança que não o teria em sua família biológica, seriam importantes apenas para a dosimetria da pena, reduzida no caso da figura privilegiada ou de todo afastada na de perdão judicial, sem ter, porém, o condão de deslocar a hipótese para o *caput* do dispositivo, como entende possa ocorrer o órgão acusatório (TRF-1^aReg., INQ 0077455-22.2013.4.01.0000/MG, Rel. Des. Fed. Carlos Moreira Alves, DJe 19/02/2015).

Hipótese em que não se visualiza a existência de situação de necessidade exculpante, uma vez que as regras pertinentes à adoção (Lei nº 8.069/90) visam, essencialmente, proteger o menor de ser colocado em lar não condizente com as suas necessidades. Nesse contexto, a morosidade do processo de adoção não é motivo idôneo para a prática de atos ilegais, com fincas ao envio do menor para o exterior, ante o risco eminente de seu abandono pelo casal estrangeiro. De acordo com os fatos, desconhecida a origem e a real intenção do casal estrangeiro. Ao revés do que alegam as acusadas, as circunstâncias do caso concreto exigem-lhes uma conduta diversa daquela por elas cometida. A escolha da via ilegal está destituída de zelo pelo menor. Desse modo, impossível aplicar-

-se, *in casu*, a teoria da inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. O conjunto probatório conduz ao reconhecimento da alta reprovabilidade das suas condutas. Inexistência de comprovação do motivo altruísta que enseje a aplicação da figura privilegiada do art. 242, parágrafo único, do CP (TRF, 2^a Reg., ACr. 3079, Rel. Franca Neto, DJU 27/5/2005, p.151).

Apesar de ter sido comprovada a autoria e a materialidade do delito capitulado no art. 242 do CP, há que se reconhecer, em favor dos réus, o perdão judicial, após regular decreto condenatório, se estes agiram imbuídos de reconhecida nobreza, assim entendida a situação de apego sentimental ao recém-nascido, que junto deles vivia desde o nascimento, por ser filho legítimo da mulher e levando-se em conta, ainda, o fato de que o verdadeiro pai não efetuou o registro naquela ocasião, por se encontrar foragido da Polícia, em outro Estado (TJMG Processo 1.0000.00.173599-2/000 [1], Rel. Reynaldo Ximenes Carneiro, pub. 28/4/2000).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

Para a modalidade simples do delito tipificado no art. 242 do Código Penal está prevista uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos; para a modalidade privilegiada, constante do parágrafo único do mencionado artigo, a lei penal comina uma pena de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, além da possibilidade de ser concedido, como vimos acima, o perdão judicial.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

A competência para o processo e julgamento da modalidade privilegiada, constante do parágrafo único do art. 242 do Código Penal, é do Juizado Especial Criminal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo para a modalidade privilegiada.

Sonegação de estado de filiação Art. 243. Deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência filho próprio ou alheio, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Introdução

O delito de *sonegação de estado de filiação* veio tipificado no art. 243 do Código Penal.

Podemos destacar os seguintes elementos que informam a mencionada figura típica: *a)* a conduta de deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência; *b)* filho próprio ou alheio; *c)* ocultando-lhe a filiação; *d)* ou atribuindo-lhe outra filiação; *e)* com a finalidade especial de prejudicar direito inerente ao estado civil.

O núcleo *deixar* deve ser interpretado no sentido de entregar, abandonar filho próprio ou alheio, em *asilo de expostos* ou outra *instituição*. A expressão *asilo de expostos*, que já caiu em desuso, tem o significado de local onde são entregues crianças abandonadas, a exemplo dos orfanatos; *instituição*, a seu turno, de acordo com a interpretação analógica determinada pelo tipo penal, compreende, além do asilo de expostos, qualquer lugar que se destina ao abrigo de crianças, como ocorre também com as creches.

O abandono pode ser praticado pelos próprios pais ou, mesmo, por pessoa que não tenha qualquer vínculo com a criança.

Um dos fundamentos à caracterização do delito de sonegação do estado de filiação é que esse abandono se dê sem que a pessoa que o leve a efeito informe aos responsáveis pela instituição, pública ou particular, na qual foi entregue a criança, a respeito de sua filiação correta, seja em forma de ocultação (não informando nada a respeito dela), seja atribuindo-lhe outra que não seja a verdadeira. Conforme as lições de Hungria, “elemento do crime é o conhecer o agente a filiação da criança, que expõe, e ocultá-la, isto é, no caso, deixar de a declarar, ou declará-la, falsamente. Assim, se alguém, ocultando o estado civil de uma criança, a depõe em uma casa particular, e o dono da casa, a seu turno, a deixa no asilo, não se configura o crime, a cargo do último”.¹⁹

Uma vez deixada a criança em local que não seja uma das instituições mencionadas pelo

art. 243 do Código Penal, o fato poderá se configurar em crime de abandono de incapaz, previsto pelo art. 133 do Código Penal, ou mesmo exposição ou abandono de recém-nascido.

O comportamento levado a efeito pelo agente deve ser dirigido finalisticamente a prejudicar direito inerente ao estado civil.

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); formal (pois que não se exige o resultado previsto pelo tipo, vale dizer, ter o agente efetivamente prejudicado direito inerente ao estado civil); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O *estado de filiação* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal em estudo.

O objeto material é a pessoa (filho próprio ou alheio) que é deixada em asilo de expostos ou outra instituição de assistência.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa, como regra, pode ser *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 243 do Código Penal. No entanto, somente o pai e a mãe podem ser sujeitos ativos quando se tratar de filho próprio.

O *sujeito passivo* é o Estado, além da pessoa prejudicada em virtude do comportamento praticado pelo sujeito ativo.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, leva a efeito o abandono, deixando filho próprio ou alheio em asilo de expostos ou outra instituição de assistência, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

A conduta prevista no tipo penal do art. 243 somente pode ser praticada dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *deixar* pressupõe um comportamento comissivo, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 243 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Capítulo III – Dos Crimes contra a Assistência Familiar

Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (*Redação dada pela Lei nº 10.741, de 25/7/2003.*) Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de 1 (uma) a 10 (dez) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

(*Redação dada pela Lei nº 5.478, de 25/7/1968.*) **Parágrafo único.** Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

(*Incluído pela Lei nº 5.478, de 25/7/1968.*) **Introdução**

Pensando no dever de solidariedade ligado intimamente à família, o tipo penal do art. 244 prevê o delito de *abandono material*.

Analisando a figura típica, podemos perceber que ela se desdobra em três situações diferentes, nas quais se configura o abandono material, a saber: *a)* deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários; *b)* faltar, sem justa causa, ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; *c)* deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente gravemente enfermo.

1) O núcleo *deixar* é utilizado no sentido de não levar a efeito, ou seja, não cumprir com

aquilo que lhe competia. Na primeira hipótese, o agente, sem justa causa, isto é, sem um motivo que justifique o não cumprimento de sua obrigação, deixa de prover a *subsistência* das pessoas ali elencadas.

No crime de abandono material, a presença da justificativa não exclui a ilicitude do fato, mas, antes, a sua tipicidade, visto que a expressão ‘justa causa’, apesar de sinalizadora da antijuridicidade da conduta, caracteriza-se como elemento do tipo penal (TJMG, ACr. 1.0110.03.003852-2/001, 5^a Câm. Crim., Rel. Alexandre Victor de Carvalho, pub. 8/3/2008).

A palavra *subsistência* deve ser tomada em sentido estrito, dizendo respeito tão somente às necessidades fundamentais para a normal manutenção da pessoa humana, com dignidade, a exemplo da sua necessidade em se alimentar, vestir, medicar, abrigar etc. O agente, portanto, dentro de suas possibilidades, deverá prover a subsistência do cônjuge, aqui compreendido tanto o homem quanto a mulher, conforme assevera o inc. III do art. 1.566 do Código Civil.

Da mesma forma, os pais deverão cuidar de seus filhos até que atinjam a maioridade (civil e penal) aos 18 (anos), ou que, por algum motivo, sejam inaptos para o trabalho, embora já sendo maiores. No que diz respeito à primeira hipótese, enquanto forem menores, os filhos estarão sujeitos ao poder familiar (art. 1.630 do CC), cabendo aos pais o seu sustento, guarda e educação (art. 1.566, IV, do CC). Uma vez atingida a maioridade, cessa o poder familiar. No entanto, os pais continuam com a obrigação de prover a subsistência de seus filhos se estes forem considerados inaptos para o trabalho, seja essa inaptidão momentânea ou mesmo permanente.

Aquele que, sem justa causa, deixa de prover a subsistência da filha menor de 18 (dezoito) anos, não lhe proporcionando recursos necessários à subsistência, responde pelo crime gizado no art. 244 do Código Penal. O crime de abandono material por tratar-se de delito formal, tem por momento consumativo o dia posterior ao fixado para o pagamento da obrigação, conquanto, posteriormente, restem quitadas as prestações devidas (TJMT, APL 101677/2009, Nortelândia, 2^a Câm. Crim.l, Rel. Des. Alberto Ferreira de Souza, j. 24/2/2010, DJMT 12/3/2010, p. 53).

O agente também deverá prover a subsistência de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos. A redação do art. 244 do Código Penal foi modificada pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispôs sobre o Estatuto do Idoso. A redação anterior fazia menção à ascendente inválido ou *valetudinário*, dando a entender que se tratava de pessoa com idade já avançada, incapaz de trabalhar por alguma enfermidade ou impossibilidade natural. Agora, com a nova redação, ficou esclarecido que se o ascendente, não importando a idade ou grau (pai, avô, bisavô etc.), for inválido, a exemplo daquele que possua uma doença que o inabilite para o trabalho, ou maior de 60 (sessenta) anos, mesmo estando apto para o trabalho, se não possuir as condições necessárias para a sua subsistência, a obrigação de provê-la recai sobre os seus descendentes, não importando o grau (filho, netos, bisnetos etc.).

2) A lei penal também entende como abandono material a conduta de faltar, sem justa causa, ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. *Vide*

arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil.

Vale ressalvar que o agente somente será responsabilizado criminalmente pelo abandono material se, podendo, faltar com o pagamento da pensão alimentícia. Assim, poderá surgir um fato relevante que o impeça de cumprir o compromisso determinado judicialmente, a exemplo de ter sido demitido do seu emprego, ou de se encontrar, quando profissional liberal ou autônomo, impossibilitado de trabalhar em virtude de estar acometido por alguma doença, ou, ainda, mesmo trabalhando, estar passando por sérias dificuldades econômicas que o impeçam de honrar seu compromisso, enfim, alguma justa causa, para usarmos a expressão legal.

Para tipificação do crime de abandono material, mostra-se imprescindível o preenchimento do elemento normativo do tipo, qual seja, ausência de justa causa para o descumprimento da obrigação. No entanto, cabe ao Ministério Público demonstrar o descumprimento da obrigação e apenas apontar a ausência de justa causa, pois tecnicamente se mostra inviável a produção de prova negativa. Assim, devidamente explicitada a autoria e a materialidade, verificando-se que o paciente tinha condições financeiras de prover o sustento de sua filha menor e deixou voluntariamente de fazê-lo, cabe ao réu provar a existência de justificativa idônea para o descumprimento da obrigação alimentar (STJ, HC 194225/GO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., DJe 24/4/2013).

Consoante a jurisprudência do STJ, ‘Não basta, para o delito do art. 244 do Código Penal, dizer que o não pagamento de pensão o foi sem justa causa, se não demonstrado isso com elementos concretos dos autos, pois, do contrário, toda e qualquer inadimplência alimentícia será crime e não é essa a intenção da Lei Penal’ (STJ, HC 141.069/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 21/3/2012). Em igual sentido: ‘A denúncia, relativa ao crime tipificado no art. 244 do Código Penal, como toda inicial acusatória, deve descrever a conduta imputada em todas as suas circunstâncias, não bastando, à sua validade, a descrição da obrigação descumprida, qualificada pela expressão ‘sem justa causa’, que há, por certo, enquanto substancia fato, de ser definida. A inversão do ônus da prova, quando se a admira, reclama previsão legal’ (STJ, REsp. 928.406/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJe 4/8/2008) (STJ, AgRg. no REsp. 1354416/MG, Rel^a Min^a Assusete Magalhães, 6^a T., DJe 19/4/2013).

Para a caracterização do crime de abandono material, é necessária a comprovação de que o réu, quando possuía recursos, deixou de cumprir a obrigação de alimentar sua filha menor, de modo proposital, com dolo; do contrário, comprovada a quitação de dita obrigação, mesmo com atraso, descabido falar-se em crime (TJMG, AC 0152688-87.2009.8.13.0132, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, DJe 25/9/2012).

A fim de evitar o *bis in idem* deve ser afastada a agravante do art. 61, inc. II, alínea e, do Código Penal, visto que a relação de ascendência entre o réu e a vítima já constitui circunstância elementar do crime de abandono material (TJMG, AC 0025146-91.2006.8.13.0132, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJe 9/5/2012).

O agente que, de maneira reiterada e injustificável, resiste em pagar a pensão alimentícia, deixando o menor por vários meses sem perceber a pensão acordada em juízo, incorre nas penas do art. 244, 1^a parte, do CP (‘deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada’) (TJES, ACR. 31080010635, 1^a Câm. Crim., Rel. Des. Alemer Ferraz Moulin, DJES 1º/2/2010, p. 84).

Ausente prova nos autos de que o agente tenha agido com dolo específico de abandono, revelando a sua

conduta mero atraso no pagamento da pensão alimentícia fixada judicialmente, cuja questão restou resolvida no âmbito civil, é de rigor a sua absolvição (TJMG, AC 1.0023.04.000080-6/001, Rel. Des. Pedro Vergara, DJ 29/6/2009).

3) Por último, também configura abandono material deixar de socorrer, sem justa causa, descendente ou ascendente gravemente enfermo. Nesse caso, o fator determinante para a assistência, que importa em dever de solidariedade, é a enfermidade grave, seja ela física ou psíquica. O agente, portanto, deverá prestar toda assistência necessária ao socorro de descendente ou ascendente, seja adquirindo medicamentos, arcando com despesas médico-hospitalares, transporte necessário ao tratamento de saúde, ou mesmo adquirindo os alimentos indispensáveis à manutenção da vida daquele que se encontra gravemente enfermo.

Estamos diante de um *tipo misto cumulativo e alternativo*, podendo o agente, por exemplo, que praticar mais de uma conduta típica, responder por duas infrações penais, em concurso material, ou mesmo praticando dois comportamentos típicos, responder por uma única infração penal.

A configuração do delito do art. 244 do Código Penal exige que o agente, deliberadamente, queira abandonar materialmente seu dependente, deixando, sem qualquer justa causa, de prover sua subsistência. Havendo razoável dúvida sobre as razões que levaram ao inadimplemento alimentar, notadamente em função da vislumbrável precariedade financeira do acusado, afasta-se a caracterização do ilícito penal (TJ-MG, AC 0071676-70.2013.8.13.0145, Rel.^a Des.^a Márcia Milanez, DJe 14/10/2016).

In casu, o paciente foi denunciado sob a acusação de deixar de prover a subsistência de seus dois filhos menores sem justa causa, faltando ao pagamento de pensão alimentícia acordada judicialmente. Assim, no *habeas corpus*, discute-

-se o enquadramento de tal fato ao disposto no art. 244 do CP. Segundo a Ministra Relatora, a caracterização do tipo penal exige que se demonstre que a conduta de não pagar a pensão alimentícia foi realizada por alguém que, podendo implementá-la, não o faz sem uma justificativa, o que não foi demonstrado na incoativa, que se limita a afirmar que a omissão do ora paciente foi ‘sem justa causa’. Ressaltou que esse elemento não está no tipo penal apenas como adorno, mas, como o próprio nome indica, é uma parte essencial e a acusação dele deve se ocupar, demonstrando, em cada caso concreto, a razão do não pagamento da pensão, ou seja, se, pelos fatos ocorridos, há motivos justos para o alimentante deixar de solver as prestações, o que não ocorreu na hipótese. Registrhou, ademais, que, se assim não fosse, estar-

-se-ia igualando os ilícitos penal e civil, pois não haveria mais diferença entre eles, bastando que o alimentante falte ao seu dever para cometer um crime, o que não é possível, não é esse o espírito da lei penal. Com esse entendimento, a Turma concedeu a ordem para trancar a ação penal, seja pela ausência de justa causa para a acusação, diante da atipicidade da conduta, seja pela inépcia da denúncia, visto que não suficientemente descritos os fatos (STJ, HC 141.069/RS, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., j. 22/8/2011, Informativo nº 481).

Não tendo o agente comprovado que teria deixado seus filhos menores aos cuidados de pessoa idônea, mas, ao contrário, demonstrado que eles foram deixados sozinhos, sem que lhes fossem proporcionados os recursos necessários para o sustento seguro e saudável, configurado se mostra o delito de abandono material (art. 244 do CP) (TJMG, APCr. 0194351-36.2006.8.13.0515, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, DJEMG 18/6/2010).

Comprovado que os pais não reúnem as condições mínimas necessárias para cuidar da formação de seus

filhos, deixando-os constantemente sozinhos e sem os cuidados indispensáveis (saúde, higiene, alimentação etc.), resta caracterizado o abandono que autoriza a destituição do poder familiar, face ao princípio da garantia prioritária do menor (art. 227, CF), impondo-se colocá-los em família substituta para que ganhem amor e respeito, enfim, que tenham direitos básicos, dentre eles a qualidade de vida melhor, não apenas quanto aos cuidados materiais, mas também, e principalmente, os afetivos (TJMG, Processo 1.0132.05.001438-1/001, Rel. Des. Nepomuceno Silva, *DJ* 6/5/2009).

Não pode prevalecer a condenação pela prática do crime de abandono material se se descobriu, depois, que a criança à qual não teria o peticionário prestado alimentos, apesar de então registrada como sendo sua filha, na verdade, era filha de outra pessoa (TJMG, AC 1.0000.07.466108-3/000, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, *DJ* 17/4/2009).

Ao comprovar a acusação satisfatoriamente que o réu possuía condições financeiras de prover o sustento de sua filha menor e deixou voluntariamente de fazê-lo, deve ser confirmada a sentença que o condenou pela prática do crime de abandono material (art. 244 do CP). O fato de outros familiares garantirem a subsistência da vítima não afasta a tipicidade da conduta do acusado e sua responsabilidade pela prática do delito (TJMG, Processo 1.0558.06.900001-3/001[1], Rel. Walter Pinto da Rocha, pub. 25/7/2007).

Por se tratar de crime permanente, somente se inicia a prescrição para o crime de abandono material quando cessada a permanência (CP, art. 111, inc. III). A solução esporádica de encargos outros que não a prestação alimentar judicialmente homologada não afasta a figura típica do abandono material. Não caracteriza justa causa, a afastar a incidência da norma do art. 244 do Código Penal, eventual vício do obrigado ou mesmo o precário sustento dos menores pela mãe (TJMG, Processo 1.0400.03.008909-0/001[1], Rel. Ediwal José de Moraes, pub. 27/3/2007).

Genitora que deixa a filha aos cuidados dos avós maternos. Agente sem condições materiais de autossustento. Sem profissão definida. Sem instrução e sem curso técnico. A ausência da consciência dos deveres do pátrio poder e a dificuldade inserção nos programas sociais se justificam diante das naturais dificuldades das pessoas provenientes de meios extremamente precários de infraestrutura. Absoluta carência de meios. Absolvição (TJPR, AC 0379225-0, Arapongas, 5ª Câm. Crim., Rel. Juíza conv. Rosana Andriguetto de Carvalho, un., j. 22/3/2007).

O delito de abandono material (art. 244 do CP) só se tipifica quando o réu, possuindo recursos para prover o sustento da família, deixa de fazê-lo propositadamente. O delito é crime doloso por essência, porque a lei pune o comportamento egoístico daquele que, tendo condições, abandona sem recursos seus dependentes. Assim, a falta de justa causa deve ser provada e este ônus é da acusação. De outro modo, todos os devedores de prestações alimentícias vencidas converter-se-iam automaticamente em infratores do art. 244 do CP, quando, muitas vezes, a omissão tem uma justificativa (TJPR, AC 0341026-6, Santa Izabel do Ivaí, 5ª Câm. Crim., Rel. Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo, un., j. 18/8/2006).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo, haja vista a expressa indicação constante do tipo penal; doloso; omissivo próprio; formal (na modalidade de não cumprimento da obrigação alimentícia); de perigo concreto (quando deixa de prover a subsistência de cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 [sessenta] anos, ou de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo); de forma livre (à exceção do não pagamento da pensão

alimentícia, pois que é esse o meio exigido pelo tipo penal ao cometimento do delito, sendo, assim, considerado de forma vinculada); permanente (cujos efeitos se prolongam no tempo, podendo ser interrompidos pela vontade do agente); monossubjetivo; unissubsistente; transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Busca-se proteger a família, mais especificamente o *dever de assistência* que uns devem ter com relação aos outros no seio familiar.

De acordo com as lições de Guilherme de Souza Nucci, “objeto material pode ser renda, pensão ou outro auxílio. O objeto jurídico é a proteção dispensada pelo Estado à família”.²⁰

O crime previsto no art. 244 do Código Penal tem como objeto jurídico a proteção do organismo familiar, naquilo que toca ao suporte assistencial devido reciprocamente pelas pessoas ligadas pelo parentesco e apresenta como núcleo do tipo o ato omissivo, sem justa causa, daquele que tem o dever de prestar a assistência a outrem (TJRS, ACr. 70023277676, 7^a Câm. Crim., Rel. Naele Ochoa Piazzeta, pub. 8/5/2008).

Sujeito ativo e sujeito passivo

O tipo penal do art. 244 aponta aqueles que podem figurar como *sujeito ativo*, vale dizer, o cônjuge, ascendentes e descendentes.

Sujeitos passivos são também os cônjuges, o filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, o ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, bem como qualquer descendente ou ascendente, não importando o grau de parentesco, que estiver gravemente enfermo.

O crime de abandono material (art. 244 do CP) não pode ser cometido contra irmão porque sujeitos passivos de tal delito são apenas o cônjuge, os filhos, ascendentes ou outros descendentes (TJMG, Processo 2.0000.00.512446-7/000 [1], Rel. Walter Pinto da Rocha, pub. 24/1/2006).

Consumação e tentativa

Entendemos que nas modalidades de deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos, ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, ou deixar de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo, estamos diante de um *crime de perigo concreto*, cuja demonstração deverá ser levada a efeito nos autos, para que se possa reconhecer a tipicidade do comportamento praticado pelo agente.

Será, no entanto, considerado formal quando o agente, sem justa causa, dolosamente, deixar de efetuar o pagamento relativo à pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, consumando-se o crime no dia imediatamente posterior ao determinado para o cumprimento da obrigação, embora não seja esse o entendimento esposado pelo item 79 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal.

O delito de abandono material só se caracteriza se o agente, possuindo recursos para prover a subsistência da família, deixa de fazê-lo por livre e espontânea vontade. Põe-se o comportamento egoístico daquele que, tendo condições, abandona os seus familiares. Exige-se o dolo (TJRS, ACR. 70022375042, 7ª Câm. Crim., Rel. Sylvio Baptista Neto, pub. 22/1/2008).

Como regra, não seria possível o raciocínio relativo à tentativa, pois trata-se de crimes unissubsistentes. No entanto, a hipótese concreta é que será decisiva para se concluir ou não pela possibilidade do *conatus*, razão pela qual, mesmo reconhecendo a sua dificuldade, não a descartamos, ficando o raciocínio dependendo da hipótese a ser analisada.

Elemento subjetivo

O tipo penal do art. 244 somente admite a modalidade dolosa, não havendo previsão para aquela de natureza culposa.

Havendo prova do dolo do agente, isto é, da vontade livre e consciente de não prover a subsistência das filhas menores de 18 anos, a condenação do genitor é medida que se impõe (TJ-DFT, Processo: 20141010062038APR, Rel. Des. Esdras Neves, DJe 13/09/2016).

O crime do art. 244 do CP somente é tipificado na forma dolosa, exigindo-se, da acusação, demonstração cabal de que o agente dispunha de recursos, mas, deliberadamente, frustrou o pagamento da pensão estipulada (TJMG, AC 0037450-59.2010.8.13.0625, Rel. Des. Silas Vieira, DJe 17/9/2012).

Para a configuração do crime de abandono material (art. 244, do Código Penal), impõe-se a prova de que o agente tenha deixado de prover, sem justa causa, a subsistência do sujeito passivo. Inexistente nos autos prova quanto ao dolo específico de abandono, revelando a conduta mero inadimplemento de pensão alimentícia judicialmente arbitrada, tem-se que a situação deve ser resolvida no âmbito civil (TJMG, AC 0268221-82.2006.8.13.0073, Rel. Des. Adilson Lamounier, DJe 30/7/2012).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *deixar* traduz um comportamento puramente omissivo, tratando-se, pois, de delito omissivo próprio, que afasta a possibilidade do raciocínio correspondente à sua prática por comissão.

Modalidade especial de abandono material

Pode acontecer que o agente, mesmo sendo solvente, ou seja, tendo condições de levar a efeito o pagamento do seu débito alimentício, querendo frustrar a expectativa do alimentado, utilize expedientes que lhe servirão como “desculpa” para o seu inadimplemento, razão pela qual, agindo dolosamente, poderá chegar a ponto de abandonar injustificadamente o seu emprego ou função, com a finalidade de frustrar ou ilidir o pagamento da pensão alimentícia por ele devida.

Caso isso ocorra, ele será responsabilizado criminalmente nos moldes preconizados pelo parágrafo único do art. 244 do Código Penal.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de abandono material é de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Embora ainda esteja consignado na lei penal que a multa será de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País, tal dispositivo encontra-se revogado pelo art. 2º da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.

Dessa forma, aplica-se, normalmente, ao art. 244 do Código Penal o critério de dias-multa, nos termos do art. 49 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Prisão por inadimplemento de obrigação alimentícia e detração penal

A prisão civil não se encontra prevista no art. 42 do Código Penal. No entanto, como bem observado por René Ariel Dotti, “apesar da omissão do texto legal, a detração também opera no caso da prisão civil, i.e., a decretada contra o devedor de alimentos ou o depositário infiel, admitida pela CF (art. 5º, LXVII). A lacuna tem sido resolvida favoravelmente pela doutrina [...]. Em consequência, na execução da sentença condenatória pelo crime de abandono material (CP, art. 244) ou de apropriação indébita (CP, art. 168), deve ser abatido o tempo em que o réu sofreu prisão civil decorrente do mesmo fato”.²¹

Dessa forma, apesar da natureza civil da mencionada prisão, entendemos pela possibilidade de se levar a efeito a chamada *detratação*, descontando-se da pena aplicada ao condenado por abandono material o tempo em que permaneceu preso por inadimplemento relativo à pensão alimentícia por ele devida.

Justa causa

Não restando evidenciado que o inadimplemento da pensão alimentícia se deu sem justa causa, inadmissível a condenação pelo delito de abandono material, eis que referido crime não se configura quando há motivo justificado para o descumprimento da obrigação de prover a subsistência de outrem, situação que torna o fato atípico (TJMG, AC 0037541-46.2006.8.13.0446, Rel. Des. Júlio Cesar Lorens, DJe 7/5/2012).

O crime de abandono não se configura na hipótese em que a denunciada deixa de prover o sustento da prole apenas em razão de seu gritante estado de pobreza (TJMG, AC 1.0059.04.003968-3/001, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJe 16/7/2012).

É certo que para que se configure o delito previsto no art. 244 do Código Penal, mostra-se imprescindível a demonstração da ausência de justa causa, que é elemento normativo do tipo. Não tendo a acusação comprovado que o réu, agindo dolosamente, deixou de prover a subsistência dos seus dependentes, sem justa causa, impõe-se a sua absolvição (TJMG, APCr. 0737816-62.2007.8.13.0625, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caires, DJEMG 16/8/2010).

A carência de recursos que impede o genitor de prover, a tempo e modo, as necessidades materiais dos filhos é considerada justa causa que elide a configuração do delito do art. 244 do CP, crime que só se

aperfeiçoa com o dolo comprovado do agente (TJMG, APCr 0528035-34.2006.8.13.0625, Rel. Des. Eduardo Brum, *DJEMG* 11/8/2010).

Para afastar o elemento normativo ‘sem justa causa’ do artigo 244, *caput*, do Código Penal, é necessária prova concreta da ausência de condições financeiras para prover o sustento da prole. Inexistindo comprovação do dolo específico de abandono, consistente na vontade consciente de deixar de prover a subsistência da prole, imperiosa a absolvição do réu (TJRS, ACr 70034465294, Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, *DJERS* 6/7/2010).

Entrega de filho menor a pessoa inidônea Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: (*Redação dada pela Lei nº 7.251, de 19/11/1984.*) Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

(*Redação dada pela Lei nº 7.251, de 19/11/1984.*) § 1º A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

(*Incluído pela Lei nº 7.251, de 19/11/1984.*) § 2º Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

(*Incluído pela Lei nº 7.251, de 19/11/1984.*) **Introdução**

De acordo a redação legal constante do art. 245 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos que integram a mencionada figura típica: *a)* a conduta de entregar filho menor de 18 (dezoito) anos; *b)* a pessoa em cuja companhia o agente sabia, ou tinha possibilidade de saber que a vítima ficaria moral ou materialmente em perigo.

O núcleo *entregar* é utilizado no texto legal no sentido de deixar o menor de 18 (dezoito) anos sob os cuidados de outra pessoa.

Essa pessoa, no entanto, poderá vir a prejudicá-lo moral ou mesmo materialmente, existindo uma situação de perigo com essa mudança por parte de quem se encarregará dos seus cuidados.

A lei penal não se limitou a apontar o perigo para a formação moral da vítima. Poderá ocorrer, outrossim, perigo para sua integridade física ou mesmo para a sua vida, a exemplo da hipótese em que os pais entregam seu filho aos cuidados de uma pessoa portadora de embriaguez patológica, de um dependente químico, enfim, de qualquer pessoa que possa vir a causar-lhe danos físicos.

Para que o agente possa ser responsabilizado criminalmente pelo delito em estudo, deverá saber do perigo que causará a seu filho ou, pelo menos, nas condições em que se encontrava,

deveria saber do perigo que o seu comportamento traria à vítima, entregando-a nas mãos de quem poderia causar-lhe danos morais ou materiais.

A lei penal exige, portanto, o efetivo conhecimento da situação de perigo causada com a entrega do menor a pessoa inidônea ou, pelo menos, a possibilidade de o agente conhecer o perigo que acarretaria essa entrega, agindo, pois, tanto com dolo direto como com dolo eventual.

Deve ser ressaltado, para efeitos de esclarecimentos, que embora se possa deduzir o dolo eventual da expressão *deva saber*, ela diz respeito à situação fática, ou seja, com à possibilidade de conhecimento do perigo a que ficaria exposta a vítima.

As instâncias ordinárias concluíram que os agravantes praticaram duas condutas distintas, isto é, além de entregarem a filha menor a pessoa que sabiam ser inidônea, consumando, neste momento, o delito do art. 245 do Código Penal, que é instantâneo, deixaram de prover meios suficientes à sua subsistência, inclusive depois de fixada pensão pelo Juízo (STJ, AgRg no AREsp 672.170/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 10/02/2016).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo concreto (embora haja posição em contrário, a exemplo de Cezar Roberto Bitencourt, quando assevera que “o perigo é presumido em razão das condições pessoais daquele a quem o menor é entregue”),²² de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra).

Objeto material e bem juridicamente protegido

Conforme esclarece Noronha, “o objeto jurídico considerado reside na tutela da criação e educação do menor, dever indeclinável dos pais. Tem o filho direito inconcusso à sua conservação e formação, que são postas em perigo, quando os genitores, olvidando esse imperativo do pátrio poder, abandonam-no, entregando-o a pessoas inidôneas”.²³

O objeto material do delito em estudo é o menor de 18 (dezoito) anos, sobre o qual recai a conduta praticada pelo agente.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente os pais podem ser *sujeitos ativos* do delito em exame.

Por outro lado, somente poderão figurar como *sujeitos passivos* os filhos menores de 18 (dezoito) anos, tratando-se, portanto, de crime próprio, sob os dois enfoques, vale dizer, seja pelo sujeito ativo ou mesmo pelo sujeito passivo.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a entrega do menor de 18 (dezoito) anos aos cuidados de pessoa inidônea. No entanto, somente podemos entender como consumada a presente infração penal quando ficar efetivamente demonstrado que o menor se encontrou, concretamente, numa situação de perigo moral ou material.

Nesse sentido, afirma corretamente Cleber Masson que se trata de “crime de perigo concreto, pois é imprescindível a efetiva comprovação da situação de perigo material ou moral à vítima”.²⁴

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O tipo penal do art. 245 somente pode ser praticado dolosamente, seja o dolo direto, quando o agente, efetivamente, *sabia* dos riscos inerentes à entrega de seu filho a pessoa inidônea, ou mesmo o dolo eventual, quando, nas circunstâncias em que se encontrava, *devia saber*.

Não há previsão legal para a modalidade culposa. Não podemos interpretar *deva saber* como permissiva do raciocínio correspondente ao delito culposo.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *entregar* pressupõe um comportamento positivo por parte do sujeito ativo, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Modalidades qualificadas

O § 1º do art. 245 do Código Penal prevê uma figura típica qualificada.

Na primeira hipótese, qualifica o delito a finalidade especial com que atua o sujeito, vale dizer, a obtenção de lucro. Na segunda, o fato de entregar o menor de 18 anos a pessoa inidônea, que se encontra no exterior, aumenta a probabilidade de causar-lhe dano moral ou material.

A segunda modalidade qualificada se encontra no § 2º do art. 245 do Código Penal.

Tal dispositivo, no entanto, foi revogado tacitamente pelo art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O delito do art. 245, § 2º, do Código Penal, é autônomo, sendo irrelevante, para sua consumação, que tenha também ocorrido o crime do *caput* do artigo ou que tenham sido punidos os pais da criança que seria enviada para o exterior. Não há que se falar que o delito do art. 299 do Código Penal, também imputado a uma das Rés, tenha sido absorvido pelo do art. 245, § 2º, pois a falsificação do registro de nascimento não constituiu a única forma de ajuda para o envio de menor para o exterior (TRF, 1ª Reg., ACR. 96.01.25435-8/MG, Rel. Juiz Osmar Tognolo,

3ª T., DJ 18/12/1998, p. 1.309).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

Para a modalidade simples, comina a lei penal uma pena de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos; a modalidade qualificada, prevista no § 1º do art. 245, prevê uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos; já a Lei nº 8.069/1990, que, por intermédio de seu art. 239, revogou tacitamente o § 2º do art. 245 do Código Penal, comina uma pena de reclusão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos, e multa.

A ação penal, em todas as modalidades, será de *iniciativa pública incondicionada*.

Competirá ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento do delito de entrega de filho menor a pessoa inidônea, em sua modalidade simples.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo tanto na modalidade simples quanto naquela prevista pelo § 1º do art. 245 do Código Penal.

Abandono intelectual Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a um 1 (mês), ou multa.

Introdução

O núcleo *deixar* é utilizado no texto legal no sentido de não se levar a efeito, não atuar, no sentido de fazer com que se permita o acesso de filho ao estudo considerado fundamental, entendido como *primário* à época em que foi editada a Parte Especial do Código Penal, onde se encontra inserido.

No entanto, se os pais não promoverem, por justa causa, a matrícula de filho que se encontra em idade escolar, tal fato conduzirá, obrigatoriamente, à atipicidade de seu comportamento. Primeiramente, vale dizer que *justa causa* é um elemento de natureza normativa, que dá ensejo a um juízo de valor que será realizado caso a caso. Assim, por exemplo, os pais que, por se encontrarem em situação de absoluta pobreza, não tendo como levar seu filho à escola, que se localiza muito distante de sua casa, ou ainda pelo fato de não existir o próprio estabelecimento de ensino etc., são situações que justificarão a ausência de matrícula do filho que se encontra em idade escolar. Vale ressaltar que, nos termos do § 2º do art. 211 da Constituição Federal, os *municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil*, sendo os responsáveis, portanto, pelo seu oferecimento, facilitando o ingresso daqueles que possuem um direito subjetivo à educação.

Yuri Carneiro Coêlho adverte, no entanto, que:

“As hipóteses de justa causa aptas a excluir a tipicidade deste crime são extremamente reduzidas nos dias de hoje, tendo em vista a série de obrigações que tem o Estado para garantir

a educação primária de nossas crianças, seja pela manutenção de escolas públicas seja pela existência de programas sociais e verbas destinadas exclusivamente aos Municípios para desenvolvimento da educação básica, como nós temos o exemplo do Fundeb.

Dessa sorte, até mesmo nos casos em que existe dificuldade de transporte escolar público, para o deslocamento de crianças que morem em zona rural, este deve ser cobrado dos Municípios que têm condições de provê-lo através de recursos provenientes do Fundeb e/ou outras fontes. Nesse sentido, fica improvável que os pais possam se recusar a enviar os filhos para a escola, justificando-se, nessa situação apenas quando o próprio estado não cumpre suas funções.”²⁵

O art. 210 da Constituição Federal preconiza que *serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.*

Por essa razão, foi editada a Lei nº 9.394/1996 – que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional –, que servirá como complemento ao art. 246 do Código Penal, tendo em vista tratar-se de norma penal em branco homogênea.

Assim, a idade escolar, elemento que integra o delito de abandono intelectual, deve ser aquela apontada pelos arts. 4º e 6º da Lei nº 9.394/96, com a nova redação que lhes foi conferida pela Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013, diminuindo de 6 (seis) para 4 (quatro) anos o início da idade escolar.

Dessa forma, a partir dos quatro anos de idade, os pais são obrigados a matricular seus filhos em estabelecimento de educação básica, sob pena de serem responsabilizados penalmente, de acordo com o art. 246 do estatuto repressivo.

É típica a conduta do ascendente, responsável legal pela criança ou adolescente, que deixa de promover à instrução primária de seu filho na idade escolar (TJ-MG, AC 0008767-37.2013.8.13.0518, Rel.^a Des.^a Denise Pinho da Costa Val, DJe 10/06/2016).

Quanto ao abandono material e intelectual, tem-se que é necessário que reste comprovado que a vítima estava passando por necessidades materiais, e o agente, podendo prover-lhe a subsistência, intencionalmente deixou de fazê-lo (TJPR, AC 0223418-4, Jacarezinho, 2^a Câm. Crim., Rel. Des. Luiz Zarpelon, un., pub. 17/6/2004).

Não configura abandono intelectual se deixa o réu pobre de promover a instrução primária do filho menor por falta de vaga no estabelecimento de ensino (RT 22, p. 376).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; omissivo puro; de perigo; de forma livre; permanente; monossubjetivo; unissubsistente; transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O direito ao ensino fundamental do filho que se encontra em idade escolar é o bem que se procura proteger por meio da incriminação contida no tipo penal do art. 246 do estatuto repressivo.

O objeto material é o filho que se encontra em idade escolar.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente os pais podem ser *sujeitos ativos* do delito de abandono intelectual.

Por outro lado, somente os filhos em idade escolar podem ser *sujeitos passivos* do delito em estudo.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito de abandono intelectual quando os pais deixam, dolosamente, de levar a efeito a matrícula, em estabelecimento de ensino próprio, do seu filho que ainda se encontra em idade escolar. Assim, entendemos que o delito se consuma quando esgotado o último dia do prazo para a realização da matrícula daquele que necessita do ensino fundamental, desde que não haja justa causa para tanto.

Tratando-se de crime omissivo próprio, não será possível a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de abandono intelectual somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Ausente o elemento subjetivo do tipo penal, qual seja, o dolo de deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária da filha, que sequer estava em idade escolar, porquanto contava com mais de quinze anos, por ocasião dos fatos, impositiva a absolvição da ré, cuja conduta é atípica (TRCrim./RS, Recurso nº 71002131811, Rel.^a Des.^a Cristina Pereira Gonzales, DJ 25/6/2009).

Resta provado, ante o conjunto da prova ter a ré praticado o delito denunciado, de abandono intelectual, omitindo-se no seu dever legal em manter seu filho estudando, tendo a vítima deixado de frequentar a escola na segunda série do ensino fundamental, exatamente no período em que preponderava a vontade dos pais (TRCrim./RS Recurso nº 71001667039, Rel.^a Des.^a Angela Maria Silveira, DJ 10/7/2008).

Evasão escolar decorrente da vontade da adolescente, que não mais desejava estudar e foi viver com o namorado, não obstante os esforços da genitora, incabível a responsabilização criminal desta. Ausente o dolo, ou seja, a vontade dos genitores em impedir que o filho frequente a escola e, não sendo o delito punível a título de culpa, não há como receber a denúncia. Não será processando criminalmente os genitores que se resolverá o problema, muito mais complexo, de cunho social, cuja solução demanda atendimento sociopsicológico do adolescente e de sua família (Rec. Crim. 71000939157, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais do RS, Angela Maria Silveira, j. 4/12/2006).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *deixar* traduz um comportamento puramente omissivo, tratando-se, pois, de um delito omissivo próprio, que afasta a possibilidade do raciocínio correspondente à sua prática por comissão.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 246 do Código Penal prevê uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

A ação penal será de iniciativa pública incondicionada.

Competirá ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento do delito de abandono intelectual.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Abandono intelectual. Indispensável demonstração do dolo do agente, sendo insuficiente a demonstração do resultado para que o delito se caracterize. Se a mãe oportuniza os meios que estão ao seu alcance, com os quais o filho não fica satisfeito, não há crime (TARS, Ap. Crim. 298005950, 6ª Câm. Crim., Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 3/9/1998).

Art. 247. Permitir alguém que menor de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I – frequente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II – frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III – resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV – mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Introdução

Embora não haja consignação expressa da rubrica com o *nomen juris* de *abandono moral* para o delito tipificado no art. 247 do Código Penal, existe um consenso doutrinário nesse sentido, haja vista que as condutas elencadas pelos incisos do mencionado artigo dizem respeito a comportamentos que, se praticados pelo menor de 18 (dezoito) anos, serão perigosos à sua formação moral, havendo, assim, abandono pelas pessoas que são por ele responsáveis.

O núcleo permitir nos dá a ideia de omissão dolosa no sentido de não impedir que o menor pratique qualquer dos comportamentos catalogados pelo tipo penal em estudo. Pelo contrário, o agente aceita que o menor de 18 anos realize qualquer das condutas consideradas como perniciosas à sua formação moral.

O tipo penal não limita a sua prática aos pais do menor, abrangendo, também, aqueles que

possuem a sua guarda ou a quem lhe foi entregue a sua vigilância.

Até mesmo a simples vigilância poderá importar na configuração do delito, caso aquele a quem foi incumbida permita ao menor a prática dos comportamentos previstos na lei penal.

O diploma repressivo entende que o menor de 18 anos corre risco em sua formação moral caso venha a *frequentar casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida*. A conduta de frequentar nos traduz a ideia de habitualidade. Assim, somente a frequência constante a esses lugares permitirá o reconhecimento da figura típica, por meio dessa modalidade, sendo atípico o comportamento do agente que permite ao menor de 18 anos que vá, por exemplo, uma única vez a uma casa de prostituição.

Da mesma forma, somente importará na prática da infração penal em estudo o agente que permitir que o menor de 18 anos *conviva com pessoa viciosa ou de má vida*, exigindo, também, uma constância no seu comportamento, a exemplo daquele que se encontra, com frequência, com pessoa reconhecidamente viciada em drogas ou que seja entregue à prostituição etc.

A lei penal tipificou também o comportamento daquele que permite que o menor de 18 anos *frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza*.

Vale registrar que o *caput* do art. 240 do ECA, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008, comina pena de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, para aquele que *produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente*.

Considera-se, ainda, como comportamento capaz de perverter moralmente o menor de 18 anos o fato de *residir ou trabalhar em casa de prostituição* com a permissão daquele que sobre ele exerce o poder familiar, a guarda ou, mesmo, a vigilância.

O último dos comportamentos considerados suficientes a perverter o menor de 18 anos diz respeito à permissão para que *mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública*. Infelizmente, tem sido uma prática usual até mesmo o “aluguel” de crianças para que, juntamente com uma pessoa maior de idade, se passe por seu filho, a fim de excitar a comiseração pública, ou seja, fazer com que as pessoas se sensibilizem, nelas despertando um sentimento de compaixão para com aquela situação e, assim, deem algum tipo de oferta em dinheiro para o pedinte.

Não se pode concordar com a condenação, pela prática do crime do art. 247, IV, do Código Penal, se a acusada, vítima de extrema miséria, permite que a filha menor vá para a rua em busca de algum dinheiro que servirá para prover de alimentos a ela e os demais irmãos, não restando evidenciado o objetivo de excitar a comiseração pública (TJMG, Processo 1.0000.00.353417-9/000 [1], Rel. Antônio Carlos Cruvinel, pub. 11/12/2003).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; de perigo; comissivo ou omissivo próprio, dependendo do comportamento assumido pelo agente; de forma livre; permanente; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Busca-se proteger a formação moral do menor de 18 anos.

O objeto material do delito em estudo, de acordo com a redação típica, é o próprio menor de 18 anos.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente as pessoas a cujo poder o menor de 18 anos esteja sujeito, a exemplo dos pais que exercem sobre ele o poder familiar ou cuja sua guarda ou vigilância esteja confiado, é que poderão figurar como *sujeitos ativos* do delito em estudo.

Sujeito passivo é o menor de 18 anos que se encontra sob o poder familiar ou confiado à guarda ou vigilância de alguém.

Consumação e tentativa

Nas situações em que se exige habitualidade, o delito se consuma com a prática reiterada dos atos do menor, a saber, quando: *a) frequenta casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; b) frequenta espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor; c) resida ou trabalhe em casa de prostituição.*

Nas demais hipóteses, com a prática dos comportamentos previstos pelo tipo que não exigem reiteração, como nos casos em que, mesmo somente uma única vez: *a) participe de representação capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor; b) mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública.*

Apesar da existência de algumas figuras consideradas habituais, entendemos ser possível a tentativa, dependendo da hipótese concreta que seja apresentada.

Elemento subjetivo

O delito de abandono moral somente pode ser cometido dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Ré que permite que seu filho, com dez anos de idade, pratique mendicância, saindo de casa de manhã e retornando somente ao final do dia, incorre nas sanções do art. 247, IV, do CP. O dolo da conduta ficou comprovado pela omissão e descaso em relação às orientações emanadas do Conselho Tutelar e assistente social que acompanhavam a criança e a família. A gravidade da situação resultou inclusive na perda do poder familiar da ré sobre a criança. Recurso Desprovido (TJRS, RCr 71002312239, Rel.^a Des.^a Cristina Pereira Gonzales, DJERS 7/12/2009, p. 121).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *permitir* dá margem a uma dupla interpretação, seja no sentido de afirmar pela prática de uma conduta positiva por parte do agente, seja se omitindo, dolosamente, quando deveria agir para evitar que o menor praticasse um dos comportamentos que se quer evitar com a incriminação do abandono moral.

O *permitir*, portanto, pode ser interpretado tanto no sentido de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 247 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Competirá ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento do delito de abandono moral.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Capítulo IV – Dos Crimes contra o Pátrio Poder, Tutela ou Curatela

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

248. Induzir menor de dezoito anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de dezoito anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Introdução

O art. 248 do Código Penal prevê dois comportamentos típicos diferentes. Por meio da primeira figura, o agente induz menor de 18 (dezoito) anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial. O núcleo *induzir* é utilizado no sentido de fazer nascer, criar a ideia de fuga na mente do menor de 18 anos ou do interdito.

Atendendo ao limite da maturidade penal e, agora, também da civil, o Código Penal determinou como elemento típico a idade de 18 anos. Na verdade, exige que o menor não tenha completado os 18 anos para efeitos de reconhecimento do delito, uma vez que a lei utiliza a

expressão *menor de 18 anos*. Por outro lado, independentemente da idade, o tipo penal do art. 248 fez previsão expressa também do interdito, vale dizer, aquele que sofreu um processo legal de interdição e que se encontra sujeito à curatela, nos termos dos arts. 1.767 a 1.783 do Código Civil.

No que diz respeito ao pródigo, sujeito à curatela especial, não podemos entendê-lo como inserido no conceito de interdito levado a efeito pela lei penal, haja vista que sua limitação diz respeito, tão somente, aos atos de disposição de seu patrimônio, sendo, no mais, pessoa livre, conforme esclarece o art. 1.782 do Código Civil.

Na segunda parte do art. 248 do Código Penal encontra-se a previsão do comportamento daquele que confia a outrem, sem ordem do pai, do tutor ou do curador, algum menor de 18 (dezoito) anos ou interdito, ou deixa, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame, sendo, aqui, reconhecido com o *nomen juris* de *entrega arbitrária e sonegação de incapazes*.

Hungria, dissertando sobre as hipóteses referidas, esclarece: “A *entrega arbitrária* concretiza-se no fato do agente (diretor de colégio, de asilo, de casa de saúde etc.) que entrega o menor ou o interdito a outrem, sem autorização verbal ou por escrito, do sujeito passivo. Em tal caso, o terceiro que recebe o incapaz será coautor, se conhecedor do *arbítrio* da entrega; se desconhecia tal circunstância, mas se recusa a restituir o incapaz, incorrerá no crime de sonegação (terceira modalidade prevista no art. 248). Se o terceiro obtém a entrega mediante engano do *tradens*, ou violência material ou moral contra este, cometerá o crime de *subtração* (art. 249). A terceira modalidade, isto é, a *sonegação*, consiste na recusa de entrega (retenção), sem justa causa, do incapaz a quem legitimamente o reclame”.²⁶

O tipo penal do art. 248 do Código Penal é de natureza mista alternativa e cumulativa, podendo, dependendo da hipótese concreta, responder o agente por um único delito ou pela prática de duas figuras típicas. Assim, conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, “a primeira conduta (induzir menor ou interdito a fugir) pode ser associada à segunda, que é alternativa (confiar a outrem *ou* deixar de entregá-lo), configurando dois delitos”.²⁷

A *ordem do pai, do tutor ou do curador* e a *justa causa* são consideradas elementos normativos do tipo que, se presentes, farão com que o fato seja considerado atípico.

Não incide na sanção do art. 248 do Código Penal a mãe que deixa de entregar filhos menores, movida por causa justa. Não se pode falar em recusa injusta da entrega, quando houve absolvição pelo crime previsto no art. 359 do mesmo Código. Recurso conhecido a que se deu provimento (STF, RE 50441, Rel. Min. Pedro Chaves, 1ª T., DJ 8/8/1963).

O que a lei pune é o induzimento à fuga de incapaz; e entre ‘fugir’, de acepção definida, e ‘mudar’, ‘transferir’ domicílio, há por certo uma distinção rigorosa, que não permite interpretação extensiva (TJSP, Ap. 18336, Rel. Manuel Carlos, RT 173, p. 52).

Classificação doutrinária

Crime comum quanto ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo, pois que somente o menor de 18 anos, o interdito, o tutelado e o curatelado podem figurar nessa condição; doloso; de forma livre; comissivo (nas modalidades induzir e confiar a outrem) e omissivo próprio (na modalidade deixar de entregar); instantâneo (no induzimento a fuga e na entrega arbitrária); permanente (na sonegação de incapazes); monossubjetivo; plurissubsistente (nas duas primeiras figuras); monossubsistente (na última figura, isto é, a sonegação de incapazes); transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Busca-se proteger o poder familiar, a tutela e a curatela. O objeto material do delito em estudo é o menor de 18 anos ou o interdito.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*. Os *sujeitos passivos* são aqueles que detêm o poder familiar, a tutela e a curatela, além daqueles que se encontram sob esse mesmo poder familiar, tutela ou curatela, podendo, assim, ser entendidos, respectivamente, como sujeitos passivos imediatos e mediatos.

Consumação e tentativa

No que diz respeito à conduta de induzir menor de 18 anos ou interdito a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou ordem judicial, existe controvérsia doutrinária quanto ao seu momento consumativo, vale dizer, se com o mero comportamento de incutir a ideia da fuga na mente do menor de 18 anos ou interdito, sendo, nesse caso, considerado crime de natureza formal, ou se seria necessário que, efetivamente, praticasse o ato para o qual fora induzido pelo agente, entendendo-se, nessa hipótese, como um crime material.

Noronha, analisando o tipo penal em estudo, diz: “Consuma-se o delito, nesta modalidade, com a fuga; tão logo o afastamento do menor ou interdito, contra a vontade expressa ou tácita do responsável, esteja caracterizado, haverá consumação. Consequentemente, é possível a tentativa: induzido o incapaz a fugir e quando, inequivocadamente, ele inicia a fuga, é obstado pela autoridade ou terceiro.”²⁸

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci preleciona: “Trata-se de delito formal, e o mero induzimento já configura o crime contra o pátrio poder, tutela ou curatela, desde que seja suficiente para formar a opinião do menor ou do interdito. Assim, se essas pessoas forem realmente induzidas e estejam tentando escapar quando forem surpreendidas, o delito está configurado para quem as convenceu a fazê-lo. É crime de perigo, pois retirar o menor ou o

interdito da esfera de quem legalmente os protege pode conduzi-los a situações danosas, além de atingir diretamente o pátrio poder, a tutela ou a curatela. Não vemos razão para aguardar que o menor ou o interdito escape, efetivamente, do local onde deve permanecer para punir o agente indutor.”²⁹

Entendemos, *permissa venia*, em consideração ao princípio da lesividade, que, nesse caso, a razão se encontra com Noronha. Dessa forma, somente ocorrerá a consumação quando o menor de 18 anos ou o interdito, depois de ser induzido pelo agente, efetivamente, leve a efeito a fuga.

Na *entrega arbitrária*, o delito se consuma no instante em que o agente, sem ordem do pai, tutor ou curador, *confia, entrega* a outrem o menor de 18 anos ou o interdito, sendo cabível a tentativa, tendo em vista a sua natureza plurissubsistente.

Na *sonegação de incapazes* a consumação ocorre quando o agente *deixa*, sem justa causa, de entregá-los a quem legitimamente os reclame, não sendo possível o raciocínio correspondente à tentativa, tendo em vista tratar-se de modalidade monossubsistente.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas de *induzir* e *confiar a outrem* traduzem comportamentos de natureza comissiva por parte do agente; ao contrário, o núcleo *deixar*, constante do delito de sonegação de incapazes, última figura prevista pelo tipo penal do art. 248, prevê comportamento de natureza omissiva.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes é de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Subtração de incapazes Art. 249. Subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou

interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2º No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

Introdução

Podemos destacar os seguintes elementos que integram a figura típica: a) a conduta de subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou interdito; b) ao poder de quem o tem sob sua guarda; c) em virtude de lei ou ordem judicial.

O núcleo *subtrair* é utilizado no sentido de retirar, afastar o menor de 18 anos ou interdito. Não importa, aqui, se o fato é cometido com a anuência do menor de 18 anos ou do interdito, ou se o crime é praticado contra a sua vontade, mediante o emprego de violência ou grave ameaça por parte do agente. Nesse último caso, deverá ser aplicada a regra relativa ao concurso formal impróprio de crimes.

O Código Penal estabeleceu como data limite os 18 (dezoito) anos, haja vista que, ao atingir essa idade, o sujeito adquire a maioridade penal, tornando-se imputável, bem como, agora, depois da edição da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a maioridade civil. Sendo a subtração de incapazes um crime contra o poder familiar, uma vez atingida essa idade, não se justificaria a punição, pois que, nos termos no art. 1.630 do Código Civil, *os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores*.

O menor de 18 (dezoito) anos ou interdito deverá estar sob o poder de quem detém a sua guarda, sendo que esta poderá ser proveniente de lei, a exemplo do que ocorre com os pais em relação a seus filhos, no exercício do poder familiar, ou decorrente de decisão judicial, como acontece nas hipóteses em que se é nomeado um curador ao interdito.

O § 1º do art. 249 do Código Penal ainda assevera que *o fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda*.

O crime de subtração de incapaz se configura com a simples retirada do incapaz do local onde ele se encontra, da guarda de seu responsável legal, sendo irrelevante que o agente aja com a intenção de prejudicar o incapaz (TJ-MG, AC 0014296-62.2013.8.13.0348, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, DJe 15/04/2016).

Há crime de subtração de incapaz se o acusado se excedeu na autorização que a representante legal do menor tinha lhe dado, tirando o menor de sua convivência (TJMG, Processo 1.0114.04.040156-3/001[1], Rel. Paulo Cézar Dias, pub. 13/6/2007).

Não há crime de subtração de incapazes se os menores que eram levados pelo acusado para a sua casa eram abandonados e viviam nas ruas, em situação de risco (TJMG, Processo 1.0024.02.652603-8/001[1], Rel. José Antonino Baía Borges, pub. 30/3/2005).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo, pois que somente o menor de 18 anos e o interdito podem figurar nessa condição; doloso; material; comissivo (podendo, também, ser praticado via omissão imprópria na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Busca-se proteger o poder familiar, a tutela e a curatela. O objeto material do delito em estudo é o menor de 18 anos ou o interdito.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo. Os *sujeitos passivos* são aqueles que detêm a guarda do menor de 18 anos ou interdito em virtude de lei ou de ordem judicial, bem como os próprios menores de 18 anos ou interditos.

Os pais só podem ser sujeito ativo do crime definido no art. 249 do CP quando destituídos ou temporariamente privados do pátrio poder (TACrim./SP, Rel. Valentim Silva, *JUTACrim.* 22/189).

Consumação e tentativa

Segundo a posição dominante, o delito se consuma no momento em que o menor de 18 anos ou o interdito é retirado da esfera espacial de quem sobre eles detinha a guarda.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de subtração de incapazes, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Para a tipificação do delito do art. 249 do CP é necessário o intuito doloso, a vontade consciente do agente de retirar o menor da guarda de seu responsável (TJSP, Ap. 135257, Rel. Cunha Bueno, *RT* 525, p. 353).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *subtrair* pressupõe comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de subtração de incapazes é de detenção, de 2 (dois) meses a 2

(dois) anos, se o fato não constitui elemento de outro crime. Assim, por exemplo, poderá o agente subtrair um menor de 18 anos com a finalidade de obter qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate, oportunidade em que deverá ser responsabilizado pelo delito de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159 do Código Penal, e não pelo de subtração de incapazes.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, ainda, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Há previsão, no § 2º do art. 249 do Código Penal, para o perdão judicial, para o caso de restituição do menor ou do interdito, sem que este tenha sofrido maus-tratos ou privações, que dizem respeito, de acordo com as lições de Noronha, aos danos físicos ou morais. Nessa hipótese, “se houver a *restitutio* e não tiver o incapaz sofrido, v.g., privações (falta de alimentos, agasalhos etc.) ou maus-tratos, por exemplo, vexames, ofensas a sua moral etc., o julgador, facultativamente, poderá não aplicar pena ao agente”.³⁰

Para a aplicação do art. 249, § 2º, do CP que prevê a possibilidade de o juiz deixar de aplicar pena ao agente, é preciso que a restituição do incapaz seja, ao menos, voluntária, sem depender da ação de terceiros (TJ-MG, AC 0014296-62.2013.8.13.0348, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, DJe 15/04/2016).

Crime de subtração de incapazes, cuja pena máxima cominada em abstrato é de 2 (dois) anos de detenção. Incidência do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/2001, que ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, modificando o art. 61 da Lei nº 9.099/1995, estendendo aos crimes com penas de detenção e reclusão que não excedam dois anos, ou multa. Competência do Juizado Especial Criminal para o exame e julgamento do feito. Conflito julgado procedente (TJRS, Conf. Comp. 7000 9551854, 7ª Câm. Crim., Rel. Alfredo Foerster, j. 23/9/2004).

Subtração de incapazes e Estatuto da Criança e do Adolescente

O art. 237 da Lei nº 8.060, de 13 de julho de 1990, prevê uma modalidade especial de subtração de incapazes, cominando pena de reclusão de dois a seis anos, e multa, para aquele que subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto.

¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 316.

² HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 362.

³ Vale ressaltar que, após a nova redação dada ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, o *casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*, não havendo mais a necessidade da comprovação dos requisitos da prévia separação judicial.

⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1, t. II, p. 3.133.

- 5 Conforme Guilherme de Souza Nucci (*Código penal comentado*, p. 842).
- 6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 842.
- 7 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 273.
- 8 COÊLHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*, p. 822
- 9 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 274.
- 10 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, v. VI, p. 101.
- 11 LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 365.
- 12 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. IV, p. 129.
- 13 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 286.
- 14 Guilherme de Souza Nucci, em sentido contrário, afirma pela natureza formal do delito em estudo, ao argumento de que a infração penal tipificada no art. 241 do Código Penal “não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para alguém diante do falso registro” (*Código penal comentado*, p. 847).
- 15 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 288.
- 16 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 361.
- 17 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 358.
- 18 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 362.
- 19 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 398.
- 20 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 853.
- 21 DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*, p. 606.
- 22 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. IV, p. 151.
- 23 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 302.
- 24 MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, Parte especial, v. 3, p. 201.
- 25 COÊLHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*, p. 840.
- 26 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 478.
- 27 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 860.
- 28 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 311.
- 29 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 861.
- 30 NORONHA, Edgard. Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 315.

Título VIII – Dos Crimes contra a Incolumidade Pública

Capítulo I – Dos Crimes de Perigo Comum

Incêndio Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º As penas aumentam-se de um terço: I – se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio; II – se o incêndio é:

- a) em casa habitada ou destinada a habitação; b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura; c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo; d) em estação ferroviária ou aeródromo; e) em estaleiro, fábrica ou oficina; f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável; g) em poço petrolífero ou galeria de mineração; h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

Incêndio culposo

§ 2º Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Introdução

O delito tipificado no art. 250 do Código Penal possui os seguintes elementos: *a)* a conduta de causar incêndio; *b)* expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

O núcleo *causar* é utilizado no sentido de produzir, ocasionar, provocar, enfim, dirigir finalisticamente a conduta no sentido de fazer com que ocorra o incêndio. Dissertando sobre o conceito de incêndio, assevera Noronha: “Incêndio não é qualquer fogo, mas tão só o que acarreta risco para pessoas ou coisas. É mister, pois, que o objeto incendiado seja tal que exponha a perigo o bem tutelado.”¹

Trata-se de crime de perigo concreto, que deverá ser efetivamente demonstrado para efeito de reconhecimento do crime.

O tipo penal do art. 250 do Código Penal incrimina a conduta do agente que, com consciência e vontade, provoca incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. O tipo do art. 250 do CP encerra a definição de crime de perigo concreto e coletivo, que tem por objetividade jurídica a proteção da incolumidade pública, da vida, da integridade física ou do patrimônio de terceiros (TJRJ, AC 0002169-94.2007.8.19.0038, Rel. Des. Carlos Eduardo Robredo, j. 29/7/2014).

É consabido que o crime de incêndio, previsto no art. 250 do Código Penal, é um delito de perigo concreto, bastando, para sua configuração, que o fogo tenha a potencialidade de colocar em risco os bens jurídicos tutelados: a incolumidade pública, a vida, a integridade física ou o patrimônio de terceiros – o que ocorreu no caso, uma vez que o fogo não se alastrou para os prédios vizinhos devido a pronta intervenção do corpo de bombeiros impediu essa ocorrência. Cumpre assinalar, ainda, que o delito em questão é um crime de perigo comum, sendo prescindível que a conduta seja dirigida a determinadas vítimas (STJ, AgRg no HC 192574/ES, Rel^a Min^a Marilza Maynard, Des.^a convocada do TJSE, 5^a T., DJe 1º/8/2013).

O crime de incêndio é de perigo comum contra a incolumidade pública, logo, não basta para que ele se configure o simples botar fogo em alguma coisa, sendo necessário que o fogo ateado tenha, efetivamente, de modo concreto, causado perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outras pessoas (TJMG, AC

0018515-24.2010.8.13.0090, Rel. Des. Fortuna Grion, *DJe* 19/6/2012).

A conduta de incêndio, descrita no artigo 250 do Código Penal, deve ser compreendida como a voluntária causação de fogo relevante, ou seja, o fogo deve ser perigoso, potencialmente lesivo à vida, à integridade corporal ou ao patrimônio de um número indeterminado de pessoas. Se o agente visa expor a perigo somente uma pessoa certa e determinada, o crime será o descrito no artigo 132 do Código Penal (TJDF, Rec. 2009.05.1.005839-5, Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos, *DJDFTE* 5/8/2010, p. 166).

Comete o delito previsto no art. 250 do Código Penal o agente que ateia fogo em estabelecimento comercial, localizado na via pública, expondo a perigo o patrimônio dos proprietários e a integridade física das residências destes e dos moradores próximos (TJRS, ACR 70033460452, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, *DJERS* 19/7/2010).

Pela dicção da norma incriminadora do art. 250 do CP, basta que o delito exponha a perigo o patrimônio de outrem (TJRS, Ap. Crim. 70019303304, 4^a Câm. Crim., Rel. Gaspar Marques Batista, j. 28/6/2007).

Não há crime de incêndio, se o fogo não teve potencialidade para expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de um indeterminado número de pessoas. Resta configurada a prática do crime de dano qualificado (art.163, parágrafo único, inc. II, do CP), se o incêndio limitou-se a atingir a motocicleta da vítima, visando o agente somente à destruição daquele bem (TJMG, Processo 1.0686.02.054609-5/001[1], Rel.^a Beatriz Pinheiro Caires, pub. 3/5/2005).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois que o § 2º do art. 250 do Código Penal previu, expressamente, a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo. *Sujeito passivo* é a sociedade, bem como as pessoas que tiveram sua vida, sua integridade física ou, mesmo, seu patrimônio expostos a perigo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido. O objeto material, segundo Guilherme de Souza Nucci, “é a substância ou objeto incendiado”.²

Para a caracterização do crime de incêndio, classificado como crime de perigo comum, exige-se a prova inequívoca do perigo provocado à vida, à integridade física ou ao patrimônio de terceiros. Na ação penal por crime de incêndio, impõe-se a absolvição quando duvidosa a prova testemunhal, que se limita a descrever o patrimônio supostamente ameaçado e se lança sem prova pericial que a confirme (TJMG, Processo 1.0003.07.024431-8/001(1), Rel. Hélcio Valentim, pub. 27/7/2009).

É imprescindível para a caracterização do delito de incêndio a existência de potencialidade lesiva para a vida, a integridade ou o patrimônio de outrem. Não havendo prova indutivida do agir do acusado, resta absolvido

com fundamento no art. 386, VI,³ do CPP (TJRS, Ap. Crim. 70016989345, 4^a Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 7/12/2006).

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o incêndio provocado pelo agente vem, efetivamente, expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

A tentativa é admissível.

O crime de incêndio possui natureza plurissubjetiva, admitindo o fracionamento do *iter criminis* e a ocorrência teórica da tentativa. O simples ateamento de fogo e sua dizimação por circunstâncias alheias à vontade do agente não são suficientes para a caracterização do crime de incêndio tentado, se a combustão não chegou a projetar, potencial ou efetivamente, perigo de risco coletivo ao patrimônio ou à integridade física de outrem (TJRJ, AC 0002169-94.2007.8.19.0038, Rel. Des. Carlos Eduardo Roboredo, j. 29/7/2014).

Conforme entendimento francamente dominante na doutrina, o crime de incêndio consuma-se quando estiver criada a situação de perigo comum, pouco importando a extensão ou duração do fogo (TJMG, Processo 1.0604.06.001166-4/001[1], Rel. Alexandre Victor de Carvalho, pub. 13/10/2008).

Comete o delito previsto no art. 250, § 1º, II, *a*, do CP, na forma tentada, o agente que ateia fogo em residência habitada, expondo a perigo a integridade física e o patrimônio dos moradores, não chegando a se consumar o incêndio, visto que as chamas foram debeladas imediatamente (TJRS, Ap. Crim. 70019190933, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 24/5/2007).

Comete o delito previsto no art. 250, § 1º, II, *a*, c/c art. 14, II, e art. 61, II, *e*, todos do CP, o agente que ateia fogo em residência habitada ou destinada a habitação, expondo a perigo a integridade física e o patrimônio dos moradores e vizinhos, somente não consumando o incêndio por circunstâncias alheias à sua vontade (TJRS, Ap. Crim. 70018420042, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 22/3/2007).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 250 do Código Penal.

Para a configuração do crime de incêndio, não se exige elemento subjetivo especial ou finalidade específica, bastando que se constate o perigo concreto à vida, à integridade ou ao patrimônio de pessoas indeterminadas (TJ-DFT, Processo: 20130110110143APR, Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, DJe 31/08/2016).

O dolo no delito do art. 250 do Código Penal consiste na vontade livre e consciente de provocar incêndio, com conhecimento do perigo comum (TJPR, AC 4. 904559-2, Rel. Des. Lidio José Rotoli de Macedo, DJe 24/8/2012).

Modalidade culposa

Encontra-se prevista no § 2º do art. 250 do Código Penal.

Comete o delito previsto no art. 250, § 2º, c/c o art. 258, 2^a parte, do CP a agente que, agindo com imprudência, provoca explosão ao inserir óleo diesel em lamparina ainda acesa, permitindo, assim, que o fogo se alastrasse pela residência da vítima, causando a morte de uma pessoa (TJRS, Ap. Crim. 70019171529, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 24/5/2007).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo causar pressupõe um comportamento comisso por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causas especiais de aumento de pena

São previstas pelo § 1º do art. 250 do Código Penal.

A primeira causa especial de aumento de pena diz respeito ao fato de ter o agente provocado o incêndio visando obter alguma vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio.

A segunda majorante incidirá em virtude do objeto material contra o qual é dirigida a conduta do agente. Aqui, da mesma forma que na situação anterior, existe maior reprovabilidade no comportamento que é dirigido contra os objetos elencados pelo inc. II do § 1º do art. 250 do Código Penal.

[Incide a causa de aumento do art. 250, § 1º, inc. II, alínea a, do Código Penal, se o acusado incendeia o local em que reside com a própria família \(TJ-DFT, Processo: 20130110752469APR, Rel. Des. Esdras Neves, DJe 05/10/2016\).](#)

Para a configuração do crime de incêndio, descrito no artigo 250, § 1º, inc. I, a, do Código Penal, é imprescindível expor a perigo a incolumidade pública, isto é, um número indeterminado de pessoas. Assim, quando o laudo pericial atesta que o fogo atingiu apenas um cômodo do imóvel, incabível a subsunção do fato ao tipo em comento (TJDF, Rec. 2008.10.1.004591-6, Rel. Des. Silvânia Barbosa dos Santos, *DJDFTE* 16/8/2010, p. 416).

Para configuração do crime do art. 250, § 1º, inc. II, a, do Código Penal imprescindível que a conduta do acusado gere perigo real ou concreto à incolumidade pública. O fato de não haver pessoas nem outros bens nas proximidades do local onde o réu colocou os objetos em combustão, nem o fogo ter-se propagado, mas sim permanecido setorizado, e com facilidade e de forma rápida ter sido apagado pelas vítimas, demonstra a inexistência de perigo concreto decorrente da conduta do agente (TJDF, Rec. 2008.01.1.009122-9, Rel. Des. Mario Machado, *DJDFTE* 9/8/2010, p. 98).

Responde pelo crime de incêndio o agente que propositadamente põe fogo em vegetação da região, tendo consciência de se tratar de lugar habitado, causando concretamente perigo comum. Em razão de previsão típica específica relativa a dano ambiental, não mais estaria em vigor a causa de aumento prevista no art. 250, § 1º, II, h, do CP, no que tange aos conceitos de ‘mata’ ou ‘floresta’. Apelo parcialmente provido, para condenar o réu nas iras do art. 250, *caput*, do CP (TJMG, APCR 0093212-60.2002.8.13.0069, Rel. Des. Ediwal Jose de Moraes, *DJEMG* 7/5/2010).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário contido no *caput* do art. 250 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

As penas aumentam-se de um terço nas hipóteses previstas pelo § 1º do mencionado artigo.

Para o incêndio de natureza culposa foi cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Determina o art. 258 do Código Penal que *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de incêndio culposo.

Será possível no caso de incêndio culposo desde que não resulte morte, a proposta de suspensão condicional do processo.

Provocar incêndio em imóvel afastado da cidade

Se o imóvel sobre o qual se dirigiu a conduta incendiária do agente ficava situado em local afastado de outras construções e pessoas, o fato poderá se configurar no delito de dano se com o incêndio não houve a criação de um *perigo comum*, tal como orienta o capítulo no qual a figura típica em estudo encontra-se inserida.

Resta configurado o crime de incêndio no momento em que o agente coloca em risco a vida e a integridade física de pessoas que estavam no local ou, ainda, o patrimônio de outrem, concretizando situação de perigo comum. Somente será permitida a desclassificação do fato para crime de dano se o incêndio provocado não gerar perigo comum (TJMG, Processo 1.0016.06.061 939-8/001[1], Rel. Hélcio Valentim, pub. 27/11/2007).

Sendo o incêndio praticado para destruir patrimônio de determinada pessoa, obtendo o agente o seu designio, sem comprovação de perigo concreto comum, impõe-se a desclassificação para dano qualificado pelo emprego de fogo (TJMG, Processo 1.0016.00.014680-9/001[1], Rel.^a Jane Silva, pub. 17/5/2005).

Incêndio com a finalidade de causar a morte da vítima

Deverá responder pelo delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, III do CP), tentado ou consumado, bem como pelo delito tipificado no art. 250 do Código Penal, se o incêndio por ele produzido expôs a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas.

Incêndio e estelionato para recebimento de indenização ou valor do seguro

Embora exista controvérsia, entendemos que haverá concurso de crimes entre os arts. 250, *caput* e 171, § 2º, V, do Código Penal.

Sem a prova do perigo comum, elemento integrante do delito de incêndio definido no art. 250 do CP, viável é a desclassificação do fato descrito para estelionato, na modalidade do art. 171, § 2º, inc. V, do CP, se o réu destruiu, com fogo, coisa própria, visando a receber o valor do seguro (TJRS, Ap. Crim. 695030494, 4^a Câm. Crim., Rel. José Antônio Paganella Boschi, j. 7/6/1995).

O que distingue o crime de incêndio do de estelionato previsto no art. 171, § 2º, nº V, do Código Penal é o perigo comum, indiferente a este tipo penal (TJRJ, Ap. 1993. 050.00843, Rel. Adolphino Ribeiro, j. 4/11/1993).

Incêndio provocado por motivação política

Vide art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83).

Incêndio e crime ambiental

A diferença fundamental reside no fato de que, no delito ambiental, a proteção levada a efeito pelo tipo penal do art. 41 da Lei nº 9.605/98 diz respeito ao meio ambiente, aqui considerado como a mata ou a floresta; já na infração penal constante do art. 250 do Código Penal, embora o objeto material seja a mata ou floresta, a norma constante no mencionado artigo tutela a incolumidade pública, almejando por meio do tipo penal em estudo, evitar que seja exposta a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Atear fogo a restos de árvores já sem vida não configura o delito do art. 41, cujas elementares são mata ou floresta, vegetação cerrada e de grande porte. Ausente a elementar do tipo – objeto de especial preservação –, a destruição de floresta nativa amolda-se à previsão do art. 38 da Lei Ambiental. Contudo, não descrito o fato denunciado de forma a enquadrar-se no tipo do art. 38 e dada a inviabilidade da *mutatio libelli* em 2ª instância, resta somente o juízo absolutório (TJRS, Ap. Crim. 70018562314, 4ª Câm. Crim., Rel. Gaspar Marques Batista, j. 31/5/2007).

Exame pericial

Será necessária a realização do exame pericial para efeitos de caracterização do delito de incêndio, nos termos do art. 173 do Código de Processo Penal.

Nos termos do art. 173 do Código de Processo Penal, para analisar a materialidade do delito de incêndio, é necessária a realização de exame pericial, para a verificação, especialmente, do perigo que o incêndio resultou para a vida ou para o patrimônio alheio, analisando a extensão do dano. Em alguns casos, a prova pericial por ser prescindível, quando há um farto e seguro conjunto probatório apto a demonstrar a materialidade do delito (TJ-MG, AC 0033709-27.2012.8.13.0694, Rel. Des. Wanderley Paiva, DJe 02/09/2016).

Crime de incêndio. Preservação do local. Validade do laudo de exame realizado apenas quatorze horas depois da ação incendiária. Materialidade e autoria comprovadas. Demonstração do perigo comum. Impossibilidade de desclassificação para o crime de dano (TJRJ, AC 0383012-45.2011.8.19.0001, Rel^a Des^a Katya Monnerat, j. 19/8/2014).

De acordo com os arts. 158, 167 e 173 do Código de Processo Penal, em se tratando de crime de incêndio, a falta de exame de corpo de delito pode ser suprida por prova testemunhal somente em caso de desaparecimento dos vestígios. Na hipótese dos autos, apesar da possibilidade de realização de perícia no local, esta não foi feita. Nessas circunstâncias, a prova exclusivamente testemunhal não pode ser admitida, devendo, por ausência de materialidade do delito, ser mantida a r. sentença absolutória (TJPR, AC 31.835906-2, Rel.^a Des.^a Lidia Maejima, DJe 15/2/2012).

A lei processual penal exige para a prova da existência do crime, nos casos em que deixam vestígio, que se realize perícia. A necessidade de realização de perícia nos crimes que deixam vestígio não é resquício do sistema inquisitório, nem do sistema das provas legais, em que as provas eram tarifadas, pelo contrário, é

corolário do princípio dispositivo regente do sistema acusatório consagrado no Estado Democrático de Direito, em que a prova não se destina exclusivamente ao Juízo, mas, sim, às partes que atuam em contraditório.

A realização de perícia é uma garantia para o acusado contra as indevidas ingerências do Estado em sua esfera de liberdades. Garantia de que somente será condenado por determinada conduta quando ela restar inequivocamente provada pelos elementos dos autos. O crime de incêndio é de perigo comum contra a incolumidade pública, logo, não basta para que ele se configure o simples botar fogo em alguma coisa, sendo necessário que o fogo ateado tenha, efetivamente, de modo concreto, causado perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outras pessoas. Narrando a denúncia de que o réu teria se limitado a atear fogo na casa da vítima, danificando-a, sem que fosse provado o perigo comum contra a incolumidade pública, sua capitulação jurídica deveria recair sobre o crime de dano. A ausência de perícia quanto ao uso de substância inflamável para atear fogo impede a aplicação da respectiva qualificadora do crime de dano (TJMG, Processo 1.0313.06.197220-1/001[1], Rel. Des. Jane Silva, j. 10/11/2009, pub. 11/1/2010).

Por ser o incêndio crime que deixa vestígios, a verificação do perigo concreto e comum deve ser feita mediante exame de corpo de delito direto ou indireto, forte no art. 158 do Código de Processo Penal. Além disso, o laudo deve atender às formalidades inseridas no art. 173 do Código de Processo Penal. Tendo em vista que, à época em que a autoridade policial tomou conhecimento do fato, os vestígios ainda poderiam ser detectados pela perícia oficial, a prova da materialidade não poderá ser suprida pelas testemunhas (art. 167 do Código de Processo Penal). Portanto, o laudo pericial é indispensável para a comprovação de sua materialidade (TJRS, Ap. Crim. 70023 276348, 4^a Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, pub. 12/1/2009).

Na esteira da jurisprudência dominante em nossos Prettórios, tratando-se de delito que deixa vestígios como o incêndio, mostra-se imprescindível a feitura de laudo pericial, comprovando o perigo comum de pessoas ou coisas, sem o que, é de rigor a sua absolvição por falta de prova da materialidade delitiva (TJMG, Processo 1.0707.07.143035-9/001[1], Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 26/3/2008).

Desclassificação para o crime de dano

Não é qualquer ateamento de fogo que se presta a caracterizar o crime de incêndio, mas o fogo perigoso, aquele que acarreta tal risco pela carbonização progressiva e continuada, ainda que sem chamas. A simples provocação do incêndio não enseja, por si só, a incidência do tipo penal em apreço, se da conduta não resultar a efetiva exposição da coletividade a perigo concreto, sendo possível reconhecer o crime de dano qualificado pelo emprego de substância inflamável ou explosiva (art. 163, parágrafo único, II, CP) (TJRJ, AC 0002169-94.2007.8.19.0038, Rel. Des. Carlos Eduardo Roboredo, j. 29/7/2014).

Não prospera o pleito de desclassificação do crime de incêndio para dano qualificado quando a prova coligida em juízo demonstra que a conduta do réu expôs a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de número indeterminado de pessoas. Incêndio provocado em área urbana, destinada ao comércio, durante o dia, em local que contava com razoável circulação de pessoas, configura perigo concreto e comum, que ultrapassa o simples dolo de dano, previsto no art. 163, inc. II, do Código Penal (TJDF, Rec. 2008.03.1.003679-6, Ac. 429.492, 1^a T. Crim., Rel. Des. Luciano Moreira Vasconcellos, *DJDTE* 2/7/2010, p. 161).

Inviável a desclassificação do crime de incêndio em casa habitada para o crime de dano qualificado, pois na hipótese as provas dos autos demonstram que o fogo provocado dolosamente pelo réu acarretou uma situação de perigo a um número indeterminado de pessoas, uma vez que o barraco incendiado estava situado em área residencial, sendo o fogo contido por vizinhos da vítima, constando do laudo pericial que se não tivesse havido intervenção externa, as consequências teriam sido mais graves (TJDF, Rec. 2007.03.1.004162-3, Rel. Des.

Roberval Casemiro Belinati, DJDFTE 19/8/2010, p. 180).

Incêndio no Código Penal Militar

Vide art. 268 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Explosão Art. 251. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 2º As pena aumentam-se de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no nº II do mesmo parágrafo.

Modalidade culposa

§ 3º No caso de culpa, se a explosão é de dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; nos demais casos, é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Introdução

Analizando a figura típica prevista no art. 251 do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos: *a)* a conduta de expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem; *b)* por meio de explosão; *c)* arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite; e *d)* ou de substância de efeitos análogos.

A lei penal faz menção à *explosão*, que tem o sentido de “comoção seguida de detonação e produzida pelo desenvolvimento repentino de uma força ou pela expansão súbita de um gás”.⁴

Essa explosão pode ser provocada por engenho de dinamite. Segundo as lições de Hungria, “dinamite é nitroglicerina, que NOBEL tornou mais praticamente utilizável mediante absorção dela por certas matérias sólidas, comumente terras ou areias silicosas. O *absorvente* pode ser *ativo*, isto é, um outro explosivo, como, por exemplo, o algodão-pólvora, aumentando-se, então, a potência destruidora. Há grande variedade de substâncias explosivas com efeitos idênticos aos da dinamite: os derivados da nitrobenzina (belite), do nitrotolueno (trotil ou tolite), do nitrocresol (cresilite), da nitronaftalina (schneiderite), a chedite, a sedutite, a ruturite, a grisulite, a melinite, as gelatinas explosivas, os explosivos TNT, os explosivos à base de ar líquido etc, etc.”⁵

Pelo que se percebe, por meio da figura típica em estudo, a lei penal tipifica não só a explosão em si, provocada pelo agente, como também o *arremesso* ou a *simples colocação de engenho de dinamite* ou de *substância de efeitos análogos*.

Verifica-se, ainda, pela parte final constante da redação do art. 251 do Código Penal, a utilização da chamada *interpretação analógica*.

Para a configuração do crime do art. 251 do Código Penal, não basta a demonstração da ocorrência de explosão com engenho de dinamite, sendo necessária a demonstração de que, com sua conduta, o agente tenha criado uma situação de perigo concreto para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem (TJ-MG, AC 0048657-63.2014.8.13.0480, Rel.^a Des.^a Maria Luíza de Marilac, DJe 11/03/2016).

O crime de explosão (de perigo comum), tal como descrito no art. 251 do CP, exige, como circunstância elementar, a comprovação de que a conduta perpetrada causou efetivamente afronta às vidas e integridade física das pessoas, ou mesmo concreto dano ao patrimônio de outrem. Daí que o arremesso de fogos de artifício em local ocasionalmente desabitado (no caso, a bilheteria de um cinema), que sequer causou danos ao ambiente, não pode denotar o crime de explosão. Poderia, no máximo, mostrar-se como a contravenção penal do art. 28, parágrafo único, do DL nº 3.688/1941, a qual já foi alcançada pela prescrição. Assim, a ordem deve ser concedida para trancar a ação penal (STJ, HC 104.952-SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 10/2/2009).

Configura-se o delito do art. 251, § 1º, quando o agente arremessa artefato explosivo, não consistente em dinamite ou similar, em direção à vítima, expondo a risco sua integridade física (TJRS, Ap. Crim. 70008695405, 4ª Câm. Crim., Rel. Gaspar Marques Batista, j. 12/8/2004).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois que o § 3º do art. 251 do Código Penal previu, expressamente, a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma vinculada (haja vista que o tipo penal aponta a forma pela qual poderá ser praticado); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas que, especificamente, tiveram sua vida, integridade física ou mesmo o patrimônio expostos ao perigo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de explosão.

O objeto material é o engenho de dinamite ou a substância de efeitos análogos.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando, efetivamente, a explosão, o arremesso ou a simples colocação de engenho ou de substância de efeitos análogos trouxer perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 251 do Código Penal.

Modalidade culposa

De acordo com o § 3º do art. 251 do Código Penal, somente importará na prática do delito quando houver a ocorrência de uma *explosão* de natureza culposa, não havendo previsão legal, portanto, para o *arremesso* ou mesmo para a *colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos*.

A pena variará de acordo com a substância culposamente detonada pelo agente. Assim, se o sujeito, por exemplo, deixando de observar o seu necessário dever objetivo de cuidado,

causar uma explosão com dinamite, a pena cominada para tal fato será de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; no entanto, se a explosão culposa originou-se de substância não análoga à dinamite, a exemplo da pólvora, a pena será de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Modalidade privilegiada

O § 1º do art. 251, valorando os comportamentos por ele previstos, entende como de maior gravidade a utilização de dinamite ou substância de efeitos análogos, pois que, se esses não forem utilizados na prática do delito, a pena cominada será consideravelmente menor.

É o delito de explosão um crime de perigo concreto – que ocorre com a comprovação situação de risco – não sendo necessária a efetiva explosão. Além disso, a configuração da modalidade privilegiada exige, necessariamente, a demonstração, por meio de perícia, de que o material apreendido possui efeitos análogos ao do dinamite, e que, portanto, seria hábil a causar explosão (TJES, RC 100140005024, Rel. Des. Willian Silva, j. 14/7/2014).

Se a substância utilizada pelo agente não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos, e desde que seja de eficácia explosiva menor, como a pólvora, o crime configurado não será o descrito no *caput* do art. 251, mas o previsto em seu § 1º (TJMG, Processo 1.0702.03.093288-4/001[1], Rel. Paulo Cesar Dias, pub. 1/2/2005).

A bomba colocada ao lado da janela da sala de aula com o objetivo de atingir desafeto faz com que seja imputado ao agente causador do perigo as sanções cominadas no art. 251, § 1º, do CP (TJPR, Processo 0203286-6, Rel. Rubens Oliveira Fontoura, j. 17/12/2002).

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas pelo art. 251 do Código Penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticadas via omissão imprópria.

Causas de aumento de pena

Diz o § 2º do art. 251, *verbis*:

§ 2º As penas aumentam-se de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no nº II do mesmo parágrafo.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do *caput* do art. 251 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Já o tipo derivado privilegiado, constante do § 1º do mesmo artigo, prevê uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

As penas aumentam-se de um terço nas hipóteses previstas pelo § 2º do art. 251 do diploma repressivo.

Para a modalidade culposa foi cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, se a explosão é de dinamite ou substância de efeitos análogos; nos demais casos, é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Determina o art. 258 do Código Penal que *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de explosão culposa.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, tanto na modalidade privilegiada de explosão, constante do § 1º do art. 251, como na explosão culposa, constante de seu § 3º.

Deflagração perigosa, queima de fogos e soltura de balões acesos

Vide parágrafo único do art. 28 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

Não obstante o parágrafo único do art. 28 do Decreto-Lei nº 3.688/41 fale em ‘queima de fogos de artifício’, é de se observar que a conduta típica, no caso de contravenção, é aquela comumente conhecida como de ‘estourar’ fogos de artifício para a realização de shows pirotécnicos, visando a produzir efeitos visuais e sonoros em festas ou comemorações, porém, de forma inadequada ou indevida, causando perigo à sociedade em geral. Se for comprovado que a conduta explosiva causou efetiva afronta à vida e à integridade física das pessoas ou concreto dano ao patrimônio de outrem, resta configurado o crime do art. 251 do CP (TJPR, AC 59.849553-0, Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida, *DJe* 3/5/2012).

Estando o tipo do art. 251 do CP, crime de explosão, entre aqueles denominados de perigo comum, é de se exigir, como circunstância elementar, a comprovação de que a conduta explosiva causou efetiva afronta à vida e à integridade física das pessoas ou concreto dano ao patrimônio de outrem, sob pena de faltar à acusação a devida demonstração da tipicidade. Por isso, ação de arremessar fogos e artifícios em local ocasionalmente despovoado, cuja consequência danosa ao ambiente foi nenhuma, não pode ser tido pela vertente do crime de explosão, podendo, no máximo se referir à contravenção do art. 28 do Decreto-Lei nº 3.688/41, a qual se encontra abrangida pela prescrição. Ordem concedida para trancar a ação penal (STJ, HC 104952/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 10/2/2009, *DJe* 2/3/2009).

Explosão provocada por motivação política

Vide art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983).

Pesca mediante a utilização de explosivos

Vide art. 35, I, da Lei nº 9.605/1998.

Prova pericial

Será necessária, aplicando-se o art. 175 do Código de Processo Penal.

A ausência de perícia hábil a comprovar que o combustível, na forma em que armazenado, seria hábil a provocar a aludida explosão, configura, invariavelmente, na inexistência de materialidade delitiva, de forma que a absolvição se torna medida necessária (TJES, RC 100140005024, Rel. Des. Willian Silva, j. 14/7/2014).

Forçoso reconhecer que no crime previsto no art. 251, § 2º, do Código Penal o laudo pericial é de suma importância, a fim de se apurar se houve, de fato, perigo ao bem juridicamente tutelado. No caso em comento, a prova técnica não foi realizada. Destarte, mister reconhecer que a materialidade delitiva não restou devidamente comprovada, sendo imperiosa, assim, a absolvição do apelante (TJMG, AC 1.0209.08.082290-8/001, Rel. Des. Herbert Carneiro, *DJe* 26/4/2012).

A lei processual penal exige para a prova da existência do crime, nos casos em que deixam vestígio, que se realize perícia.

A necessidade de realização de perícia nos crimes que deixam vestígio não é resquício do sistema inquisitório, nem do sistema das provas legais, em que as provas eram tarifadas, pelo contrário, é corolário do princípio dispositivo regente do sistema acusatório consagrado no Estado Democrático de Direito, em que a prova não se destina exclusivamente ao Juízo, mas sim, às partes que atuam em contraditório. A realização de perícia é uma garantia para o acusado contra as indevidas ingerências do Estado em sua esfera de liberdades. Garantia de que somente será condenado por determinada conduta quando ela restar inequivocamente provada pelos elementos dos autos. O crime de incêndio é de perigo comum contra a incolumidade pública, logo, não basta para que ele se configure o simples botar fogo em alguma coisa, sendo necessário que o fogo ateado tenha, efetivamente, de modo concreto, causado perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outras pessoas (TJMG, Processo 1.0313.06.197220-1/001[1]. Rel. Des. Jane Silva, j. 10/11/2009, pub. 11/1/2010).

Homicídio praticado com o emprego de explosivo

Haverá concurso de crimes somente na hipótese em que a utilização de explosivos na prática do homicídio trouxer perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

É preciso distinguir a mera substância explosiva, como a pólvora, do engenho ou artefato explosivo, que é o fruto da técnica ou de arte e feito com aquela. Se a explosão culposa que causa a morte da vítima não é causada por engenho explosivo, mas por mau acondicionamento de pólvora, a hipótese não é a da conduta prevista no § 3º do art. 251 do Código Penal, mas a prevista no § 3º do art. 121 do mesmo estatuto (TJMG, Processo 1.0372.03.005907-8/001, Rel. Adilson Lamounier, pub. 6/4/2009).

Demonstrado nos autos que o réu agiu culposamente, causando a morte de três pessoas, correta está a sua condenação pelo crime de homicídio culposo. O crime de manter uma fábrica de artefatos explosivos sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar é autônomo em relação aos delitos de homicídio resultantes da explosão dessa fábrica, não sendo por eles absorvido, porquanto não guardam, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculada (TJMG, Processo 1.0372.02. 000871-3/001[1], Rel. José Antonino Baía Borges, pub. 14/6/2005).

Arremesso de artefato explosivo em direção a torcedores em estádio de futebol

A conduta consciente e voluntária do agente em arremessar um artefato explosivo em direção aos torcedores que estavam no estádio de futebol cria uma efetiva situação de perigo à vida ou integridade física de terceiros,

caracterizando o crime de explosão (TJMG, AC 1.0024.09.699227-6/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, DJe 5/7/2012).

Explosão de caixas eletrônicos

A explosão de caixa eletrônico de agência bancária, para subtração de cédulas de dinheiro, não caracteriza a conduta autônoma prevista no art. 251 do Código Penal, mas circunstância qualificadora do crime de furto (rompimento de obstáculo à subtração da coisa) (TJ-MG, AC 0008037-10.2013.8.13.0879, Rel. Des. Júlio Cesar Guttierrez, DJe 11/05/2016).

Explosão no Código Penal Militar

Vide art. 269 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Uso de gás tóxico ou asfixiante Art. 252. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, usando de gás tóxico ou asfixiante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Introdução

Pela redação típica do art. 252 do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos: *a)* a conduta de expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem; *b)* através da utilização de gás tóxico ou asfixiante.

Essa exposição concreta a perigo deverá ocorrer em virtude da utilização, pelo agente, de gás tóxico ou asfixiante.

Tóxico é o gás venenoso; asfixiante é aquele de natureza sufocante, que atua sobre as vias respiratórias, impedindo a vítima de respirar. São considerados tóxicos, dentre outros, os gases provenientes do ácido cianídrico, amoníaco do anidro sulfuroso, benzina, iodacetona, cianuretos alcalinos de potássio e sódio. Asfixiantes são os gases de cloro, bromo, bromacetona, clorossulfato de metila, cloroformiato de triclorometila, fosgênio *etc.*⁶

Salienta Noronha, com razão: “Não é necessário que o gás seja mortal: basta expor a perigo a vida ou a integridade física de pessoas, o que, aliás, bem se comprehende, uma vez que a lei se contenta com o perigo para o patrimônio, hipótese em que ele pode até ser inócuo para o indivíduo.”⁷

Não caracteriza o crime previsto no art. 252 do CP a conduta de quem adapta veículo automotor e com ele transita, acionado a gás liquefeito de petróleo, em face da ausência de prova, na espécie, de perigo concreto (TJSP, AC, Rel. Gentil Leite, *RJTJSP*, 101, p. 461).

A lei visa punir, no art. 252 do CP, quem expõe a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem usando gás tóxico ou asfixiante, não se caracterizando o delito se a substância utilizada é de baixa toxicidade, não chegando a ocorrer risco de gravame mais sério (TJSP, Ap. 58028-3, Rel. Ângelo Gallucci, *RT* 624, p. 310).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (uma vez que o parágrafo único do art. 252 do Código Penal previu, expressamente, a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma vinculada (haja vista que o tipo penal aponta a sua prática mediante a utilização de gás tóxico ou asfixiante); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo*.

Sujeito passivo é a sociedade, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas que, especificamente, tiveram sua vida, integridade física ou mesmo o patrimônio expostos ao perigo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de uso de gás tóxico ou asfixiante.

Objeto material é o gás tóxico ou asfixiante.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando, após a utilização do gás tóxico ou asfixiante, houver a efetiva exposição de perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, tendo em vista cuidar-se de um crime de perigo concreto.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 252 do Código Penal.

Modalidade culposa

É prevista pelo parágrafo único do art. 252 do Código Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta prevista pelo tipo penal do art. 252 do diploma repressivo pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 252 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Para a modalidade culposa, o parágrafo único do referido artigo prevê uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Determina o art. 258 do Código Penal que, *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo em ambas as modalidades – dolosa e culposa – do delito de uso de gás tóxico ou asfixiante.

Homicídio qualificado pelo emprego de gás asfixiante

Se o agente utilizar gás asfixiante sem que exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem que não a vítima do homicídio, somente será responsabilizado por esta infração penal. Caso contrário, poderá ocorrer o concurso formal de crimes, se, com a utilização do gás asfixiante, vier a produzir a morte da vítima, bem como ocasionar perigo de dano aos bens juridicamente protegidos pelo tipo penal do art. 252 do diploma repressivo.

Utilização de gás lacrimogêneo pela polícia

A polícia não está impedida de usar o gás lacrimogêneo, tampouco de utilizar as armas que estão à sua disposição, desde que necessárias a repelir agressões injustas, atuais ou iminentes, quando, então, atuarão sob o manto da legítima defesa, ou, ainda, quando estiverem agindo no estrito cumprimento de dever legal. O abuso, concebido como excesso, deverá ser punido, responsabilizando-se criminalmente a autoridade pelo seu ato ilegal.

Se o uso de gás lacrimogêneo foi levado a efeito sem a mínima necessidade, simplesmente por ato abusivo da autoridade, entendemos deva ela ser responsabilizada pelo delito tipificado no art. 252 do Código Penal se, em virtude do seu comportamento, houve a criação de perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Utilização de gás lacrimogêneo em instrução militar

Tendo o apelado em instrução militar espargido gás lacrimogêneo a pequena distância de seus comandados, causando-lhes queimaduras na face e no pescoço, assumiu o risco de produzir lesões nos mesmos, como efetivamente culminou por ocorrer. Não restou demonstrado que o acusado estivesse agindo no estrito cumprimento do dever legal ou obedecendo a ordem de superior hierárquico, sendo a responsabilidade de seus atos exclusivamente de sua pessoa (TJPR, Ap. Crim., ACR 327766/PR, Ap. Crim. 0032776-6, 1ª Câm. Crim., Rel. Des. Wanderlei Resende, j. 10/11/1994).

Contravenção penal de emissão de fumaça, vapor ou gás

Vide art. 38 da Lei das Contravenções Penais.

Prova pericial

Será necessária a realização de prova pericial, comprovando-se não somente a potencialidade ofensiva dos meios empregados, conforme art. 175 do Código de Processo Penal, bem como o fato de a sua utilização ter trazido uma situação concreta de perigo a um número indeterminado de pessoas, diante de sua natureza de infração penal de perigo comum.

Armas químicas

O art. 4º da Lei nº 11.254, de 27 de dezembro de 2005, estabelece as sanções administrativas e penais em caso de realização de atividades proibidas pela Convenção Internacional sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Estocagem e Uso das Armas Químicas e sobre a Destrução das Armas Químicas existentes no mundo (CPAQ).

Emprego de gás tóxico ou asfixiante no Código Penal Militar

Vide art. 270 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Fabrico, fornecimento, aquisição posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante Art. 253. Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Introdução

Fabricar tem o significado de produzir, criar, ou, conforme esclarece Noronha, “compreende-se qualquer processo idôneo de elaboração, mecânico ou químico, não excluída a simples adição de uma substância a outra ou a outras (composição). Existe fabricação não somente quando se cria explosivo de uma ou mais matérias, que antes não tinham esse caráter, mas, também, com a reprodução, transformação ou aperfeiçoamento de matérias já por si explosivas”;⁸ *fornecer* deve ser entendido no sentido de entregar a alguém, onerosa ou mesmo gratuitamente; *adquirir* significa comprar (título oneroso) ou obter (título gratuito); *possuir*, ou seja, ter a posse, guarda, estar à sua disposição etc.; *transportar* importa em remover, conduzir, levar de um lugar para outro, seja essa remoção levada a efeito a título gratuito ou oneroso.

Importante frisar que estamos diante de um tipo misto alternativo. Assim, a prática, pelo agente, de mais de uma dessas condutas previstas pelo tipo importará em infração única.

A *licença da autoridade* é o elemento normativo constante do tipo.

Substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante já foram estudados quando da análise dos dois artigos anteriores, para onde remetemos o leitor.

A parte final do art. 253 do Código Penal menciona, ainda, *material destinado à sua fabricação*. Segundo Guilherme de Souza Nucci, “trata-se de material voltado à fabricação de substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante. Não é preciso que a substância só possa ser usada para o fabrico de explosivo, mas que, em determinado contexto, seja usada

para tal fim".⁹

O Regulamento para a fiscalização de produtos controlados (R/105), aprovado pelo Decreto nº 3.665/2000, distingue “explosivo” de “fogos de artifício” e tendo o laudo técnico constatado que o material apreendido é do tipo pólvora de caça, material esse de controle especial, considerado como acessório explosivo, de uso permitido, nesse contexto descabido se falar em pleito desclassificatório ou conduta atípica. Para a corrente doutrinária majoritária do País o art. 253 do CP foi derrogado pelo Estatuto do Desarmamento, restando apenas as hipóteses de eventos que envolvam gás tóxico e asfixiante. E mais, mesmo para quem entenda que o tipo penal ainda remanesce intacto, sua incidência é restrita a casos que versam sobre a posse de materiais ou petrechos destinados à confecção de explosivos, sendo que comprovada a posse e a comercialização do próprio explosivo, inviável o acolhimento do pleito defensivo (TJ-MG, AC 0011910-04.2012.8.13.0604, Rel. Des. Sálvio Chaves, DJe 19/12/2014).

A Lei nº 9.437/1997, ao disciplinar as matérias referentes a artefatos explosivos e/ou incendiários, sendo, portanto, Lei posterior especial, derrogou tacitamente o disposto no art. 253 do Código Penal quanto a este tema, mostrando-se incabível a sua desclassificação, eis que a legislação especial já se encontrava em vigor à época do evento delitivo (TJMG, APCr 1.0388.02.002249-6/0011, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, DJEMG 11/3/2009).

Para configuração do delito inserto no artigo 253 do Código Penal, basta a ocorrência de uma das condutas previstas, ou seja, fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação. Tendo o acusado confessado, que teria adquirido o material, sem a devida licença, a autoria e a materialidade delitivas encontram-

-se devidamente confirmadas, inclusive através da prova testemunhal. 2. O crime de perigo comum resta qualificado quando resulta em lesão corporal. Tendo o laudo de lesões corporais confirmado a natureza grave da lesão, caracterizada a causa de aumento prevista no artigo 258 do Código Penal (TJES, ACr 14050051300, Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas, DJES 27/6/2008, p. 147).

Se os réus, com unidade de desígnios, armazenavam e empregavam material explosivo sem a autorização regulamentar, não se há de falar em absolvição pela prática do delito de possuir, deter e empregar artefato explosivo sem autorização (TJMG, Processo 1.0261.00.002199-6/001[1], Rel. José Antonino Baía Borges, pub. 16/2/2005).

Agente a possuir explosivo em sua residência quando de realização de busca e apreensão de entorpecente. Objeto periciado e constatada a eficácia do artefato. Crime caracterizado (TJRS, Ap. Crim., 70011 076437, 7ª Câm. Crim. Rel. Alfredo Foerster, j. 23/6/2005).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de perigo comum e concreto (embora essa posição por nós assumida seja minoritária); de forma livre; instantâneo (quanto aos núcleos *fabricar, fornecer e adquirir*) e permanente (no que diz respeito às condutas de *possuir e transportar*); monossubjetivo; plurissubsistente (como regra, não se descartando, contudo, a possibilidade de ser entendido como *unissubsistente*, a exemplo da conduta de *possuir*); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo.

O *sujeito passivo* é a sociedade, tratando-se, pois, de um crime vago.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito do art. 253 do Código Penal.

O objeto material é a substância ou engenho explosivo, o gás tóxico ou asfixiante, bem como o material destinado à sua fabricação.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, após praticar um dos comportamentos previstos pelo tipo penal, coloca, concretamente, em risco a incolumidade pública, tratando, pois, de um crime de perigo concreto.

Estamos com Cesar Roberto Bitencourt quando assevera que “a *tentativa* é de difícil configuração, embora teoricamente possível”.¹⁰

Elemento subjetivo

O delito de *fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas pelo tipo penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticadas via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo A pena cominada ao delito previsto no art. 253 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Lei de Segurança Nacional

Vide art. 12 da Lei nº 7.170, de 14/12/1983.

O porte de artefato explosivo não enseja a competência federal, em face da inexistência de lesão a bens,

serviços ou interesses da União, não se configurando, também, como crime contra a segurança nacional se a motivação não tinha natureza política (STJ, CC21227/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, S3, DJU 17/2/1999).

Revogação parcial do art. 253 do Código Penal pelo Estatuto do Desarmamento

Entendemos pela revogação parcial do art. 253 do Código Penal, no que diz respeito especificamente aos núcleos *fabricar* e *possuir* substância ou engenho explosivo, devendo ser aplicado, nesse caso, o inc. III do parágrafo único do art. 16 da Lei nº 10.826/2003.

Nos casos que envolvam o cometimento do crime do art. 16 da Lei nº 10.826/2003, não cabe a concessão da liberdade provisória, por força de expressa disposição legal (TJMG, Processo 1.0000.07. 451566-9/000 [1], Rel. José Antonino Baía Borges, pub. 19/4/2007).

Prova pericial

Deverá ser realizada prova pericial a fim de concluir se o objeto que fora fabricado, fornecido, adquirido, estava sob a posse ou era transportado pelo agente sem a necessária licença da autoridade era, efetivamente, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação.

Inundação Art. 254. Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de seis meses a dois anos, no caso de culpa.

Introdução

O núcleo *causar* é utilizado no texto legal no sentido de produzir, ocasionar, dar causa. Hungria esclarece o conceito de inundação dizendo: “Entende-se por *inundação* o alagamento de um local de notável extensão, não destinado a receber águas. As águas são desviadas de seus limites naturais ou artificiais, expandindo-se em tal quantidade que criam perigo de dano a indeterminado número de pessoas ou coisas. Como observam Liszt-Schmidt, não basta, para o crime de inundação, qualquer alagamento ou transbordamento: é necessário que não esteja mais no poder do agente dominar a força natural das águas, cujo desencadeamento provocou, criando uma situação de perigo comum, a que se refere o legislador como a uma das características do crime”.¹¹

Não se materializa a figura delituosa de inundação se não houver a característica do perigo comum, pois, no caso, o objeto específico da proteção penal é o bem jurídico da incolumidade pública (TJSP, Ap. 19279, Rel. L. Minhoto, RT 175, p. 122).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso

ou culposo; de perigo comum e concreto; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo*.

Sujeito passivo é a sociedade, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas que sofreram diretamente com a conduta praticada pelo sujeito ativo, vale dizer, que tiveram sua vida, integridade física ou patrimônio expostos à situação de perigo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo delito tipificado no art. 254 do Código Penal.

O objeto material é a grande quantidade de água liberada para efeito do cometimento do delito.

Consumação e tentativa

Levando em consideração sua natureza de crime de perigo concreto, disserta Noronha, com precisão: “Consuma-se o delito quando a invasão das águas já tomou proporções que concretizam a inundação, isto é, já expõem a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. Dá-se a consumação, portanto, quando surge a situação de perigo.

Se já a corrente líquida começou a correr para o lugar inadequado, mas sem atingir volume que cause perigo comum e, por circunstâncias alheias à vontade do agente, é detida ou reconduzida ao leito próprio, haverá tentativa”.¹²

Elemento subjetivo

O delito de inundação pode ser praticado dolosa ou culposamente, conforme se verifica na redação contida no preceito secundário do art. 254 do Código Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *causar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de inundação dolosa é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa; para a inundação culposa foi prevista uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Determina o art. 258 do Código Penal que, se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Inundação com o fim de causar a morte de alguéim

Deverá ser responsabilizado pelas duas infrações penais, vale dizer, o delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, III, quarta figura), em concurso formal impróprio com o delito de inundação, devendo haver o cômulo material de penas.

Usurpação de águas

Se o fato praticado pelo agente não criar uma situação de perigo comum, bem como se tiver sido praticado com a finalidade de desviar ou represar, em proveito próprio ou alheio, águas alheias, deverá ser responsabilizado pelo delito de usurpação de águas, tipificado no art. 161, I, do Código Penal.

Dano

Conforme destaca Luiz Regis Prado, se o alagamento for “de pouca monta, incapaz de produzir perigo extensivo, poderá constituir tão somente crime de dano (art. 163, CP)”.¹³

Inundação no Código Penal Militar

Vide art. 272 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Perigo de inundação Art. 255. Remover, destruir ou inutilizar, em prédio próprio ou alheio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

O núcleo *remover* é utilizado no texto no sentido de afastar, retirar, transpor, transferir; *destruir* significa eliminar, aniquilar, acabar com; *inutilizar* comprehende a situação na qual,

embora aparentemente mantido o obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação, estes já não conseguem cumprir as funções para as quais foram originariamente criados, tornando-se, pois, imprestáveis a esse fim.

Trata-se, portanto, de um tipo misto alternativo.

O art. 255 do Código Penal adverte que a conduta de remover, destruir ou inutilizar deve ser praticada contra obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação. Por *obstáculo natural* podemos compreender aqueles naturalmente inerentes ao local onde estão contidas as águas, a exemplo das margens de um rio que, segundo Noronha, se “escavadas e rebaixadas, fazem-no transbordar e correr, fora do seu álveo, pondo em risco a incolumidade pública”.¹⁴ *Obra destinada a impedir inundação* é aquela construída artificialmente pelo homem, a exemplo dos diques, comportas, barragens etc.

Dano a propriedade. Inundação. Respon-sabilização objetiva da administração. Exigência de nexo causal entre o prejuízo e a conduta (positiva ou negativa) da entidade pública. Necessidade. Preenchimento de todos os requisitos legais para a concessão da licença da construção do imóvel e do habite-se. Localização do loteamento à beira de rio. Possibilidade de enchentes quando da ocorrência de chuvas muito fortes. Reconhecimento pelos próprios autores do perigo iminente. Inexistência de qualquer prova a indicar a omissão da prefeitura na conservação e manutenção dos bueiros e limpeza do rio. Recurso prejudicado (TASP, Ap. Cív. 216.178-5/0-00, Amparo, 1ª Câm. Direito Público, Rel. Franklin Nogueira, 8/11/2005, v.u., voto 15.194).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; de perigo comum e concreto; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, não impedir o sujeito de remover, destruir ou inutilizar obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas que sofreram diretamente com a conduta praticada pelo sujeito ativo, vale dizer, que tiveram sua vida, integridade física ou patrimônio expostos à situação de perigo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito do art. 255 do Código Penal.

Objeto material é o obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação, contra o qual

é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a efetiva remoção, destruição ou inutilização de obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação que, no caso concreto, traga perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio relativo ao *conatus*, embora exista controvérsia doutrinária.

Elemento subjetivo

O delito somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos remover, destruir e inutilizar pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 255 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Determina a primeira parte do art. 258 do Código Penal que *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro*.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Prova pericial

Tendo em vista tratar-se de um crime que deixa vestígios, será necessária a produção de prova pericial, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal.

Perigo de inundação no Código Penal Militar

Vide art. 273 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Desabamento ou desmoronamento Art. 256. Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

Introdução

O núcleo *causar* é utilizado no texto legal no sentido de produzir, ocasionar, dar causa. Bento de Faria, analisando com precisão os conceitos de desabamento e desmoronamento, preleciona: “*Causar desabamento* é provocar a queda de qualquer construção suscetível de – *vir abaixo: edifícios, muros, pontes, monumentos, galerias, andaime etc.*

O *desmoronamento* implica a mesma ideia, mas não usando a lei de palavras sinônimas e conceituando-o de modo distinto, havemos de considerar como tal, o ato determinante da *desagregação de partes* de alguma coisa: v.g., da terra da montanha, quando se faz rodar uma barreira *etc.*

Um e outro podem ser *totais* ou *parciais*, pouco importando o vulto da construção ou o seu estado ruinoso ou a vetustez.

São indiferentes os meios utilizados desde que causem o desabamento ou o desmoronamento, que podem ainda ser a causa das mesmas ocorrências em relação a outras construções anexas ou próximas.”¹⁵

Descumprimento a ordem de funcionária pública ao continuar executando uma obra que estava embargada, dando causa ao desabamento do muro da residência das vítimas. Autoria individuada (TJ-RS, AC 70065376568, Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, j. 28/01/2016).

O texto do art. 256 do Código Penal trata do crime de causar desabamento ou desmoronamento expondo a perigo de vida, a integridade física ou patrimônio de outrem. Para tanto, não é necessário que haja dano, mas é fundamental que o perigo seja concreto ou efetivo. Nesse viés, não trouxe os autos elementos que permitam extrair se alguma pessoa ou patrimônio foi colocado em perigo (TJES, AC 019100014117, Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, j. 25/6/2014).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso ou culposo; de perigo comum e concreto; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosa ou culposamente, podendo, não impedir o desabamento ou desmoronamento); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas que sofreram diretamente com a conduta praticada pelo sujeito

ativo, vale dizer, que tiveram sua vida, sua integridade física ou seu patrimônio expostos à situação de perigo.

O delito do art. 256 do CP está encartado nos denominados ‘crimes de perigo comum’, contra a incolumidade pública, cujo sujeito passivo é a coletividade e não determinadas pessoas (RT 592, p. 351).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito do art. 256 do Código Penal.

O objeto material, seguindo as lições de Guilherme de Souza Nucci, é o “morro, pedreira ou semelhante”.¹⁶

Consumação e tentativa

Tratando-se de crime de perigo concreto, o delito de desabamento ou desmoronamento se consuma não somente quando o agente os produz, mas quando, em razão deles, expõe a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo constante do art. 256 do Código Penal.

Modalidade culposa

O parágrafo único do art. 256 prevê a modalidade culposa de desabamento ou desmoronamento.

Não se podendo atribuir ao engenheiro que construiu o muro três anos antes culpa pelo desabamento e morte da vítima e ferimentos nas demais, absolve-se. Concluindo o laudo elaborado pelo perito oficial da ação cível que a residência sinistrada foi construída em área não edificável e que houve escavações para a construção de um pavilhão no terreno lindeiro, tais circunstâncias externas e bem posteriores a construção do muro original criam dúvida invencível sobre à culpa do réu no desmoronamento do talude (TJRS, Ap. Crim. 70018933390, 3ª Câm. Crim. Rel.^a Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 9/8/2007).

Típica, antijurídica e culpável do crime de desabamento culposo é a ação daquele que, tendo formação profissional própria, dela não utiliza a contento, vindo, então, a causar a morte de terceiro pelo desabamento de uma verga de 16 metros de comprimento (TJRJ, AC 3/99, Rel.

J. C. Murta Ribeiro, DOE 29/3/2000).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *causar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Crime contra a incolumidade pública. Perigo comum. Desabamento. Caracterização. Imprudência e negligência de prefeito, ocasionando o desabamento na construção de obra pública com a morte de quatro

operários e o ferimento de outro dois. Incidência dos arts. 256, 258 e 70 Código Penal (TJSP, Ap. 85.088-3, Rel. Andrade Cavalcanti, 0002983).

Não há falar em crime de desabamento ou desmoronamento (art. 256, CP) se não há exposição da incolumidade pública a perigo concreto, tal como sucede em canteiro de obra sem acesso público. Se do fato resulta morte, o delito é homicídio culposo (TAPR, AC 789/85, Rel. Martins Ricci, RTJE 44, p. 223).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

Para o delito de desabamento ou desmoronamento praticado dolosamente, o preceito secundário do art. 256 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Para a modalidade culposa, de acordo com o parágrafo único do mencionado artigo, foi prevista uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

Determina o art. 258 do Código Penal que *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito culposo de *desabamento ou desmoronamento*.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Dano praticado por meio de desabamento ou desmoronamento

Se a conduta do agente foi dirigida finalisticamente a produzir dano em coisa alheia, praticado mediante o comportamento de causar, por exemplo, desabamento, o fato poderá se amoldar à figura típica constante do art. 163 do Código Penal, caso não tenha sido colocada em risco a incolumidade pública.

Dessa forma, se a conduta, que tinha por finalidade destruir coisa alheia por meio do desabamento trouxer perigo concreto para a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, o fato se subsumirá ao delito tipificado no art. 256 do Código Penal, que absorverá o delito de dano.

Desabamento de construção

Vide art. 29 da LCP (Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Desabamento ou desmoronamento como meio para prática do delito de homicídio

Se a finalidade do agente era, por meio do desabamento ou desmoronamento, causar a

morte de alguém, se com esse comportamento tiver também exposto a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, deverá ser responsabilizado pelo homicídio qualificado (tentado ou consumado), em concurso formal com o delito previsto no art. 256 do Código Penal.

Caso não tenha havido perigo para a incolumidade pública, o dano causado pelo desabamento, que foi utilizado como meio para a prática do homicídio, será absorvido por este.

Desabamento ou desmoronamento no Código Penal Militar

Vide art. 274 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento Art.

257. Subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Introdução

Subtrair tem o significado de tirar, remover, apoderar-se, podendo essa subtração ser temporária ou permanente; *ocultar* importa em esconder, encobrir, não permitindo que sejam achados os objetos mencionados pelo tipo penal, impedindo, assim, a sua utilização; *inutilizar* é tornar imprestável a coisa ao fim a que era destinada.

Essas condutas devem ser praticadas por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio ou outro desastre ou calamidade, e devem ter por objeto aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate a perigo, de socorro ou salvamento.

De acordo com as precisas lições de Hungria, “os meios instrumentais sobre que recai a ação, na primeira hipótese, devem ser especificamente destinados ou manifestamente adequados ao serviço de debelação do perigo ou de salvamento (ex.: bombas de incêndio, caixas de alarma, extintores de fogo, salva-vidas, ambulâncias, padiolas, barcos, escadas, cordas, redes de salvamento, cisternas ou bocas d’água, medicamentos, desinfetantes etc.). Na segunda hipótese, o *impedimento* (frustração total ou parcial) ou *dificultação* (criação de embaraço ou de maior embaraço) pode ser praticado por meios *violentos* (emprego de força ou ameaça grave) ou *fraudulentos* (exs.: comunicação de falsas ordens, falsa indicação do local do sinistro etc.), *pessoais* ou *reais* (ex.: dos últimos: destruição de uma ponte de comunicação com o local do desastre)”.¹⁷

Os crimes de perigo, quando não houver uma situação perigosa preexistente, como na hipótese do art. 257 do CP, p. e., necessitam de que haja prova da sua efetiva ocorrência, não bastando para tanto a simples prática do ato previsto em Lei (TRF 4^a Reg., ACr. 5015, Proc. 199904010869719, Rel. Juiz João Pedro Gebran Neto, DJU 17/1/2001).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; de perigo comum e concreto; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, não impedir que o sujeito pratique qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo); de forma livre; instantâneo (no que diz respeito às condutas de *subtrair*, *inutilizar*, *impedir*, *dificultar*) e permanente (com relação à conduta de *ocultar*); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo delito tipificado no art. 257 do Código Penal.

Aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento constituem o objeto material do delito em estudo.

Consumação e tentativa

O delito de subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento se consuma quando o agente, após praticar um dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 257 do Código Penal, expõe a perigo a incolumidade pública, vale dizer, a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos subtrair, ocultar, inutilizar, impedir e dificultar pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Pena e ação penal

O preceito secundário do art. 257 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Determina o art. 258 do Código Penal que *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Concurso de crimes

Esclarece Hungria: “Se o próprio agente foi quem deu causa ao incêndio, inundação etc. responderá em concurso material, pelo crime de que ora se trata e o outro de perigo comum.

Se o *processus* empregado constitui crime (furto, dano, constrangimento ilegal, violência física ou moral, resistência etc.), haverá, igualmente, concurso material.”¹⁸

Subtração sem que ocorra exposição a perigo comum

Se do comportamento praticado pelo agente não pudermos deduzir uma exposição a perigo, não restará caracterizado o delito de subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento, por mais que o seu comportamento tenha sido praticado por ocasião, por exemplo, de incêndio, inundação, naufrágio ou outro desastre ou calamidade.

Subtração, ocultação ou inutilização de material de socorro no Código Penal Militar

Vide art. 275 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Formas qualificadas de crime de perigo comum Art. 258. Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Introdução

Embora a rubrica constante do art. 258 do Código Penal utilize a expressão *formas qualificadas de crime de perigo comum*, pela redação do mencionado artigo podemos verificar que, tecnicamente, não estamos diante de qualificadoras, mas, sim, de causas especiais de aumento de pena, também conhecidas por majorantes.

O crime de perigo comum resta qualificado quando resulta em lesão corporal. Tendo o Laudo de Lesões

Corporais confirmado a natureza grave da lesão, caracterizada a causa de aumento prevista no artigo 258 do Código Penal (TJES, AC 014050051300, Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas, j. 23/4/2008).

Preterdolo

Os resultados lesão corporal de natureza grave e morte, previstos no art. 258 do Código Penal, somente podem ser atribuídos ao agente a título de culpa, tratando-se, portanto, de crimes preterdolosos.

Existindo na lei penal, art. 258, expressa previsão da genérica qualificação dos crimes de perigo comum em decorrência de lesões pessoais ou de morte, não há como se considerarem separadamente tais resultados para havê-los como figuras de paralela imputação, ao lado do delito básico que as ensejou (TACrim./SP, HC, Rel. Azevedo Franceschini, *JTACrim./SP* 36, p. 69).

Os crimes de perigo comum são qualificados pelo resultado, nos termos do art. 258 do Código Penal. Exige-se dolo ou culpa na conduta antecedente, devendo a conduta consequente ser culposa (STJ, REsp. 945311/SP, REsp. 2007/0092639-8, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., pub. 28/4/2008).

Majorantes nos crimes culposos de perigo comum

A segunda parte do art. 258 do Código Penal determina que, no caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena é aumentada de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Comete o delito previsto no art. 250, § 2º, c/c o art. 258, 2^a parte, do CP, a agente, que, agindo com imprudência, provoca explosão ao inserir óleo diesel em lamparina ainda acesa, permitindo, assim, que o fogo se alastrasse pela residência da vítima, causando a morte de uma pessoa. Condenação mantida (TJRS, Ap. Crim 70019171529, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 24/5/2007).

Difusão de doença ou praga Art. 259. Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Introdução

O núcleo *difundir* é utilizado no texto legal no sentido de espalhar, disseminar, propagar *etc.*

Bento de Faria, com precisão, levando a efeito a distinção entre *doença* e *praga*, aduz: “A *doença* com referência às plantas e aos animais é qualquer processo patológico determinante do seu enfraquecimento, degenerescência ou morte.

[...].

Praga – é um mal que não representa o processo e desenvolvimento mórbido da doença, mas traduz antes um surto maléfico e transeunte semelhante à epidemia.”¹⁹

Estamos diante de uma norma penal em branco, havendo necessidade de um complemento para que possam ser identificadas as doenças ou pragas que têm o condão de causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica.

Por *floresta* devemos entender o terreno onde existe uma formação densa de árvores, onde as copas destas se tocam, havendo um espaço mínimo entre elas. No entanto, conforme adverte Érika Mendes de Carvalho, “estabelecer um conceito unívoco de floresta é tarefa difícil, vez que esta engloba um conjunto heterogêneo de formações vegetais, à exceção das áreas verdes urbanas, reguladas pelos planos diretores e leis municipais de uso do solo. De conseguinte, a floresta não é constituída apenas por árvores, mas antes encerra um complexo ecossistema do qual fazem parte arbustos, subarbustos, plantas herbárias, gramíneas, fungos e bactérias, bem como animais que nela têm *habitat*, ‘formando no todo uma comunidade biológica em que cada um exerce e sofre ação de outros e do meio físico constituído pela atmosfera e pelo solo’”.²⁰

Plantação diz respeito à área onde são cultivadas plantas de utilidade que possuam valor econômico; *animais de utilidade econômica*, a seu turno, são aqueles cuja criação interfere na economia nacional, a exemplo do gado bovino, caprino, suíno *etc.*

Em sendo um crime de perigo abstrato, é dispensável a ocorrência de qualquer dano efetivo, bastando a prova de que o agente tenha disseminado a doença, praga ou, como no caso, a espécie danosa à pecuária. Quanto ao potencial danoso da mosca ‘bernanha’ (*Stomoxys calcitrans*) não resta qualquer dúvida, afinal, ambos os técnicos ouvidos foram enfáticos em afirmar que tal inseto, por ser hematófago, pode transmitir doenças e enfraquecer o gado. Trata-se de crime de perigo abstrato que, portanto, prescinde da ocorrência de qualquer dano e, mais do que isso, da própria demonstração de perigo concreto, podendo-se, concluir, assim, que a própria natureza do delito impede o reconhecimento da insignificância da conduta. (TJES, AC 003090007422, Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, j. 30/1/2013).

Age dolosamente o proprietário de animal portador de doença contagiosa (anemia infecciosa equina) que permite que seu animal infectado saia do isolamento colocando em perigo a vida de outros animais. Tratando-se de cavalo, na regra geral seu proprietário cria amor ao mesmo e é normal tentar procrastinar a erradicação da doença. Todavia. O que está em jogo é um bem maior, qual seja, a erradicação da doença que é considerada grave e pode disseminar no rebanho brasileiro, trazendo incalculável prejuízo (TRF 3^a R., ACR. 95030462258, Rel. Juiz Roberto Haddad, DJU 16/6/1998, p. 278).

Infrator que, embora sabendo que o animal era portador de doença infectocontagiosa, o vende – Delito configurado – Condenação mantida (TJPR, Processo 0061918-9, Rel. Campos Marques, j. 13/11/1997).

Difusão de doença ou praga – Infrator que não teria observado determinação de órgão da Secretaria da Agricultura para que não colhesse nem comercializasse frutas cítricas de sua propriedade atingidas por cancro cítrico, até erradicação dos focos da doença – Delito não caracterizado (TJSP, AC Rel. Vanderlei Borges, RJTJSP, 130, p. 439).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo; de perigo comum e concreto; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, não impedir que o sujeito pratique o comportamento previsto pelo tipo); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito do art. 259 do Código Penal.

O objeto material é a doença ou a praga difundida pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito de *difusão de doença ou praga* se consuma quando a doença ou a praga se difunde ou se propaga por obra do agente, configurando-se o perigo para a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal.

Modalidade culposa

O parágrafo único do art. 259 do Código Penal prevê a modalidade culposa de *difusão de doença ou praga*.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *difundir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada para a modalidade dolosa de *difusão de doença ou praga* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Para a modalidade culposa, constante do parágrafo único do art. 259 do Código Penal, a pena é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito culposo de *difusão de doença ou praga*.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo se culposo o delito de *difusão de doença ou praga*.

Revogação tácita do art. 259 do Código Penal pelo art. 61 da Lei nº 9.605/1998

Em virtude da redação constante do art. 61 da Lei nº 9.605/1998, parte de nossos doutrinadores,²¹ a nosso ver com razão, se posicionou no sentido de entender como revogado tacitamente o art. 259 do Código Penal.

Dessa forma, após a entrada em vigor da Lei nº 9.605/1998, já não mais se aplicaria o art. 259 do Código Penal quando o agente, dolosamente, viesse a difundir doença ou praga que pudesse causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica.

Um detalhe que merece ser observado, concordando-se com o raciocínio da revogação tácita, é o de que as penas cominadas na Lei nº 9.605/1998 são inferiores àquelas constantes do revogado art. 259 do Código Penal, tratando--se, pois, de *novatio legis in mellius*, devendo, outrossim, ter aplicação retroativa aos fatos que lhe antecederam, em obediência ao parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Se levarmos em consideração, ainda, a revogação total do art. 259, incluindo o seu parágrafo único, como a lei posterior, revogadora, não fez previsão da modalidade culposa, poderíamos raciocinar, ainda, em termos de *abolitio criminis* se o agente, culposamente, tivesse difundido ou disseminado doença ou praga que pudesse causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica.

Capítulo II – Dos Crimes contra a Segurança dos Meios de Comunicação e Transporte e Outros Serviços Públicos

Perigo de desastre ferroviário Art. 260. Impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro: I – destruindo, danificando ou desarranjando, total ou parcialmente, linha férrea, material rodante ou de tração, obra de arte ou instalação; II – colocando obstáculo na linha; III – transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos ou interrompendo ou embaraçando o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia; IV – praticando outro ato de que possa resultar desastre: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Desastre ferroviário § 1º Se do fato resulta desastre: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos e multa.

§ 2º No caso de culpa, ocorrendo desastre: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, entende-se por estrada de ferro qualquer via de comunicação em que circulem veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo.

Introdução

O art. 260 e incisos do Código Penal, traduzindo o delito de perigo de desastre ferroviário, apontam a conduta de *impedir* ou *perturbar* serviço de estrada de ferro. O núcleo *impedir* deve ser entendido no sentido de impossibilitar, interromper, obstruir, obstacular; *perturbar* não importa na interrupção do serviço, mas na sua prática de modo anormal, alterado, atrapalhado, dificultado pela ação do agente.

A lei penal entendeu por bem traduzir o conceito de *estrada de ferro* dizendo, por meio da norma penal explicativa constante do § 3º do art. 260 do Código Penal, ser ela qualquer via de comunicação em que circulem veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo, como, respectivamente, a do metrô, bondes e a filovia, isto é, a via de comunicação entre altitudes por meio de fios ou cabos aéreos, como ocorre no morro do Pão de Açúcar, na cidade do Rio de Janeiro.

As condutas de *impedir* e *perturbar* serviço de estrada de ferro podem ser levadas a efeito, de acordo com os incisos do mencionado artigo: *I – destruindo, danificando ou desarranjando, total ou parcialmente, linha férrea, material rodante ou de tração, obra de arte ou instalação; II – colocando obstáculo na linha; III – transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos ou interrompendo ou embaraçando o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia;*

telégrafo, telefone ou radiotelegrafia; e IV – praticando outro ato de que possa resultar desastre.

Determinou a lei penal, ainda, o recurso à interpretação analógica, dizendo cometer, também, o delito em estudo o agente que pratica outro ato de que possa resultar desastre.

Finalmente, cuida-se de um tipo misto alternativo.

Segundo se dessume destes autos digitalizados, em que pese a materialidade e autoria do crime de desastre ferroviário tenham restado comprovadas, ausente o dolo específico de impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro. Não há nos autos provas no sentido de que o apelante pretendia, subtraindo os fios da Supervia, colocar em risco o tráfego de suas composições. Absolvição que se impõe por ausência de tipicidade subjetiva (TJ-RJ, AC 0348506-72.2013.8.19.0001, Rel.^a Des.^a Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes, DJe 28/01/2015).

O elemento subjetivo no delito de perigo de desastre ferroviário é o dolo de praticar um dos verbos previstos nos incisos do art. 260 do CPB, não se exigindo que o agente tenha vontade de causar o perigo de desastre ferroviário (TJMG, Processo 1.0223.04. 154164-8/001[1], Rel. Vieira de Brito, pub. 8/3/2008).

Não se fazendo presente o dolo genérico, ou seja, a vontade livre, consciente e deliberada de causar um risco de desastre ferroviário não tolerado a terceiros, o delito denunciado e previsto no art. 260, IV, do Código Penal não se consumou, circunstância que conduz ao julgamento de improcedência do pedido condenatório (TJMG, Processo 1.0183.99.008704-5/001[1], Rel. Antônio Carlos Cruvinel, pub. 30/8/2005).

Surfista ferroviário. A possibilidade, remota e indireta, de poder o passageiro que viaja sobre o teto da composição, na hipótese de cair, vir a causar acidente, pelo arrastamento e lançamento de componentes na linha, ou desastre ferroviário, não caracteriza o crime de perigo de desastre ferroviário. Atipicidade da ação e ausência do elemento subjetivo ou tipo subjetivo (TJRJ, AC, Rel. Antônio Carlos Amorim, *RJTJ* 12, p. 339).

O maquinista que imprime à locomotiva velocidade superior à permitida pelo regulamento, dando causa ao descarrilamento da mesma e ferimentos nos seus passageiros, responde pela infração do art.129, § 6º, do Código Penal, e não a do art. 260 do citado estatuto, demonstrando que agiu apenas culposamente e não com o propósito de praticar ato de que pudesse resultar desastre (TASP, Ap. 7244, Rel. Adriano Marrey, *RT* 252, p. 354).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois o § 2º do art. 260 do Código Penal prevê, expressamente, a conduta culposa praticada pelo agente, que vem a causar desastre); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de perigo comum e concreto; de forma vinculada (haja vista que o tipo penal especifica os modos pelos quais poderão ser praticados); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade, principalmente aquelas pessoas que foram expostas a

perigo, ou mesmo que sofreram algum tipo de dano em virtude da prática, pelo agente, da conduta prevista no tipo penal em estudo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito tipificado no art. 260 do Código Penal, destacando-se a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos.

O objeto material é a linha férrea, material rodante ou de tração, obra de arte ou instalação, telégrafo, telefone ou radiotelegrafia.

Consumação e tentativa

O delito de perigo de desastre ferroviário se consuma quando o agente, após praticar qualquer dos comportamentos previstos pelos incisos do art. 260 do Código Penal, coloca, efetivamente, em perigo a incolumidade pública, ou seja, o seu comportamento coloca em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas.

A tentativa é admissível.

Modalidade qualificada

É prevista pelo § 1º do art. 260, que diz que se do fato resulta desastre, a pena será de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

O agente não pode querer, direta e imediatamente, o desastre, pois que estamos diante de um crime preterdoloso, devendo o resultado – desastre – ser-lhe imputado a título de culpa.

Maggiore, esclarecendo o que vem a ser *desastre*, preleciona: “Desastre ferroviário é todo acidente ferroviário grave, que vá contra a integridade das pessoas e a integridade das coisas, o que as expõe a risco.

Nem todo acidente que prejudique os transportes ferroviários é desastre; é preciso que seja *grave* e *complexo*. Mas nem por isso há de tratar-se de um sucesso extraordinário, excepcional e enorme, como se tem afirmado”.²²

Tendo em vista sua natureza de crime preterdoloso, somente haverá a consumação do delito tipificado no § 1º do art. 260 do Código Penal com a efetiva ocorrência do *desastre*. Caso contrário, a conduta do agente se amoldará ao delito de perigo constante do art. 260 e incisos do mesmo diploma repressivo.

Justamente por se tratar de um crime preterdoloso, em que a conduta do sujeito é dolosa, sendo-lhe o resultado (desastre) atribuído a título de culpa, é que não se pode cogitar de tentativa no delito de *desastre ferroviário*.

Modalidade culposa

É prevista pelo § 2º do art. 260 do Código Penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *perigo de desastre ferroviário* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Para o delito de *desastre ferroviário*, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

No caso de culpa, ocorrendo desastre, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Determina o art. 263 do Código Penal que *se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *desastre culposo*.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo no delito de desastre culposo.

Desastre ferroviário. Via férrea administrada por sociedade de economia mista. Competência (estadual/federal). A segurança dos meios de transporte, em princípio, não constitui interesse próprio da União nem envolve seus serviços. Sociedade de economia mista não justifica se desloque a competência para a área federal. Caso de perigo de desastre ferroviário há de ser, então, processado na esfera estadual (STJ, Rel. Min. Nilson Naves, S3, CC 45652/SP, DJ 24/11/2004, p. 227).

Finalidade de dano e perigo de desastre ferroviário

Para que ocorra o delito de perigo de desastre ferroviário o agente não poderá agir, em nenhum instante, com o chamado dolo de dano, pois que, nesse caso, restaria afastada aquela infração penal.

O seu dolo, portanto, deve resumir-se à prática de um comportamento que, sabidamente, é perigoso, tendo, portanto, potencialidade de dano que, embora previsto, em nenhum momento é querido diretamente, ou mesmo assumido pelo agente.

Se o sujeito, por exemplo, vier a sabotar os trilhos de uma linha de trem almejando que os passageiros que nele se encontrarem venham a morrer em virtude do descarrilamento, deverá ser responsabilizado pelo delito de homicídio, tentado ou consumado, e não pelo crime de perigo de desastre ferroviário, ou mesmo pelo delito tipificado no art. 260, § 1º, do Código Penal.

Sabotagem com finalidade política

Vide art. 15 da Lei nº 7.170/1983.

Simulação de perigo

Tomando de empréstimo o exemplo de Carrara, afirma o grande penalista: “Um vigia de linha, para obter o prêmio instituído pela companhia ferroviária a favor do empregado que impedissem algum desastre, simulou uma situação de perigo, deslocando os trilhos da linha, e, a seguir, correu a dar o sinal de alarme ao comboio que se aproximava. Não se apresenta, aqui, dolo de perigo, porque *simular* uma situação de perigo não é querê-la”.²³

Perigo de desastre ferroviário e a interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico previstos pelo art. 266 do Código Penal

Se a conduta de interromper ou embaraçar o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia for cometida no sentido de impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro, especificamente, o fato se amoldará ao tipo penal do art. 260; as demais hipóteses encontrarão moldura no art. 266 do Código Penal.

Perigo de desastre ferroviário. Perturbação do tráfego. Dano no material rodante. Fato comprovado. Condenação. Redução da pena. Inexistindo dúvidas de que o réu atirou um pedaço de concreto de quase meio quilo no pára-brisa dianteiro de um trem, obrigando-o a retornar, tomando o rumo da oficina para sofrer o conserto e exigindo que os passageiros trocassem de composição, apresenta-se o delito do art. 260-I do CP, exigindo a condenação (TJRJ, AC 2002.050.04336, Rel. Rude Loewenkron, DJ 3/12/2002).

Perigo de desastre ferroviário no Código Penal Militar

Vide art. 282 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo

Art. 261. Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo § 1º Se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe de embarcação ou a queda ou destruição de aeronave: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Prática do crime com o fim de lucro § 2º Aplica-se, também, a pena de multa, se o agente pratica o crime com intuito de obter vantagem econômica, para si ou para outrem.

Modalidade culposa

§ 3º No caso de culpa, se ocorre o sinistro: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Introdução

Tratando-se de um crime de perigo comum, que atinge um número indeterminado de pessoas, devemos entender que a conduta do agente é dirigida a embarcações ou aeronaves que efetuam o *transporte coletivo*, pois, caso contrário, poderia se configurar no tipo penal do art. 132 do diploma repressivo.

Embarcação, conforme esclarece Hungria, não é apenas o navio, senão “também qualquer outra construção flutuante destinada a transporte coletivo (de pessoas ou coisas), seja qual for a sua força motriz, sua forma ou composição”.²⁴ *Aeronave*, segundo o art. 106 do Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei nº 7.565/1986) –, é *todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se*

e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas. Analisando a denominação *aeronave*, Hungria, citando Hugo Simas, preleciona que se trata de uma “denominação genérica de veículo aéreo, que, se mais pesado que o ar, é *avião*, e se mais leve, *aeróstato*. O avião com asas fixas, chama-se *aeroplano*; com asas batentes, *ornitóptero*; com asas rotativas, *helicóptero*; com asas giratórias livres, *autogiro*. O *aeróstato*, por sua vez pode ser *balão* (‘toda aeronave, cativa ou livre, que utilize como meio de sustentação na atmosfera um gás mais leve que o ar e que não dispõe de meios próprios de propulsão’) ou *dirigível* (‘toda aeronave que utilize como meio de sustentação na atmosfera um gás mais leve que o ar e dispõe de meios próprios de propulsão’).²⁵

Também comete o delito previsto pelo art. 261 do Código Penal aquele que *pratica qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea*. *Navegação marítima* é aquela, de natureza coletiva, realizada pelos mares; *fluvial* é a que se leva a efeito nos rios; diz-se *aérea a navegação* quando ocorrer no espaço aéreo.

Impedir tem o significado de não permitir, interromper, obstruir a navegação marítima, fluvial ou aérea; *dificultar* significa embaraçar, criar empecilho, atrapalhar etc.

Merce ser destacado que o tipo penal em estudo não abrangeu a chamada *embarcação lacustre*, isto é, aquela que faz navegação em lagos e lagoas. Nessa hipótese, poderá ser aplicado o art. 262 do Código Penal, que prevê o delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte*.

Cuida-se, ainda, de um tipo misto alternativo.

Comprovado nos autos, por meio de auto de infração e de depoimentos de testemunhas, que o réu transportava, em embarcação fluvial, passageiros acima do limite permitido, expondo a embarcação a perigo, correta a sentença que o condenou pela prática do delito previsto no art. 261 do Código Penal (TRF 1ª R., ACR

200432000026765, Rel.^a Juíza Fed. Conv. Maria Lúcia Gomes, DJFI 12/2/2010, p. 43).

Obstrução, em greve, de entrada e saída de funcionários e veículos de transporte coletivo. Não criação de perigo concreto ou abstrato. Elemento subjetivo a tal finalidade não comprovado. Condutas que não podem ser consideradas atentados (TJSP, AC 152913-3, Rel. Silva Pinto).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois que o § 3º do art. 261 do Código Penal prevê, expressamente, a conduta culposa praticada pelo agente, produtora do sinistro); comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria); de perigo comum e concreto; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade, principalmente, em caso de sinistro, aquelas pessoas que foram expostas a perigo ou mesmo que sofreram algum tipo de dano.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 261 do Código Penal, destacando-se a segurança dos transportes marítimo, fluvial e aéreo.

O objeto material é a embarcação ou aeronave, contra a qual é dirigida a conduta do agente.

Consumação e tentativa

O delito de *atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo* se consuma quando o agente, após praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 261 do Código Penal, coloca, efetivamente, em perigo a incolumidade pública, ou seja, o seu comportamento coloca em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, mesmo quando pratica qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo*.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas pelo tipo penal *sub examen* pressupõem um comportamento

comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticadas via omissão imprópria.

Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo (modalidade qualificada)

É modalidade prevista pelo § 1º do art. 261, que diz que se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe de embarcação ou a queda ou destruição de aeronave, a pena será de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

Embora exista posição em contrário, somos partidários da corrente que entende que no § 1º do art. 261 do Código Penal estamos diante de um crime eminentemente *preterdoloso*. A conduta, portanto, deve ser dirigida à produção de uma situação de perigo, sendo o resultado dano atribuído ao agente a título de culpa.

A rubrica constante do § 1º do art. 261 do Código Penal faz alusão a *sinistro*, significando a ocorrência de um desastre, que vem a causar dano, especificamente, em transporte marítimo, fluvial ou aéreo.

Naufrágio, seguindo as lições de Luiz Regis Prado, “é a perda – total ou parcial – do navio por qualquer causa – por exemplo, abaloamento, colisão, investimento contra bancos de areia, explosão, incêndio etc. –, o que conduz ao rompimento, encalhe, tombamento, afundamento, ou ruína da embarcação. *Submersão* é o afundamento – parcial ou total – da embarcação. *Encalhe* é o impedimento à flutuação, verificando-se usualmente quando a quilha do navio se encaixa em banco de areia ou qualquer outro obstáculo. *Queda* da aeronave é a sua precipitação ou projeção ao solo ou sobre as águas; *destruição*, o seu perecimento, parcial ou total”.²⁶

Modalidade culposa

Vide § 3º do art. 261 do Código Penal.

Manutenção da decisão que condenou o réu nas penas do art. 261, § 3º, do CP, pois houve culpa consciente. O capitão agiu com negligência e imperícia ao decidir levar o navio até o porto de desembarque e tentar evitar o resultado danoso, que foi o naufrágio/encalhe (TRF, 4ª Reg., AC 1998040194504-3/RS, Rel. Amir José Finocchiaro Sarti, j. 8/6/1999).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Para o delito de *sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo*, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

No caso de culpa, ocorrendo o *sinistro*, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Nos termos do § 2º do art. 261 do Código Penal, *aplica-se, também, a pena de multa, se o*

agente pratica o crime com intuito de obter vantagem econômica, para si ou para outrem.

Determina o art. 263 do Código Penal que *se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa, prevista no § 3º do art. 261 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, também, na modalidade culposa.

Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes cometidos a bordo de navios, incluídos os praticados contra a segurança do transporte marítimo (STJ, RHC 1386/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., RSTJ 28, p. 161).

Abuso na prática da aviação

Vide art. 35 da LCP (Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Caso do jato executivo Legacy Não ofende o princípio do *ne bis in idem* o fato de os controladores de voo estarem respondendo a processo na Justiça Militar e na Justiça comum pelo mesmo fato da vida, qual seja, o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, com a morte de todos os seus ocupantes, uma vez que as imputações são distintas. Solução que se encontra, *mutatis mutandis*, no enunciado da Súmula nº 90/STJ: *Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele* (STJ, CC 91016/MT, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 27/2/2008, DJe 25/3/2008, RJP 21, p. 116).

Lei de Segurança Nacional

Se o agente se apodera ou exerce controle de aeronave, embarcação ou veículo de transporte coletivo, com emprego de violência ou grave ameaça à tripulação ou a passageiros, será aplicado o art. 19 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983), que comina pena de reclusão, de 2 a 10 anos, observado o disposto no art. 2º do mencionado diploma legal.

Lei Antidrogas

O art. 39 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, puniu com pena de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa, aquele que conduzir embarcação

ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Atentado contra transporte no Código Penal Militar

Vide art. 283 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Atentado contra a segurança de outro meio de transporte Art. 262.

Expor a perigo outro meio de transporte público, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º Se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 2º No caso de culpa, se ocorre desastre: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Introdução

A finalidade do art. 262 do Código Penal é proteger os demais meios de transporte públicos, isto é, de natureza coletiva, não abrangidos pelos arts. 260 e 261 do mesmo diploma legal, a exemplo do transporte viário, lacustre, e dos realizados por meio de ascensores públicos, como acontece em Salvador, onde um elevador faz a comunicação entre as cidades baixa e alta etc.

Enfim, basicamente, podemos entender o art. 262 do diploma repressivo como uma “vala comum” para as situações não abrangidas pelos arts. 260 e 261 do Código Penal. Qualquer outro meio de transporte público encontra-se, portanto, protegido pela norma do art. 262 do Código Penal.

Por *transporte público* devemos entender não somente aquele prestado pelo Estado (União, Estado, Município ou Distrito Federal), mas sim o levado a efeito no interesse da coletividade, mesmo que realizado por particulares.

Por meio da expressão *outro meio de transporte* devemos fazer uma interpretação extensiva no mencionado tipo penal, com a finalidade de abranger todo transporte público não previsto pelos artigos anteriores.

Cuida-se, ainda, de um tipo misto alternativo.

A imunidade material dos parlamentares, bem assim dos vereadores, não se aplica a atos de liderança, incitação e participação em manifestações públicas, causadoras de impedimento ou dificuldade no funcionamento de transporte público, conforme a sentença condenatória, mas somente a opiniões, palavras e votos no exercício do mandato ou a ele relacionado, dentro ou fora da Casa legislativa, no raio territorial do Município (STJ, *RHC 24.193/SC*, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., *DJe* 8/6/2011).

Comete o crime de perigo contra transporte coletivo quem se põe a dirigir ônibus ciente de que não sabe

fazê-lo, resultando em lesões corporais a passageiros que saltam do coletivo em movimento, atemorizados na superveniência de mal maior (TCArim./SP, AC, Rel. Barreto Fonseco, *JTACrim./SP* 96, p. 132).

Na forma de impedir ou dificultar, não basta a voluntariedade da ação, sendo necessário que o agente tenha ao menos a consciência de criar perigo comum, ainda que não tenha vontade dirigida ao mesmo (TJSP, AC, Rel. Silva Pinto, *RT* 720, p. 417).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois que o § 2º do art. 262 do Código Penal prevê, expressamente, a conduta culposa praticada pelo agente, produtora do desastre); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade, principalmente, em caso de desastre, aquelas pessoas que foram expostas a perigo, ou mesmo que sofreram algum tipo de dano.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 262 do Código Penal, destacando-se a segurança de outro meio de transporte que não seja ferroviário, marítimo, fluvial ou aéreo, já tutelados pelos artigos anteriores.

O objeto material é o meio de transporte público não abrangido pelos artigos antecedentes, constantes do Capítulo II do Título VIII da Parte Especial do Código Penal.

Consumação e tentativa

O delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte* se consuma quando o agente, após praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 262 do Código Penal, coloca, efetivamente, em perigo a incolumidade pública, ou seja, o seu comportamento coloca em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, mesmo quando pratica qualquer ato que impede ou dificulta o funcionamento do meio de transporte público.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte*.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas pelo tipo penal *sub examen* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticadas via omissão imprópria.

Modalidade qualificada

Encontra-se no § 1º do art. 262 do Código Penal, que diz que se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Considerando que estamos diante de um crime de perigo, o resultado mencionado pelo parágrafo acima mencionado somente poderá ser imputado ao agente a título de culpa.

Modalidade culposa

Vide § 2º do art. 262 do Código Penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte* é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Para a modalidade qualificada, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

No caso de culpa, ocorrendo o *desastre*, a pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Determina o art. 263 do Código Penal que *se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258*.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento das modalidades simples e culposa, previstas no *caput* e no § 2º do art. 262 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, também nas modalidades simples e culposa.

Atentado contra viatura ou outro meio de transporte no Código Penal Militar

Vide art. 284 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Forma qualificada

Art. 263. Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.

Arremesso de projétil Art. 264. Arremessar projétil contra veículo, em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço.

Introdução

O núcleo *arremessar* tem o significado de atirar, arrojar, lançar com força, que pode ser levado a efeito manualmente ou por meio de aparelhos.

O *projétil* é o meio de que se vale o agente na prática da infração penal. Por projétil deve ser entendido qualquer objeto capaz de causar dano, a exemplo de pedras, garrafas, pedaços de pau etc., haja vista que estamos diante de um crime contra a incolumidade pública. Assim, não se poderá subsumir à mencionada figura típica o arremesso, v.g., de ovos ou tomates.

Existe discussão doutrinária sobre a natureza desse projétil, isto é, se somente os objetos sólidos poderão fazer parte desse conceito, ou se também abrange os objetos líquidos, mas que tenham potencialidade de dano. Hungria, filiando-se a essa última posição, afirma, a nosso ver com razão, que “aos projetis se equiparam os líquidos corrosivos, como, por exemplo, vitríolo”.²⁷ Em sentido contrário, justifica Fragoso, dizendo que a palavra projétil está empregada no texto “significando qualquer objeto sólido e pesado que se move no espaço, abandonado a si próprio, depois de receber impulso [...]. Não é possível, sem recorrer à analogia, equiparar os líquidos corrosivos ao projétil (salvo se estiverem contidos em recipiente sólido)”.²⁸

Determina, ainda, o art. 264 do Código Penal que o veículo contra o qual é arremessado o projétil deve estar em *movimento*, não importando, aqui, a sua velocidade. Se o veículo estiver parado ou estacionado, o fato poderá ser desclassificado, por exemplo, para o delito de dano, dependendo da identificação do dolo do agente. No que diz respeito ao veículo parado, Guilherme de Souza Nucci posiciona-se pela configuração do delito, argumentando: “O tipo penal refere-se, expressamente, à necessidade de estar o veículo em deslocamento. Parece-nos, no entanto, que tal expressão não pode ter o seu significado restrinrido, pois o veículo parado num congestionamento está em movimento, levando pessoas de um local a outro, embora,

momentaneamente, não esteja em marcha. Assim, somente não se configura o tipo penal do art. 264 quando o veículo estiver estacionado.”²⁹

O veículo deverá, ainda, estar a serviço de transporte público, isto é, transporte coletivo, ficando afastados, nesse caso, os veículos particulares, mesmo que em seu interior se encontrem várias pessoas.

Não importa que o prestador do serviço de transporte seja pessoa jurídica de direito público ou mesmo um particular. O que exige a lei é que o transporte tenha essa natureza pública.

Esse transporte público poderá ser tanto de pessoas, como de coisas, não importando o modo de tração, isto é, se mecânico ou mesmo animal.

O art. 264 do diploma repressivo abrangeu qualquer tipo de transporte público realizado por *terra* (rodovias, ferrovias etc.), por *água* (marítimos, fluviais, lacustres) ou pelo *ar*.

Acusado que atira pedra contra ônibus destinado ao transporte público, em movimento, responde pelo delito previsto no art. 264, do Código Penal. Ocorre a consumação com o lançamento do projétil ao veículo em movimento (TJDF, APR 1136191, Rel. Des. Mauro Renan Bittencourt, *DJU* 16/5/1991, p. 1).

Aquele que atira uma pedra contra um caminhão destinado a transporte particular e atinge um dos seus passageiros, ferindo-o, comete o crime de lesões corporais e não de arremesso de projétil contra veículo em movimento (TACrim. /SP, AC, Rel. Bolívar Navarro, *RT* 362, p. 281).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma vinculada (haja vista que a lei penal determina a sua prática mediante arremesso de projétil); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (embora exista divergência doutrinária nesse sentido, conforme veremos no tópico relativo à consumação e à tentativa); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade, principalmente as pessoas que foram expostas diretamente ao perigo criado pelo arremesso de projétil levado a efeito pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 264 do Código Penal.

O objeto material é o veículo em movimento, contra o qual foi dirigida a conduta praticada

pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito tipificado no art. 264 se consuma quando o arremesso de projétil expõe a perigo a incolumidade pública. Não basta, portanto, o simples arremesso de um objeto contra um veículo de transporte público que esteja em movimento. É preciso que esse comportamento, no caso concreto, tenha, efetivamente, trazido uma situação de perigo à incolumidade pública.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 264, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *arremessar* pressupõe um comportamento comissivo, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Modalidade qualificada

O parágrafo único do art. 264 do Código Penal prevê uma modalidade qualificada (preterdolosa) de arremesso de projétil dizendo que se do fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *arremesso de projétil* é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses.

Para a modalidade qualificada, *se do fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *arremesso de projétil*, à exceção de sua modalidade qualificada pelo resultado morte.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo nas modalidades simples e qualificada pela lesão corporal de natureza culposa.

Finalidade de atingir pessoa determinada

Considerando o fato de que o art. 264 do Código Penal prevê um delito de perigo, se a finalidade do agente era a de atingir, por exemplo, pessoa determinada que se encontrava no interior de um veículo de transporte público, agindo com dolo de matar, deverá ser responsabilizado, tão somente, pelo delito tipificado no art. 121 do mesmo Código, podendo este, inclusive, ser qualificado pelo meio utilizado na prática da infração penal.

Arremesso de projétil no Código Penal Militar

Vide art. 286 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública Art. 265.

Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumentar-se-á a pena de 1/3 (um terço) até a metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços.

(Incluído pela Lei nº 5.346, de 3/11/1967.) Introdução

Atentar significa atacar, dirigir a conduta contra a segurança ou o funcionamento dos serviços mencionados. Esclarece Cesar Roberto Bitencourt que “atentar contra a *segurança* é fazer insegura a operação do serviço, tornando-o perigoso; atentar contra o funcionamento é colocar o serviço em risco de paralisação”.³⁰

Inicialmente, a lei penal aponta os serviços sobre os quais poderá recair o atentado contra a segurança ou contra o funcionamento, vale dizer, os serviços de água, luz, força ou calor, para, logo em seguida, se valer de uma fórmula genérica – ou qualquer outro de utilidade pública –, a fim de abranger outras situações parecidas com a anterior. Percebe-se, portanto, a utilização da chamada *interpretação analógica*, na qual a uma fórmula casuística, exemplificativa, a lei penal faz seguir outra, de natureza genérica.

Assim, estariam protegidos pelo art. 265 do Código Penal, por exemplo, os serviços de gás, limpeza pública etc., pois que abrangidos pela fórmula genérica constante da parte final do mencionado artigo.

Cuida-se, ainda, de um tipo misto alternativo.

Comete o delito de atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública aquele que frustra o esquema de consultas e atendimento estruturado pelo Posto do INSS, promovendo tumultos em frente ao prédio, furando a fila de distribuição das fichas e arrancando-as das mãos da funcionários que estava distribuindo, impedindo, assim, que as pessoas necessitadas e que já estavam na fila há algum tempo conseguissem obter

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade, principalmente as pessoas que foram expostas diretamente ao perigo criado pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 265 do Código Penal, especialmente os serviços de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública.

O objeto material é o serviço de utilidade pública contra o qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Consumação e tentativa

Entendemos que somente poderá ocorrer o *summatum opus* quando o atentado contra a segurança ou o funcionamento dos serviços mencionados pelo art. 265 do Código Penal trouxer, efetivamente, uma situação de perigo à incolumidade pública, não se podendo presumi-lo.

Embora exista divergência doutrinária, acreditamos ser admissível a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 265, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Para configuração do tipo descrito no art. 265 do CP, necessário é, além do elemento objetivo, a constatação do elemento subjetivo, que é a vontade de atentar contra a segurança ou o funcionamento do serviço, ciente o agente que pode causar perigo comum (TJSC, PC 96.010248-5, Rel. José Roberge, j. 2/6/1998).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *atentar* pressupõe um comportamento comissivo, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Encontra-se no parágrafo único do art. 265 do Código Penal, que diz que a pena será aumentada de um terço até a metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

A pena poderá ser aumentada de um terço até metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, desde que não incida a majorante prevista pelo parágrafo único do art. 265 do Código Penal.

Competência. Crime contra bens e serviços de sociedade de economia mista. Compete à justiça comum estadual processar e julgar ação penal relacionada com atentado contra o fornecimento de energia elétrica ou danos causados a uma sociedade de economia mista prestadora ou concessionária desses serviços. Incidência da Súmula nº 42-STJ (STJ, CC 13182/TO, S3, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ 5/6/1995, p. 16.632).

Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública por motivação política e Lei de Segurança Nacional

Vide art. 15 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83).

Atentado contra serviço de utilidade militar no Código Penal Militar

Vide art. 287 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Atentado contra instalação nuclear

Vide art. 27 da Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977.

Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública Art. 266.

Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º In corre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

(*Nova redação dada pela Lei nº 12.737, de 30/11/2012*) § 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.

O delito de *interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública* encontra-se previsto no art. 266 do Código Penal. De acordo com a figura típica contida no *caput* do referido artigo, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de interromper ou perturbar serviço telegráfico, radioelétrico ou telefônico; e

b) impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento.

Dissertando sobre o tema, Hungria preleciona: “O elemento material é tanto o emprego de violência contra as instalações ou aparelhos como contra o *pessoal* dos serviços mencionados no texto legal, de modo a resultar *interrupção* (paralisação) ou *perturbação* (desarranjo parcial, retardamento) de tais serviços, ou obstáculo ou embaraço ao seu restabelecimento. A enumeração dos serviços de telecomunicação é *taxativa*. Assim, não poderia, por analogia, ser incluído o *serviço postal*.

Telégrafo é toda instalação que possibilita a comunicação do pensamento ou da palavra mediante transmissão à distância de sinais convencionais. Compreende o telégrafo elétrico (terrestre ou submarino) ou semafórico.

Radiotelégrafo é o telégrafo sem fio, funcionando por meio de ondas eletromagnéticas ou ‘ondas dirigidas’.

Telefone é a instalação que permite reproduzir à distância a palavra falada ou outro som”.³¹

Cuida-se de tipo misto alternativo, em que a prática de mais de um desses comportamentos importa em uma única infração penal.

A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, ao inserir o § 1º ao art. 266 do Código Penal, asseverou também incorrer na mesma pena prevista para os comportamentos tipificados no *caput* do mencionado artigo quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

Por *serviço telemático*, podemos entender o conjunto de serviços informáticos, fornecidos através de uma rede de telecomunicação. Informática, na precisa definição de Pablo Guillermo Lucero e Alejandro Andrés Kohen é: “a ciência aplicada que trata do estudo e a aplicação do processamento automático da informação, mediante a utilização de elementos eletrônicos e sistemas de computação.

O termo ‘informatique’ é um acrônimo das palavras francesas ‘information’ e ‘automatique’, o qual foi utilizado pelo engenheiro francês Philippe Dreyfus no ano de 1962 para sua empresa Société d’Informatique Appliquée.

Posteriormente, esse termo começou a ser utilizado pelas diferentes línguas quando se desejava contemplar a questão do processamento automático da informação, sendo assim que, ingressando no mundo castelhano, se conceitualizou com a palavra ‘informática’”.³²

Serviço de informação de utilidade pública diz respeito a toda prestação de serviço cuja finalidade é noticiar os serviços que, de alguma forma, sejam úteis à população em geral, a exemplo das informações correspondentes aos serviços de água, luz, gás, emissão de documentos, pessoas desaparecidas, segurança pública *etc.*

Vale ressaltar que os comportamentos previstos pelo § 1º do art. 266 do Código Penal, são dirigidos no sentido de interromper, impedir ou dificultar o restabelecimento do *serviço de informação*, e não os serviços de utilidade pública considerados em si mesmo. Assim, por exemplo, o agente, ingressando no sistema de computadores de uma empresa especializada em informações sobre vagas para internações em hospitais, consegue retirá-lo do ar, impedindo que as pessoas interessadas tenham esse tipo de informação.

Restando comprovado por regular prova grafotécnica que notas deixadas pelo autor do crime de interrupção de serviço telefônico foram subscritas pelo réu, impossível se falar em absolvição, ainda mais quando os demais elementos de convicção colhidos nos autos estão a apontá-lo como responsável pela infração penal (TJMG, Processo 2.0000. 00.377112-0/000 [1], Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 22/2/2003).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de perigo; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do delito de *interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública*, não exigindo o tipo penal do art. 266 (*caput* e § 1º) nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é a coletividade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 266 do Código Penal, especialmente a normal prestação de serviços telegráficos, radioelétricos, telefônicos, telemáticos ou de informação de utilidade pública.

O objeto material é o serviço telegráfico, radiotelegráfico, telefônico, telemático ou de informação de utilidade pública contra o qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, após praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo, traz, efetivamente, perigo à incolumidade pública.

Tratando-se de um crime plurissubstancial, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 266, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Perturbação de serviço telefônico. O agente que liga para o número 190, a fim de passar um trote, ofendendo os policiais militares que lá trabalham, não comete o crime previsto no art. 266 do CP, que exige a presença do dolo específico, qual seja, a vontade livre e consciente de perturbar o serviço telefônico. Absolvição decretada (TJRS, Ap. Crim. 70008081531, 4ª Câm. Crim., Rel Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 6/5/2004).

É essencial à configuração do crime previsto no art. 266 do CP o dolo específico consistente em desejar o agente interromper ou perturbar o serviço telefônico ou telegráfico (TJSP, AC, Rel. Vasconcellos Leme, *RT* 203, p. 95).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *interromper, perturbar, impedir e dificultar* pressupõem um comportamento comissivo levado a efeito pelo agente. No entanto, poderá o delito ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática da infração penal em exame, devendo ser, portanto, responsabilizado pelo delito de interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública, nos termos do § 2º do art. 13 do Código Penal.

Causa especial de aumento de pena

Assevera o § 2º do art. 266 do Código Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012: § 2º *Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.*

A majorante terá aplicação, portanto, quando o fato for praticado por ocasião de *calamidade pública*, isto é, conforme explica Mirabete, durante “uma situação excepcional, de infortúnio ou desgraça coletiva”,³³ a exemplo das epidemias, guerra, terremotos, inundações etc.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública* é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

As penas serão aplicadas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública, nos termos do § 2º do art. 266 do diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo desde que não incida a majorante prevista pelo § 2º do art. 266 do Código Penal, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Interrupção ou perturbação de comunicação entre pessoas determinadas

Considerando que o art. 266 do Código Penal tem por finalidade proteger a incolumidade pública, caso ocorra interrupção ou perturbação de comunicação entre pessoas determinadas, poderá se configurar o delito previsto no art. 151, § 1º, III, do Código Penal.

Instalação de aparelhos clandestinos

Vide art. 70 da Lei nº 4.117/1962.

Interrupção ou perturbação de serviço ou meio de comunicação no Código Penal Militar

Vide art. 288 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Capítulo III – Dos Crimes contra a Saúde Pública

Epidemia Art. 267. Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

(Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25/7/1990.) § 1º Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

§ 2º No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Introdução

O núcleo *causar* é utilizado no texto legal no sentido de produzir, originar, provocar a epidemia.

Por epidemia deve ser entendida uma doença que surge rapidamente em determinado lugar e acomete simultaneamente grande número de pessoas.

Para efeitos de cometimento do delito em estudo, o agente se vale da *propagação* de germes patogênicos. Propagar deve ser entendido como espalhar, difundir *etc.*

Germes patogênicos, conforme esclarece Fragoso, citando a Exposição de Motivos do Código Penal italiano, “são todos os microorganismos (vírus, bacilos e protozoários), capazes de produzir moléstias infecciosas”.³⁴

Por intermédio da Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, o delito de epidemia com resultado morte foi inserido na lei que dispôs sobre os crimes hediondos.

Em temas de crimes contra a saúde pública, sem laudo pericial afirmado que a substância se tornara nociva à saúde descebe ação penal, posto não haver crime a punir. (TJSC, RCr. 8104, Rel. Tycho Brahe, RT 617, p. 333).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois que o § 2º do art. 267 do Código Penal prevê, expressamente, a conduta culposa praticada pelo agente que vem a dar causa à epidemia, com ou sem o resultado morte, também previsto no mesmo parágrafo); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma vinculada (haja vista que o tipo penal especifica o modo pelo qual poderá ser praticado, vale dizer, mediante a propagação de germes patogênicos); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade, principalmente aquelas pessoas que foram expostas a perigo, ou mesmo que sofreram algum tipo de dano.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *epidemia* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material são os germes patogênicos.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente causa a epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos gerando, efetivamente, perigo à incolumidade pública.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 267 do Código Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *causar* pressupõe um comportamento comissivo praticado pelo agente, podendo, no entanto, ser levado a efeito via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Determina o § 1º do art. 267 do Código Penal que, resultando do fato a morte, a pena é aplicada em dobro.

Cuida-se, nesse caso, de delito preterdoloso, no qual o agente deverá ter causado dolosamente a epidemia, sendo-lhe imputado o resultado morte, no entanto, a título de culpa.

Se ocorrer mais de um resultado morte, o agente continuará a responder por um único delito de epidemia, não havendo, nesse caso, concurso de crimes.

Caso o agente tenha querido a produção do resultado morte, deverá responder pelos delitos de epidemia e homicídio (ou genocídio, dependendo da hipótese), em concurso formal impróprio.

Se houver a epidemia com resultado morte será possível a decretação da prisão temporária do agente, nos termos do art. 1º, III, *i*, da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, se presentes os demais requisitos por ela exigidos.

Modalidade culposa

É prevista pelo § 2º do art. 267 do Código Penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *epidemia*, determinada pela Lei nº 8.072/90, é de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Quando a epidemia for causada culposamente, se não houver o resultado morte, competirá, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o seu julgamento.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, também na modalidade culposa do delito de epidemia.

Diferença entre epidemia, endemia e pandemia

Epidemia, conforme esclarecemos acima, diz respeito a uma doença que surge rapidamente em determinado lugar e acomete simultaneamente grande número de pessoas.

Endemia tem o sentido de doença que existe constantemente em determinado lugar e ataca número maior ou menor de indivíduos, a exemplo da febre-amarela, comum em certas regiões do país.

Ocorre a *pandemia*, conforme lições de Bento de Faria, “quando vários países são assolados pela mesma doença”,³⁵ ou, como disserta Noronha, “se sua disseminação se dá por extensa área do globo terrestre”,³⁶ a exemplo do que ocorreu com a chamada “gripe espanhola”, que matou mais de 20 milhões de pessoas em todo o mundo entre os meses de setembro e novembro de 1918.³⁷

Epidemia no Código Penal Militar

Vide art. 292 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Prioridade de tramitação do processo de epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º)

A Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016, acrescentou o art. 394-A ao Código de Processo Penal, determinando, *verbis*: *Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.*

Infração de medida sanitária preventiva Art. 268. Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Introdução

O núcleo *infringir* é utilizado no texto legal no sentido de violar, desrespeitar, ignorar, descumprir determinação do poder público. Trata-se de norma penal em branco.

Para que ocorra a infração penal em estudo, a determinação do poder público deverá ser destinada a impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa. *Introdução* significa o ingresso, a entrada da doença contagiosa; *propagação* deve ser entendida como difundir, disseminar a referida doença.

Ney Moura Teles traduz o conceito de doença contagiosa dizendo: “Doença contagiosa é o agravo à saúde, determinado por um agente infeccioso específico ou por seus produtos tóxicos e que pode ser transmitida a outro indivíduo ou suscetível de transmissão por diversos mecanismos. É também chamada de doença infectocontagiosa ou doença transmissível.

A norma só se refere a doenças que acometem os humanos, não os animais ou vegetais, mas pode a determinação do poder público recair sobre o cuidado com animais e vegetais, quando estes possam integrar-se na série causal de propagação da doença".³⁸

Quanto ao delito do art. 268 do CP, foram devidamente descritas na denúncia as medidas sanitárias preventivas descumpridas pelo paciente, não havendo, portanto, que se falar em nulidade por inépcia da denúncia (STJ, RHC 66.641/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 10/03/2016).

O art. 268 do Código Penal contém norma penal em branco e, como tal, necessário que se demonstre qual a determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa que teria sido descumprida (TJ-MG, AC 0088024-70.2009.8.13.0674, Rel. Des. Rubens Gabriel Soares, DJe 14/11/2012).

O crime de infração de medida sanitária preventiva é classificado como de perigo abstrato, bastando que o agente introduza produto sem a fiscalização do órgão competente no mercado para a sua configuração (TJES, AC 018080000286, Rel. Des. Adalto Dias Tristão, Julgamento: 18/5/2011).

O crime previsto no art. 268 do Código Penal contém norma penal em branco, impondo-se, para sua configuração, que se demonstre qual a determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa, que teria sido descumprida. Violação a determinações genéricas pode acarretar reprimenda administrativa e não sanção penal (TJRS, ACR 70030387781, Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, *DJERS* 26/10/2009, p. 140).

Carne abatida e transportada em desacordo com determinação legal, embora sob o argumento de que se destinava a consumo próprio. Trata-se de delito formal e de perigo abstrato, sendo desnecessário para sua configuração a efetiva introdução ou propagação de doença contagiosa ou a comprovação da improriedade da mercadoria para consumo humano (TJRS, RCR 71001940113, Rel.^a Des.^a Cristina Pereira Gonzales, *DOERS* 19/2/2009, p. 81).

Infração de medida sanitária preventiva. Art. 268 do CP. Sentença condenatória mantida. Carne abatida e transportada em desacordo com determinação legal, embora sob o argumento de que se destinava a consumo próprio. Trata-se de delito formal e de perigo abstrato, sendo desnecessária, para sua configuração, a efetiva introdução ou propagação de doença contagiosa ou a comprovação da improriedade da mercadoria para consumo humano (TJRS, Rec. Crime 71001940113, Rel. Cristina Pereira Gonzales, pub. 19/2/2009).

Comportamento subsumido no art. 268 do CPB. Norma penal 'em branco', preenchida pela Lei nº 6.437/1977 e pelo Decreto-Lei nº 23.430/1974. Tratando-se de delito de perigo abstrato, desnecessária a sua configuração a efetiva introdução ou propagação de doença contagiosa ou a comprovação da improbidade da mercadoria para consumo humano. Autoria e materialidade comprovadas (TJRS, AC 696 069335, Rel. Luiz Felipe Vasques de Magalhães, 0005905).

Infração de medida sanitária. Acusado que abate, no quintal de sua casa, porcos que cria para venda clandestina. Local sem a mínima higiene e que se presta à contaminação de doenças. Desobediência às determinações das autoridades sanitárias. Presunção de perigo comum. Condenação mantida. Inteligência do art. 268 do CP de 1940 (*RT*, p. 598/351).

Infração de medida sanitária preventiva. Abate clandestino de gado *vacum*. Carne não destinada, porém, à população, mas a familiares e convidados, para churrasco oferecido pelos acusados. Inexistência de dolo. Absolvição decretada. Inteligência do art. 268 do CP de 1940 (*RT* 597, p. 328).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo ou omissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubstancial; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material, conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, “é a determinação do poder público”,³⁹ que é infringida pelo agente que expõe a perigo a incolumidade pública por meio de seu comportamento.

Consumação e tentativa

Embora a maioria da doutrina entenda que o delito de *infração de medida sanitária preventiva* encontra-se no rol das infrações penais de *perigo abstrato* (presumido), consumando-se tão somente com a prática da conduta descrita no núcleo do tipo, entendemos que, em obediência ao princípio da lesividade, a situação de perigo à incolumidade pública, criada pelo agente que infringiu determinação do poder público, deverá ser demonstrada no caso concreto, não se podendo, assim, presumi-la.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O delito de *infração de medida sanitária preventiva* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Não estabelecendo a lei forma culposa, não pratica o delito do art. 268 do CP o comerciante que, negligentemente, deixa sem proteção contra insetos e poeiras produtos alimentícios de imediato consumo, como pães, biscoitos, doces etc. (TACrim./SP, Rec., Rel. Ricardo Couto, *JTACrim./SP* 22, p. 197).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *infringir* pode ser entendido tanto no sentido de fazer alguma coisa contrária à determinação do Poder Público, como também deixar de fazer aquilo a que estava obrigado,

tratando-se, portanto, de uma figura típica que poderá ser comissiva ou mesmo omissiva, dependendo do complemento exigido pela norma penal em branco em exame. Nada impede, tendo em vista sua natureza híbrida (comissivo e omissivo), que o delito seja praticado via omissão imprópria.

Causas especiais de aumento de pena

Determina o parágrafo único do art. 268 do Código Penal que a pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Terão aplicação, ainda, as causas especiais de aumento de pena previstas pelo art. 258 do Código Penal, conforme determinação contida no art. 285 do mesmo diploma repressivo.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *infração de medida sanitária preventiva* é de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa.

A pena é aumentada de um terço se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Conforme determinação constante do art. 285 do Código Penal, aplica-se ao delito em estudo o disposto no art. 258 do estatuto repressivo.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *infração de medida sanitária preventiva*, desde que com a aplicação das majorantes a pena máxima cominada em abstrato não ultrapasse o limite de 2 (dois) anos.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Omissão de notificação de doença Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Introdução

O núcleo *deixar* pressupõe um comportamento omissivo por parte do agente. Cuida-se, ainda, de um delito próprio, pois somente o *médico* pode praticar a conduta omissiva, deixando de levar a efeito a necessária denúncia à autoridade pública. Denúncia, aqui, significa comunicado, ou seja, é dever do médico, ao tomar conhecimento de uma doença, cuja notificação seja compulsória, comunicá-la à autoridade pública, informando todos os dados necessários para evitar sua proliferação. Hungria, analisando o delito *sub examen*, esclarece:

“A gravidade da omissão, por isso que, impedindo a expedição de medidas profiláticas, cria o perigo de generalização da doença ou permanência do foco de infecção, justifica, na espécie, o maior rigor do Código vigente. Também aqui, trata-se de *lei penal em branco*: sua complementação é o preceito do regulamento sanitário (federal, estadual ou municipal) relativo às doenças cuja notificação é compulsória. Apresenta-se, no caso, uma notável exceção à regra do *segredo profissional*: quando está em causa doença de notificação compulsória, a violação do segredo médico, no sentido de comunicação à autoridade competente, deixa de ser crime, para ser um dever legal.”⁴⁰

A Portaria nº 1.100, de 24 de maio de 1996, expedida pelo Ministério da Saúde, regulamentando o art. 7º da Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, elencava as doenças consideradas como de notificação compulsória, teve seu texto abrogado pela Portaria nº 2.472, de 31 de agosto de 2010, a qual incluiu cinco doenças e agravos de importância para a saúde pública.

O art. 169 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a seu turno, também determina, *verbis*: *Art. 169. Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho.*

A autoridade pública mencionada no tipo penal é a autoridade sanitária. No entanto, conforme esclarece Noronha, “em sua falta, a comunicação deve ser feita a outra autoridade, capaz também de providenciar no sentido de acautelar a incolumidade pública”.⁴¹

Omissão de notificação de doença. Febre tifoide. Imputação a farmacêutico. ‘A denúncia à autoridade pública de doença cuja notificação é compulsória só é exigível do médico e não também do farmacêutico (RT, 492, p. 355).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo, haja vista que o tipo penal faz menção expressa à qualidade de médico, e comum quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); omissivo próprio; de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o médico poderá ser *sujeito ativo* do delito de *omissão de notificação de doença*.

O sujeito passivo é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *omissão de notificação de doença* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a notificação compulsória.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando a omissão do agente, no que diz respeito à denúncia à autoridade pública de doença cuja notificação é compulsória, cria, efetivamente, uma situação de perigo à incolumidade pública, tratando-se, pois, de uma infração de perigo concreto, cuja demonstração deverá ser procedida no caso concreto, embora a maioria da doutrina o classifique como sendo um delito de perigo presumido, abstrato, bastando a inação dolosa do agente para que este consumado.

Não se admite a tentativa, por se tratar de crime unissubsistente.

Elemento subjetivo

O delito de *omissão de notificação de doença* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidade omissiva

O delito de *omissão de notificação de doença* encontra-se no rol daqueles considerados *omissivos próprios*, cujo comportamento negativo vem descrito no tipo penal.

Causas especiais de aumento de pena

Terão aplicação as causas especiais de aumento de pena previstas no art. 258 do Código Penal, conforme determinação contida no art. 285 do mesmo diploma repressivo.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 269 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Aplicam-se ao delito de *omissão de notificação de doença* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, desde que não aplicadas as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Omissão de notificação de doença *versus* violação do segredo profissional

Poderá o médico que denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória ser responsabilizado pelo delito de revelação do segredo profissional, tipificado no art. 154 do Código Penal?

Cleber Masson, corretamente, responde a essa indagação, dizendo: “A resposta é negativa, sob pena de incoerência do sistema jurídico-penal. Na verdade, os arts. 154 e 269 do Código Penal se complementam. Com efeito, somente se verifica o crime de violação de segredo profissional quando a revelação é efetuada *sem justa causa* (elemento normativo do tipo). E na comunicação de doença de notificação compulsória o médico atua no estrito cumprimento do dever legal que lhe é imposto, afastando-se a tipicidade do delito contido no art. 154 do Código Penal, pois presente a justa causa.”⁴²

Omissão de notificação de doença no Código Penal Militar

Vide art. 297 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal Art. 270. Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

(Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25/7/1990.) § 1º Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.

Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposo: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Introdução

Existe controvérsia a respeito do conceito de *envenenamento*. Conforme esclarece Odon Ramos Maranhão, “isto se deve não só à grande quantidade de substâncias lesivas ao organismo, como à variedade do modo de ação das mesmas. Podemos aceitar como *veneno* uma substância que, introduzida no organismo, altera momentaneamente ou suprime definitivamente as manifestações vitais de toda matéria organizada [...]”⁴³

Embora também seja problemática a classificação dos venenos, eles podem ser distribuídos em grupos, de acordo com as lições de Genival Veloso de França, a saber: “*a) quanto ao estado físico*: líquidos, sólidos e gasosos; *b) quanto à origem*: animal, vegetal, mineral e sintético; *c) quanto às funções químicas*: óxidos, ácidos, bases e sais (funções inorgânicas): hidrocarbonetos, alcoóis, acetonas e aldeídos, ácidos orgânicos, ésteres, aminas, aminoácidos, carboidratos e alcalóides (funções orgânicas); *d) quanto ao uso*: doméstico, agrícola, industrial, medicinal, cosmético e venenos propriamente ditos.”⁴⁴

A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida a *envenenar* água potável, isto é, aquela própria para o consumo do homem, não importando, como diz o artigo, seja ela de *uso comum*, a exemplo daquelas utilizadas nas escolas, fábricas, clubes esportivos, bicas públicas etc., ou mesmo de *uso particular*, como aquelas represadas em caixas d’água, poços, açudes, cisternas etc.; podendo ser tanto aquela utilizada para ser bebida *in natura*, quanto na manipulação ou preparo de alimentos.

Além da água potável, o agente poderá envenenar *substância alimentícia* ou *medicinal* destinada a consumo. Noronha, esclarecendo os aludidos conceitos, diz: “A ação física do agente deve incidir também sobre a substância alimentícia, que é a que se presta à alimentação, isto é, a ser comida ou bebida por indeterminado número de pessoas, pois deve destinar-se a *consumo* [...].

Também a substância medicinal é considerada. Não é fácil dar o conceito de medicamento, tal qual acontece com o veneno, começando que, muita vez, eles se confundem não só entre si, como com os alimentos, ou esclarecendo: o iodo e o fósforo, v.g, são alimentos, medicamentos e tóxicos.”⁴⁵

Inicialmente, o delito tipificado no art. 270 do Código Penal encontrava-se no rol constante do art. 1º da Lei nº 8.072/1990, sendo que sua exclusão aconteceu com o advento da Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, que deu nova redação ao mencionado artigo, renumerando os

seus incisos.

Condição essencial para a configuração da modalidade dolosa do art. 270 do CP ou da modalidade culposa do seu § 2º é que se trate de água potável, isto é, própria para o uso da população ou de alguém em particular (TJSP, AC, Rel. Octávio Lacorte, *RJTJSP* 2, p. 306).

Se o propósito de matar foi o móvel que levou o réu a envenenar a água potável, o delito perpetrado deixa de ser o do art. 270 do CP para se firmar no art. 121 do mesmo diploma legal (TJSP, AC, Rel. Martins Ferreira, *RT* 266, p. 141).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (tendo em vista a previsão expressa constante do § 2º do art. 270 do Código Penal); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois que se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

Sujeito passivo é a sociedade de forma geral, bem como aquelas pessoas que sofreram, imediatamente, com a conduta praticada pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a água potável ou a substância alimentícia ou medicinal.

O objeto jurídico tutelado pelo tipo penal inscrito no art. 270 do Código Penal é a incolumidade pública, não importando o fato de as águas serem de uso comum ou particular, bastando que sejam destinadas ao consumo de indeterminado número de pessoas. No caso dos autos, apesar de se tratar de poço situado em propriedade particular, verifica-se que o consumo da sua água era destinado a todos os que a ele tinham acesso, de modo que eventual envenenamento dessa água configuraria, em tese, o crime do art. 270 do Código Penal, cuja ação penal é pública incondicionada, nos termos do art. 100 do Código Penal (STJ, *HC* 55.504, 5ª T., Rel.ª Min.ª Laurita Hilário Vaz, *DJU* 7/2/2008, p. 331).

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando, após o envenenamento da água potável, de uso comum ou particular, ou de substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, o agente cria, efetivamente, uma situação de perigo a um número indeterminado de pessoas, colocando em

risco, portanto, a incolumidade pública.

A tentativa é admissível.

O objeto da tutela jurídica do delito do art. 270 do CP é a saúde pública, que se protege contra o perigo de envenenamento. O crime que se consuma independentemente do resultado só se aperfeiçoa quando o perigo atinge a vida ou a saúde de um número indefinido de pessoas, não apenas um número limitado delas (TJSP, AC. Rel. Humberto da Nova, *RT* 453, p. 355).

O delito do art. 270 do CP se consuma no instante em que a substância alimentícia se torna envenenada, não havendo dúvida quanto à sua destinação (*RT* 292, p. 474).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 270 do Código Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *envenenar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Modalidade culposa

É prevista pelo § 2º do art. 270 do Código Penal.

Entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada

Será responsabilizado nos termos do § 1º do art. 270 do Código Penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada à modalidade dolosa de *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal* é de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

Se o crime é culposo, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Apesar de se tratar de poço situado em propriedade particular, verifica-se que o consumo da sua água era destinado a todos os que a ele tinham acesso, de modo que eventual envenenamento dessa água configuraria, em tese, o crime do art. 270 do Código Penal, cuja ação penal é pública incondicionada, nos termos do art. 100 do Código Penal (STJ, Processo 2006004 49378, *HC/PI*, Rel.^a Laurita Vaz, pub. 7/2/2008).

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa, desde que não aplicadas as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Prisão temporária

Vide art. 1º, III, j, da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Revogação da primeira parte do *caput* do art. 270, bem como de seu § 1º, pelo art. 54 da Lei nº 9.605/1998

Alguns doutrinadores, a exemplo de Luiz Regis Prado, têm se posicionado pela revogação parcial do art. 270, *caput*, e § 1º do Código Penal pelo art. 54 da Lei nº 9.605/1998.⁴⁶

Contudo, não podemos com ele concordar, pois que a conduta de envenenar importa em um juízo maior de reprovação do que a de poluir, utilizada no tipo penal do art. 54 da Lei de Crimes Ambientais. Dessa forma, entendemos não ter havido revogação tácita do art. 270 e seu § 1º do Código Penal.

Corrupção ou poluição de água potável Art. 271. Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Introdução

O núcleo *corromper* é utilizado no texto legal no sentido de estragar, infectar etc.; *poluir* tem o significado de sujar. Hungria faz a distinção entre os referidos núcleos dizendo que “corromper a água é alterar-lhe a essência ou composição, tornando-a nociva à saúde, ou intolerável pelo mau sabor. *Poluir* a água é conspurcá-la, deitar-lhe alguma sujidade, de modo a torná-la imprópria de ser bebida pelo homem”.⁴⁷

No tipo penal em estudo, a conduta do agente é dirigida, tão somente, a corromper ou poluir *água potável*, seja de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde.

Corromper ou poluir água potável é torná-la imprópria para consumo ou à saúde. Assim, não pode o agente responder pelo delito se, antes de iniciar pesquisa para exploração de minério de ouro em leito do rio, as águas já estavam poluídas por outros fatores (TJMG, Processo 1.0000.00. 257481-1/000 [1], Rel. Marcia Milanez, pub. 26/4/2002).

Existe controvérsia doutrinária no que diz respeito à revogação do art. 271 do Código Penal pelo art. 54 da Lei nº 9.605/1998. Ney Moura Teles, incisivamente, afirma que “não pode haver dúvidas quanto à revogação tácita. A norma da lei especial alcança integralmente a descrição típica do preceito do Código Penal”.⁴⁸

Entendemos, no entanto, pela manutenção do art. 271 do Código Penal, devendo ser aplicado o art. 54 da Lei nº 9.605/1998, somente quando, de acordo com o seu § 2º, III, a conduta do agente *causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade*.

Cuida-se de um tipo misto alternativo.

Corrupção ou poluição de água potável. Acusado que adiciona creolina à água de poço, poluindo-a. Fato, entretanto, desde logo percebido, tanto pelo aspecto como pelo cheiro do líquido. Circunstância que evitou que alguém dele fizesse uso. Delito de envenenamento de água potável não caracterizado. Desclassificação da infração para o art. 271 do CP. Inteligência do art. 270 do citado diploma (RT 551, p. 335).

Envenenamento de água potável. Substância que a tornou leitosa e malcheirosa. Fato do qual se depreende que ninguém irá bebê-la. Apelação provida para condenar o réu desclassificando o crime do art. 270 para o art. 271 do CP (TJRS) (RT 726, p. 728).

O conceito de água potável não se restringe às químicas e bacteriologicamente puras, mas também àquelas que servem de algum modo à população, mesmo que tenham de passar por tratamento adequado (TJSC, AC 96004795-6, Rel. Genésio Nolli).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (tendo em vista a previsão expressa constante do parágrafo único do art. 271 do Código Penal); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a *sociedade*, de forma geral, bem como aquelas pessoas que sofreram, imediatamente, com a conduta praticada pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção ou poluição de água potável* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a água potável corrompida ou poluída pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando, após a corrupção ou poluição da água potável, de uso comum ou particular, o agente cria, efetivamente, uma situação de perigo a um número indeterminado de pessoas, colocando em risco, portanto, a incolumidade pública.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 271 do Código Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *corromper* e *poluir* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Modalidade culposa

É prevista pelo parágrafo único do art. 271 do Código Penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada à modalidade dolosa de *corrupção ou poluição de água potável* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Se o crime é culposo, a pena é de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo somente para a modalidade culposa.

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998) Art. 272. Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998) Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998) § 1º A. Incorre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado.

(Incluído pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.) § 1º Está sujeito às mesmas penas quem pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcoólico.

(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.) **Modalidade culposa**

§ 2º Se o crime é culposo: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.) Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.) **Introdução**

Corromper tem o significado de estragar, decompor, tornar podre; *adulterar* importa em deturpar, deformar; *falsificar* significa reproduzir, imitando; *alterar* quer dizer mudar, modificar, transformar.

Essas condutas têm como objeto material *substância ou produto alimentício destinado a consumo*, vale dizer, aquele que tem por finalidade alimentar um número indeterminado de pessoas, tenha ele natureza líquida ou sólida.

Com a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo, o agente torna a substância ou produto alimentício destinado a consumo *nocivo à saúde*, vale dizer, capaz de

causar dano, conforme preleciona Mirabete, “ao regular funcionamento biológico do ser humano (nocividade positiva), ou, conforme a nova redação do artigo, tenha sido reduzido o seu valor nutritivo (nocividade negativa). Sem a prova da nocividade positiva ou da redução do valor nutritivo da substância ou produto alimentício, não se configura o ilícito [...]. Ainda diante da nova redação, configura o delito, também, a mistura ao alimento de substância inócuas ou daquela que seja imprópria para o consumo, ainda que não nociva à saúde, pela redução de seu valor nutritivo”,⁴⁹ a exemplo, neste último caso, da hipótese muito comum de adição de água no leite.

O § 1º-A. do art. 272 do Código Penal aduz, ainda, que incorre nas penas do artigo em análise quem *fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado*.

Da mesma forma, incorrerá nas penas cominadas pelo art. 272 do Código Penal o agente que leva a efeito qualquer dos comportamentos narrados no *caput*, bem como em seu § 1º, tendo por objeto material bebidas, com ou sem teor alcoólico, conforme determina o § 1º do mencionado dispositivo legal, de acordo com a redação determinada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Trata-se, ainda, de tipo misto alternativo.

A venda de produtos impróprios ao uso e consumo, nocivos à saúde ou com valor nutricional reduzido, constituem delitos que deixam vestígios, sendo indispensável, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, a realização de exame pericial que ateste a materialidade delitiva, não bastando, para tanto, mero laudo de constatação. Precedentes (STJ, RHC 45.171/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 12/05/2016).

O conjunto probatório demonstra a existência de uma quadrilha que adicionava água – oriunda de um poço artesiano – e ureia (para mascarar a adição de água), que contém formol, substância altamente cancerígena, ao leite *in natura*, o qual, após passar pela indústria de laticínios, era consumido por milhões de pessoas, causando prejuízos imensuráveis à saúde dos consumidores. Sabido que a simples adição de água ao leite reduz seu valor nutritivo – o que já bastaria para a configuração do crime – e que a ureia (formol) causa severos danos à saúde. Tal conclusão tem igualmente apoio nos trabalhos acadêmicos acostados aos autos pela acusação, dispensando perícia técnica para constatar a nocividade do formol à saúde humana, bem como que a simples adição de água ao leite já reduz o seu valor nutritivo (TJRS, AC 70059250605, Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, j. 7/8/2014).

Forçoso reconhecer que no crime tipificado no art. 272 do Código Penal, o laudo pericial é de suma importância, a fim de se apurar se estão presentes os elementos configuradores do tipo penal. No caso em comento, não restou caracterizada a nocividade à saúde ou a redução do valor nutritivo do leite fornecido pelo apelado, razão pela qual deve ser mantido o édito absolutório (TJMG, APCR 1.0344.05.025479-8/0011, Rel. Des. Herbert Carneiro, DJEMG 17/3/2010).

Adulteração de substância alimentícia – Carne – Adição de sulfato de sódio ao produto – Preparado proibido, por ser danoso à saúde pública – Condenação mantida – Inteligência do art. 272 do CP de 1940, do Dec. nº 55.871/65, do Dec. estadual nº 12.486/78 e do Dec. Lei nº 986/69 (RT 598, p. 295).

Se a pessoa que expõe a venda, mantém em depósito para tal fim, vende ou entrega a consumo substância nociva à saúde é a mesma que corrompeu, adulterou ou falsificou tal substância, caracteriza-se o crime único (TJSP, Ap. 33675-3, Rel. Álvaro Cury, RT 598, p. 295).

Agentes que, tendo em depósito substâncias destinadas à falsificação de produtos alimentícios, produzem xarope de açúcar para distribuir como se fosse mel de abelha – Caracterização – Desclassificação para a modalidade culposa ou para o crime de estelionato – Inadmissibilidade – Absorção do delito do art. 277 pelo do art. 272, § 1º-A, ambos do CP – Impossibilidade – Preliminares rejeitadas e recurso improvido (TJSP, Ap. Crim. 349.012-3/1, Indaiatuba, 1ª Câm. Extraordinária da Seção Criminal, Rel. Marco Antônio, j. 30/11/2005, v.u., voto 2.645).

Não havendo prova da nocividade do produto alimentício falsificado (melado caseiro vendido como mel de abelhas) não há que se falar em crime contra a saúde pública. Entretanto, sendo inequívoco que a ré induziu o consumidor a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza e qualidade do produto, subsiste o delito contra as relações de consumo previsto no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/90 (TJMG, Processo 1.0525.04. 061970-8/001[1], Rel. Eduardo Brum, pub. 3/7/2008).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (tendo em vista a previsão expressa constante do § 2º do art. 272 do Código Penal); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar--se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo (no que diz respeito às condutas de corromper, adulterar, falsificar, alterar, fabricar, vender, importar, distribuir, entregar) e permanente (quanto às condutas de expor à venda e ter em depósito); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade, de forma geral, bem como aquelas pessoas que sofreram, imediatamente, com a conduta praticada pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a substância ou produto alimentício destinado a consumo, bem como as bebidas, com ou sem teor alcoólico.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo

tipo penal do art. 272 do Código Penal, criando a situação concreta de risco à incolumidade pública, ou, mais especificamente, à saúde pública.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput*, bem como pelos §§ 1º-A e 1º do art. 272 do Código Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos constantes do *caput*, bem como dos §§ 1º-A e 1º do art. 272 do Código Penal, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Modalidade culposa

É prevista pelo § 2º do art. 272 do Código Penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada à modalidade dolosa de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios* é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Se o crime é culposo, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento da modalidade culposa, desde que não aplicadas as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo somente para a modalidade culposa, e, desde que não incidam, no caso concreto, as causas especiais de aumento de pena previstas pelo art. 258 do Código Penal.

Condutas apuradas – Crimes contra a saúde pública – que se encontram tipificadas no art. 272 do CP na redação anterior à Lei nº 9.677/1998, as quais se consumam no momento em que a substância se torna nociva à saúde. Ou seja, já no momento da fabricação e comercialização a competência se encontrava definida (STJ, CC 34540/SP, Rel. Min. Félix Fischer, S3, DJ 23/9/2002, p. 221).

A circunstância de que uma, dentre as várias partidas de medicamentos, foi vendida para uma Universidade Federal não tem o condão, por si só, de atrair a competência da Justiça Federal para o caso (STJ, CC 29480/SP, Rel. Min. Felix Fischer, S3, RJADCOAS 35, p. 538).

Crime contra a economia popular

Quando o comportamento praticado pelo agente não coloca em risco a incolumidade pública, o fato poderá subsumir-se aos incs. III e V, do art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (*Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) **Art. 273.** Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (*Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) § 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

(*Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) § 1º-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

(*Incluído pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) § 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

(*Incluído pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (*Incluído pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; (*Incluído pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (*Incluído pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; (*Incluído pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) V – de procedência ignorada;

(*Incluído pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

(Incluído pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.) Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposo: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) **Introdução**

Corromper tem o significado de estragar, decompor, tornar podre; *adulterar* importa em deturpar, deformar; *falsificar* significa reproduzir, imitando; *alterar* quer dizer mudar, modificar, transformar.

A conduta do agente deve ter por objeto produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, vale dizer, conforme preconiza Damásio de Jesus, “toda substância, sólida ou líquida, empregada na cura ou prevenção de moléstias”.⁵⁰

Determina, ainda, o § 1º do art. 273 que *nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido ou alterado.*

O § 1º-A aponta, ainda, os produtos que devem ser compreendidos no delito tipificado no art. 273 do Código Penal, asseverando serem os *medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico*. Cesar Roberto Bitencourt esclarece sobre os elementos que integram o mencionado parágrafo, dizendo que “*medicamento [...] é a substância destinada à cura ou ao alívio de doenças, bem como ao combate de males e enfermidades; matéria-prima* (substância a partir da qual se pode fabricar ou produzir outra); *insumos farmacêuticos* (produtos combinados resultantes de várias matérias-primas); *cosméticos* (produtos destinados à limpeza, conservação e maquiagem da pele); *saneantes* (produtos de limpeza em geral)”.⁵¹

O § 1º-B, a seu turno, aduz que está sujeito às penas do art. 273 do Código Penal quem pratica as ações previstas pelo § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: *I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no item anterior; III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V – de procedência ignorada; VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.*

Trata-se de tipo misto alternativo.

Ao julgar a arguição de inconstitucionalidade formulada no HC 239.363/PR, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do art. 273, § 1º-B, inc. V, do Código Penal. Em atenção à referida decisão, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Precedentes (STJ, HC 361.269/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 22/09/2016).

O acórdão proferido pelas instâncias ordinárias está em consonância com recente julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* nº 239.363/PR, que considerou ser inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal, autorizando, assim, a aplicação da pena prevista para o crime de tráfico. Incide, portanto, no caso dos autos, o verbete nº 83 da Súmula desta Corte (STJ, AgRg no REsp 1.360.209/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares Fonseca, 5ª T., DJe 22/06/2015).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pela constitucionalidade do art. 273 do Código Penal. Precedentes (STF, RE 870.410 AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T., DJe 27/05/2015).

É cediço que o verbo ‘importar’, constante do tipo penal em questão, significa trazer do exterior, ou seja, fazer ingressar no Brasil produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais falsificados, corrompidos, adulterados, alterados ou sem registro, sendo que, no caso dos autos, de acordo com a denúncia e o próprio interrogatório judicial prestado pelo acusado, os remédios foram comprados de um desconhecido em Foz do Iguaçu, no Paraná, ou seja, foram adquiridos dentro do território nacional, pelo que se mostra totalmente impertinente a acusação formulada pelo *Parquet*. Por outro lado, é certo que as ações de adquirir e transportar os fármacos falsificados e sem registro não estão abrangidas pela figura típica em comento, que pune, unicamente, quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido ou alterado, tal como asseverado alhures. Constatase, portanto, que a conduta atribuída ao paciente não se ajusta a nenhuma das ações abstratamente elencadas pelo legislador ordinário como caracterizadoras do delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, ou equiparados. Recurso provido para trancar a ação penal instaurada contra o recorrente (STJ, *RHC 25572/SP*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., *DJe* 29/6/2011).

A Lei nº 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no art. 273 do Código Penal, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma. Tratando-se de crime hediondo, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, mostra-se razoável a aplicação do preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. O Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, já assentou a possibilidade de início do cumprimento da pena em regime aberto, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, àqueles que tenham praticado crime de tráfico ilícito de entorpecentes ou outro crime hediondo, antes da entrada em vigor das Leis nº 11.343/06 e nº 11.464/07 (STJ, *REsp. 915442/SC*, Rel.^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., *DJe* 1º/2/2011).

Pratica o crime capitulado no art. 273, § 1º-B, incs. I, V e VI, do Código Penal, o agente que mantém em depósito e vende medicamentos (anabolizantes, citotec etc.) sem o competente registro no órgão de vigilância sanitária, de procedência ignorada, e adquiridos de estabelecimentos (ou pessoas físicas) sem licença da autoridade competente (TJDF, Rec. 2006.09.1.009403-8, Rel. Des. Silvânia Barbosa dos Santos, *DJDFT* 16/8/2010, p. 398).

O crime do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, é de ação múltipla, admitindo a fungibilidade entre os seus núcleos, e consuma apenas com o fato de ‘ter em depósito’ as substâncias anabolizantes. Precedentes citados, desta Turma: *HC 45.989/SC*, *RHC 21.658/RS* (STJ, *HC 151.530*, Processo 2009/0208334-9, 5ª T., Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, *DJE* 14/6/2010).

A forma equiparada ao artigo 273 do Código Penal é de ação múltipla ou de conteúdo variado, bastando a realização de apenas um dos verbos nucleares para a sua caracterização (TRF 4^a Reg., ACR. 2005.70.05.004998-7, Rel. Juiz Fed. Nivaldo Brunoni, *DEJF* 11/2/2010, p. 639).

O art. 273 do Código Penal não criminaliza apenas a conduta de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, pois esse é apenas o *nomen iuris*, que reflete a conduta descrita no *caput*, mas não nos parágrafos, que criminalizam a conduta de quem importa, vende, expõe a venda, tem em depósito para vender, distribui ou entrega para consumo tais produtos (§ 1º-A), e também produtos sem registro, quando exígivel, ou em desacordo com a fórmula constante do registro, ou sem características de identidade e qualidade admitidas, ou com redução de valor terapêutico, ou de procedência ignorada (§ 1º-B). Para que se tenha como viável a imputação da prática do art. 273, § 1º-B, incs. I, III e VI, do Código Penal não é necessária a constatação da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração do medicamento (TRF 3^a Reg., Processo 200561060110398, RSE/SP, Rel. Márcio Mesquita, pub. 24/7/2007).

O art. 273 do CP trata de uma só figura criminosa que pode verificar-se sob modalidades diferentes. Heleno Fragoso observa, a respeito desse artigo, que nele se prevê a nocividade negativa, ou seja, alteração que, sem tornar a substância nociva à saúde, prejudica o seu valor nutritivo ou terapêutico; ao contrário da nocividade positiva que é a introdução, no remédio, de substância alimentícia ou medicinal nociva (STF, HC, Rel. Hermes Lima, RTJ 32, p. 672).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (tendo em vista a previsão expressa constante do § 2º do art. 273 do Código Penal); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois que se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo (no que diz respeito às condutas de falsificar, corromper, adulterar, alterar, vender, importar, distribuir, entregar) e permanente (quanto às condutas de expor à venda e ter em depósito); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

O entendimento do arresto recorrido coaduna-se com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de ser desnecessária a realização de exame pericial para comprovar a prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, do CP, uma vez que se trata de delito formal, que se satisfaz com a venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo de produto sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, sendo exatamente esse o caso dos autos (STJ, AgRg. no AREsp. 198307/PR, Rel. Min. Campos Marques, Des. convocado do TJPR, 5ª T., DJe 27/2/2013).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade, de forma geral, bem como aquelas pessoas que sofreram imediatamente com a conduta praticada pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

Bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Os tipos penais previstos no art. 273, *caput*, §§ 1º e 1º-B, I e V, do Código Penal – cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública – visam a punir a conduta do agente que, entre outros, importa, vende, expõe a venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto “falsificado, corrompido, adulterado ou alterado” (§ 1º-B, *caput*), “sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente” (§ 1º-B, inc. I) ou “de procedência ignorada” (§ 1º-B, inc. V). A definição do que sejam “drogas”, capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei nº 11.343/2006, advém da Portaria nº 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (daí a classificação doutrinária, em relação ao art. 33 da Lei nº 11.343/2006, de que se está diante de uma norma penal em branco heterogênea) (STJ, REsp 1.537.773/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 19/09/2016).

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente pratica quaisquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal do art. 273 do Código Penal, criando a situação concreta de risco à incolumidade pública, ou, mais especificamente, à saúde pública.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput*, bem como pelo § 1º do art. 273 do Código Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos constantes do *caput*, bem como do § 1º do art. 273 do Código Penal, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Modalidade culposa

Está prevista pelo § 2º do art. 273 do Código Penal.

A alegação de que o desempenho de atividades de produção, depósito e comercialização de produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais sem o prévio registro no órgão sanitário competente deu-se em razão da obtenção de decisão liminar favorável, por si só, não é capaz de ensejar a absolvição do réu, sobretudo quando o erro advindo de tais circunstâncias fáticas seria facilmente superável com um mínimo de informação a ser obtida junto ao causídico que atuou no caso, o que poderia ter elucidado que o aludido pronunciamento judicial ostentava caráter precário e não poderia substituir o cumprimento da legislação aplicável. Diante do erro evitável sobre as circunstâncias fáticas da excludente de ilicitude atinente ao exercício regular de direito, incide o disposto na parte final do art. 20, §1º, do CP, com a punição do apelante pela modalidade culposa do crime (art. 273, §2º, do CP). (TJES, AC 035100822499, Rel. Des. Ney Batista Coutinho, j. 15/5/2013).

Comete o crime previsto no art. 273, § 2º, do CP quem distribui e entrega a consumo, bem como quem tem em depósito para venda medicamento falsificado e adulterado, sem verificar as condições do produto (TJRS, AC 70024030124, 4ª Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, pub. 25/9/2008).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada à modalidade dolosa de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais* é de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

Se o crime é culposo, a pena é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas pelo art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo somente para a modalidade culposa, e desde que não incidam no caso concreto as causas especiais de aumento de pena previstas pelo art. 258 do Código Penal.

Diante da ausência de previsão legal, não é possível a incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ao delito descrito no art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, uma vez que a referida causa de diminuição de pena se restringe aos crimes tipificados no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei de Drogas. Precedentes (STJ, HC 361.269/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 22/09/2016).

De ordinário, o crime do art. 273 do Código Penal não é cometido “em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas”. Salvo se houver provas ou fortes indícios da transnacionalidade da conduta delitiva ou de conexão instrumental ou probatória com crime da competência da Justiça Federal, a competência para processar e julgar a ação penal a ele correspondente é da Justiça estadual (STJ, CC 127.307/SP, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, S3, DJe 15/06/2015).

Segundo a orientação firmada neste Superior Tribunal de Justiça, havendo indícios de internacionalidade da substância, compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento do crime previsto no artigo 273, § 1º-B, incisos I e V, do Código Penal. (STJ, HC 290088/SP, Rel.^a Min^a Laurita Vaz, 5^aT., DJe 23/5/2014).

Na linha do entendimento desta Corte, a competência para o processo e julgamento de crimes contra a saúde pública é concorrente aos entes da Federação. Somente se constatada a internacionalidade da conduta, firma-se a competência da Justiça Federal para o cometimento e processamento do feito. A hipótese dos autos denota a existência, em tese, de lesão a bens, interesses ou serviços da União, porquanto presentes indícios de que o acusado é o responsável pelo ingresso do produto trazido do Paraguai em território nacional, o que configura a internacionalidade da conduta (STJ, CC 119594/PR, Rel.^a Min.^a Alderita Ramos de Oliveira [Des.^a convocada do TJPE], S3, DJe 18/9/2012).

Princípio da Insignificância

Inaplicabilidade do Princípio da Insignificância

aos casos previstos no art. 273 e parágrafos do Código Penal, vez que a lesividade da conduta em apreço não deve ser avaliada sob a ótica da expressividade econômica dos produtos contrabandeados, mas em relação à sua natureza, uma vez que introduzir remédios no país sem autorização ou liberação da autoridade sanitária ofende, como visto, a saúde pública, na medida em que expõe a coletividade à ação de substâncias e medicamentosas de conteúdo de origem desconhecida (TRF 4^a R., ACR 2007.71.18.000539-9, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, DEJF 11/6/2010, p. 195).

O princípio da insignificância, como derivação necessária do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, busca afastar desta seara as condutas que, embora típicas, não produzem efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora. Trata-se, na espécie, de crime em que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Irrelevante considerar o valor da venda do medicamento para desqualificar a conduta (STJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6^a T., RHC 17942/SP, DJ 28/11/2005, p. 336).

Princípio da proporcionalidade

A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os

fatatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas – notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso (STJ, AI no HC 239.363/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, CE, DJe 10/04/2015).

Prioridade de tramitação do processo de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B)

A Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016, acrescentou o art. 394-A ao Código de Processo Penal, determinando, *verbis*: *Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.*

Emprego de processo proibido ou de substância não permitida Art. 274.

Empregar, no fabrico de produto destinado a consumo, revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998) Introdução

O núcleo *empregar* tem o significado de utilizar, valer-se de, aplicar *etc.* A conduta é dirigida, finalisticamente, à *fabricação de produto destinado ao consumo*. Isso significa que o agente, com o seu comportamento, coloca em risco um número indeterminado de pessoas, haja vista que o produto por ele fabricado será destinado a consumo público.

Cuida-se, *in casu*, de norma penal em branco, uma vez que todos os comportamentos previstos pelo tipo penal somente poderão ser observados mediante exame do complemento oriundo da legislação sanitária.

O art. 274 do Código Penal determina, ainda, a realização de uma interpretação analógica, haja vista que nos fornece, inicialmente, uma fórmula casuística, exemplificativa (emprego, no

fabrico de produto destinado a consumo, de *revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora*), seguida de uma fórmula genérica (*ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária*).

Luiz Regis Prado resume, com precisão, as hipóteses elencadas expressamente pelo art. 274 do Código Penal, dizendo: “*a) revestimento* – é o envoltório usado no fabrico para cobrir o produto destinado a consumo. Em realidade, faz parte dele. Não se trata daquele outro envoltório usado para protegê-lo na prática do comércio. Cite-se que há determinados queijos que só podem ser envoltos em papel metálico; *b) gaseificação artificial* – visa dissolver gases convenientemente indicados nessas substâncias, por processo de manipulação adequado. É utilizada em refrigerantes, por exemplo; *c) matéria corante* – o seu emprego é permitido, desde que sejam respeitadas a natureza e quantidade estipuladas em lei. Serve para dar cor aos produtos; *d) substância aromática* – por vezes, faz parte do próprio produto destinado a consumo e, por outras, pode ser-lhe acrescentado com o escopo de melhorar o paladar ou perfumá-lo. Como exemplos, tem-se o óleo essencial, o aroma natural e artificial, a solução alcoólica de essência natural (como canela, cravo, noz – moscada etc.), entre outros; *e) substância antisséptica* – é utilizada para evitar ou obstaculizar a fermentação de matéria orgânica. São mencionados, nesse caso, ácido salicílico e salicilatos, água oxigenada etc.; *f) substância conservadora* – é usada para [...] evitar ou protelar sua alteração pela invasão ou proliferação de germes. Impede a fermentação.

Ex.: sal de cozinha, açúcar, álcool, azeite etc.” ⁵²

Para a correta compreensão e aplicação do art. 274 do Código Penal, deverá ser, obrigatoriamente, consultada a legislação sanitária que lhe é pertinente, a exemplo do Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que institui normas básicas sobre alimentos; da Lei nº 6.150, de 3 de dezembro de 1974, que dispõe sobre a obrigatoriedade da iodoação do sal destinado ao consumo humano; da Lei nº 10.273, de 5 de setembro de 2001, que dispõe sobre o uso de bromato de potássio na farinha e nos produtos de panificação etc.

Utilizando a expressão *produto destinado a consumo*, a lei penal amplia, sobremaneira, o seu campo de atuação, haja vista que todos os produtos, sejam eles comestíveis ou não, a exemplo dos brinquedos, produtos de higiene pessoal etc., estão por ela abrangidos.

O emprego de açúcar na fabricação de vinho, ainda que em quantidade superior à permitida, não tipifica o delito previsto no art. 274 do CP, eis que não se trata de ingrediente proibido pela legislação sanitária (TJRS, ACR 70009907932, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 28/10/2004).

Pratica o crime do art. 274 do CP aquele que empregar, no fabrico de produção destinado ao consumo, revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária (RT 605, p. 332).

O delito previsto no art. 274 do CP de 1940 é crime de perigo, presumido pela lei, donde se concluir que é dispensável qualquer dano advindo da ação incriminada (RT 600, p. 367).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é o produto destinado a consumo.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito em exame quando o agente, efetivamente, após empregar, no fabrico de produto destinado a consumo, revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária, cria uma situação concreta de risco à incolumidade pública.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 274 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *empregar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *emprego de processo proibido ou de substância não permitida* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, conforme alteração determinada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas pelo art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Crime contra a economia popular

Se o agente vier a expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição, estaremos diante de um crime contra a economia popular, tipificado no inc. III do art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Invólucro ou recipiente com falsa indicação Art. 275. Inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada: (*Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.) Introdução

O núcleo *incluir* deve ser entendido no sentido de cunhar, estampar, divulgar, indicar. Especifica a lei penal que a conduta do agente deve ser dirigida a invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais. A redação original do artigo não previa os produtos terapêuticos, sendo levada a efeito a sua inclusão por intermédio da Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Produto, de acordo com as precisas lições de Mirabete, “é a coisa beneficiada, fabricada industrialmente ou manufaturada. O produto alimentício é qualquer preparado destinado a alimentação, alimento ou bebida, e produto terapêutico ou medicinal é aquele usado com o fim de prevenção, melhora ou cura de doenças”.⁵³

Pode-se compreender por *invólucro* tudo aquilo que serve para envolver, embrulhar a substância alimentícia, terapêutica ou medicinal, a exemplo do rótulo ou mesmo da bula. *Recipiente* é o objeto capaz de conter, acondicionar líquidos ou sólidos, a exemplo das embalagens de plástico, alumínio, vidro etc.

São duas as situações que devem ser analisadas. Na primeira, o agente inculca a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo, ou seja, a informação é falsa, pois que cria uma situação de perigo para as pessoas que adquirem, por exemplo, aquele produto, porque necessitam fazer a ingestão daquela substância mencionada, mas não existente. No segundo

caso, a substância existe, mas a sua quantidade é menor do que a informada no invólucro ou recipiente.

A mera aposição de rótulo em recipiente de produto alimentício configura o delito do art. 275 do CP (STF, HC, Rel. Amaral Santos, *RTJ* 46, p. 23. Nesse sentido, *RT* 443, p. 426).

Provado que o rótulo se achava em desacordo com o conteúdo e não demonstrado pelo réu que tal fato ocorreu accidentalmente caracterizada está a infração do art. 275 do Código Penal (TASP, Ap. 27814, Rel. Isnard dos Reis, *RT* 313, p. 388).

Invólucro ou recipiente com falsa indicação. Delito não configurado. Uso de garrafa de uísque escocês contendo uísque nacional. Falta de prova de ser nocivo à saúde o produto apreendido. Absolvição decretada. Inteligência do art. 275 do CP de 1940 (*RT* 584/361).

Adulteração de rótulos de medicamentos de uso veterinário – Não incidência dos arts. 275 e 276 do CP – Crimes contra a saúde pública – Sujeito passivo – Coletividade de pessoas, e, não, de animais (TJMG, Processo 1.0000.00.171752-9/000(1), Rel. Zulman Galdino, pub. 17/3/2000).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese do agente gozar do *status de garantidor*); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois que se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma vinculada (pois que a lei penal menciona os modos pelos quais o delito poderá ser praticado, vale dizer, inculcando em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, a existência de *substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada*); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é o invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

Consumação e tentativa

O delito de *invólucro ou recipiente com falsa indicação* se consuma quando, após a

inclusão das informações falsas, o agente cria, efetivamente, uma situação de risco à incolumidade pública.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 275 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *incluir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *invólucro ou recipiente com falsa indicação* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, conforme alteração determinada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas pelo art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, desde que não incida o art. 258 do Código Penal.

Falsa indicação em folhetos ou catálogos informativos

A falsa indicação em folhetos ou catálogos informativos não se configura como delito de *invólucro ou recipiente com falsa indicação*, podendo o fato se amoldar à figura típica constante do art. 175 do Código Penal, que prevê o delito de *fraude no comércio*.

Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores Art.

276. Vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.) Introdução

O núcleo *vender*, utilizado pelo texto legal, significa entregar por um preço certo, alienar onerosamente, comercializar; *expõe à venda* aquele que tem os produtos disponíveis, à vista dos consumidores; *tem em depósito para vender* o agente que mantém guardados, armazenados

os produtos, com a finalidade de, futuramente, transacioná-los. O art. 276 determina, ainda, a realização de uma interpretação analógica, pois que também considera como delituoso o comportamento daquele que, *de qualquer forma*, entrega a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275 do Código Penal.

Conforme esclarece Noronha, devemos nos lembrar apenas de “que o delito em apreço não é *especial*: não é crime do comerciante. Este comércio, que apenas significa a prática das operações indicadas, ainda que isoladas e não repetidas, não deve, pois, ser apreciado com subordinação ao conceito do direito comercial, isto é, não é mister, portanto, que configure, necessariamente, a respectiva profissão, caracterizada pela série contínua e renovável dos mesmos atos. Basta, pois, a prática de um só, seja ou não realizado pelo comerciante”.⁵⁴

Trata-se de um tipo misto alternativo.

Para que o agente possa responder pela prática do delito previsto no art. 276, do CP, não pode, de qualquer forma, ter concorrido no delito anterior – Art. 274, do CP –, seja a título de coautor ou, mesmo, como partícipe. Se o crime de alienação do produto adulterado (art. 276, do CP) for o autor da fabricação, responderá apenas pela prática do delito previsto no art. 274, do CP, eis que a alienação será *post factum* impunível (TJES, ACR 48040099219, Rel.^a Des.^a Subst. Heloisa Cariello, DJES 13/5/2010).

Acondicionado e vendendo uísque nacional em recipiente de uísque estrangeiro, inculca-se existência de substância que não se encontra em seu conteúdo, o que caracteriza os delitos previstos nos arts. 275 e 276 do CP (TJSP, AC, Rel. Kazuo Watanabe, RT 453, p. 352).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo (nas modalidades vender e entregar) e permanente (nas modalidades expor à venda e ter em depósito para vender); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é o produto destinado a consumo, bem como o invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente pratica qualquer uma das condutas previstas no tipo penal do art. 276, criando, assim, uma situação de risco concreto à incolumidade pública.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 276 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *vender, expor à venda, ter em depósito e entregar* a consumo pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 276 do Código Penal é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, conforme alteração determinada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas pelo art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, desde que não incida o art. 258 do Código Penal.

Produto de primeira necessidade

Será aplicado o inc. III do art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular.

Substância destinada à falsificação Art. 277. Vender, expor à venda, ter em depósito ou ceder substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais: (*Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.*) Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2/7/1998.) Introdução

Dos quatro comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo, somente um deles não foi

consignado no art. 276 do Código Penal, analisado anteriormente, vale dizer, a conduta de *ceder* substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

O verbo *ceder* importa em qualquer tipo de transferência da substância referida, desde que não diga respeito à venda, pois que esta se encontra compreendida no núcleo *vender*, o primeiro constante da mencionada redação típica. Dessa forma, *ceder* pode ser compreendido como doar, emprestar, trocar, enfim, qualquer tipo de cessão, entendida em sentido amplo, que não importe em venda.

Salienta Noronha:

“Trata-se exclusivamente de *substância*, ficando excluídas outras coisas, tais como utensílios, aparelhos ou máquinas usados na falsificação. Ainda: a disposição soa (*sic*) – substância *destinada* a esse objetivo – e como isso deve ser considerada não apenas aquela cuja finalidade exclusiva é a de falsificar, como a que tem outros fins, porém, na espécie, se destina ao incriminado”.⁵⁵

Na verdade, o agente que pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal do art. 277 poderia ser punido considerando as disposições do art. 29 do Código Penal, seja a título de coautoria ou mesmo de participação, uma vez que, quando vende, expõe à venda, tem em depósito ou cede a substância, deve saber que aquele que a adquire tem por finalidade utilizá-la na falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

Conforme esclarece Hungria, “é necessário, para existência do crime, que a *substância proibida* seja vendida, exposta à venda, mantida em depósito ou cedida para o fim de ser empregada na falsificação do produto. Assim, determinados corantes, sub-rogados, ácidos, agentes conservadores ou antissépticos etc., que podem servir à contrafação de tal ou qual produto, não serão elemento do crime se destinados a fins outros, não relacionados à genuidade desse produto”.⁵⁶

Cuida-se de um tipo misto alternativo.

A conduta de manter em depósito substâncias destinadas à falsificação de produtos alimentícios (devidamente descrita na denúncia) se amolda ao delito previsto no artigo 277 do CP. Desclassificação efetuada (TRF 4ª Reg., ACR 2000.72.05.003910-1, SC, Rel. Des. Élcio Pinheiro de Castro, DJU 1º/2/2006, p. 523).

Na descrição do disposto no art. 277 do CP, o que se visa proteger é a consciência de todos, impedindo-se que o ato de fraudar venha em detrimento da natural qualidade ou garantia dos produtos alimentícios na sua inteireza (RT 606, p. 357).

A ausência do exame pericial competente, do produto falsificado, arreda a configuração do delito previsto no art. 277 do CP (TJSP, AC, Rel. Onei Raphael, RT 440, p. 359).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso;

comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo (nas modalidades vender e ceder) e permanente (nas modalidades expor à venda e ter em depósito); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

Consumação e tentativa

O delito de *substância destinada à falsificação* se consuma quando o agente, praticando qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal, ou seja, vende, expõe à venda, tem em depósito ou cede substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, efetivamente, uma situação de risco à incolumidade pública.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 277 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Tratando-se de delito de perigo abstrato, presumindo a lei o risco à saúde coletiva, o elemento subjetivo da infração está representado pela vontade de praticar a conduta típica, a qual, no caso, é ter em depósito substância, sabendo que ela é nociva à saúde pública (TACrim./SP, Ap. 447211, Rel. Emeric Levai, j. 29/12/1986).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *vender, expor à venda, ter em depósito e ceder* substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 277 do Código Penal é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, conforme alteração determinada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, desde que não incida o art. 258 do Código Penal.

Outras substâncias nocivas à saúde pública Art. 278. Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Introdução

Conforme salienta Fragoso, “além da extensa tutela jurídico-penal à saúde pública, em torno à produção e consumo de substâncias alimentícias ou medicinais, entendeu o legislador de contemplar a produção e consumo de outras substâncias ou coisas nocivas à saúde, no dispositivo em exame.

[...].

Fabricar é produzir industrialmente ou preparar. Objeto material da ação deve ser aqui, porém, coisa (objeto corpóreo) ou substância não alimentícia nem medicinal, *nociva à saúde*, isto é, que seja idônea para causar dano ao normal desenvolvimento físico-psíquico da pessoa ou à normalidade de suas funções orgânicas. O grau de nocividade é irrelevante, mas poderá ser considerado na aplicação da pena. As coisas ou substâncias aqui consideradas podem ser de qualquer natureza (perfumes, cosméticos, cigarros, chupetas, dentríficos etc.) desde que destinadas a consumo público”.⁵⁷

As demais condutas previstas pelo tipo penal em exame já foram objeto de análise, razão pela qual deixaremos de mencioná-las.

Trata-se de tipo misto alternativo.

Réus presos por posse de loló, substância não definida como de uso proscrito pela Portaria SVS/MS nº 344/98. Descabida a condenação por tráfico de drogas. Estando a conduta dos réus prevista no art. 278 do CP, não há se falar em atipicidade, impondo-se a desclassificação, com a adequação das penas aos limites cominados ao delito (TJPE, ACr 0147885-5, Rel. Des. Fausto de Castro Campos *DOEPE* 23/8/2008).

Sangue contaminado. Entrega a consumo de sangue contaminado (art. 278 do CP). Dolo plenamente caracterizado, segundo os fatos apurados nas instâncias ordinárias. Pena fixada dentro dos limites legais, por decisão suficientemente fundamentada. Pedido indeferido (STF, HC, Rel. Octavio Galloti, j. 17/12/1991).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois que se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo (nas modalidades fabricar, vender e entregar) e permanente (nas modalidades expor à venda e ter em depósito para vender); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a coisa ou substância nociva à saúde.

Consumação e tentativa

O delito de *outras substâncias nocivas à saúde pública* se consuma quando o agente, praticando qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal, ou seja, fabrica, vende, expõe à venda, tem depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal, cria, efetivamente, uma situação de risco à incolumidade pública.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 278 do Código Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender* ou, de qualquer forma, *entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde*, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Modalidade culposa

É prevista pelo parágrafo único do art. 278 do Código Penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao *caput* do art. 278 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Para a modalidade culposa foi prevista uma pena de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento

da modalidade culposa do delito tipificado no art. 278 do Código Penal, desde que não aplicada a majorante prevista no art. 258 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, desde que não incida, na modalidade dolosa, o art. 258 do Código Penal.

Art. 279.

(Revogado pela Lei nº 8.137, de 27/12/1990.) Medicamento em desacordo com receita médica

Art. 280. Fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Introdução

O núcleo *fornecer* é utilizado no texto do art. 280 do Código Penal no sentido de entregar, ministrar, proporcionar, seja a título gratuito ou oneroso, substância medicinal, ou seja, aquela voltada a curar a enfermidade de que está acometido o doente.

O fornecimento criminoso é aquele que se encontra em desacordo com a receita médica, que significa a prescrição escrita levada a efeito exclusivamente pelo médico. A receita é tão importante que o Capítulo III do Código de Ética Médica, ao cuidar da responsabilidade profissional, diz, em seu art. 39, ser vedado ao médico receitar de forma ilegível, o que dificultaria, sobremaneira, a ministração correta do medicamento no que diz respeito à sua qualidade e quantidade.

Medicamento em desacordo com receita médica. Configuração. Irrelevância do fato de possuir o fornecido pelo farmacêutico a mesma qualidade terapêutica do prescrito pelo médico. Condenação mantida. Inteligência do art. 280 do CP de 1940 (RT 592, p. 342).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*, embora tal posição não seja pacificada na doutrina, a exemplo de Noronha, que afirma: “O crime do art. 280 é *especial*, isto é, só pode ser cometido por determinadas pessoas. Primeiramente, o farmacêutico que é quem fornece, em regra, a substância medicamentosa. Tanto pode ser o formado como o prático, devidamente autorizado. Não se excluem outras pessoas que vendem tais ou quais substâncias médicas (inclusive o *herbanário*)”.⁵⁸

Em sentido contrário, a nosso ver com acerto, posiciona-se Cesar Roberto Bitencourt, dizendo: “*Sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa, e não apenas o farmacêutico, mas toda e qualquer pessoa que fornecer, de qualquer modo, substância medicinal em desacordo com a receita médica (balconista, prático etc.)”.⁵⁹

O *sujeito passivo* é a sociedade, bem como, mais especificamente, aquele a quem é

entregue a substância medicinal em desacordo com a receita.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a substância medicinal em desacordo com a receita médica.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente fornece, isto é, entrega à vítima a substância medicinal em desacordo com a receita, criando, ousrossim, uma situação concreta de risco.

A tentativa é admissível.

O crime do art. 280 do CP se consuma com a entrega da substância medicinal não correspondente à receita, pois só então se apresenta o perigo que a lei, na espécie, presume (RT 297, p. 408).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 280 do Código Penal.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *fornecer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Modalidade culposa

É prevista pelo parágrafo único do art. 280 do Código Penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

O preceito secundário do art. 280 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa do delito tipificado no art. 280 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, desde que não seja aplicado o art. 258 do Código Penal ao *caput* do art. 280 deste mesmo diploma legal.

Médico que prescreve medicamento com dose excessiva

Pode acontecer que, por erro, o médico tenha prescrito ao doente uma dose excessiva de

determinada substância, fato que é percebido pelo farmacêutico ao fazer a leitura da receita. Nesse caso, poderá o farmacêutico desconsiderar a prescrição médica e ministrar, por sua conta, dose correta do medicamento?

Respondendo a essa indagação, Cezar Roberto Bitencourt, com razão, esclarece: “Caso o farmacêutico entenda haver na receita manifesto equívoco por parte do médico, deverá localizar este para que corrija expressamente o erro (art. 254 do regulamento do Departamento Nacional de Saúde); não encontrando o médico e sendo urgente a entrega do medicamento, poderá o farmacêutico corrigir a receita, agindo em estado de necessidade (art. 24 do CP)”.⁶⁰

Receita prescrita por dentistas e parteiras

Não se amolda ao comportamento previsto pelo tipo, que exige que a receita seja *médica*.

Farmacêutico que aumenta a dose, agindo como *animus necandi* Se vier a produzir o resultado morte, deverá responder pelo delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, III, CP).

Lei Antidrogas

Diz o art. 38 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, *verbis*: *Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Art. 281.

(Revogado pela Lei nº 6.368, 1976.) Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica Art. 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Introdução

O núcleo *exercer* pressupõe habitualidade. Trata-se, portanto, de um delito habitual, que exige um comportamento contínuo do agente. O sujeito, portanto, atua com regularidade,

continuamente, exercendo a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, podendo fazer disso um meio de vida, isto é, almejando lucro ou mesmo, atuando de forma gratuita pelo simples prazer de exercer uma profissão para a qual não se encontra legalmente habilitado.

Comete o delito em estudo não somente aquele que exerce as mencionadas profissões *sem autorização legal*, como também aquele que, mesmo estando inicialmente habilitado para exercê-las, sendo, portanto, médico, dentista ou farmacêutico, excede os limites que lhe são legalmente determinados.

Não é incomum, ainda nos dias de hoje, encontrarmos os chamados “práticos”, ou seja, sujeitos que não possuem habilitação legal para o exercício das profissões de médico, dentista ou farmacêutico, mas que assumem esses papéis, trazendo perigo à incolumidade pública em virtude da falta de conhecimentos técnicos necessários. Por mais que o “prático” possa até conseguir, em alguns casos de pouca importância, levar a efeito o tratamento correto, o fato de não possuir a necessária habilitação legal torna sua conduta perigosa, colocando em risco a vida e a integridade física das pessoas.

No que concerne ao crime de exercício ilegal da medicina, ausente complementação da norma penal em branco, por ausência de regulamentação acerca do exercício da acupuntura, a conduta é atípica (STJ, RHC 66.641/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 10/03/2016).

Agente que se fazia passar por médico oftalmologista e receitava medicamentos, lentes e óculos, os quais eram vendidos por seu irmão corrêu. Profissão de optometrista regulamentada em lei, mas que não se confunde com a especialização médica. Absorção pelo crime de estelionato. Impossibilidade. Condutas independentes. Ofensa a bem jurídicos diversos (TJPR, ApCr 0611033-8, Rel. Juiz Conv. José Laurindo de Souza Netto, DJPR 29/4/2010, p. 321).

O tipo penal previsto no art. 282 do Código Penal (exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica) pune a conduta daquele que sem autorização legal, é dizer, sem qualquer título de habilitação ou sem registro deste na repartição competente (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 145), ou ainda, exorbitando os limites desta, exerce, ainda que à título gratuito a profissão de médico, dentista ou farmacêutico. Trata-se de crime de perigo abstrato, habitual, que procura tutelar a saúde pública do dano que pode resultar do exercício ilegal e abusivo da medicina, bem como da arte dentária ou farmacêutica (FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*, Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 1989, p. 275) cuja prática em concurso formal com o delito de tráfico de drogas é perfeitamente possível. O vulgar exercício da medicina por parte daquele que não possui autorização legal para tanto é suficiente para a delimitação do tipo em destaque. Se o agente ao exercer irregularmente a medicina ainda prescreve droga, resta configurado, em tese, conforme já reconhecido por esta Corte em outra oportunidade (HC 9.126/GO, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 13/8/2001) o concurso formal entre o art. 282 do Código Penal e o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (STJ, HC 139.667, Proc. 2009/0118642-1, RJ, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJE 1º/2/2010).

A falsificação de documentos públicos (diploma de conclusão do curso superior de medicina) visando ao exercício ilegal da profissão de médico, consubstanciado no requerimento de exames clínicos, prescrição de medicamentos e realização de plantões médicos em hospital, constitui crime-meio, que deve ser absorvido pelo crime-fim, pois a falsificação em questão se exauriu no exercício ilegal da medicina, sem mais potencialidade lesiva (STJ, HC 138.221, Proc. 2009/0107610-1, RS, 5ª T., Rel. Min.ª

Laurita Vaz, DJE 26/10/2009).

Prática de atos privativos de médicos pelo apelante, que prestava atendimento a diversas pessoas, receitando medicamentos, requisitando exames, fazendo, inclusive, plantão no hospital. Evidenciando o exercício ilegal da medicina. O estelionato também restou demonstrado. A fraude consistiu na promessa de descontos em diversos serviços do convênio de saúde que o réu vendia, os quais não eram concedidos às vítimas (TJRS, Ap. Crim. 70028030765, 4ª Câm. Crim., Rel. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. 23/4/2009).

Acusado que mantinha consultório, atendendo às pessoas de forma habitual e reiterada, exercendo ilegalmente a profissão de médico. Conduta que se enquadra naquela prevista no art. 282 do CP, que, pelo princípio da especialidade, afasta a aplicação da prevista no art. 171 do CP. Impossibilidade de cúmulo material, *bis in idem* configurado. Desclassificação da conduta da ré, que também se amolda à do 282 do CP, porque concorreu para a perpetração do delito, auxiliando o codenunciado, devendo responder na medida de sua culpabilidade, nos termos do art. 29 do CP (TJRS. Ap. Crim. 70020877023, 8ª Câm. Crim., Rel Fabianne Breton Baisch, pub. 24/9/2008).

Exercício ilegal da medicina. Terapeuta holístico que se apresenta como médico naturalista. Elementos caracterizadores do crime (TJPR, 6ª Câm. Crim., AC 0245273-9, Maringá, Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, un., j. 31/3/2005).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito à conduta de exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal, e próprio quando se refere ao fato de o sujeito exceder os seus limites, haja vista que somente o médico, o dentista e o farmacêutico podem praticá-lo; comum no que se refere ao sujeito passivo, pois que o tipo penal não lhe aponta qualquer qualidade ou condição especial; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma vinculada (pois o próprio tipo penal indica o modo pelo qual deverá ser praticado); habitual; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (dependendo do caso concreto, poderá não ser possível a realização de perícia, o que fará com que seja considerado um delito transeunte).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito em estudo quando a conduta disser respeito ao exercício, ainda que a título gratuito, da profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal. No entanto, somente esses profissionais é que poderão cometê-lo quando a conduta for praticada no sentido de exceder os limites determinados legalmente.

O sujeito passivo é a sociedade e, mais especificamente, as pessoas que foram atendidas pelo sujeito ativo, pois que foram colocadas diretamente numa situação de risco.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material, segundo Guilherme de Souza Nucci, “é a profissão de médico, dentista ou farmacêutico”.⁶¹

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, com habitualidade, exerce, seja a título gratuito ou oneroso, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico.

Em virtude da necessidade de reiteração de atos, característica do delito habitual, é que a doutrina, majoritariamente, rejeita a possibilidade de reconhecimento da tentativa, posição com a qual não concordamos, pois que somente através da análise do caso concreto é que poderemos rechaçar ou admitir o *conatus*.

Elemento subjetivo

O delito de *exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *exercer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada no preceito secundário do art. 282 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Nos termos do parágrafo único do mencionado artigo, se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também a multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica*, desde que não aplicada a majorante prevista no art. 258 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

[Exercício ilegal da medicina. Infração de menor potencial ofensivo. Competência em segundo grau da turma recursal do Juizado Especial Criminal \(TJPR, AC 0199224-5, Icaraíma, 1ª Câm. Crim. \[TA\], Rel. Des. Marques](#)

Cury, por maioria, j. 14/11/2002).

Exercício ilegal de profissão ou atividade

Vide art. 47 da LCP (Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Protético que exerce funções de dentista

Se um técnico em prótese dentária vier a exercer a profissão de dentista, incorrerá na infração penal tipificada no art. 282 do Código Penal, inclusive por disposição expressa constante do art. 8º da Lei nº 6.710/1979.

Estado de necessidade e exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica

Há lugares isolados, onde não existem médicos, dentistas ou farmacêuticos. Se alguém, nessas localidades, que possui conhecimentos básicos das profissões mencionadas, com a finalidade de auxiliar aquela comunidade carente de recursos, vier a exercê-las com regularidade, não se poderá imputar-lhe o delito em estudo, tendo em vista tratar-se de uma situação pertinente ao raciocínio do estado de necessidade.

Registro do diploma

Embora o agente tenha, por exemplo, se graduado em curso superior, como de medicina, de odontologia ou de farmácia, o seu diploma não o habilita, ainda, para o exercício de uma dessas profissões, pois, conforme salienta Cesar Roberto Bitencourt, “não é o diploma, mas o registro respectivo que dá habilitação legal para o exercício da profissão”.⁶²

Médico, dentista ou farmacêutico suspenso das suas atividades

Caso o médico, dentista ou farmacêutico tenha sido suspenso de suas atividades em virtude de decisão judicial, o fato se subsumirá à figura típica constante do art. 359 do Código Penal

Crime único

Tendo em vista o fato de estarmos diante de um crime habitual, em que a reiteração de atos é necessária à sua configuração, o fato de o agente ter levado a efeito, por exemplo, vários atendimentos médicos, odontológicos ou farmacêuticos não importará em multiplicidade de infrações penais, mas, sim, em um único delito de *exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica*.

Parteiras

As parteiras ainda são muito comuns em nosso país, de proporções continentais. Os serviços delas são, muitas vezes, indispensáveis, tendo em vista a ausência de médicos ginecologistas obstetras.

Esclarece Fragoso: “A assistência prestada a partos normais não constitui, por ausência de

tipicidade, o crime em exame, pois seria exercício ilegal da profissão de parteira. Ao contrário de outras leis, não previu a nossa a hipótese em apreço como delituosa, sendo inadmissível a extensão analógica.”⁶³

Exercício ilegal da medicina. Não infringe a norma o art. 282 do Código Penal a ré que exerce a função de parteira, distinta da atividade médica-

-obstetra, mesmo que não possua documentação legal para exercer tal profissão. A assistência prestada pela acusada não constitui o crime em exame, pois o que ocorreu foi o exercício ilegal da profissão de parteira. É assente, no direito, a vedação de interpretação analógica de regra de direito penal *in malam partem*. Inadmissível, pois, a condenação da acusada, por não constituir o fato ilícito penal (TJRS, Ap. Crim. 70000304063,

3^a Câm. Crim., Rel. Saulo Brum Leal, j. 16/3/2000).

Charlatanismo Art. 283. Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Introdução

O charlatão se comporta no sentido de *incluir* ou *anunciar cura por meio secreto ou infalível*. *Incluir* é utilizado no texto legal no sentido de indicar, apregoar, recomendar meio secreto ou infalível para a cura de determinada doença; *anunciar* é fazer propaganda, alardear esse meio, seja por intermédio de jornais, revistas, rádio, televisão, folhetos, cartazes etc.

A cura a que se refere a lei penal diz respeito a determinadas doenças para as quais não exista tratamento próprio, de acordo com os conhecimentos científicos do momento, ou, mesmo já existindo, o agente propõe tratamento alternativo, por meio secreto ou infalível.

O *meio*, conforme esclarece Bento de Faria, pode ser constituído: “a) pelo *remédio secreto*, assim considerado o preparado oficial de fórmula não consignada nas farmacopeias, e o não licenciado pela repartição competente da Saúde Pública; b) ou *qualquer outro*, também inculcado como infalível, ainda que não consistente em drogas”.⁶⁴

O crime pode ser cometido por profissionais ligados à área da saúde, a exemplo dos médicos, como também por pessoas que lhe são estranhas, como camelôs que vendem, nas ruas e praças públicas, fórmulas já preparadas com ervas, plantas e outras misturas, sabe-se lá com o quê, e apregoam a cura de doenças como câncer, Aids, impotência sexual etc. São as conhecidas “garrafadas”, em que a vítima, convencida pelo vendedor charlatão, se dispõe a experimentar aquele preparado sinistro, acreditando que será curada de sua doença.

Charlatanismo. Atuação como crime-meio para se chegar ao delito-fim absorção pelo delito mais grave. Exercício ilegal da medicina. Ademais, ausência de plena comprovação de todos os seus elementos integradores (TARS, Ap. Crim. 297005175, 1^a Câm. Crim., Rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 9/4/1997).

O charlatanismo e o curandeirismo integram o rol dos crimes contra a saúde pública, ou seja, praticado contra número indeterminado de pessoas. Crimes de perigo concreto (probabilidade de dano). O Direito Penal da culpa é incompatível com o perigo abstrato, hipótese ocorrente no plano hipotético. O homem responde pelo que fez ou deixou de fazer. Refute-se a simples suposição. Dessa forma, a denúncia precisa indicar o resultado (sentido normativo). Caso contrário, será inepta. A liberdade de culto e garantia constitucional, com proteção do local e da liturgia (STJ, HC 1498/RJ, Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., DJ 16/8/1993 p. 15.994).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (dependendo do caso concreto, poderá não ser possível a realização de perícia, o que fará com que seja considerado um delito transeunte).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade, bem como as pessoas que foram ludibriadas pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é o anúncio da cura por meio secreto ou infalível.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito quando, com a inculcação ou anúncio da cura por meio secreto ou infalível, o agente cria, efetiva e concretamente, uma situação de risco à incolumidade pública.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *inculcar* e *anunciar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada no preceito secundário do art. 283 do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *charlatanismo*.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Curandeirismo Art. 284. Exercer o curandeirismo: I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III – fazendo diagnósticos:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

Introdução

O núcleo do tipo que orienta toda a interpretação é o verbo *exercer*, que deve ser entendido no sentido de praticar com frequência, habitualidade. Dessa forma, devemos concluir que estamos diante de um delito habitual, pois que a prática eventual de qualquer dos comportamentos previstos pela figura típica em estudo se configura em mero indiferente penal.

Assim, exerce o curandeirismo o agente que: *a)* prescreve, ministra ou aplica, habitualmente, qualquer substância; *b)* usa gestos, palavras ou qualquer outro meio; *c)* faz diagnósticos.

Ao contrário do charlatão, o curandeiro acredita que, com suas fórmulas sobrenaturais, mágicas, conseguirá a cura daquele que foi à sua procura.

A primeira das modalidades de curandeirismo, prevista pelo inc. I do art. 284 do Código Penal, diz respeito ao fato de prescrever, ministrar ou aplicar, com habitualidade, qualquer substância. *Prescrever* tem o sentido de indicar, receitar; *ministrar* significa dar, fornecer; *aplicar* deve ser entendido como utilizar, empregar, *etc.* Tais condutas devem ser praticadas com habitualidade, bem como dizer respeito a qualquer substância, seja ela de origem vegetal, animal ou mineral, que, segundo a crença do curandeiro, terá capacidade curativa.

Na modalidade prevista pelo inc. II do art. 284 do Código Penal, o curandeiro se vale de gestos, palavras ou qualquer outro meio. O inciso prevê a chamada interpretação analógica, ampliando o seu espectro de aplicação. Talvez essa seja a forma mais comum de curandeirismo, em que o lado místico é mais explorado, levando a vítima a acreditar que suas doenças serão resolvidas sobrenaturalmente. O curandeiro explora, mesmo acreditando no que faz, a fraqueza espiritual da vítima, que fica subjugada a superstições inócuas, que somente terão o condão de retardar o tratamento adequado a ser feito pela medicina tradicional.

A última modalidade de curandeirismo, constante do inc. III do art. 284 do Código Penal, diz respeito ao fato de *fazer diagnósticos*, isto é, o curandeiro, mesmo não tendo os mais basilares conhecimentos de medicina, se atreve a identificar as doenças, supostamente, pelos seus sintomas.

Curandeirismo. Ausente habitualidade exigida pelo tipo penal, não configura o delito de curandeirismo (TJRS. Ap. Crim. 700271 56207, 8ª Câm. Crim., Rel. Danúbio Edon Franco, pub. 23/4/2009).

O simples fato de a ré ter recebido valores da vítima, prometendo-lhe a cura de sua enfermidade não autoriza a instauração de processo criminal, tendo em vista que, para se configurar o tipo penal do art. 284 do estatuto repressivo é necessária a prática de uma das condutas descritas em seus incisos (STJ, HC 59.312, Proc. 2006/0106867-7, PR, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 9/10/2006, p. 329).

Demonstrado, extreme de dúvida, que o acusado na prática de curandeirismo, submeteu a vítima a uma ‘intervenção’ para tratamento de tireoide, com seringa e agulha, provocando-lhe as lesões corporais descritas no laudo técnico, correta a sentença condenatória que ofertou à controvérsia adequado deslinde, decidindo-a de conformidade com as provas carreadas para os autos e a ela aplicando o melhor direito que lhe é pertinente (TJPR, Processo 0147844-4, Rel. Idevan Lopes, j. 11/5/2000).

O curandeirismo ficou comprovado com a habitualidade com que o réu ministrava os passes e obrigava adultos e menores a ingerir sangue de animais e bebida alcoólica, colocando em perigo a saúde e levando os adolescentes a dependência do álcool (STJ, REsp. 50426/MG, Rel. Min. Jesus Costa Lima, LEXSTJ 66, p. 340).

Prática grosseira de cura por quem não possui nenhum conhecimento de medicina. Não se confunde com religião porque quem, sob o color de ato litúrgico se propõe a tratar misticamente da saúde alheia usando gestos, palavras ou outros meios, comete o delito do art. 284 que não se confunde com atos de fé de preceito meramente religioso (TJSC, AC 26521, Rel. José Roberge).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma vinculada; habitual; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (dependendo do caso concreto, poderá não ser possível a realização de perícia, o que fará com que seja considerado um delito transeunte).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade, mais especificamente as pessoas que foram ludibriadas pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material, conforme preconiza Guilherme de Souza Nucci, “é a substância prescrita, o gesto, a palavra ou outro meio empregado e o diagnóstico realizado”.⁶⁵

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, reiteradamente, isto é, de forma habitual, pratica comportamentos previstos pelo tipo penal em exame.

Mesmo tratando-se de crime habitual, entendemos ser possível a tentativa, dependendo da hipótese concreta a ser analisada.

O simples fato de a ré ter recebido valores da vítima, prometendo-lhe a cura de sua enfermidade não autoriza a instauração de processo criminal, tendo em vista que, para se configurar o tipo penal do art. 284 do Estatuto Repressivo é necessária a prática de uma das condutas descritas em seus incisos (STJ, HC 59312/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 9/10/2006, p. 329).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo delito de *curandeirismo*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas pelo tipo penal relativo ao delito de curandeirismo pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada no preceito secundário do art. 284 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Nos termos do parágrafo único do mencionado artigo, se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito a multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas pelo art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *curandeirismo*, desde que não aplicada a majorante prevista pelo art. 258 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Religião e curandeirismo

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela caracterização do delito de curandeirismo na hipótese em que o agente **ministrava passes e obrigava adultos e menores a ingerir sangue de animais e bebida alcoólica, colocando em perigo a saúde e levando os adolescentes à dependência do álcool (REsp. 50426/MG; REsp. 1994/0019067-0, Rel. Min. Jesus Costa Lima, 5^a T., j. 10/8/1994, DJ 29/8/1994, p. 22.211).**

Parece-nos que a razão se encontra com Bento de Faria quando, analisando a questão e apontando os possíveis sujeitos ativos do delito de curandeirismo, assevera: “São assim geralmente inculcados, os praticantes da: cartomancia, feitiçaria, magia, macumba, cristalomancia, adivinhação etc.

No meu entender, não devem ser considerados como tais: • os ministros da Igreja quando praticam atos de *exorcismo*, porque são admitidos pelos seus cânones; • quem pratica ato de qualquer *religião* ou doutrina, inclusive o *espiritismo*, desde que não ofenda a moral, os bons costumes ou faça perigar a saúde pública, ou apenas busque demonstrações em proveito da ciência”.⁶⁶

Curandeirismo. Promessa de cura através de gestos e diagnósticos. Verificação. Alegação da ré que trabalha como mera orientadora. Argumento infundado. Condenação mantida. Irresignação improvida. A liberdade religiosa, assegurada na nossa Lei Maior, não se confunde com o baixo espiritismo manifestado por meio de palavras, gestos ou emprego de meios diversos para a cura de males físicos dos menos incultos, caracterizador de curandeirismo, crime de perigo que não exige a verificação de dano efetivo, contentando-se com a mera probabilidade de sua ocorrência (TJPB, Processo 888.1995. 001684-5/001, Rel. Des. José Martinho Lisboa, pub. 30/9/1995).

Pratica curandeirismo aquele que aplica passes, sacrificando animais e usando encenações com o fito de curar doenças de consulentes (TJRJ, AC 1989.050. 00663, Rel. Paulo Gomes da Silva Filho, DJ 21/8/1990).

Denúncia inepta

Se a inicial acusatória imputou à paciente a prática do delito de curandeirismo de forma genérica, deixando de detalhar qual a conduta por ela realizada que se adequa ao tipo penal atribuído, não explicitando quais os ‘trabalhos de curandeirismo’ foram praticados pela ré, resta configurado o constrangimento ilegal. Não se constata o atendimento dos requisitos do art. 41 do CPP, pois os fatos delituosos não se encontram devidamente expostos, com suas circunstâncias, de modo a permitir o exercício da ampla defesa (STJ, HC 59312/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 9/10/2006, p. 329).

Concurso de Crimes

Embora o curandeirismo seja prática delituosa típica de pessoa rude, sem qualquer conhecimento técnico-profissional da medicina e que se dedica a prescrever substâncias ou procedimentos com o fim de curar doenças, não se pode descartar a possibilidade de existência do concurso entre tal crime e o de exercício ilegal de arte farmacêutica, se o agente também não tem habilitação profissional específica para exercer tal atividade (STJ, *HC 36244/DF*, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., *RSTJ* 200, p. 549).

Condenação. Concurso material. Crimes de exercício ilegal da arte farmacêutica e de curandeirismo. Inadmissibilidade. Incompatibilidade entre os tipos penais previstos nos arts. 282 e 284 do Código Penal. Pacientes não ignorantes nem incultos. Comportamento correspondente, em tese, ao art. 282 do CP. Falta, porém, de laudo pericial sobre as substâncias apreendidas. Inadmissibilidade de exame indireto. Absolvição dos pacientes decretada. *HC* concedido para esse fim. Interpretação do art. 167 do CPP. Precedentes. Excluindo-se, entre si, os tipos previstos nos arts. 282 e 284 do Código Penal, dos quais só primeiro se ajustaria aos fatos descritos na denúncia, desse delito absolve-se o réu, quando não tenha havido perícia nas substâncias apreendidas (STF, *HC 85718/DF*, Rel. Min. Cesar Peluso, pub. 5/12/2008).

Forma qualificada

Art. 285. Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267.

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 322.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 866.

3 Atualmente, inc. VII do art. 386 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008.

4 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 744.

5 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 38.

6 Conforme Nélson Hungria (*Comentários ao código penal*, v. IX, p. 42/43).

7 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 335.

8 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 337.

9 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 872.

10 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 182.

11 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 49.

12 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 341.

13 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 458.

14 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 342.

15 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 210-211.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 875.

17 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 54.

18 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 55.

19 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 216.

20 CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*, p. 20.

21 Nesse sentido, Luiz Regis Prado (*Crimes contra o ambiente*, p. 185); Fernando Capez (*Curso de direito penal – Parte especial*, v. 3, p. 187); Rogério Sanches Cunha (*Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 613); Yuri Carneiro Coêlho (*Curso de direito penal didático*, p. 871); Cleber Masson (*Direito Penal esquematizado*, Parte especial, v. 3, p. 267).

22 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal – Parte especial*, v. III, p. 481.

23 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 66.

24 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 80.

25 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 80.

26 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal*, v. 3, p. 494.

27 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 86.

28 FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*, v. 2, p. 191.

29 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 885 - 886.

30 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 215.

31 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 88.

32 GUILLERMO LUCERO, Pablo; ANDRÉS KOHEN, Alejandro. *Delitos informáticos*, p. 15.

33 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3.

34 FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*, v. 3, p. 200.

35 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 235.

36 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 5.

37 Podemos ter uma ideia da gravidade da gripe espanhola por meio de algumas notícias veiculadas pela imprensa, a exemplo daquelas constantes do *Rio Jornal*, edições de 11 e 14 de outubro de 1918, que diziam: “Há três semanas que a mortandade no Rio de Janeiro vem orçando por aquela terrível cifra, cuja soma dá um total aproximado de 12.000 óbitos, o suficiente para tornar bem negro o peso de consciência dos culpados de tamanha desgraça pública. Pelas estatísticas oficialmente autorizadas ontem, o número de mortos é superior a 10.000. Não é temerário aduzir um pouco esse algarismo para ter o obturário real e efetivo, suprimindo o que se oculta e nega. Temos pois perto de 12.000

casos fatais sobre os 600.000 acometidos da peste reinante ou ‘simples gripe’ como dogmatiza a pretensão da medicina oficial”. “A moléstia transmite-se, propaga-se assim precipitadamente. As repartições públicas, as escolas, os escritórios de empresas de toda a espécie, as oficinas dos jornais, os estaleiros, as estradas de ferro estão ficando enormemente desfalcados de pessoal. Em todas as ruas, e a toda hora, vemos cair subitamente, tombar sobre a calçada, vítimas do mal estranho”. (Atualizamos a redação.) Revista Época. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT516998-1664,00.html>.

³⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 3, p. 239.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 892.

40 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 104.

⁴¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 15.

42 MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, Parte especial, v. 3, p. 307/308.

⁴³ MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*, p. 308.

⁴⁴ FRANÇA, Genival Vélos de. *Medicina legal*, p. 113.

⁴⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 20.

⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 543.

⁴⁷ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 110.

⁴⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 3, p. 248.

⁴⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 154.

50 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 3, p. 355.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v.

52 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v.

⁵³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 163.

⁵⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 38.

⁵⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 41.

⁵⁶ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 122.

57 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*

⁵⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 50.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 262.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 911.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p.

⁶³ FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*, v. 3, p. 265.

⁶⁴ FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 275.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 914.

Título IX – Dos Crimes contra a Paz Pública

Incitação ao crime Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

Introdução

O núcleo *incitar* tem o significado de estimular, instigar, induzir *etc.*

Tendo em vista a necessidade de que a incitação seja levada a efeito publicamente, gerando risco à paz social, podemos descartar a infração penal em exame quando a conduta do agente vier a ocorrer em locais reservados, a exemplo da que ocorre no ambiente familiar, ou até mesmo no interior de uma pequena empresa *etc.*

O delito pode ser praticado por meios diversos. Assim, poderá a incitação pública ocorrer não somente por intermédio das palavras pronunciadas pelo agente, como também por escritos, gestos, enfim, qualquer meio capaz de fazer com que seja produzido um sentimento de medo, de insegurança, de quebra da paz pública no meio social.

Exige a lei penal que a incitação seja dirigida à prática de *crime*, razão pela qual a incitação dirigida ao cometimento de *contravenções penais* não se configura no delito tipificado no art. 286 do Código Penal.

Além de dizer respeito tão somente a crimes, esses devem ser determinados pelo agente, a exemplo daquele que incita a multidão a linchar um delinquente que fora preso em flagrante ou, mesmo, a quebrar as vidraças das lojas no centro da cidade. Enfim, a incitação deverá ser dirigida à prática de determinada infração penal, não se configurando o delito quando ocorrer uma incitação vaga, genérica.

A configuração da tipicidade do delito previsto no art. 286 do Código Penal (incitação à prática de crime) é indispensável que o agente instigue pessoas determinadas ou indeterminadas da coletividade a praticar crimes específicos, pois a menção genérica não torna a conduta típica (TRF, 2^a Reg., ACr 2005.51.01.523553-8, Rel.^a Des.^a Fed. Liliane Roriz, DJU 17/7/2007, p. 172).

Não será preciso, para fins de reconhecimento do delito de *incitação ao crime*, que as pessoas pratiquem, efetivamente, o delito para o qual foram incitadas, pois que estamos diante de uma infração penal de perigo comum e concreto, embora grande parte da doutrina a entenda como sendo de perigo abstrato. Dessa forma, se o comportamento levado a efeito pelo agente, embora incitando publicamente a multidão a praticar um determinado delito, for inócuo, risível, não podemos simplesmente presumi-lo como perigoso, pois que o perigo criado à paz pública deverá ser demonstrado no caso concreto.

O art. 286, CP, incrimina a conduta de incitar, induzir, instigar, provocar, estimular a prática de qualquer

crime, quer criando a ideia do ilícito, quer reforçando propósito já existente. Se não houve exortação à prática de delito, não se caracteriza a infração em questão (TJMG, Processo 1.0000. 00. 296538-2/000 [1], Rel. Kelsen Carneiro, pub. 11/10/2002).

Incitação ao crime. Não o pratica quem, segundo a denúncia, não incitou ninguém à prática do delito, mas, ao contrário, teria acedido à instigação de terceiro (STF, HC 75.755/GO, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 17/2/1998).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois que se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (podendo, também, dependendo da forma como for praticado, ser considerado unissubsistente); transeunte (como regra, pois, na maioria dos casos, não será necessária a prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *Sujeito passivo* é a sociedade, que tem sua paz abalada em virtude da conduta levada a efeito pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A *paz pública* é o bem juridicamente protegido pelo delito de *incitação ao crime*.

Ao contrário do que entende Guilherme de Souza Nucci,¹ que aduz ser também a *paz pública* o objeto material do delito tipificado no art. 286 do Código Penal, entendemos que o delito em análise não prevê objeto material.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, incitando publicamente a prática de crime, coloca, efetivamente, em risco a paz pública, criando uma sensação de instabilidade social, de medo, de insegurança no corpo social.

Dependendo do meio utilizado pelo agente para incitar publicamente a prática de crime, será possível ou não o reconhecimento da tentativa.

A incitação ao crime tipificada no art. 286 do CP consuma-se independentemente de efetivar-se a prática delituosa sugerida (TJMG, AC 131594-2-0000735, Rel. Mercedo Moreira).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *incitação ao crime*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *incitar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *incitação ao crime* é de detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento do delito tipificado no art. 286 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

A divulgação, pela *internet*, de técnicas de cultivo de planta destinada à preparação de substância entorpecente não atrai, por si só, a competência federal. Ainda que se trate, no caso, de hospedeiro estrangeiro, a ação de incitar desenvolveu-se no território nacional, daí não se justificando a aplicação dos incs. IV e V do art. 109 da Constituição. Caso, pois, de competência estadual. Conflito do qual se conheceu, declarando-se competente o suscitante (STJ, CC 62949/PR, Rel. Min. Nilson Naves, S3, DJ 26/2/2007, p. 549).

Incitação ao crime e Lei de Segurança Nacional

Vide art. 23 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983).

Incitamento no Código Penal Militar

Vide art. 155 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Incitação ao Genocídio

Vide art. 3º da Lei nº 2.899/1956.

Incitação e concurso de pessoas

Estamos com Guilherme de Souza Nucci quando diz: “Se o destinatário da instigação for único e efetivamente cometer o crime, pode o autor da incitação ser considerado partícipe (art. 29, CP). Nessa hipótese, o crime de perigo (art. 286) é absorvido pelo crime de dano cometido. Entretanto, se forem vários os destinatários da incitação e apenas um deles cometer o crime, haverá concurso formal, isto é, o agente da incitação responde pelo delito do art. 286 e também pelo crime cometido pela pessoa que praticou a infração estimulada”.²

Incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional

Se a incitação disser respeito a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, será aplicado o art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

Apologia de crime ou criminoso Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

Introdução

O núcleo *fazer* é utilizado pelo texto legal no sentido de realizar, levar a efeito, manifestar etc. *Fazer apologia* significa enaltecer, realizar com afinco, engrandecer, glorificar, etc. Essa apologia deve ser realizada *publicamente*, bem como dizer respeito a *fato criminoso* ou a *autor de crime*. Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente a enaltecer, engrandecer, elogiar, aplaudir, em público, fato criminoso ou autor de crime.

Existe controvérsia doutrinária se o fato criminoso, constante como elemento do tipo penal em estudo, já deve ter acontecido ou se pode ser um fato apontado abstratamente, a exemplo daquele que enaltece o cometimento de um delito previsto em nosso Código Penal, mas não se referindo a um fato especificamente praticado por alguém.

Na verdade, o que a lei penal procura evitar é não somente o enaltecimento de um fato criminoso já acontecido, como também qualquer apologia à prática de um delito abstratamente considerado. A defesa, o engrandecimento, a justificação da prática do delito é que colocam em risco a paz pública.

Deve-se ter cuidado, no entanto, em fazer a distinção entre a apologia ao crime e as discussões que são necessárias ao desenvolvimento e aperfeiçoamento do próprio Direito Penal, sob pena de engessarmos esse ramo do direito. Assim, discussões acadêmicas sobre a necessidade de revogação de tipos penais, inclusive com justificativas e enaltecimentos de sua prática, como acontece com o delito de aborto, não podem se configurar no delito *sub examen*.

Apologia é manifestação do pensamento consistente no elogio de um fato criminoso ou do seu autor, feita publicamente para aprovar, louvar ou exaltar, o crime ou o seu praticante, ou ambos. Se não se faz referência elogiosa a nenhum tipo de infração penal e nem a qualquer criminoso, não há que se cogitar sequer, em tese, da existência da infração do art. 287 do Código Penal. (TJMG, Processo 1.0000.00.296538-2/000 [1], Rel. Kelsen Carneiro, pub. 11/10/2002) O artigo redigido pelo paciente e publicado em seu blog não apresenta elementos que permitam concluir pela tipicidade necessária à instauração da ação penal. Trata-se, sim, de mera expressão pública da opinião de um cidadão jornalista assegurada pela Constituição Federal em seus arts. 5º, inc. IV e IX, e 220, §1º (TJRS, HC 70038562302, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, DJe 13/10/2010).

A denúncia deve descrever a infração penal, com todas as suas circunstâncias. No caso do art. 287, CP, indicar a conduta que elogia ou incentiva ‘fato criminoso’, ou ‘autor do crime’. A apologia de contravenção penal não satisfaz elemento constitutivo desse delito. Além disso, imprescindível registrar que a apologia se deu publicamente, isto é, dirigida ou presenciada por número indeterminado de pessoas, ou em circunstância em que a elas possa chegar a mensagem. Só assim será relatado o resultado (perigo à paz pública), juridicamente entendido como a probabilidade (perigo concreto) de o crime ser repetido por outrem, ou seja, estimular terceiros à delinquência (STJ, *RHC 4660/RJ*, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., *DJ* 30/10/1995, p. 36.810).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (podendo, também, dependendo da forma como é praticado, ser considerado unissubsistente); transeunte (como regra, pois na maioria dos casos não será necessária a prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A *paz pública* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *apologia de crime ou criminoso*.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, levando a efeito a apologia de crime ou criminoso, coloca, efetivamente, em risco a paz pública, criando uma sensação de instabilidade social, de medo, de insegurança no corpo social.

Dependendo do meio utilizado pelo agente para fazer a apologia de crime ou criminoso, será possível ou não o reconhecimento da tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *apologia de crime ou criminoso*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *fazer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *apologia de crime ou criminoso* é de detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 287 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Apologia de crime e Lei de Segurança Nacional

Vide art. 22 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983).

Apologia de mais de um fato criminoso ou de mais de um autor de crime

Entendemos que, se numa mesma relação de contexto o agente fizer apologia de mais de um fato criminoso, ou mesmo de mais de um autor de crime, estaremos diante de infração penal única, não havendo que se falar em concurso de crimes.

Posicionando-se contrariamente a essa conclusão, adverte Noronha: “Apologia de fato criminoso não é apologia de um ou mais delitos. Pensamos, por conseguinte, que haverá concurso formal ou ideal de crimes: com a mesma ação, o sujeito ativo faz apologia, isto é, exalta ou elogia mais de um crime cometido.”³

Apologia ao crime e “Marcha da maconha”

O Supremo Tribunal Federal, através do seu Tribunal Pleno, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 187/DF, tendo como Relator o Min. Celso de Melo, publicado no DJe em 29/05/2014, decidiu que os participantes da “Marcha da maconha” não praticam o delito de apologia de crime, dizendo: “Marcha da maconha”. Manifestação legítima, por cidadãos da República, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim).

A liberdade de reunião como pré-condição necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político e no de tomada de decisões no âmbito do aparelho de Estado. Consequente legitimidade, sob perspectiva estritamente constitucional, de assembleias, reuniões, marchas, passeatas ou encontros coletivos realizados em espaços públicos (ou privados) com o objetivo de obter apoio para oferecimento de projetos de lei, de iniciativa popular, de criticar modelos

normativos em vigor, de exercer o direito de petição e de promover atos de proselitismo em favor das posições sustentadas pelos manifestantes e participantes da reunião. Estrutura constitucional do direito fundamental de reunião pacífica e oponibilidade de seu exercício ao Poder Público e aos seus agentes. Vinculação de caráter instrumental entre a liberdade de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento. Dois importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a íntima correlação entre referidas liberdades fundamentais: HC 4.781/BA, Rel. Min. Edmundo Lins, e ADI 1.969/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – . A liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República fundada em bases democráticas – . O direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias – . Abolição penal (*abolitio criminis*) de determinadas condutas puníveis – . Debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso – . Discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis – . O sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitem com o pensamento e os valores dominantes no meio social – . Caráter não absoluto de referida liberdade fundamental (cf., art. 5º, incisos IV, V e X; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, § 5º) – . A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevalecentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais – . O princípio majoritário, que desempenha importante papel no processo decisório, não pode legitimar a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e a prática legítima da liberdade de expressão, sob pena de comprometimento da concepção material de democracia constitucional – . A função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito – . Inadmissibilidade da “proibição estatal do dissenso” – . Necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de “livre mercado de ideias” – . O sentido da existência do *free marketplace of ideas* como elemento fundamental e inerente ao regime democrático (AC 2.695-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello). A importância do conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes. A livre circulação de ideias como signo identificador das sociedades abertas, cuja natureza não se revela compatível com a repressão ao dissenso e que estimula a construção de espaços de liberdade em obséquio ao sentido democrático que anima as instituições da República. As plurissignificações do art. 287 do Código Penal: necessidade de interpretar esse preceito legal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição. Legitimidade da utilização da técnica da

interpretação conforme à Constituição nos casos em que o ato estatal tenha conteúdo polissêmico. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada procedente.

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

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Introdução

O delito de *associação criminosa* vem tipificado no art. 288 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que alterou também sua rubrica, abandonando a denominação *quadrilha ou bando*, já consagrada pela doutrina e que, por razões da nova definição legal, já não se fazia mais pertinente.

Pela nova redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de se associarem três ou mais pessoas; b) para o fim específico de cometer crimes.

O núcleo *associar* diz respeito a uma reunião não eventual de pessoas, com caráter relativamente duradouro, ou, conforme preconiza Hungria: “*Associar-se* quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se *estável* ou *permanentemente*, para a consecução de um fim comum. [...] reunião estável ou permanente (que não significa *perpétua*), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. A nota da estabilidade ou permanência da aliança é essencial.”⁴

Assim, conforme as precisas lições de Hungria, o que difere, *ab initio*, o delito de associação criminosa (*societas delinquendi*) de um concurso eventual de pessoas (*societas criminis* ou *societas in crimine*) é o fato de a reunião criminosa, naquela situação, possuir, como dissemos, caráter relativamente duradouro. Dessa forma, os integrantes do grupo não se reúnem apenas, por exemplo, para a prática de um ou dois delitos, sendo a finalidade do grupo a prática constante e reiterada de uma série de crimes, seja a cadeia criminosa *homogênea* (destinada à prática de um mesmo crime), seja a *heterogênea* (que tem por finalidade praticar delitos distintos, a exemplo de roubos, furtos, extorsões, homicídios etc.).

Para efeitos de configuração do delito de *associação criminosa*, o art. 288 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, reduziu o numero mínimo de integrantes, passando a exigir um mínimo de três pessoas, uma vez que utiliza a expressão *três ou mais pessoas*, ao contrário do que ocorria anteriormente com o delito de quadrilha ou bando, onde era exigido um número mínimo de quatro integrantes.

Tratando-se de crime formal, de consumação antecipada, o delito de *associação criminosa* se configura quando ocorre a adesão do *terceiro* sujeito ao grupo criminoso, que terá por finalidade a prática de um número indeterminado de crimes. Não há necessidade, para efeitos de configuração do delito, que seja praticada uma única infração penal sequer em função da qual a *associação criminosa* foi formada. Se houver a prática dos delitos em razão dos quais a associação criminosa foi constituída, haverá concurso material de crimes entre eles.

Entendemos, ainda, tratar-se de crime de perigo comum e concreto, ao contrário da maioria da doutrina, que entende o tipo do art. 288 do Código Penal como um delito de perigo abstrato. Assim, estamos com Hungria, quando afirma que “não fora o grave perigo concreto que a organização [...] representa em si mesma, e não passaria de mero *ato preparatório*, penalmente irrelevante”.⁵

Narrando a denúncia esquema criminoso, dirigido ao cometimento de crime único em vez de múltiplos, atípica é a imputação, considerado o delito de associação criminosa (STF, INQ 4.013/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., DJe 25/08/2016).

A prática atribuída a conselheiros e membros do Ministério Público atuantes no Tribunal de Contas que, de maneira comissiva ou omissiva, organizam-se para reforçar rubrica orçamentária genérica e dela subtrair quantias expressivas ou desviá-las sem destinação pública tem aptidão para caracterizar associação criminosa (STJ, APn 702/AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, CE, DJe 1º/07/2015).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 1º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; permanente; plurissubjetivo; plurissubsistente (podendo, também, dependendo da forma como for praticado, ser considerado unissubsistente); transeunte (como regra, pois na maioria dos casos não será necessária a prova pericial).

Trata-se de crime autônomo, de perigo abstrato, permanente, de concurso necessário e independente daqueles que venham a ser praticados pelos agentes reunidos na *societas delinquentium*, além de ser inconfundível com o simples concurso eventual de pessoas e de subsistir autonomamente, ainda que os crimes para os quais foi organizado o bando sequer venham a ser cometidos ou tenha havido a extinção da punibilidade dos agentes em relação a eles (TRF-1ª Reg., HC 0001139-31.2014.4.01.0000/GO, Rel. Des. Fed. Henrique Gouveia da Cunha, DJe 7/3/2014).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *associação criminosa*, haja vista que o tipo penal em exame não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, que tem sua paz perturbada em razão da formação do grupo criminoso.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A paz pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *associação criminosa*.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito de *associação criminosa* se consuma no momento em que ocorre a integração do terceiro sujeito ao grupo, não havendo necessidade de ser praticado qualquer crime em virtude do qual a associação foi formada, tratando-se, pois, como já dissemos, de um delito de natureza formal, bastando que os sujeitos pratiquem a conduta prevista no núcleo do tipo, vale dizer, se associem, para o fim específico de cometer crimes, para efeitos de sua consumação.

Nesse sentido, salienta Hungria: “O momento consumativo do crime é o *momento associativo*, pois com este já se apresenta um perigo suficientemente grave para alarmar o público ou conturbar a paz ou tranquilidade de ânimo da convivência civil.”⁶

Não é admissível a tentativa.

Tratando-se de crime formal, é suficiente para a configuração do delito de formação de quadrilha (atual associação criminosa), nos termos do art. 288 do Código Penal – CP (na redação antiga, vigente à época), a associação de mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes, não sendo necessária a efetiva prática de delitos (HC 95.802/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28/5/2015) (STJ, AgRg no AREsp 747.868/DF, Rel. Min. Ericson Maranho – Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 04/12/2015).

Tratando-se de crime formal, consuma-se com a reunião criminosamente ordenada do grupo, independentemente da efetiva consumação dos crimes acordados, como crime de perigo tipificado para a proteção da paz pública (STJ, HC 200.444/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/03/2015).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *associação criminosa*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Para a doutrina majoritária, além do dolo, o agente deve atuar com um especial fim de agir, configurado na finalidade específica de praticar *crimes*, ou seja, um número indeterminado de delitos, o que diferenciará o delito em estudo de uma reunião eventual de pessoas, reconhecida como ato preparatório de algumas infrações penais, a exemplo do que ocorre no crime de furto.

Assim, o agente deverá ter vontade de se associar, bem como consciência de que se associa a um grupo, cuja finalidade será a prática de um número indeterminado de crimes, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo e,

consequentemente, a própria infração penal, tendo em vista a ausência de previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *associar* pressupõe um comportamento comissivo por parte dos agentes. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria se o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a permanência do grupo criminoso.

Modalidade qualificada

O art. 8º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, introduziu uma modalidade qualificada ao delito de *associação criminosa* dizendo que é de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

São precisas as lições de Renato Brasileiro de Lima nesse sentido: “Interessante notar que o art. 8º da Lei nº 8.072/90 não criou um novo tipo penal incriminador. Limitou-se apenas a estabelecer novos limites de pena. Por isso, na hipótese de 4 (quatro) indivíduos se associarem, por exemplo, para a prática de crimes de falsificação de remédios, deverão responder pelo crime do art. 273 do Código Penal, em concurso material com o delito previsto no art. 288 do Código Penal, porém com a aplicação da pena combinada pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90: reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos.”⁷

Causa especial de aumento de pena

O parágrafo único do art. 288 do Código Penal determina que a pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Aplica-se, portanto, a majorante, em virtude do maior juízo de censura sobre a associação criminosa, quando seus integrantes utilizam arma, seja ela considerada própria, isto é, destinada precipuamente ao ataque ou à defesa, a exemplo do revólver, fuzil, pistola, punhal etc., ou mesmo imprópria, vale dizer, aquela que não tem a finalidade precípua de ataque ou defesa, mas que é utilizada pelo grupo com essa finalidade, como barras de ferro, correntes, pedaços de pau, navalhas etc.

Não há necessidade, ainda, de que todos os elementos que integram a associação criminosa estejam armados para a aplicação da majorante, bastando que apenas um deles se encontre nessa condição para que todos tenham sua pena especialmente agravada. O importante é que todos que compõem a quadrilha ou bando conheçam a existência da arma, pois, caso contrário, não se poderá imputar aos membros que não sabiam da sua existência a majorante em estudo, sob pena de ser aplicado o raciocínio relativo à responsabilidade penal objetiva, tão repudiada pelo nosso Direito Penal.

Neste último caso, somente o agente que portava a arma (própria ou imprópria) e aqueles que conheciam sua existência é que terão suas penas especialmente agravadas.

Entendemos que o aumento mínimo deverá ser de 1/6 (um sexto), para que seja mantida a coerência com as demais causas de aumento de pena, previstas no Código Penal, que adota esse padrão mínimo. Assim, quanto maior a gravidade e a potencialidade lesiva do armamento utilizado pela associação criminosa, maior será o aumento da pena. A título de exemplo, se a associação criminosa utilizar de armas de fogo, como ocorre com os revólveres, pistolas, fuzis etc., esse aumento poderá alcançar o seu patamar máximo, ou seja, até a metade da pena aplicada; ao contrário, se a associação criminosa fizer uso de armas brancas, como é o caso das navalhas, facas etc., esse aumento poderá oscilar entre o mínimo de um sexto, podendo chegar (não se exclui essa hipótese, dependendo da gravidade da sua utilização), no patamar máximo (até a metade).

A nova redação que foi dada ao parágrafo único do art. 288 do Código Penal, pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, além de reduzir a majorante em estudo que, antes da modificação legal, fazia com que a pena fosse aplicada em dobro, inclui mais uma hipótese: a participação de criança ou adolescente.

Como veremos mais adiante, crianças e adolescentes poderão integrar a associação criminosa. Nesse caso, os imputáveis, que também dela participam, deverão ser responsabilizados com suas penas especialmente aumentadas, dado o maior juízo de censura que recai sobre seus comportamentos, quando se associam com crianças e adolescentes para o fim específico de cometem crimes.

No entanto, para que a majorante em estudo possa ser aplicada, os demais integrantes do grupo devem ter conhecimento de que se associam com crianças ou adolescentes, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no parágrafo único do art. 288 do Código Penal.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *associação criminosa* é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente, nos termos do parágrafo único do art. 288 do Código Penal.

Para a modalidade qualificada, será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não seja aplicada a majorante do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, bem como não se trate da hipótese qualificada de associação criminosa, nos termos do art. 8º da Lei nº 8.072/90.

Inimputáveis como integrantes da associação criminosa É importante salientar que, para efeito de reconhecimento do delito de associação criminosa, no que diz respeito ao número mínimo de integrantes necessário à sua configuração, basta tão somente que um deles seja imputável.

Assim, por exemplo, poderá ocorrer o delito tipificado no art. 288 do Código Penal se, para sua formação mínima, ou seja, três pessoas, houver dois inimputáveis, além do agente que já completou a maioridade penal. Este último deverá responder pelo delito de associação criminosa, com a pena especialmente aumentada, de acordo com o parágrafo único do art. 288 do estatuto repressivo, enquanto os inimputáveis serão responsabilizados pelo ato infracional praticado, nos termos da Lei nº 8.069/90.

No entanto, merece ser ressaltado, ainda, que somente os inimputáveis que tiverem capacidade de discernimento poderão fazer parte do cômputo do número mínimo exigido para a formação da associação criminosa. Na hipótese, por exemplo, em que dois agentes utilizem uma criança com apenas 5 anos de idade, que sirva de “isca” para as vítimas do crime de roubo, não podemos considerá-la membro integrante do grupo criminoso, em virtude de sua falta de discernimento no que diz respeito ao cometimento das infrações penais. Nesse caso, teríamos tão somente a prática de crimes de roubo, com a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no inc. II do § 1º do art. 157 do Código Penal.

Agentes não identificados Pode ocorrer, ainda, que se tenha prova suficiente da formação da associação criminosa, sem que, no entanto, se tenha conseguido identificar e qualificar todos os seus integrantes.

Assim, imagine-se que somente um ou dois dos agentes que compunham a associação criminosa tenham sido identificados. Poderia o Ministério Público, nesse caso, imputar-lhes a prática do delito tipificado no art. 288 do Código Penal? A resposta só pode ser afirmativa, desde que se tenha a certeza da existência dos demais membros que integravam o grupo, mas que se mantiveram no anonimato, ou seja, não foram devidamente identificados e qualificados pela autoridade policial.

O fundamental nessa hipótese, frise-se, é a convicção, a certeza cabal de que outras pessoas faziam parte do grupo criminoso, perfazendo o total mínimo exigido pelo tipo penal em estudo, vale dizer, 3 (três) pessoas. Isso será suficiente para a incriminação dos agentes que foram descobertos e denunciados.

Abandono por um integrante da associação criminosa depois de formada Pode ocorrer, ainda, que depois de formada a associação criminosa algum dos agentes queira dela se retirar. Nesse caso, poderíamos cogitar a aplicação do instituto da desistência voluntária, previsto no art. 15 do Código Penal? Não, haja vista que tal instituto somente se aplica quando o agente ainda não consumou a infração penal. No caso

da associação criminosa, o agente que, mesmo não tendo praticado qualquer delito em virtude do qual o grupo havia sido constituído inicialmente, colocando em risco a paz pública com a sua reunião, terá o condão de consumar o delito em estudo, impedindo, pois, a aplicação do instituto da desistência voluntária.

A sua saída, contudo, poderá ocasionar a quebra do grupo, se este se encontrava formado com o número mínimo, ou seja, três agentes.

Prática de delito pelo grupo, sem o conhecimento de um de seus integrantes Dissemos, em nossa introdução, que a associação criminosa deverá ser formada com caráter duradouro, permanente (mas, não eterno), para a prática de um número indeterminado de crimes, sejam eles homogêneos (infrações penais idênticas) ou heterogêneos (infrações penais variadas, diversas).

Entretanto, para que algum dos integrantes do grupo criminoso responda pelo delito praticado pela associação criminosa, faz-se mister que essa infração penal tenha ingressado na sua esfera de conhecimento. Assim, não poderá o agente, por exemplo, responder por um delito de latrocínio, mesmo pertencente à associação criminosa que o praticou, se não sabia, de antemão, que o grupo iria levar a efeito essa infração penal. Suponha-se que uma associação criminosa tenha sido formada com o fim específico de praticar furtos em residências supostamente abandonadas. Em determinado dia, sem que um dos agentes integrantes do grupo criminoso tivesse conhecimento, a associação criminosa se reúne e resolve, somente naquele dia, “levantar algum capital”, praticando um roubo a banco. Durante a empreitada, o vigilante da agência bancária é morto, permitindo a configuração do latrocínio. Nesse caso, poderia o agente que não participou da ação criminosa ser também responsabilizado pelo latrocínio? A resposta, aqui, só pode ser negativa, sob pena de ser responsabilizado objetivamente.

Assim, resumindo, o agente que pertence à associação criminosa somente poderá ser responsabilizado penalmente pelos crimes para os quais houver anuído, se tiver tomado conhecimento, previamente, das futuras ações do grupo ao qual faz parte.

Concurso eventual de pessoas e associação criminosa Infelizmente, a prática judiciária tem confundido o crime de associação criminosa com a reunião eventual de pessoas, fazendo com que estas respondam, indevidamente, pelo delito tipificado no art. 288 do Código Penal.

Conforme tivemos oportunidade de salientar, para que se configure o delito de associação criminosa será preciso conjugar seu caráter de estabilidade, permanência, com a finalidade de praticar um número indeterminado de crimes. A reunião desse mesmo número de pessoas para a prática de um único crime, ou mesmo dois deles, não importa o reconhecimento do delito em estudo.

Assim, imagine-se que um policial estivesse escutando a conversa, no interior de um bar, entre três pessoas que, naquele exato instante, decidiram praticar um crime de furto, ainda naquela noite, numa residência próxima daquele lugar, pois tomaram conhecimento de que os moradores haviam viajado, bem como que nela havia uma quantidade grande de aparelhos eletrônicos.

No momento em que saíam do estabelecimento comercial, a fim de cumprir o propósito criminoso, o policial os prende em flagrante pela formação da associação criminosa. Nesse caso, estaria correta a prisão em flagrante? Obviamente que não, pois estaríamos diante de um ato meramente preparatório de um crime de furto, e não de um delito de associação criminosa, que exige a característica fundamental da estabilidade, permanência, além da finalidade de praticar um número indeterminado de crimes.

Para a caracterização do crime descrito no art. 288 do Código Penal, é necessário, entre outros, o elemento subjetivo do tipo, consistente no ânimo de associação de caráter estável e permanente. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática de crimes (STJ, HC 217.000/BA, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 29/08/2016).

Concurso de pessoas como qualificadora ou majorante de outro crime O Código Penal, em várias de suas passagens, utiliza o concurso de pessoas como uma situação que, demonstrando maior juízo de censura, de reprovabilidade, permite que o crime se transforme em qualificado, ou faz com que, pelo menos, a pena aplicada seja especialmente agravada, como acontece, respectivamente, com os delitos de furto e roubo.

Nessas hipóteses em que o concurso de pessoas é levado em consideração a fim de aumentar a pena a ser aplicada aos agentes, eles poderiam, caso houvesse a efetiva formação da associação criminosa, responder por ambas as infrações penais, servindo a reunião permanente para qualificar ou mesmo agravar as penas?

A questão é controvertida. Parte de nossos autores entende perfeitamente possível o raciocínio do concurso de crimes sem que haja a necessidade de ser afastada a qualificadora ou majorante, não entendendo pelo *bis in idem*, em virtude do fato de que as infrações penais cuidam de bens jurídicos diversos.

Nesse sentido, trazemos à colação as lições de Weber Martins Batista, que, tratando especificamente do roubo, preleciona: “A associação de [...] pessoas para a prática de crimes, indeterminadamente, não é imprescindível, não é meio necessário à prática de roubo em concurso de agentes.

A razão da incriminação daquele crime e o motivo de agravamento da pena deste último derivam de razões diferentes. Num caso, busca-se proteger o sentimento de tranquilidade e segurança das pessoas, bem jurídico que é atingido mesmo quando não chega a ser praticado nenhum dos delitos que eram a razão da associação. No outro, no roubo qualificado pelo concurso de agentes, a punição mais severa visa a evitar a maior facilidade de cometimento do crime, o que ocorre quando são dois ou mais os executores. Sendo assim, porque diversa a vontade do Estado, ao definir os fatos puníveis, e diferentes os bens jurídicos protegidos pelas pessoas atingidas, não há como falar, na hipótese, em progressão criminosa ou em crime progressivo, em antefato ou em pós-fato impuníveis.”⁸

Apesar da indiscutível autoridade do renomado autor sobre o tema em estudo, ousamos dele discordar, pois não conseguimos deixar de visualizar, por mais que tentemos enfocar a

questão sob outros aspectos, que a reunião de pessoas estará servindo, duas vezes, à punição dos agentes, razão pela qual, mesmo havendo a possibilidade de, no caso concreto, até receberem penas menores, situação não incomum no Código Penal, não podemos tolerar o *bis in idem*. Sendo assim, somos partidários da segunda posição, que não permite o concurso entre o crime de associação criminosa com qualquer outra infração penal em que o concurso de pessoas seja utilizado como qualificadora ou majorante.

Finalidade de praticar contravenções penais O art. 288 do Código Penal é claro ao exigir que a associação criminosa tenha por finalidade específica a prática de crimes. Dessa forma, resta afastada do conceito de associação criminosa a reunião, mesmo que permanente, destinada ao cometimento de contravenções penais.

Associação para o tráfico ilícito de drogas O art. 35 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, dispõe sobre a associação para o tráfico ilícito de drogas: Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Renato Marcão, com autoridade, sob a vigência da revogada Lei nº 6.368/76, já afirmava pela necessidade de estabilidade da mencionada *associação* dizendo que era preciso “identificar certa permanência na *societas criminis*, que não se confunde com mera coautoria”.⁹

Merece ser registrada, ainda, a lição de Abel Fernandes Gomes, quando, analisando o art. 35 da nova Lei Antidrogas, preleciona: “O presente art. 35 põe fim a uma questão que adveio da vigência do art. 8º da Lei nº 8.072, de 2º de julho de 1990, denominada Lei dos Crimes Hediondos. É que este dispositivo alterou a sistemática do tratamento dos delitos de associação para prática de crimes, modificando para mais as penas do art. 288 do Código Penal. Na mesma oportunidade, explicitou que tais penas passariam a ser de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão, quando a associação se destinasse à prática de crimes hediondos, tortura, *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* ou terrorismo. Por essa razão, entendeu-se que pelo menos o preceito secundário do art. 14 da Lei nº 6.368/76, que tratava da associação para o tráfico, estaria derrogado pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90. Alguns autores concluíram que também o preceito primário do art. 14 estaria revogado, o que implicaria a ab-rogação desse mesmo art. 14 da Lei nº 6.368/76. Outros, ainda, optaram pela compreensão de que não houvera sequer a derrogação do art. 14, mas como a pena introduzida pelo art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos era mais benéfica para os crimes de associação, esta deveria ser aplicada às infrações ao art. 14 da Lei nº 6.368/76.

Para nós, sempre pareceu que haveria apenas a derrogação do art. 14, naquilo em que a sanção por ele prevista, que era de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão, e multa, passava, com

a edição da Lei nº 8.072/90, a ser de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão. Com o advento da Lei nº 11.343/2006, que expressamente dispõe que as penas aplicadas à infração do art. 3º serão de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 100 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, resta superada a problemática em torno da sucessão das Leis nº 1.368/76 e nº 8.072/90.”¹⁰

O crime de associação para o tráfico de drogas exige, para caracterização, o liame subjetivo entre os integrantes, a estabilidade e a permanência. Embora registros policiais por tráfico e associação para o tráfico não se prestem para exasperar a pena-base, em conformidade com o Enunciado 444 da Súmula do STJ, militam como evidência da dedicação dos acusados a atividades criminosas, impedindo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no

§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (TRF-1ª Reg., ACR 2010.36.01.001373-5/MT, Relª Desª Fed. Mônica Sifuentes, DJe 11/7/2014).

A condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, dada sua natureza autônoma, não caracteriza indício suficiente de que o acusado tenha participado das ações de tráfico. (TRF-1ª Reg., ACR 0014319-32.2010.4.01.3500/GO, Relª Desª Fed. Mônica Sifuentes, DJe 11/7/2014).

O crime de associação, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, por sua natureza formal, não carece do efetivo exercício do tráfico de entorpecente para a integração de sua potencialidade perigosa, nem é exigível habitual exteriorização de seu fim específico. No entanto, para se comprovar que os agentes (duas ou mais pessoas) estão associadas para o fim de traficar, é imprescindível que se apontem os elementos indicadores da vinculação subjetiva, entre eles, seu ânimo de permanência e estabilidade da sociedade criminosa. Não aplicação cumulativa das penas dos crimes de formação de quadrilha e de associação para a prática do tráfico de entorpecentes, em atenção aos princípios da especialidade e do *ne bis in idem*. (TRF-1ª Reg., ACR 2009.36.01.003142-1/MT, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, DJe 18/6/2014).

*Organização criminosa Até o advento da Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, não tínhamos um conceito legal de organização criminosa. Por essa razão, a doutrina criticava essa ausência normativa, indispensável à segurança jurídica, conforme as precisas lições de Gamil Föppel El Hireche: “Não existe, definitivamente, no plano ôntico, ‘crime organizado’, mas, caso o legislador pretenda tratar da matéria, precisa conceituá-la, sob pena de se violar o princípio da legalidade; O ‘crime organizado’ não poderia, assim, ficar sujeito a um tipo vago, impreciso, como elemento normativo do tipo; Não há um conceito único que reúna em si todas as pretensas manifestações da ‘criminalidade organizada’; Ao pretender tratar da criminalidade organizada, o legislador ordinário valeu-se de três expressões: bando ou quadrilha, associação e organização criminosa, sendo que as duas primeiras estão definidas em lei, a terceira, não; Na verdade, existiriam, para quem sustenta haver o fenômeno, três espécies no gênero ‘criminalidade organizada’, quais sejam: bando ou quadrilha, associação criminosa e organização criminosa”.*¹¹

Hoje, tal discussão perdeu o sentido, uma vez que a Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, inicialmente, definiu o conceito de organização criminosa em seu art. 2º, *verbis*:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a

4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Conforme previsto no art. 1º da referida lei, em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado, que será composto, de acordo com o § 2º do mesmo artigo, pelo juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico, dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição, para a prática de qualquer ato processual, especialmente: *I – decretação de prisão ou de medidas assecuratórias;*

II – concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão;

III – sentença;

IV – progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena;

V – concessão de liberdade condicional;

VI – transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e

VII – inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

A competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado, sendo que as reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial. Suas decisões devem ser devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, e serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro, de acordo com o disposto nos §§ 3º, 4º e 6º do art. 1º da Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.

Embora houvesse, a partir da referida Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, um conceito sobre organização criminosa, ainda não havia sido criado um tipo penal incriminador que acolhesse essa definição. Em 2 de agosto de 2013, foi publicada a Lei nº 12.850, definindo, no § 1º do seu art. 1º, mais uma vez, e com algumas diferenças do conceito anterior, a organização criminosa: *§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*

A nova definição diferiu, em alguns aspectos, daquela trazida inicialmente pela Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. Como se percebe, mediante a comparação dos textos legais: *a)* o novo diploma passou a exigir um mínimo de *quatro* pessoas para efeitos de configuração da organização criminosa, enquanto a lei anterior exigia um mínimo de *três*; *b)* a conceituação anterior era específica para os efeitos contidos na Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, enquanto a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, criou um conceito genérico de organização

criminosa; c) a Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, para efeito de reconhecimento da organização criminosa, exigia a prática de *crimes* cuja pena máxima fosse igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que fossem de caráter transnacional, enquanto a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, faz menção a infrações penais, ou seja, crimes ou contravenções penais, cujas penas máximas sejam *superiores* a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional; d) a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, não somente definiu, mais uma vez, o conceito de organização criminosa, como criou uma figura típica específica: *Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:*

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I – se há participação de criança ou adolescente;

II – se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III – se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV – se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V – se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

Com o advento da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, criando um novo conceito de organização criminosa, surgiram duas correntes doutrinárias. A primeira, defendendo a tese de que ambos os conceitos coexistem¹², cada qual com suas especificidades, sendo que o conceito anterior, trazido pela Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, seria aplicado somente para os efeitos por ela previstos, conforme o disposto na parte inicial de seu art. 2º. A segunda corrente, à qual nos filiamos, entende que o conceito anterior foi derrogado por aquele trazido pelo § 1º do art. 1º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Nesse sentido, trazemos à colação as lições de Guilherme de Souza Nucci, que aduz: “A novel previsão, exigindo quatro pessoas para configurar a organização criminosa, provoca a derrogação do art. 2º da Lei nº

12.694/2012 – que menciona TRÊS ou mais pessoas – pois não há sentido algum para se ter, no ordenamento nacional, dois conceitos simultâneos e igualmente aplicáveis do mesmo instituto. Logo, para se invocar o colegiado, independentemente da expressão ‘para os efeitos desta lei’, deve-se estar diante de autêntica organização criminosa, hoje com quatro pessoas no mínimo. Do mesmo modo, afasta-se do art. 2º da Lei nº 12.694/2012 a previsão de crimes cuja pena máxima seja igual a quatro anos. Somente penas superiores a quatro ou delitos transnacionais envolvem organização criminosa”¹³.

Infelizmente, mais uma vez, o legislador nos fez a “gentileza” de criar mais essa controvérsia. Deveria, no entanto, ter observado o disposto no art. 9º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que determina que a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas. Assim, da mesma forma que revogou, expressamente, a Lei nº 9.034/95, deveria ter procedido com o art. 2º da Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.

In casu, deverá ser aplicado o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), *verbis*:

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Ora, a lei posterior (nº 12.850, de 2 de agosto de 2013) trouxe um novo conceito de organização criminosa, regulando, nesse aspecto, inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (nº 12.694, de 24 de julho de 2012). Assim, devemos entender que somente existe um único conceito de organização criminosa, vale dizer, aquele trazido pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que deverá ser aplicado às situações previstas pela Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.

Prisão temporária *Se houver a formação de associação criminosa, será possível a decretação da prisão temporária dos agentes, nos termos do art. 1º, III, i, da Lei nº 7.960, 21 de dezembro de 1989, se presentes os demais requisitos por ela exigidos.*

Genocídio *A associação de mais de três pessoas para a prática dos crimes mencionados no art. 1º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, que prevê o delito de genocídio, importará na punição dos agentes com a metade das penas a eles cominadas, nos termos do art. 2º do referido diploma legal.*

Lei de Segurança Nacional *Os arts. 16 e 24 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, preveem, respectivamente, os seguintes delitos: Art. 16. Integrar ou manter associação, partido ou comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com emprego de grave ameaça:*

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Art. 24. *Constituir, integrar ou manter organização ilegal do tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa:*

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Delação premiada nas Leis no 7.492, de 16 de junho de 1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional), e no 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo) O § 1º do art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, incluídos pela Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995, fizeram previsão para a aplicação de redução de pena nas hipóteses de delação premiada, dizendo, respectivamente: Art. 25. [...].

§ 1º [...]

§ 1º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19/7/1995) Art. 16. [...].

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19/7/1995).

O legislador, influenciado principalmente pela legislação italiana, criou uma causa de diminuição da pena para o associado ou partícipe que revelar seus companheiros, batizada pela doutrina de delação premiada (Lei nº 9.807/99). O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, inclusive dos próprios réus, conceder perdão judicial, com a consequente extinção da punibilidade, desde que, sendo réus primários, tenham efetiva e voluntariamente colaborado com a investigação e com o processo criminal e dessa colaboração tenha resultado a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime (Lei nº 9.807/99) (STJ, AgRg no REsp 1.538.372/CE, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 22/06/2016).

A redução da pena de corrreu, por força de acordo de delação premiada (art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99) e de sua efetiva colaboração com a Justiça, tem natureza personalíssima e não se estende ao recorrente. O recorrente, que não estava obrigado a se autoincriminar nem a colaborar com a Justiça (art. 5º, LXIII, CF), exerceu seu direito constitucional de negar a prática dos ilícitos a ele imputados. Após adotar essa estratégia defensiva, por reputá-la mais conveniente aos seus interesses, não pode agora, à vista do resultado desfavorável do processo, pretender que lhe seja estendido o mesmo benefício reconhecido àquele que, desde o início, voluntariamente assumiu a posição de réu colaborador, arcando com os ônus dessa conduta processual, na expectativa de obter as vantagens dela decorrentes (STF, RHC 124.192/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª T., DJe 08/04/2015).

O instituto da delação premiada é um estímulo dado pelo Estado em busca da verdade processual, sendo um instrumento utilizado para ajudar na investigação criminal visando à repressão de certas formas de delitos, notadamente aqueles que apresentam conotações de crimes organizados. Os requisitos para o reconhecimento da delação são cumulativos, ou seja, para a aplicação da referida benesse, deve-se verificar a ocorrência de todos eles, quais sejam: 1) colaboração voluntária com a investigação policial ou o processo criminal; 2) identificação dos demais coautores ou partícipes do fato ilícito; 3) recuperação do produto do crime. Não faz jus ao benefício pretendido o simples fato do acusado em seu interrogatório apontar de quem ele teria adquirido os entorpecentes, não tendo assim efetivamente colaborado na investigação criminal, pois não houve

identificação de outros integrantes do grupo criminoso, com escopo de permitir a prisão destes e desbaratar a cadeia criminosa ou ainda a recuperação total ou parcial do produto do crime (TJES, AC 048110295069, Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas, j. 3/7/2013).

Colaboração premiada na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013

O agente que promove, constitui, financia ou integra, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, poderá ser beneficiado com o instituto da colaboração premiada, nos termos constantes da Seção I, do Capítulo I, da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Diz o art. 4º, *caput*, incs. I a V do referido diploma legal: *Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:*

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

No âmbito do acordo de colaboração premiada, conforme delineado pela legislação brasileira, não é lícita a inclusão de cláusulas concernentes às medidas cautelares de cunho pessoal, e, portanto, não é a partir dos termos do acordo que se cogitará da concessão ou não de liberdade provisória ao acusado que, ao celebrá-lo, encontre-se preso preventivamente. Segundo a dicção do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, a extensão do acordo de colaboração limita-se a aspectos relacionados com a imposição de pena futura, isto é, alude-se à matéria situada no campo do direito material, e não do processo (STJ, RHC 76.026/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 11/10/2016).

Causa especial de aumento de pena e novatio legis in mellius A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, modificou a redação que constava do parágrafo único do art. 288 do Código Penal. Inicialmente, dizia o aludido parágrafo único: Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou o bando é armado.

Atualmente, com a nova redação legal, o parágrafo passou a prever a seguinte majorante: **Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.**

Como se percebe, a atual redação legal beneficia aqueles que foram condenados pela antiga formação de quadrilha e que tiveram a pena dobrada em virtude de ter sido reconhecida a utilização de arma.

Nesse caso, terá aplicação o parágrafo único do art. 2º do Código Penal, que diz que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decidida por sentença condenatória transitada em julgado. Dessa forma, todos aqueles que foram condenados pela prática do crime tipificado no art. 288 do diploma repressivo, e que tiveram suas penas dobradas em virtude do reconhecimento do emprego de arma, deverão ter suas penas reduzidas, refazendo-se o cálculo, em sede de revisão criminal, para que sejam adequadas ao novo percentual de aumento, trazido pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Com o advento da Lei nº 12.850/2013, foi dada nova redação ao art. 288 do Código Penal, ocasião em que também foi reduzido o aumento previsto no parágrafo único. Assim, por ser *lex mitior* nesse ponto, deve retroagir para alcançar os delitos praticados anteriormente à sua vigência, por força do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal (STJ, HC 217.000/BA, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 29/08/2016).

Com o advento da Lei nº 12.850/2013, foi dada nova redação ao art. 288 do CP (formação de quadrilha), o qual passou a denominar-se crime de associação criminosa, reduzindo-se, ainda, o aumento do parágrafo único do dobro à metade, razão pela qual deve o novo regramento, mais benéfico, retroagir, para alcançar os delitos praticados anteriormente à sua vigência (STJ, HC 81.526/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 02/06/2015).

Delação premiada e Lei nº 11.343/06

Os benefícios do instituto da delação premiada devem ser reconhecidos, ao sujeito condenado, quando as informações voluntariamente prestadas sejam aptas à elucidação do evento delitivo investigado, relativo a delitos previstos na Lei nº 11.343/2006, possibilitando o êxito da persecução penal em desfavor de coautor ou partícipe, ou a recuperação total ou parcial do produto da infração. (TJBA, AC 0300037-53.2011.8.05.0001, DJe 11/12/2013).

Constituição de Milícia Privada Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

Introdução

A Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012, inseriu o art. 288-A ao Código Penal, criando o delito de *constituição de milícia privada*, atendendo, assim, ao disposto no item 1º, da Resolução nº 44/162, editada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, que preceitua: “Os governos proibirão por lei todas as execuções extralegais, arbitrárias ou sumárias, e zelarão para que todas essas execuções se tipifiquem como delitos em seu direito penal, e sejam sancionáveis como penas adequadas que levem em conta a gravidade de tais

delitos. Não poderão ser invocadas, para justificar essas execuções, circunstâncias excepcionais, como por exemplo, o estado de guerra ou o risco de guerra, a instabilidade política interna, nem nenhuma outra emergência pública. Essas execuções não se efetuarão em nenhuma circunstância, nem sequer em situações de conflito interno armado, abuso ou uso ilegal da força por parte de um funcionário público ou de outra pessoa que atue em caráter oficial ou de uma pessoa que promova a investigação, ou com o consentimento ou aquiescência daquela, nem tampouco em situações nas quais a morte ocorra na prisão. Esta proibição prevalecerá sobre os decretos promulgados pela autoridade executiva.”¹⁴

Com a criação do tipo penal em estudo, independentemente da punição que couber em virtude dos crimes praticados pelo grupo criminoso, a exemplo do que ocorre com o delito de homicídio, lesões corporais, extorsões, ameaças etc., também será punido com uma pena de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, aquele que, de acordo com o art. 288-A do diploma repressivo, vier a constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal.

O núcleo *constituir* tem o sentido de criar, trazer à existência, formar a essência; *organizar* significa colocar em ordem, preparar para o funcionamento, estabelecer as bases; *integrar* diz respeito a fazer parte integrante, juntar-se, reunir--se ao grupo; *manter* tem o sentido de sustentar; *custear* tem o significado de financiar, arcar com os custos.

As condutas elencadas pelo tipo penal devem ter a finalidade de constituir, organizar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão, com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal.

Paramilitares são associações ou grupos não oficiais cujos membros atuam ilegalmente, com o emprego de armas, com estrutura semelhante à militar. Atuam, ilegal e paralelamente às forças policiais e/ou militares. Essas forças paramilitares utilizam as técnicas e táticas policiais oficiais por elas conhecidas, a fim de executarem seus objetivos planejados. Não é raro ocorrer – e, na verdade, acontece com frequência – que pessoas pertencentes a grupos paramilitares também façam parte das forças militares oficiais do Estado, a exemplo de policiais militares, bombeiros, policiais civis e federais.

Preconiza o inc. XVII do art. 5º da CF: *XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.*

O art. 288-A do Código Penal menciona, ainda, as condutas de constituir, organizar, integrar, manter ou custear *milícia particular*. Definir, com precisão, o conceito de milícia, não é tarefa fácil. Historicamente, voltando à época do Império, os portugueses entendiam como “milícia” as chamadas tropas de segunda linha, que exerciam uma reserva auxiliar ao Exército, considerado de primeira linha. Como a polícia militar, durante muito tempo, foi

considerada uma reserva do Exército, passou, em virtude disso, a ser considerada milícia.

No meio forense, não era incomum atribuir-se a denominação “milícia” quando se queria fazer referência à Polícia Militar. Assim, por exemplo, quando, na peça inicial de acusação ou da lavratura do auto de prisão em flagrante, ou mesmo em qualquer manifestação escrita nos autos, era comum referir-se aos policiais militares que efetuavam a prisão como “milicianos”.

Infelizmente, nos dias de hoje, já não se pode mais utilizar essa denominação sem que com ela venha uma forte carga pejorativa. Existe, na verdade, uma dificuldade na tradução do termo “milícia”. Essa dificuldade foi externada, inclusive, no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito (Resolução nº 433/2008), da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, presidida pelo Deputado Marcelo Freixo, destinada a investigar a ação dessas novas “milícias”, no âmbito daquele Estado.

Tal dificuldade de conceituação pode ser vislumbrada já no início do referido Relatório, quando diz: “Desde que grupos de agentes do Estado, utilizando-se de métodos violentos passaram a dominar comunidades inteiras nas regiões mais carentes do município do Rio, exercendo à margem da Lei o papel de polícia e juiz, o conceito de milícia consagrado nos dicionários foi superado. A expressão milícias se incorporou ao vocabulário da segurança pública no Estado do Rio e começou a ser usada frequentemente por órgãos de imprensa quando as mesmas tiveram vertiginoso aumento, a partir de 2004. Ficou ainda mais consolidado após os atentados ocorridos no final de dezembro de 2006, tidos como uma ação de represália de facções de narcotraficantes à propagação de milícias na cidade.”¹⁵

Embora de difícil tradução, mas, para efeito de reconhecimento do tipo previsto pelo art. 288-A do Código Penal, podemos, inicialmente, subdividir as milícias em públicas, isto é, pertencentes, oficialmente, ao Poder Público, e *privadas*, vale dizer, criadas às margens do aludido Poder.

Dessa forma, as milícias podem ser consideradas, ainda, militares ou paramilitares. *Militares* são as forças policiais pertencentes à Administração Pública, que envolvem não somente as Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), como também as forças policiais (polícia militar), que tenham uma função específica, determinada legalmente pelas autoridades competentes. *Paramilitares* são as referidas anteriormente.

As milícias privadas, consideradas criminosas, ou seja, que se encontram à margem da lei, eram, inicialmente, formadas por policiais, ex-policiais e também por civis (entendidos aqui aqueles que nunca fizeram parte de qualquer força policial).

Suas atividades, no começo, cingiam-se à proteção de comerciantes e moradores de determinada região da cidade. Para tanto,

cobravam pequenos valores individuais, que serviam como renumeração aos serviços de segurança por elas prestados. Como as milícias eram armadas, havia, em algumas comunidades, o confronto com traficantes, que eram expulsos dos locais ocupados, como também com pequenos criminosos (normalmente pessoas que costumavam praticar crimes contra o patrimônio), que também eram expulsos daquela região ou mortos pelos milicianos.

A diferença fundamental, naquela oportunidade, entre a milícia privada e as forças policiais do Estado era que os milicianos não somente expulsavam os traficantes de drogas, por exemplo, mas também se mantinham no local, ocupando os espaços por eles anteriormente dominados, ao contrário do que ocorria com as forças policiais, que dali saíam após algum confronto com criminosos da região, permitindo que a situação voltasse ao *status quo*, ou seja, que retornasse ao domínio do grupo criminoso que ali imperava. Atualmente, com a implementação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), como vem acontecendo na cidade do Rio de Janeiro, a polícia vem ocupando os espaços que, antes, ficavam sob a custódia ilegal dos traficantes de drogas, que as mantinham sob o regime de terror.

Essa situação original da milícia privada a identificava como um grupo organizado, não formalizado, ou seja, sem a regular constituição de empresa, voltado para a prestação de serviço de segurança em determinada região. Quando havia empresa constituída, esta era puramente de fachada, ou seja, utilizada para dar aparência de legalidade aos serviços de segurança prestados, que, na verdade, eram impostos, mediante violência ou ameaça, à população.

Nesses locais é que também ocorria o chamado “bico” por parte dos integrantes das forças policiais. O “bico” diz respeito à atividade remunerada do policial, quando deixa seu turno de serviço, que é proibido em grande parte dos Estados da federação, e tolerado em outros, permitindo que o policial consiga auferir um ganho além do seu soldo ou vencimentos, auxiliando nas suas despesas pessoais.

Normalmente, as milícias exercem uma vigilância da comunidade por meio de pessoas armadas, que se revezam em turnos, impedindo, assim, a ação de outros grupos criminosos.

Com o passar do tempo, os membros integrantes das milícias despertaram para o fato de que, além do serviço de segurança, podiam também auferir lucros com outros serviços, por eles monopolizados, como aconteceu com os transportes realizados pelas “vans” e motocicletas, com o fornecimento de gás, TV a cabo (vulgarmente conhecido como “gatonet”), internet (ou “gato velox”, como é conhecida) *etc.*

Passaram, outrossim, a exigir que os moradores de determinada região somente adquirissem seus produtos e serviços mediante a imposição do regime de terror. A violência, inicialmente voltada contra os traficantes e outros criminosos, passou a ser dirigida, também, contra a população em geral, que se via compelida a aceitar o comando da milícia e suas

determinações. Para elas não havia concorrência, ou seja, ninguém, além dos integrantes da milícia, podia explorar os serviços ou mesmo o comércio de bens por eles monopolizado. Em caso de desobediência, eram julgados e imediatamente executados, sofrendo em seus corpos a punição determinada pela milícia (normalmente lesões corporais ou mesmo a morte).

Nesse sentido, são as lúcidas conclusões de Paulo Rangel, quando afirma: “Os moradores que não se submetem ao jugo miliciano, se negando a pagar, são ameaçados, torturados e mortos, quando menos expulsos da favela e suas casas ‘desapropriadas’.”¹⁶

Podemos tomar como parâmetro, para efeitos de definição de milícia privada, as lições do sociólogo Ignácio Cano, citado no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (pág. 36), quando aponta as seguintes características que lhe são peculiares: 1. controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular; 2. o caráter coativo desse controle; 3. o ânimo de lucro individual como motivação central; 4. um discurso de legitimação referido à proteção dos moradores e à instauração de uma ordem; 5. a participação ativa e reconhecida dos agentes do Estado.¹⁷

O art. 288-A do Código Penal também fez referência às condutas de constituir, organizar, integrar, manter ou custear *grupo*. Devemos nos perguntar: Que espécie de grupo é esse, abrangido pela redação do mencionado artigo? Para entendemos a que grupo se refere o tipo penal, distinguindo-o dos demais, devemos levar a efeito uma interpretação teleológica na Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012, que dispõe sobre o crime de *extermínio de seres humanos*, razão pela qual altera o Código Penal.

Esse grupo, portanto, apontado pelo tipo penal, só pode ser aquele ligado ao extermínio de pessoas, ou seja, um grupo, geralmente, de “justiceiros”, que procura eliminar aqueles que, segundo seus conceitos, por algum motivo, merecem morrer. Podem ser contratados para a empreitada de morte, ou podem cometer, gratuitamente, os crimes de homicídio de acordo com a “filosofia” do grupo criminoso, que escolhe suas vítimas para que seja realizada uma “limpeza”.

Não podemos confundir, contudo, a expressão “extermínio de pessoas”, utilizada pela Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012, com o delito de genocídio, previsto pela Lei nº 2.889/56, uma vez que, de acordo com o *caput* do art. 1º deste último diploma legal, pratica o delito aquele que atua com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, havendo previsão no art. 2º da referida lei para a associação criminosa, quando diz, textualmente: *Art. 2º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para a prática dos crimes mencionados no artigo anterior:*

Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos.

Conforme esclarecimentos do Deputado Federal Nilmário Miranda, Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara Federal, “a ação dos grupos de extermínio consiste numa das principais fontes de violação dos direitos humanos e de ameaça ao Estado de direito no país. Essas quadrilhas agem normalmente nas periferias dos grandes centros urbanos e têm seus correspondentes nos jagunços do interior. Usam estratégia de ocultar os corpos de suas vítimas para se furtar à ação da justiça, sendo que os mais ousados chegam a exibir publicamente sua crueldade. Surgem como decorrência da perda de credibilidade nas instituições da justiça e de segurança pública e da certeza da impunidade, resultante da incapacidade de organismos competentes em resolver o problema. Os embriões dos grupos de extermínio nascem quando comerciantes e outros empresários recrutam matadores de aluguel, frequentemente policiais militares e civis, para o que chamam ‘limpar’ o ‘seu bairro’ ou ‘sua cidade’”¹⁸.

Gerson Santana Arrais, discordando da possibilidade de se considerar grupo de extermínio as mortes ocorridas “gratuitamente”, e amparado na definição apontada pelo ilustre Deputado mineiro, assevera: As principais características dos grupos de extermínio são a matança de pessoas, após aqueles serem recrutados ou contratados por pessoas do comércio e outras empresas. Claramente, por óbvio, que esses exterminadores não fazem esse ‘serviço sujo’ sem ônus, não o fazem ‘de graça’. Certamente são pagos pelos contratantes – os maiores interessados. Assim, são profissionais do crime que não possuem, em primeiro plano, uma relação de desafeto com as vítimas do extermínio.

De tudo isso, não podemos nos furtar em concluir, com clareza e inquestionável lógica, que esses exterminadores, ao silenciar as suas vítimas, não estão animados por nenhum motivo de ordem pessoal em relação a elas (frieza e torpeza); são profissionais (recebem pelo que fazem, então alguém os paga); por serem frios e receberem por esse vil mister, agem com futilidade em relação à causa de agir; pelo profissionalismo e destreza que animam os seus perfis (bons atiradores, frios, experientes, treinados, profissionais, normalmente em bando), estão em grande condição de superioridade em relação à vítima ou às vítimas, as quais, na maioria das vezes, não têm possibilidade ou oportunidade de defesa.”¹⁹

A lei previu, ainda, as condutas de constituir, organizar, integrar, manter ou custear *esquadrão*. O raciocínio, aqui, é o mesmo que fizemos para efeitos de identificação do termo *grupo*. Embora o termo “esquadrão” diga respeito, normalmente, a uma pequena unidade militar ou força especial, como acontece com o esquadrão antibombas, antissequestro *etc.* também é utilizado pelas Forças Armadas em suas unidades aéreas, terrestres ou navais.

No entanto, entendemos que não é essa modalidade de esquadrão oficial a que se refere o tipo do art. 288-A do Código Penal, mas sim aquele de natureza clandestina, marginal, ou seja, que fica às margens da lei, e tem como finalidade precípua o extermínio de pessoas. São

conhecidos, na verdade, como esquadrão da morte, justamente por essa sua característica, a exemplo da Scuderie Detetive Le Cocq ou Esquadrão Le Cocq, que foi uma organização extraoficial criada em 1965, por policiais do Rio de Janeiro, com a finalidade de vingar a morte de um detetive, Milton Le Cocq. Cara de Cavalo, o bandido que matou Le Cocq, foi morto com mais de cem disparos e seu corpo coberto com o cartaz de uma caveira. A Scuderie Detetive Le Cocq atuou nas décadas de 1960, 1970, 1980 e começo da década de 1990. Além do Rio de Janeiro, outros Estados a organizaram, a exemplo de Minas Gerais e Espírito Santo.

Importante frisar que o esquadrão Le Cocq não era formado somente por policiais, mas também tinha por “sócios” políticos, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, advogados que se autointitulavam “irmãozinhos”, profissionais liberais, médicos *etc.*

Em Minas Gerais, na década de 1990, outro esquadrão da morte, conhecido como “Esquadrão do Torniquete”, trouxe terror à cidade de Belo Horizonte, matando suas vítimas sempre por estrangulamento, com a utilização de um torniquete. Embora tenha sido atribuída ao esquadrão a morte de 37 pessoas, apenas 4 integrantes do grupo foram identificados e condenados somente por cinco delitos de homicídio.

Esquadrões da morte podem incluir uma força policial secreta, grupo paramilitar ou unidades oficiais do governo, com membros oriundos dos militares ou da polícia. Eles também podem ser reconhecidos como “justiceiros”, uma vez que praticam execuções extrajudiciais dos “marginais” por eles escolhidos, como parte integrante de um projeto de “limpeza social”.

Determina a parte final do art. 288-A do estatuto repressivo que as condutas de constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão tenha por finalidade a prática de quaisquer dos crimes previstos no Código Penal.

Essa finalidade tem de ser analisada com reservas. Isso porque a forma como está redigido o artigo nos leva a acreditar que qualquer infração penal poderia ser objeto do delito em estudo, quando, na verdade, não podemos chegar a essa conclusão. Assim, por exemplo, não seria razoável imputar a uma organização paramilitar a prática do delito tipificado no art. 288-A quando a finalidade do grupo era a de praticar, reiteradamente, crimes contra a honra. Para essas infrações penais, se praticadas em *associação criminosa*, já temos o delito previsto no art. 288 do mesmo diploma repressivo, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Assim, de acordo com nossa posição, embora a parte final do art. 288-A diga que haverá crime de *constituição de milícia particular* quando o agente constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal, temos de limitar esses crimes àqueles que dizem respeito às atividades normalmente praticadas pelas milícias (*nomen juris* genérico dado aos comportamentos tipificados no art. 288-A do Código Penal), a

exemplo do crime de homicídio, lesão corporal, extorsão, sequestros, ameaças *etc.*

Por outro lado, como o tipo penal em estudo limitou o reconhecimento da infração penal à constituição de milícia privada para a prática dos crimes previstos no Código Penal, em virtude do necessário respeito ao princípio da legalidade, caso essa formação criminosa tenha sido levada a efeito, por exemplo, para a prática de crimes que estão previstos na legislação penal especial, a exemplo do que ocorre com o crime de tortura (Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997), tais fatos não poderão ser reconhecidos como hipóteses do delito de *constituição de milícia particular*. Caso contrário, haveria ofensa frontal ao referido princípio da legalidade, que exige, por meio de conceito de tipicidade formal, que o comportamento praticado se subsuma, perfeitamente, àquele previsto no tipo penal.

A denúncia descreve, ainda que de forma sucinta, que o recorrente, como policial militar, em concurso com outros policiais, atuou como um “segundo escalão” da Milícia, tendo se aproveitado de suas funções e das operações policiais de que participou para arrecadar armas e outras mercadorias de interesse da milícia. Nos crimes de autoria coletiva admite-se menor detalhamento da conduta individualizada dos denunciados, desde que possível a delimitação dos fatos para o exercício da ampla defesa, o que se deu na espécie (STJ, RHC 33.524/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 1º/04/2016).

Não há falar em ilegalidade na majoração da pena-base, quanto ao delito de constituição de milícia privada (art. 288-A do Código Penal), amparada em fundamentação concreta, consistente na formação de um grupo armado de cerca de 100 (cem) milicianos que, por mais de 15 (quinze) anos, impuseram “verdadeiro regime de terror entre moradores e comerciantes” da comunidade, tendo o recorrente, como líder do grupo, praticado todos os verbos do tipo penal em tela (STJ, REsp 1.497.490/RJ, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 18/06/2015).

Em apertada síntese, descreve a exordial acusatória que o quarteto de denunciados, dentre os quais o ora paciente, todos à época dos fatos policiais militares, integravam associação criminosa paramilitar (MILÍCIA) na Cidade de Nova Iguaçu e se associaram para praticar diversos crimes na localidade de Jardim Paraíso, no Km 32 e adjacências, vale por afirmar: homicídios, lesões corporais, extorsões, furto de sinal telemático, vulgarmente conhecido como ‘gatonet’, exercendo o monopólio na venda de gás e cestas básicas na comunidade. A denúncia, aliás, cujo afínco de sua subscritora deve ser destacado, afirma, ainda, que o referido grupo paramilitar, para viabilizar a exploração ilegal de suas atividades econômicas, estabeleciam limites e restrições à população local, impondo a todos um padrão de comportamento que não colocasse em risco seus objetivos, agindo com truculência contra aqueles que ousavam violar suas regras. (TJRJ, HC 0021622-48.2014.8.19.0000, Rel. Des. Gilmar Augusto Teixeira, j. 4/6/2014).

O acervo probatório constante dos autos demonstra de forma indene de dúvidas a atuação de uma quadrilha armada, integrada por policiais e não policiais, da qual os apelantes Diego Cerol, Anderson Japonês, Wagner Tiquinho e Marcelo Zorro, entre outros indivíduos não identificados, fazem parte, voltada para a prática de crimes no Município de Belford Roxo, mais precisamente no Bairro de São Vicente, especialmente homicídios qualificados, extorsões a traficantes, comércio ilegal de armas de fogo, exploração comercial de serviços de captação e distribuição clandestinas de sinal de televisão (‘Gatonet’) e exploração comercial de serviços de captação e fornecimento clandestinos de água potável, em ‘atividade típica de grupo de extermínios’. *Animus* associativo, estabilidade e permanência da organização devidamente demonstrados. Atividades de cada um dos integrantes bem descritas, com a divisão de tarefas para a garantia do êxito da empreitada criminosa (TJRJ, AC 0022228-57.2011.8.19.0008, Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, j.

20/5/2014).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 1º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); formal; de perigo comum; de forma livre; permanente; plurissubjetivo; plurissubsistente (podendo, também, dependendo da forma como for praticado, ser considerado unissubsistente); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *constituição de milícia privada*, haja vista que o tipo penal em exame não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é a sociedade.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A *paz pública* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *constituição de milícia privada*.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito de constituição de milícia privada prevê momentos consumativos diferentes, dependendo do comportamento praticado pelo agente. Assim, no que diz respeito ao núcleo *constituir*, a consumação ocorre quando o agente cria, inaugura uma milícia privada, com a reunião das pessoas que irão compô-la, independentemente da prática das futuras infrações penais que serão levadas a efeito pelo grupo criminoso. *Organizar* tem o sentido de colocar em ordem, tornar próprio para o funcionamento. Assim, quanto a esse núcleo, estaria consumado o crime quando o(s) agente(s) viesse(m) a praticar qualquer comportamento, seja para destinado à própria organização inicial da milícia privada (*nomen juris* dado de forma genérica ao tipo penal em estudo), seja para aperfeiçoar o funcionamento da já existente. *Integrar* que dizer fazer parte. Aqui o delito se consuma a partir do instante em que alguém integra, ou seja, começa a fazer parte da milícia privada. Consuma-se o crime com a prática do núcleo *manter* a partir do instante que o agente, de alguma forma, atua no sentido de sustentar a milícia privada. Por fim, também se entende por consumado o crime em estudo quando o agente *custeia*, ou seja, financia, arca com os custos para a constituição, organização ou mesmo a manutenção da milícia privada.

Ressalte-se que os comportamentos de constituir, organizar, integrar, manter ou custear devem ter por fim específico a organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão

com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal, desde que, como já afirmamos, sejam característicos desse grupo criminoso.

Tratando-se de um crime formal, de consumação antecipada, o delito de constituição de milícia privada restará consumado a partir do instante em que os agentes levarem a efeito qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal, independentemente de praticarem os crimes para os quais convergiam suas condutas. Tal como ocorre com o delito de associação criminosa, ocorrerá a consumação do delito previsto pelo art. 288-A antes mesmo da prática de quaisquer crimes, em virtude dos quais foi criado o grupo criminoso.

Obviamente que, na prática, o grupo será identificado após cometer os delitos para os quais havia sido criado. No entanto, analisando-o tecnicamente, em virtude de se tratar de um crime formal, caracterizado pelo especial fim de agir, traduzido na expressão *com a finalidade de praticar*, prevista pelo tipo penal *sub examen*, basta que qualquer dos verbos nucleares seja praticado para que a infração penal reste consumada.

Assim, imagine-se a hipótese em que os agentes, com a finalidade de dar início à prática dos crimes inerentes à milícia privada, façam uma primeira reunião, destinada à constituição e à organização do grupo criminoso. Ao final dessa reunião, antes mesmo de darem início às atividades criminosas na comunidade por eles escolhida como centro de suas atividades, quando o quarto elemento do grupo a eles se integra, nesse exato instante já está caracterizado o delito de constituição de milícia privada, podendo, a partir desse momento, ocorrer a prisão em flagrante de seus membros, uma vez que, formada a milícia privada, estamos diante de um crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo.

Dependendo do núcleo a ser praticado, será possível o reconhecimento da tentativa, desde que, na prática, se possa visualizar o fracionamento do *iter criminis*.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *constituição de milícia privada*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Além do dolo, o agente deve atuar com um especial fim de agir, configurado na finalidade de praticar *crimes previstos no Código Penal* que, insistimos em dizer, tenham relação direta com os fins inerentes à milícia privada.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *constituir*, *organizar*, *integrar*, *manter* ou *custear* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, nada impede que o agente, garantidor, podendo, dolosamente, não atue no sentido de impedir o crime de constituição de milícia privada, devendo por ele ser

responsabilizado a título de omissão imprópria. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que um policial, sabendo que em determinada localidade existe uma milícia privada já constituída e conhecendo a identidade de cada um dos seus integrantes, dolosamente, nada faz para prendê-los em flagrante, uma vez que, como dissemos, cuida--se de um delito permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, permitindo a prisão em flagrante enquanto durar a permanência.

Pena e ação penal

A pena prevista para o delito de *constituição de milícia privada* é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Diferença entre associação criminosa e a constituição de milícia privada Qual a diferença entre os delitos de associação criminosa, tipificados no art. 288 do Código Penal, e a constituição de milícia privada, prevista no art. 288-A do mesmo diploma repressivo?

Mais uma vez, o legislador nos fez a “gentileza” de editar um tipo penal sem que, para tanto, nos fornecesse dados seguros à sua configuração. No entanto, para que possamos levar a efeito a distinção entre os crimes previstos nos arts. 288 e 288-A do Código Penal, temos de buscar a natureza de cada formação criminosa, pois que, ambas, como se percebe pela redação de seus textos legais, são criadas com a finalidade de praticar crimes.

Aqui, já vale uma primeira ressalva. O art. 288-A, ao contrário do que ocorre com o art. 288, ambos do mesmo estatuto repressivo, prevê que a milícia privada tem a finalidade de praticar os crimes previstos no Código Penal, ou seja, limitou o reconhecimento da infração penal apenas aos crimes nele previstos. Ao contrário, o art. 288 não tem essa limitação, bastando, contudo, que estejamos diante de um *crime*, seja ele previsto ou não no Código Penal, ficando afastadas somente as contravenções penais.

Dessa forma, se um esquadrão de reúne com a finalidade de praticar torturas, como esse delito não se encontra no Código Penal, mas sim na legislação penal extravagante (Lei nº 9.455/97), não seria possível o reconhecimento do delito tipificado no art. 288-A, mas tão somente o do art. 288, ambos do Código Penal.

A pena para o delito de constituição de milícia privada é bem superior àquela prevista para o crime de associação criminosa. No entanto, ao contrário do que ocorre com o parágrafo único do art. 288 do Código Penal, não houve previsão para qualquer causa de aumento de pena na hipótese de utilização de armas pela milícia privada, o que é comum. Na verdade, se houvesse essa previsão, dificilmente não seria aplicada, uma vez que é da própria natureza da milícia privada a utilização de armas, como imposição do seu regime de terror. Assim, acreditamos que não se cuida de uma omissão legislativa, mas de uma opção do legislador em

já aplicar uma pena superior àquela prevista pelo art. 288 do Código Penal, já entendendo, de antemão, que a milícia se configura pela reunião de pessoas armadas.

Por outro lado, o fato de não prever o emprego de arma como causa de aumento de pena permitirá a aplicação do raciocínio correspondente ao concurso de crimes, ou seja, haverá concurso entre o delito de constituição de milícia privada, com o porte ilegal de armas, se houver.

Enfim, após essas ressalvas, voltamos ao nosso ponto de partida, a fim de distinguir quando uma reunião não eventual de pessoas, destinada a prática de crimes, poderá ser reconhecida como uma associação criminosa ou como uma milícia privada. Entendemos que o ponto de partida é a natureza de cada uma dessas reuniões de pessoas. A milícia goza de uma particularidade em relação à associação criminosa.

A prática nos demonstra que, quando uma milícia é formada, a finalidade é a obtenção de lucro, seja com o fornecimento de serviços ilegais (segurança privada, “gatonet”, “gato velox”, transportes coletivos por meio de vans, motocicletas etc.), seja com a venda de produtos (gás, água etc.). Dessa forma, a violência por ela empregada é destinada à manutenção dos seus serviços e produtos.

Assim, a partir de agora, o reconhecimento da associação criminosa deverá ser feito por exclusão, ou seja, quando não se tratar do crime de constituição de milícia privada, poderemos começar a reconhecer o delito tipificado no art. 288 do Código Penal.

Diferença entre a organização criminosa e a constituição de milícia privada A Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, definiu, inicialmente, o conceito de organização criminosa em seu art. 2º, verbis:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Em 2 de agosto de 2013, no entanto, foi publicada a Lei nº 12.850, que, por mais uma vez, conceituou a organização criminosa com algumas diferenças do texto anterior, revogando-o, tacitamente, conforme se verifica pela redação do § 1º do art. 1º: *Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.*

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que

sejam de caráter transnacional.

Não podemos negar que a milícia privada também se configura como organização criminosa, haja vista que também é estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas e tem como objetivo obter, direta ou indiretamente, vantagem (ainda que não de qualquer natureza, pois sua finalidade é obter vantagem de natureza econômica). Contudo, é necessário traçar distinções entre essas duas organizações criminosas.

Assim, voltamos a insistir, da mesma forma como fizemos quando do estudo da distinção entre o delito de constituição de milícia privada e a associação criminosa, que o crime tipificado no art. 288-A do Código Penal tem por finalidade, por meio de um regime de terror, imposto em determinada comunidade, ou seja, em um território previamente delimitado, obter lucros com o fornecimento de serviços ou produtos, ao passo que a organização criminosa, prevista pelo § 1º, do art. 1º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, embora tenha por fim a auferição de *vantagem de qualquer natureza*, não diz respeito ao domínio de determinado território, tal como ocorre com as milícias.

Por outro lado, não há limite de pena para a infração penal ser reconhecida como atividade característica da milícia privada, ao contrário do que ocorre com a organização criminosa, cujo mencionado § 1º do art. 1º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, exige a prática de infrações penais (crime ou contravenção), cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional, vale dizer, que ultrapassem as fronteiras do nosso país.

Existem, no entanto, pontos de contato entre o crime de constituição de milícia privada e a organização criminosa. Abel Fernandes Gomes, Geraldo Prado e William Douglas, dissertando sobre as principais características da organização criminosa, aduzem, com precisão, que assumem importante destaque, como seus traços característicos: “a utilização de meios de violência para intimidação de pessoas ou exclusão de obstáculos, com a imposição do silêncio que assegure a clandestinidade, ocultação e impunidade das ações delituosas praticadas [...], a conexão estrutural ou funcional com o poder público ou seus agentes, ingrediente necessário para assegurar sua existência e o sucesso de suas atividades, bem como possibilitar o alcance de outros de seus objetivos, a obtenção, manutenção e ampliação de poder.”²⁰

Ressaltam, ainda, que essas organizações criminosas jamais se confundem “com as meras quadrilhas (hoje entendidas como associações criminosas) constituídas para a prática de crimes, cujo potencial ofensivo à sociedade distingue-se, desde logo, pelo grau inferior que lhes é inherente”.²¹

Número necessário à caracterização do crime de milícia privada Ao contrário do que ocorre com o delito de associação criminosa, previsto pelo art. 288 do Código Penal, em que o tipo penal, corretamente, aponta o número de pessoas necessário à sua caracterização, vale dizer, no mínimo três (três ou mais

pessoas), a Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012, ao criar o delito de constituição de milícia privada, não teve o cuidado de esclarecer esse importante detalhe, evitando posições doutrinárias e jurisprudenciais divergentes.

O art. 288-A do Código Penal, no entanto, faz menção à organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão. Partindo desses elementos que compõem o tipo penal em análise, devemos apontar o número mínimo exigível para a configuração típica.

Alberto Silva Franco, com a precisão que lhe é peculiar, buscando o significado da palavra “grupo”, preleciona: “Em matéria penal, a ideia de grupo vincula-se, de imediato, a uma hipótese de crime plurissubjetivo, mas, nesse caso, quantas pessoas devem, no mínimo, compor o grupo? O texto é totalmente silente a respeito. Mas é óbvio que a ideias de ‘par’ colide, frontalmente, com a de ‘grupo’: seria, realmente, um contrassenso cogitar-se de um grupo composto de duas pessoas... De uma forma geral, quando estrutura uma figura plurissubjetiva, o legislador penal, em respeito ao princípio constitucional da legalidade, não deve deferir, ao juiz ou ao intérprete, a tarefa de especificar o numero mínimo de agentes. Deve quantificá-la, de pronto. A simples discussão sobre essa matéria evidencia a falha de técnica legislativa e põe a nu a ofensa ao princípio constitucional já mencionado. Um tipo penal não pode ficar para a garantia do próprio cidadão – e a legislação penal nada mais é, em resumo, do que uma limitação do poder repressivo estatal em face do direito de liberdade de cada pessoa – na dependência dos humores ou dos azares interpretativos do juiz.”²²

Conclui o renomado professor que a palavra “grupo” denota a necessidade de, pelo menos, quatro pessoas, posição à qual nos filiamos.

Embora tal análise diga respeito à expressão grupo de extermínio, prevista pelo inc. I do art. 1º da Lei nº 8.072/90, ela se amolda perfeitamente ao problema criado pelo art. 288-A do Código Penal, que também a utilizou sem, no entanto, identificar o número mínimo ao seu reconhecimento.

Con quanto possa haver divergência quanto ao número mínimo exigido ao reconhecimento do delito tipificado no art. 288-A do Código Penal, podemos tomar como referência o conceito de organização criminosa trazido pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que requer a associação de quatro ou mais pessoas.

Em sentido contrário, Rogério Sanches Cunha²³ e Cleber Masson²⁴ entendem que basta a reunião de, no mínimo, três pessoas, com as demais características que lhe são exigidas, a fim de que se configure o delito tipificado no art. 288-A do Código Penal.

A prática nos demonstra, ainda, que, quando estamos diante de milícias privadas, o número de seus componentes será, inclusive, bem superior a quatro pessoas, uma vez que exercem uma atividade extremamente complexa de controle de comunidades, onde necessitam de muitas pessoas para levarem a efeito a vigilância e controle dos territórios por eles assumidos. A

questão, portanto, cinge-se à necessidade de uma correta interpretação do tipo penal, independentemente do que ocorre na realidade prática.

Assim, concluindo, para que se possa reconhecer o delito tipificado no art. 288-A do Código Penal, faz-se necessária a presença de, no mínimo, quatro pessoas.

Novatio legis in mellius e Constituição de Milícia Privada

Não há que se falar em *novatio legis in melius* por conta da superveniência da Lei nº 12.720/2012, que introduziu o art. 288-A ao Código Penal e tipificou o crime de milícia privada. No novo tipo penal, o legislador deixou de prever a aplicação da pena em dobro na hipótese de milícia armada, contudo, não descartou o concurso formal entre o crime do art. 288-A e os delitos previstos no Estatuto do Desarmamento. E, considerando os inúmeros episódios em que a quadrilha se impôs à comunidade mediante a utilização ostensiva de armas de fogo, indubidosa a perspectiva de aplicação da fração máxima do art. 70 do CP, conduzindo a pena a patamares idênticos àqueles do art. 288, p. único c/c art. 8º da Lei nº 8072/90. (TJRJ, AC 0022228-57.2011.8.19.0008, Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, j. 20/5/2014).

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 918.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 918.

³ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 88.

⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 177-178.

⁵ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 177.

⁶ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 177.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*, p. 117.

⁸ BATISTA, Weber Martins. *Legislação criminal especial comentada*, p. 265-266.

⁹ MARCÃO, Renato. *Tóxicos*, p. 200-201.

¹⁰ GOMES, Abel Fernandes. *Nova lei antidrogas*, p. 35-36.

¹¹ HIRECHE, Gamil Föppel El. *Análise criminológica das organizações criminosas*, p. 147.

¹² Cf. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Organização criminosa – Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/2013*, p. 15.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa – Comentários à Lei 12.850*, de 02 de agosto de 2013, p. 22.

¹⁴ PRINCIPIOS relativos a uma eficaz prevenção e investigação de execuções extralegais, arbitrárias e sumárias: adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 24 de Maio de 1989, através da Resolução 1989/65, e aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 15 de dezembro de 1989, através da Resolução 44/162. DHnet. Disponível em:

<www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/exec/exec89.htm>. Acesso em: 29 set. 2012.

¹⁵ ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito*: Resolução nº 433/2008 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, p. 34. Disponível em:

<<http://www.marcelofreixo.com.br/site/upload/relatoriofinalportugues.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2012.

¹⁶ RANGEL, Paulo. *O processo penal e a violência urbana: uma abordagem crítica construtiva à luz da Constituição*, p. 152.

¹⁷ ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito*: Resolução nº 433/2008 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, p. 36. Disponível em:

<<http://www.marcelofreixo.com.br/site/upload/relatoriofinalportugues.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2012.

¹⁸ MIRANDA, Nilmário. A ação dos grupos de extermínio no Brasil. DHnet. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/nilmario/nilmario_dossieexternio.html> apud ARRAIS, Gerson Santana. *Homicídio simples praticado a partir de atividade de extermínio considerado como hediondo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14711/homicidio-simples-praticado-a-partir-de-atividade-de-externio-considerado-como-hediondo#ixzz27t0tXHHg>>. Acesso em: 29 set. 2012.

¹⁹ ARRAIS, Gerson Santana. *Homicídio simples praticado a partir de atividade de extermínio considerado como hediondo*. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/14711/homicidio-simples-praticado-a-partir-de-atividade-de-externio-considerado-como-hediondo#ixzz27t0tXHHg>>. Acesso em: 29 set. 2012.

²⁰ FERNANDES GOMES, Abel; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado*, p. 5.

²¹ FERNANDES GOMES, Abel; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado*, p. 6.

22 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*, p. 260.

23 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 687.

24 MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, Parte especial, v. 3, p. 417.

Título X – Dos Crimes contra a Fé Pública

Capítulo I – Da Moeda Falsa

Moeda Falsa Art. 289. Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro: Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.

§ 2º Quem, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade, é punido com detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 3º É punido com reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa, o funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão: I – de moeda com título ou peso inferior ao determinado em lei; II – de papel-moeda em quantidade superior à autorizada.

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem desvia e faz circular moeda, cuja circulação não estava ainda autorizada.

Introdução

O núcleo *falsificar* tem o sentido de imitar o que é verdadeiro, tornando-o parecido. A falsificação pode ocorrer por meio da *fabricação* ou da *alteração*. A fabricação, também reconhecida por *contrafação*, consiste em criar materialmente o objeto, que será utilizado como moeda metálica ou papel-moeda, fazendo-o passar por verdadeiro; já na falsificação-alteração, o agente se vale de uma moeda metálica ou de um papel-moeda já existente, isto é, verdadeiro, e modifica-lhe o valor, a fim de que passe a representar mais do que efetivamente vale.

Hungria, com precisão, dissertando sobre o tema, preleciona: “A alteração há de representar sempre uma ‘fraude’ contra a fé pública no tocante à moeda como instrumento de troca e trazer consigo, por isso mesmo, a capacidade de perigo de ‘um *praejudicium in incertam personam*’. Assim, não é crime de moeda falsa, por *alteração*, o fato de apagar ou modificar emblemas ou sinais impressos na moeda ou papel-moeda, desde que daí não resulte aparência de maior valor. Tome-se, por exemplo, o caso do extorsionário que, para evitar a

identificação do papel-moeda que recebeu como preço de um resgate, substitua o número das respectivas estampas e séries ou a numeração de cada exemplar: não cometerá o crime de falsidade numária. Muito menos se apresentará este com o fato de modificar moeda metálica para *acrescer* o seu valor intrínseco, ou de substituir, seja na moeda metálica, seja no papel-moeda, letras ou números, para *diminuir* o respectivo valor nominal. Não está isso, é certo, consignado na lei, com todas as letras, mas impõe-se como inferência lógica, pois o falso numário não é um puro fim em si mesmo, uma ‘arte por amor à arte’, mas a criação de um meio de *locupletação* ilícita, ainda que a lei não exija o *animus lucri faciendi* para especificar o dolo desse crime”.¹

Da mesma forma, não se configura no delito em estudo se o agente falsifica a moeda metálica ou o papel-moeda, de modo a diminuir-lhe o valor, pois, conforme ainda esclarece Hungria, “tal indivíduo não deveria ser submetido a processo penal, mas a processo de interdição, ou se metido numa casa de orates, pois o seu ato equivaleria ao de *jogar fora* ou *rasgar* dinheiro, isto é, ao mais iniludível indício de loucura, segundo o jocoso mas acertado provérbio popular”.²

A moeda metálica ou papel-moeda deve, de acordo com a redação constante do tipo penal que prevê o delito em estudo, ter curso legal ou forçado, no país ou no estrangeiro, ficando as pessoas, assim, obrigadas a recebê-lo, sob pena de praticarem a contravenção penal tipificada no art. 43 da LCP (Decreto-Lei nº 3.688/41),³ restando excluídas da infração penal em estudo as de curso *convencional* ou *comercial*.

Nos termos do art. 48, inc. XIV, da Constituição Federal: *Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:*

[...];

XIV – moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal;

[...].

Compete ao Conselho Monetário Nacional, nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 4.595/1964, regular o valor interno da moeda, bem como autorizar, nos termos do art. 4º, I, do mesmo diploma legal, as emissões de papel-moeda, segundo as diretrizes estabelecidas pelo presidente da República. Competirá, ainda, privativamente ao Banco Central da República do Brasil, conforme determina o art. 10, I, da Lei nº 4.595/1964, emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional.

A redação do art. 289 do Código Penal não ofende o princípio da proporcionalidade ao aplicar pena mais severa ao agente que promove a circulação de moeda falsa para obter vantagem financeira indevida, em

comparação ao que, após receber uma cédula falsa de boa-fé, para não sofrer prejuízo, a repassa a terceiros (STJ, AgRg no AREsp 815.155/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe de 1º/02/2016).

Para a configuração do crime de moeda falsa, previsto no art. 289, *caput* e § 1º, do Código Penal, é necessário que se evidencie a chamada *imitatio veri*, ou seja, é preciso que a falsidade seja apta a enganar terceiros, dada a semelhança da cédula falsa com a verdadeira. Constatada pela perícia que a falsificação das cédulas contrafeitas poderia iludir o homem comum, como de fato ocorreu, verifica-se, em princípio, a configuração do referido crime, cuja competência é da Justiça Federal (STJ, CC 117751/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Seção, *DJe* 14/5/2012).

A dificuldade para aferimento e comprovação do dolo no crime do art. 289 do CP exige a verificação dos elementos indicativos externos que expressam a vontade do agente, contendo em si todos os detalhes e circunstâncias que envolvem o evento criminoso, tais como a reação diante da descoberta da falsidade da cédula, o local onde elas foram encontradas, as mentiras desveladas pelas provas, entre outros. Demonstrado que o réu tinha ciência quanto à falsidade da moeda, está elidida a tese de ausência de dolo sob a alegação de desconhecimento de sua inautenticidade. A desclassificação da conduta para a figura privilegiada do art. 289, § 2º, do CP, requer prova inequívoca de que o agente, efetivamente, recebeu de boa-fé a moeda falsa ou alterada que restituui à circulação. É ônus da defesa, conforme preceitua o art. 156 do CP, demonstrar tal circunstância. No delito de moeda falsa, a consumação se dá com a efetiva prática de uma das ações previstas no § 1º do art. 289 do CP, independentemente de resultado lesivo. Logo, a mera guarda da nota espúria é suficiente para perfectibilizar o tipo penal. A obtenção de lucro fácil é o motivo comum que impele o agente no delito de moeda falsa. As circunstâncias estão ligadas a todos os demais elementos que permeiam a ação criminosa, sejam de ordem externa ou interna. O crime capitulado no art. 289 do CP é de ação múltipla e, por isso, o agente que pratica mais de um dos verbos nele incriminados pratica um só delito. Esta Turma já decidiu que não se pune duplamente o agente pela guarda e pela introdução na circulação, pois a primeira é pressuposto da segunda. Afastada a aplicação da majorante do art. 71 do CP (TRF 4ª Reg., ACr. 2005.72.04.011535-9, SC, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, *DEJF* 7/5/2010, p. 608).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de forma livre; instantâneo (nas modalidades *falsificar, fabricar, alterar, importar, exportar, adquirir, vender, trocar, ceder e introduzir*) e permanente (no que diz respeito à conduta de *guardar*); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que, no caso concreto, foi prejudicado com a conduta praticada pelo sujeito ativo, podendo tratar-se tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica.

Nos casos de prática do crime de introdução de moeda falsa em circulação (art. 289, § 1º, do CP), é possível a aplicação das agravantes dispostas nas alíneas ‘e’ e ‘h’ do inciso II do art. 61 do CP, incidentes quando o delito

é cometido ‘contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge’ ou ‘contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida’. De fato, a fé pública do Estado é o bem jurídico tutelado no delito do art. 289, § 1º, do CP. Isso, todavia, não induz à conclusão de que o Estado seja vítima exclusiva do delito. Com efeito, em virtude da diversidade de meios com que a introdução de moeda falsa em circulação pode ser perpetrada, não há como negar que vítima pode ser, além do Estado, uma pessoa física ou um estabelecimento comercial, dado o notório prejuízo experimentado por esses últimos. Efetivamente, a pessoa a quem, eventualmente, são passadas cédulas ou moedas falsas pode ser elemento crucial e definidor do grau de facilidade com que o crime será praticado, e a fé pública, portanto, atingida. A propósito, a maior parte da doutrina não vê empecilho para que figure como vítima nessa espécie de delito a pessoa diretamente ofendida (STJ, HC 211.052/RO, 6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 5/6/2014).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de moeda falsa.

O objeto material é a moeda falsa (metálica ou papel-moeda), de curso legal no país ou no estrangeiro, sobre a qual recai qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo.

Consumação e tentativa

O delito tipificado no *caput* do art. 289 do Código Penal se consuma quando o agente, efetivamente, realiza a falsificação, seja fabricando ou alterando moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no País ou no estrangeiro, não havendo necessidade, outrossim, de ser colocada em circulação.

A tentativa é admissível.

O crime de moeda falsa (CP, art. 289, *caput* e § 1º, do Código Penal) é formal e de perigo abstrato, tendo em vista que a mera execução da conduta típica presume absolutamente o perigo ao bem jurídico tutelado, sendo prescindível a obtenção de vantagem ou prejuízo a terceiros para a consumação. Ainda, trata-se de crime pluridimensional, pois, além de proteger preponderantemente a fé pública, de forma mediata, assegura o patrimônio particular e a celeridade das relações empresariais e civis. Por conseguinte, a quantidade de notas falsificadas e o valor do negócio jurídico celebrado são fatores coadjuvantes da tutela penal do tipo, não havendo falar, pois, em ausência de periculosidade social da ação, diante da plurifensividade do crime (STJ, HC 210.764/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 28/06/2016).

A colocação em circulação de moeda falsa hábil a enganar o homem comum e a comprovação da consciência de sua falsidade são suficientes para ensejar um decreto condenatório (TRF, 1ª Reg., ACR 2002.38.00.041089-9/MG, Rel. Cândido Ribeiro, pub. 17/7/2009).

O delito em foco, de ação múltipla, consumou-se na modalidade guardar moeda falsa, sendo irrelevante que, em relação à hipótese de introduzir na circulação, tenha ocorrido somente tentativa (TRF, 2ª Reg., ACR 2002.51.01.490146-3, Rel. Sergio Schwitzer, j. 30/4/2003).

Ocorre consumação do tipo moeda falsa a efetiva falsificação, prescindindo de quaisquer outros resultados

para sua configuração. Hipótese de flagrante esperado, onde a conduta criminosa é conhecida e as providências tomadas visam comprovar o dolo do agente. A guarda de moeda falsa constitui crime permanente, inadmitindo, portanto, a tentativa. É indispensável que o agente tenha ciência da falsidade da moeda, que deve ser apta para enganar o homem médio (TRF, 2^a Reg., ACr. 96.02.40859-6, Rel. Luiz Antônio Soares, j. 4/11/1998).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *moeda falsa*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Diante da inexistência de prova suficiente para condenação, relativa ao conhecimento pelo acusado da falsidade da moeda, deve ser mantida sua absolvição, com base no atual art. 386, VII, do Código de Processo Penal (TRF 1^a Reg., ACr. 2004.35.00.008 620-1, Rel. Tourinho Neto, pub. 3/7/2009).

A despeito da comprovação da materialidade e autoria do crime, vale registrar que para a configuração do delito de guarda de moeda falsa deve ser comprovada a ciência inequívoca da falsidade por parte dos agentes. Meros indícios ou conjecturas não bastam para firmar um decreto condenatório, que deve alicerçar-se em provas estremes de dúvidas, o que incorre na hipótese dos autos (TRF 1^a Reg., Processo 200738 120002027, ACR/MG, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, pub. 18/3/2008).

O tipo previsto no art. 289, § 1º, CP, necessita que haja a devida comprovação de que o agente sabia efetivamente de ser falsa a moeda. A falta de certeza de que o réu tinha ciência quanto à falsidade da cédula leva à conclusão pela ausência de dolo, sendo o caso de aplicar-se o princípio do *in dubio pro reo* (TRF, 5^a Região, ACR-5041/PE, Rel. Des. Margarida Cantarelli, pub. 12/3/2008).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *falsificar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Circulação de moeda falsa

Trata-se de tipo misto alternativo no qual o agente, inclusive, poderá, ele próprio, ter levado a efeito a falsificação prevista no *caput* do art. 289 do Código Penal para, posteriormente, como é comum acontecer, colocá-la em circulação. Se assim o fizer, praticando algum dos comportamentos previstos no § 1º do mencionado artigo, deverá, outrossim, ser responsabilizado por uma única infração penal, e não haverá que se falar, *in casu*, em concurso de crimes.

A colocação em circulação de moeda falsa pelos acusados, que tinham consciência de sua falsidade, é suficiente para ensejar a condenação no crime previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal (TRF, 1^a R., ACR 20800920094013701/MA, Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Carvalho Veloso, DJFI 13/8/2010, p. 130).

Para que uma conduta se amolde ao § 1º do artigo 289 do Estatuto Repressivo, o agente deve ter plena consciência de que esteja importando, exportando, adquirindo, vendendo, trocando, cedendo, emprestando, guardando ou introduzindo moeda falsa em circulação. É o elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade consciente e livre de praticar as ações descritas, tendo ciência da falsidade da moeda. Trata-se de crime de ação múltipla, de modo que as diferentes condutas que o compõem, praticadas pela mesma pessoa, constituem um só delito, consumando-se com a prática de qualquer uma das ações que o corporificam, independentemente

da ocorrência de resultado lesivo (TRF, 4^a Reg., ACr 2007.70.01.003639-5, PR, Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, DEJF 13/8/2010, p. 849).

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de que, para a ocorrência do delito previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal (circulação de moeda falsa), é indispensável que o produto utilizado apresente semelhança com o verdadeiro, podendo ser confundido com o autêntico, vale dizer, capaz de ofender a fé pública (STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, S3, CC 34277/MG, DJ 10/2/2003 p. 169).

Modalidade privilegiada

O § 2º do art. 289 do Código Penal prevê uma modalidade privilegiada do delito de *moeda falsa*.

Por meio desse tipo derivado privilegiado, percebe-se que a lei penal pune com menor rigor a conduta daquele que, de boa-fé, recebeu moeda falsa e depois, tomando conhecimento da falsidade, quis evitar o prejuízo, restituindo-a à circulação.

O crime de circulação de moeda falsa exige, para sua caracterização, o dolo genérico – vontade livre e consciente de, entre outros verbos descritos no tipo, guardar ou introduzir em circulação moeda que se sabe ser falsa (STJ, HC 208.122/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T, DJe 21/06/2016).

Tratando-se de delito previsto no § 2º, do art. 289, do CP, imprescindível o dolo consistente no conhecimento da falsidade da moeda, conforme elemento descrito no tipo penal. Celso Delmanto, ao comentar sobre o § 2º do art. 289 do CP, anota que, ‘embora recebendo a moeda de boa-fé, o agente a restitui à circulação (passa a moeda a terceiro de boa-fé), depois de conhecer a falsidade, ou seja, após ter certeza de que ela é falsa. [...] No caso de dúvida quanto ao conhecimento da falsidade, a solução deve beneficiar o agente, pois o crime não é punido a título de culpa’ (*Código Penal comentado*, 5. ed., São Paulo: Renovar, 2000, p. 515). Indemonstrado, pois, o dolo por parte dos agentes da prática de delito que não admite modalidade culposa, não há falar em manutenção do édito condenatório (TRF, 2^a Reg., ACr. 2002.50.01.008679-5, Rel. Benedito Gonçalves, j. 28/4/2004).

Modalidade qualificada

É prevista no § 3º pelo art. 289 do Código Penal, que diz ser punido com reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa, o funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão: I – de moeda com título ou peso inferior ao determinado em lei; II – de papel-moeda em quantidade superior à autorizada.

Desvio e circulação antecipada

A conduta prevista pelo § 4º do art. 289 do Código Penal diz respeito ao fato de o agente desviar e fazer circular moeda antecipadamente, ou, conforme preleciona Ney Moura Teles, dando “à moeda destino que ela não tinha naquele momento, colocando-a em circulação antes da data autorizada. A moeda verdadeira, fabricada, apta a entrar em circulação, não o pode, por não ser o momento próprio. O agente, entretanto, desvia-a e a coloca em circulação antecipadamente”.⁴

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada à modalidade fundamental do delito de *moeda falsa* é de reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Para o delito de *circulação de moeda falsa*, tipificado pelo § 1º do art. 289, a pena é a mesma prevista pelo *caput*.

Será de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, a pena para aquele que, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação depois de conhecer a falsidade.

Para as modalidades qualificadas constantes dos §§ 3º e 4º do art. 289 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito previsto no § 2º do art. 289 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

A Justiça Federal é competente, conforme disposição do inciso V do art. 109 da Constituição da República, quando se tratar de infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, como é caso do racismo, previsto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário, assim como nos crimes de guarda de moeda falsa, de tráfico internacional de entorpecentes, de tráfico de mulheres, de envio ilegal e tráfico de menores, de tortura, de pornografia infantil e pedofilia e corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais (STJ, CC 132.984/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, S3, DJe 02/02/2015).

A grande quantidade de cédulas falsas apreendidas deve ser considerada como demonstrativa de maior reprovabilidade da conduta, apta a ensejar a majoração da pena-base, em razão da finalidade na norma legal, que busca proteção da fé pública. Quanto maior a quantidade de notas ou metais falsos, mais expressiva será a exposição da fé pública ao perigo, eis que, quanto maior a circulação, maior o número de pessoas que serão atingidas, daí a maior reprovabilidade da conduta (STJ, REsp. 1170922/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJe 14/3/2011).

Restando dúvida quanto à qualidade da falsificação, bem como havendo conexão com o crime do art. 291 do Código Penal, a competência é da Justiça Federal (STJ, CC 30147/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, S3, DJ 12/9/2005 p. 206).

Mostrando-se a falsificação apta a ludibriar pessoa de conhecimento comum, a sua introdução em circulação caracteriza, em tese, o delito previsto no art. 289, § 1º, do CP, ensejando o processo e julgamento do feito pela Justiça Federal (TJMG, RESE 1.0000.00. 345985-6/000[1], Rel. Tibagy Salles, DJ 24/10/2003).

Falsificação grosseira, sem qualquer capacidade de iludir as pessoas

Tem-se afastado a infração penal em estudo quando a falsificação é grosseira, pois, conforme esclarece Fragoso, “as falsificações grosseiras (como as notas do ‘Banco da Felicidade’), capazes somente de iludir os cegos, os simples e imaturos de mente, não constituem perigo para a fé pública e não é punível como moeda falsa, mas, tão só, como

estelionato, se for o caso.”⁵

Hipótese na qual o laudo pericial aponta a má qualidade da moeda falsificada e as circunstâncias dos autos indicam que ela não possui a capacidade de ludibriar terceiros. “A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual” (Súmula nº 73/STJ) (STJ, CC 135.301/PA, Rel. Min. Ericson Maranho, Desembargador convocado do TJ-SP, S3, DJe 15/04/2015).

Conquanto os crimes de falso sejam formais, prescindindo da ocorrência de resultado naturalístico consistente no efetivo prejuízo para alguém com a utilização do papel falsificado, o certo é que esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que a falsificação grosseira, porque desprovida de potencialidade lesiva, não é capaz de tipificar os delitos contra a fé pública (STJ, HC 278239/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 12/6/2014).

Merece destaque, ainda, a Súmula nº 73 do Superior Tribunal de Justiça, que diz: **Súmula nº 73. A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, de competência da Justiça Estadual.**

Esta Corte Superior firmou entendimento de que para a ocorrência do delito previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal é necessário que a nota utilizada seja semelhante à autêntica, a ponto de ser com esta confundida, o que não ocorre no caso em questão, tratando-se, portanto, do crime de estelionato. Segundo a Súmula nº 73/STJ, apresentando-se grosseira a falsificação, configura-se o crime de estelionato, de competência da Justiça Estadual (STJ, CC 115620/SP, Rel. Min. Og Fernandes, S3, DJ 28/3/2011).

Moeda que não possui curso legal utilizada pelo agente

Se o agente falsifica, por exemplo, moeda de curso convencional ou comercial, o fato não se subsumirá ao tipo penal em exame, podendo, no entanto, configurar-se no delito de estelionato, caso estejam presentes os elementos necessários ao reconhecimento do art. 171 do Código Penal.

Competência para julgamento

Não sendo grosseira a falsificação, afastando-se, portanto, a Súmula nº 73 do STJ, competirá à Justiça Federal o processo e julgamento do delito de moeda falsa.

Conflito negativo de competência entre as Justiças Estadual e Federal. Moeda falsa. Laudo pericial. Falsificação grosseira. Incidência da Súmula nº 73/STJ. Competência da Justiça Estadual. Hipótese na qual o laudo pericial aponta a má qualidade da moeda falsificada e as circunstâncias dos autos indicam que ela não possui a capacidade de ludibriar terceiros. “A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual” (Súmula nº 73/STJ) (STJ, CC 135.301/PA, Rel. Min. Ericson Maranho, Desembargador convocado do TJ-SP, S3, DJe 15/04/2015).

Constatado por laudo pericial não se tratar de falsificação grosseira, estando a nota apta a circular livremente no mercado por reunir condições de ludibriar o homem comum, não há que se falar em aplicação do enunciado nº 73 da Súmula do STJ, caracterizando-se, em tese, o crime de moeda falsa, de competência da Justiça Federal (STJ, HC 119340/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, pub. 30/3/2009).

Princípio da insignificância e circulação de moeda falsa

In casu, imputou-se ao paciente a prática do delito tipificado no art. 289, § 1º, do Código Penal. Tratando-se de crime cujo bem protegido é a fé pública, entende a jurisprudência pacífica desta Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, que não se aplica o princípio da insignificância, levando-se em consideração, também, o fato de que o paciente é reincidente (precedentes) (STJ, HC 335.096/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 03/02/2016).

O bem jurídico tutelado pelo art. 289 do Código Penal (moeda falsa) é a fé pública, a credibilidade da moeda e a segurança de sua circulação. Independentemente da quantidade e do valor das cédulas falsificadas, haverá ofensa ao bem jurídico tutelado, razão pela qual não há que se falar em mínima ofensividade da conduta do agente, o que afasta a incidência do princípio da insignificância (STJ, AgRg no AREsp 509.765/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/03/2015).

A decisão agravada está respaldada na jurisprudência desta Corte, segundo a qual é inaplicável o princípio da insignificância ao delito descrito no art. 289 do Código Penal [STJ, AgRg. no AREsp. 282676/AC, Rel^a Min^a Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJSE), 6ª T., DJe 16/5/2014].

Ainda que as cédulas falsificadas sejam de pequeno valor, não é possível aplicar o princípio da insignificância ao crime de moeda falsa, pois se trata de delito contra a fé pública, que envolve a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional, o que descaracteriza a mínima ofensividade da conduta do agente de modo a excluir a tipicidade do fato. Precedentes do STF e do STJ (STJ, HC 187077/GO, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5ª T., DJe 18/2/2013).

Crimes assimilados ao de moeda falsa Art. 290. Formar cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmentos de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros; suprimir, em nota, cédula ou bilhete recolhidos, para o fim de restituí-los à circulação, sinal indicativo de sua inutilização; restituir à circulação cédula, nota ou bilhete em tais condições, ou já recolhidos para o fim de inutilização: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. O máximo da reclusão é elevado a 12 (doze) anos e multa, se o crime é cometido por funcionário que trabalha na repartição onde o dinheiro se achava recolhido, ou nela tem fácil ingresso, em razão do cargo.

Introdução

São essas as condutas previstas no tipo penal em exame: *a)* formar cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmentos de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros; *b)* suprimir, em nota, cédula ou bilhete recolhidos, para o fim de restituí-los à circulação, sinal indicativo de sua inutilização; *c)* restituir à circulação cédula, nota ou bilhete nas condições previstas anteriormente; *d)* restituir à circulação cédula, nota ou bilhete já recolhidos para o fim de inutilização.

Na primeira hipótese, conforme esclarece Noronha, “a ação delituosa consiste em o sujeito

ativo formar uma cédula, usando ou justapondo fragmentos de outras inutilizadas ou recolhidas, dando àquela aparência de legítima, com o que a torna apta a circular. A hipótese não se confunde com a de aposição de números e dizeres de uma cédula verdadeira em outra, para que represente maior valor, quando há *alteração* e não *formação*".⁶

Por meio da segunda modalidade de comportamento típico, o agente leva a efeito a supressão em nota, cédula ou bilhete recolhidos, de sinal indicativo de sua inutilização, com a finalidade de restituí-los à circulação. Para tanto, o agente pode valer-se de raspagens, lavagens com ácido, enfim, qualquer meio mediante o qual seja possível a eliminação, via de regra, do carimbo ou de qualquer outro sinal indicativo de que aquela cédula foi inutilizada, ou seja, encontra-se fora de circulação, não possuindo o valor que lhe foi atribuído originariamente.

Nesses dois primeiros casos, basta que o agente tenha levado a efeito qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo para que a infração penal reste configurada, não havendo necessidade da efetiva colocação em circulação da cédula, nota ou bilhete.

Por meio da terceira e da quarta modalidades, o agente, mesmo não tendo sido o autor do falso, restitui à circulação a cédula, a nota ou o bilhete representativos de moeda que, sabidamente, foram ilegalmente formados por fragmentos verdadeiros, ou que tiveram suprimidos sinais indicativos de sua inutilização.

A conduta descrita na denúncia se insere na terceira conduta tipificada no *caput* do art. 290, supratranscrito, sendo certo que também há a presença do elemento do tipo previsto no parágrafo único do art. 290, diante da constatação de que o Apelante era empregado da Casa da Moeda do Brasil e, em razão de sua condição, teve possibilidade de subtrair vinte cédulas de R\$ 500,00 (quinquzentos reais) para restituí-las à circulação (TRF, 2^a Reg., ACr./RJ, Processo 200002010541519, Rel. Guilherme Calmon, pub. 6/6/2007).

Nos dois primeiros casos, portanto, temos o falso praticado por meio da *formação* e da *supressão*; nas duas últimas, o delito se configura mediante a *restituição* dos objetos materiais à *circulação*.

Trata-se de tipo misto alternativo, na hipótese em que o agente, por exemplo, forma a cédula e a coloca em circulação, devendo, portanto, responder por uma única infração penal. No entanto, poderá também ser entendido como um tipo misto cumulativo quando o agente, por exemplo, praticar as duas primeiras ações narradas pelo tipo penal *sub examen*, vale dizer, formando, v.g., cédula, por meio de fragmentos de outras já inutilizadas, bem como suprimindo, em outra, sinal indicativo de sua inutilização.

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese

de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que, no caso concreto, foi prejudicado com a conduta praticada pelo sujeito ativo, podendo tratar-se tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê os *crimes assimilados ao de moeda falsa*.

O objeto material é a cédula, nota ou bilhete sobre os quais recai qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, consegue formar cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmentos de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros; quando suprime, em nota, cédula ou bilhete recolhidos, para o fim de restituí-los à circulação, sinal indicativo de sua inutilização; quando restitui à circulação cédula, nota ou bilhete nas duas condições anteriores ou já recolhidos para o fim de inutilização.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê os *crimes assimilados ao de moeda falsa*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas elencadas no tipo penal que prevê os *crimes assimilados ao de moeda falsa* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Modalidade qualificada

O delito será qualificado, de acordo com o parágrafo único do art. 290 do Código Penal, se o crime é cometido por funcionário público que trabalha na repartição onde o dinheiro se achava recolhido, ou nela tem fácil ingresso, em razão do cargo.

Pena e ação penal

A pena cominada pelo preceito secundário do art. 290 do Código Penal é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Para a modalidade qualificada, constante do parágrafo único do art. 290 do Código Penal, o máximo da reclusão é elevado a 12 (doze) anos, além da multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Petrechos para falsificação de moeda Art. 291. Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Introdução

O tipo penal utiliza os verbos *fabricar* (produzir, construir, preparar), *adquirir* (obter, conseguir, comprar), *fornecer* (prover, abastecer, guarnecer), seja a título gratuito (ou seja, sem qualquer contraprestação) ou oneroso (mediante uma contraprestação), *possuir* (ter a posse), *guardar* (conservar, manter, tomar conta).

Tais condutas têm como objeto material *maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto* especialmente destinado à falsificação de moeda. Salienta Damásio de Jesus: “Não se trata de qualquer mecanismo, aparelho ou objeto. É necessário que apresente destinação específica, qual seja, a de servir de meio executório de falsificação de moeda, como formas, moldes, fotografias, negativos, clichês, placas, matrizes, cunhos, modelos, lâminas *etc.* (caso de interpretação analógica)”.⁷

Cuida-se de tipo misto alternativo.

O crime previsto no art. 291 do Código Penal é de caráter formal, caracterizando-se pelo simples fato de o agente possuir utensílios ou aparelhos adequados para o fabrico de moeda falsa (TRF-1^a Reg., ACR 2006.38.02.003011-5/MG, Rel.^a Des.^a Fed. Mônica Sifuentes, DJe 07/04/2015).

Petrechos para falsificação de moeda. Se as notas apreendidas são autênticas, o fato de se prestarem a eventual elaboração de notas falsas não constitui, por si só, o crime do art. 291 do Código Penal (TRF, 4^a Reg., AC 950454826-1/PR, Rel. Vladimir Freitas, j. 30/4/1996).

Se os petrechos ou instrumentos apreendidos não se prestam apenas para a contrafação da moeda, já que podem ser utilizados para a prática de outras fraudes, como, por exemplo, o ‘conto do paco’, a competência para conhecer da ação penal é da Justiça Estadual (STJ, CC 7682-0/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também,

nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (com relação aos núcleos *fabricar, adquirir e fornecer*) e permanente (com relação às condutas de *possuir e guardar*); monossubjetivo; plurissubstancial; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *petrechos para falsificação de moeda*.

O objeto material é o maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação da moeda.

Consumação e tentativa

O delito de *petrechos para falsificação de moeda* se consuma quando o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal do art. 291, vale dizer, quando, efetivamente, *fabrica, adquire, fornece*, a título gratuito ou oneroso, *possui* ou *guarda* maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda.

Entendemos ser admissível a tentativa, embora exista controvérsia doutrinária.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *petrechos para falsificação de moeda*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas pelo tipo penal que prevê o delito de *petrechos para falsificação de moeda* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena e ação penal

O preceito secundário do tipo penal que prevê o delito de *petrechos para falsificação de moeda* comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A ação penal é de indicativa pública incondicionada.

Concurso entre os crimes de moeda falsa e petrechos para falsificação de moeda

Entendemos que não deve ser aplicado, nesse caso, o raciocínio relativo ao chamado antefato impunível, em que o crime-fim (moeda falsa) absorve o crime-meio (petrechos para falsificação de moeda).

Considerando que o delito de posse de petrechos para falsificação de moedas (art. 291 do CP) constitui delito subsidiário, pois é mera fase preparatória do delito de falsificação de cédulas (art. 289, *caput*, do CP), correto o entendimento exarado pelo julgador *a quo* no sentido de aplicar o princípio da consunção e imputar ao réu, tão somente, a prática do delito de moeda falsa (art. 289, *caput*, do CP) (TRF 1^a Reg., ACR 2006.34.00.037539-3/DF, Rel. Tourinho Neto, pub. 26/6/2009).

A posse de petrechos para a falsificação de moeda não é punida quando se constitui em expediente utilizado para a consecução do crime-

-fim, qual seja, a fabricação de moeda, e a guarda das cédulas falsas é mera consequência de sua fabricação, não se podendo punir tais delitos como crimes autônomos, devendo responder o agente somente pela falsificação da moeda, sob pena de se apenar triplamente uma mesma conduta, caracterizando o inaceitável *bis in idem* (TRF, 4^a Reg., ACR/PR, Processo 200370110010246, Rel. Decio Jose da Silva, pub. 1º/8/2006).

O crime do art. 291 do Código Penal é do tipo subsidiário, sendo absorvido pelo do art. 289, *caput*, quando do uso dos petrechos na falsificação das cédulas apreendidas (TRF 3^a Região, ACR/SP, Processo 2001618 100 06930, Rel. Peixoto Júnior, pub. 20/8/2004).

Emissão de título ao portador sem permissão legal Art. 292. Emitir, sem permissão legal, nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. Quem recebe ou utiliza como dinheiro qualquer dos documentos referidos neste artigo incorre na pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

Introdução

O núcleo *emitir* deve ser entendido no sentido de *colocar em circulação*, fazer circular qualquer dos objetos materiais indicados pelo tipo, haja vista estarmos diante de um crime contra a fé pública, conforme observado anteriormente.

Essa emissão deve ter sido levada a efeito sem a necessária *permissão legal*.

O tipo penal do art. 292 aponta o objeto material da conduta praticada pelo agente, vale dizer, *nota, bilhete, ficha, vale ou título* que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago. *Título ao portador*, conforme esclarece Wille Duarte Costa, é “o documento pelo qual alguém se obriga a pagar certa quantia, [...], a quem quer que se lhe apresente o documento”,⁸ sendo, portanto,

uma de suas características, não se dirigir a pessoa determinada.

O parágrafo único do art. 292 do Código Penal também responsabiliza criminalmente aquele que *recebe* ou *utiliza* como dinheiro qualquer dos documentos referidos no *caput*, cominando uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

A lei penal, por intermédio desse parágrafo único, leva em consideração, agora, não aquele que *emite* o título, mas, sim, o seu *tomador*, ou seja, aquele que o recebe ou o utiliza, que contribui, dessa forma, para sua indevida circulação.

O art. 292 do CP veda a emissão, sem permissão legal, de títulos que contenham promessa de pagamento em dinheiro ao portador. Tal proibição não alcança os papéis ou signos ao portador, em que a promessa seja de serviços, utilidade ou mercadorias (RT 432, p. 339).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *emissão de título ao portador sem permissão legal*.

O objeto material é a nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago, emitido sem permissão legal.

Consumação e tentativa

O delito tipificado no art. 292 do Código Penal se consuma somente quando o agente, efetivamente, coloca em circulação nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago.

Tratando-se de crime contra a fé pública, deve-se observar que somente se configurará a infração penal em estudo quando essa circulação se der publicamente, ou seja, for utilizada como um substitutivo da moeda corrente ou de outros títulos permitidos legalmente.

Haverá consumação, ainda, da infração penal tipificada no parágrafo único do art. 292 do Código Penal quando o agente, efetivamente, receber, ou seja, aceitar como dinheiro quaisquer dos documentos referidos no *caput*, ou, da mesma forma, quando os utilizar.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa, embora exista controvérsia doutrinária nesse sentido.⁹

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *emissão de título ao portador sem permissão legal*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *emitir* (*caput* do art. 292), *receber* e *utilizar* (previstos no parágrafo único do mesmo artigo) pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao *caput* do art. 292 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

O parágrafo único prevê uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *emissão de título ao portador sem permissão legal*.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Capítulo II – Da Falsidade de Títulos e Outros Papéis Públicos

Falsificação de papéis públicos Art. 293. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os: I – selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo; (*Redação dada pela Lei nº 11.035, de 22/12/2004.*) II – papel de crédito público que não seja moeda de curso legal; III – vale postal;

IV – cautela de penhor, caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro

estabelecimento mantido por entidade de direito público; V – talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo a arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável; VI – bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada pela União, por Estado ou por Município: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (*Redação dada pela Lei nº 11.035, de 22/12/2004.*) I – usa, guarda, possui ou detém qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo; (*Incluído pela Lei nº 11.035, de 22/12/2004.*) II – importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece ou restitui à circulação selo falsificado destinado a controle tributário; (*Incluído pela Lei nº 11.035, de 22/12/2004.*) III – importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria: (*Incluído pela Lei nº 11.035, de 22/12/2004.*) a) em que tenha sido aplicado selo que se destine a controle tributário, falsificado; (*Incluído pela Lei nº 11.035, de 22/12/2004.*) b) sem selo oficial, nos casos em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação.

(*Incluído pela Lei nº 11.035, de 22/12/2004.*) § 2º Suprimir, em qualquer desses papéis, quando legítimos, com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo ou sinal indicativo de sua inutilização: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 3º Incorre na mesma pena quem usa, depois de alterado, qualquer dos papéis a que se refere o parágrafo anterior.

§ 4º Quem usa ou restitui à circulação, embora recebido de boa-fé, qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem este artigo e o seu § 2º, depois de conhecer a falsidade ou alteração, incorre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 5º Equipara-se a atividade comercial, para os fins do inciso III do § 1º, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em vias, praças ou outros logradouros públicos e em residências.

(*Incluído pela Lei nº 11.035, de 22/12/2004.*) **Introdução**

De acordo com a redação constante dos incs. I a VI do art. 293 do Código Penal, configura-se como delito de *falsificação de papéis públicos* a conduta do agente que falsifica, quer fabricando, quer alterando: *I – Selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo.*

Tal inciso teve a sua redação determinada pela Lei nº 11.035, de 22 de dezembro de 2004. Conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci, “selo destinado a controle tributário, é a marca feita por carimbo, sinete, chancela ou máquina, inclusive por meio de estampilha [...]”.

cuja finalidade é comprovar o pagamento de determinada quantia referente a tributo; papel selado, é a estampilha fixa, ou seja, ‘o selo destinado a facilitar, assegurar e comprovar (atestar) o pagamento de certos impostos ou taxas (federais, estaduais ou municipais), seja na órbita administrativa, seja na órbita judiciária. Também pode ser adesiva ou fixa, constituindo neste último o papel selado, a que expressamente se refere o inciso em exame [...]’; após ter exemplificado (selo ou papel selado), indica a norma penal, por interpretação analógica, que também se encaixam neste artigo todas as outras formas eventualmente criadas pela Administração para a mesma finalidade”.¹⁰

Todos os papéis mencionados pelo inc. I devem ser destinados à arrecadação de tributos.

II – Papel de crédito público que não seja moeda de curso legal.

O inc. II do art. 293 do Código Penal diz respeito às apólices ou títulos da dívida pública (federal, estadual ou municipal), que não se confundem com a moeda de curso legal no país.

III – Vale postal.

O inc. III do art. 293 do Código Penal foi revogado pelo art. 36 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que diz, *verbis*: *Art. 36. Falsificar, fabricando ou adulterando, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal. Pena: reclusão, até oito anos, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.*

O art. 47 do referido diploma legal ainda define o vale-postal, dizendo ser o título emitido por unidade postal à vista de um depósito de quantia para pagamento na mesma ou em outra unidade postal.

IV – Cautela de penhor, caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro estabelecimento mantido por entidade de direito público.

Cautela de penhor é um título de crédito que, através do seu pagamento, poderá ser retirada a coisa empenhada. A caderneta de depósito mencionada pelo inc. IV, praticamente, já não existe mais. Era aquele livreto onde se faziam as anotações relativas às movimentações bancárias.

V – Talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo a arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável.

Segundo define Hungria, “Talão é o documento de quitação que se destaca de adequado libreto, onde fica residualmente o denominado ‘canhoto’, com dizeres idênticos aos do correspondente talão. Recibo é a declaração escrita de recebimento de dinheiro ou valores, sejam, ou não, a título de pagamento. Guia é todo escrito oficial destinado ao fim de recolhimento ou depósito de dinheiros ou valores *ex vi legis*. Alvará, aqui, é o documento ou título expedido por autoridade administrativa ou judicial autorizando algum ato concernente à

arrecadação fiscal ou ao depósito ou caução sob responsabilidade do poder público".¹¹

O inc. V vale-se, ainda, do recurso à interpretação analógica, uma vez que, após apontar os documentos que, se falsificados, importam no delito em exame, utiliza uma fórmula genérica, asseverando que também estará incluída no mencionado inciso qualquer falsificação de outro documento relativo à arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável.

VI – Bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada pela União, por Estado ou por Município.

Por bilhete entende-se o cartão impresso que dá direito a fazer determinado percurso em veículo de transporte coletivo; passe é o bilhete de trânsito, gratuito ou não, ou com abatimento, concedido por empresa de transporte coletivo; conhecimento é o documento representativo de mercadoria depositada ou entregue para transporte.

A Lei nº 11.035, de 22 de dezembro de 2004, acrescentou três incisos ao § 1º do art. 293 do Código Penal, dizendo incorrer nas mesmas penas previstas para o *caput*, vale dizer, reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, quem: *I – usa, guarda, possui ou detém qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo;*

II – importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece ou restitui à circulação selo falsificado destinado a controle tributário;

III – importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria:

- a) *em que tenha sido aplicado selo que se destine a controle tributário, falsificado;*
- b) *sem selo oficial, nos casos em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação.*

É dispensável a constituição definitiva do crédito tributário para que esteja consumado o crime previsto no art. 293, § 1º, III, 'b', do CP. Isso porque o referido delito possui natureza formal, de modo que já estará consumado quando o agente importar, exportar, adquirir, vender, expuser à venda, mantiver em depósito, guardar, trocar, ceder, emprestar, fornecer, portar ou, de qualquer forma, utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria sem selo oficial. Não incide na hipótese, portanto, a Súmula Vinculante 24 do STF, segundo a qual 'Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo'. Com efeito, conforme já pacificado pela jurisprudência do STJ, nos crimes tributários de natureza formal é desnecessário que o crédito tributário tenha sido definitivamente constituído para a instauração da persecução penal. Essa providência é imprescindível apenas para os crimes materiais contra a ordem tributária, pois, nestes, a supressão ou redução do tributo é elementar do tipo penal (STJ, REsp. 1.332.401/ES, 6ª T., Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/8/2014).

Deve ser enquadrado no tipo penal previsto no art. 293, § 1º, do CP a conduta do agente que faz uso, perante

a Receita Federal, conscientemente, de Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais falsas, para fins de desembaraço aduaneiro (TRF 4^a Reg., ACR 1999.71.03.001281-8/RS, Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, DEJF 21/1/2010, p. 710).

O § 2º do art. 293 prevê uma modalidade privilegiada da infração penal em estudo, quando o agente suprime, em qualquer desses papéis, quando legítimos, com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo ou sinal indicativo de sua inutilização. Quando a supressão de sinal de utilização recair sobre selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal, terá aplicação o art. 37 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978.

Incorrerá na mesma pena, de acordo com o § 3º do art. 293 do Código Penal, aquele que usa, depois de alterado, qualquer dos papéis a que se refere o § 2º. Com relação à Lei que dispôs sobre os Serviços Postais, o § 1º do art. 37 prevê também a punição não somente daquele que faz uso, como também de quem vende, fornece ou guarda, depois de alterado, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal.

Aquele que usa ou restitui à circulação, embora recebido de boa-fé, qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem o art. 293 e seu § 2º do Código Penal, depois de conhecer a falsidade ou alteração, incorrerá na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, conforme o disposto no § 4º do artigo referido.

O § 5º, acrescentado ao art. 293 do Código Penal pela Lei nº 11.035, de 22 de dezembro de 2004, diz equiparar-se a atividade comercial, para os fins do inc. III do § 1º, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em vias, praças ou outros logradouros públicos e em residências.

O tipo penal do art. 293 não exige a realização do resultado danoso, estando consumado o delito somente com a prova da falsificação dos papéis públicos elencados nos incisos do referido tipo penal. Trata-se de crime formal, portanto, sendo desnecessária a prova do prejuízo. Recursos parcialmente providos (Ap. Crim. 7002 1586276, 4^a Câm. Crim., Rel. Gaspar Marques Batista, pub. 13/12/2007).

Hipótese em que o recorrente foi denunciado como incursão nas sanções do art. 293, V, do Código Penal, porque teria falsificado guias de arrecadação da Receita Federal (DARFs), através da inserção de autenticação, como forma de comprovação do recolhimento dos tributos. O inc. V do art. 293 do CP refere-se a guia, isto é, impresso para pagamento de tributos, depósitos etc., ou qualquer outro documento relativo à arrecadação de rendas públicas, denotando sua especialidade com relação ao tipo penal previsto no art. 299 do CP (STJ, REsp. 705288/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 29/8/2005, p. 426).

A falsidade de certidão negativa de débito ou documento equivalente não enseja a incidência do § 1º do art. 293 do Código Penal, mas, sim, a do art. 297 do mesmo Código. Embora o primeiro tipifique a falsidade material de qualquer papel de emissão legal, destinado à arrecadação de imposto ou taxa. No caso da CND, a potencialidade lesiva do *falsum* ultrapassa tal delimitação, uma vez que pode ser indeterminadamente empregada no comércio jurídico, inclusive privado, agredindo a fé pública da coletividade em maior extensão, de modo a ensejar a sanção penal mais severa estabelecida pelo art. 297 do Código Penal. O crime impossível somente se configura quando o agente utiliza meios absolutamente ineficazes ou se volta contra objetos absolutamente impróprios, tornando inviável a consumação do crime (TRF, 3^a Reg., ACR 2002.03.99. 03 8462-2, Rel. André Nekatschalow j. 23/11/2004).

Não há concurso material de crimes na hipótese em que o agente fabrica, adquire, fornece, possui ou guarda objetos destinados à falsificação de papéis públicos, pois a segunda consubstancia mero ato preparatório ou *ante factum* impunível (STJ, HC 11799/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., RT 781, p. 553).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (quando estivermos diante dos núcleos *fabricar, alterar, usar, importar, exportar, adquirir, vender, trocar, ceder, emprestar, fornecer, utilizar, suprimir, restituir à circulação*) e permanente (quando a conduta praticada disser respeito a *guardar, possuir, deter, expor à venda, manter em depósito, portar*); monossubjetivo; monossustentante e plurissustentante (dependendo da hipótese concreta); não transeunte (como regra).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

Comete o delito de falsificação de papéis públicos, previsto no art. 293 do CP, aquele que, embora não execute pessoalmente o verbo nuclear do tipo penal, é o mentor intelectual do delito (TRF, 4ª Reg., ACR/PR, Processo 2004 70020029167, Rel. Eloy Bernst Justo, pub. 23/5/2007).

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que foram diretamente prejudicadas com a conduta praticada pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de papéis públicos*.

O objeto material são os papéis públicos apontados pelo art. 293, seus parágrafos e incisos.

Consumação e tentativa

O delito se consuma com a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo art. 293, *caput* e parágrafos, que colocam em risco a fé pública.

A tentativa será admissível nas hipóteses onde se puder fracionar o *iter criminis*, e deverá ser avaliada caso a caso.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de papéis públicos*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A denúncia imputa aos acusados o cometimento do delito capitulado no art. 293, I, do Código Penal, sendo que este ilícito exige, para a sua configuração, tão somente a comprovação do dolo genérico, representado pela vontade de fabricar ou alterar qualquer dos papéis mencionados, falsificando-os (TRF 4^a Reg., RecCrSE 2001.72.08.002836-5, SC, 8^a T., Rel. Juiz Fed. Guilherme Beltrami, *DEJF* 11/2/2010, p. 643).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos constantes do *caput* e parágrafos do art. 293 do Código Penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada para as hipóteses previstas no *caput* e § 1º do art. 293 do Código Penal é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa; para os §§ 2º e 3º, a pena prevista é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa; o § 4º comina uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte, nos termos preconizados pelo art. 295 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito previsto no § 4º do art. 293 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo nas hipóteses constantes dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 293 do Código Penal.

Competência da Justiça Criminal Estadual para processar e julgar o delito de uso de instrumentos e papéis destinados à falsificação de propriedade de automóveis, porque não afetados diretamente bens, serviços ou interesses da União Federal ou de algum de seus entes (STJ, *RHC* 1480/SP, Rel. Min. Carlos Thibau, 6^a T., *DJ* 20/4/1992, p. 5.264).

Petrechos de falsificação Art. 294. Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

O tipo penal utiliza os verbos *fabricar* (produzir, construir, preparar), *adquirir* (obter, conseguir, comprar), *fornecer* (prover, abastecer, guarnecer), seja a título gratuito (isto é, sem qualquer contraprestação) ou oneroso (mediante uma contraprestação), muito embora o art. 294

do Código Penal, ao contrário do mencionado art. 291, não tenha mencionado expressamente essa situação (a título oneroso ou gratuito), *possuir* (ter a posse) e *guardar* (conservar, manter, tomar conta).

O objeto material da conduta praticada pelo agente é aquele especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no art. 293 do Código Penal.

Comprovadas nos autos a materialidade e autoria do crime previsto no art. 294, pela apreensão, em poder do apelante de dois carimbos, um com os dizeres ‘DRF-Ribeirão Preto’ e outro, ‘Banco Bamerindus do Brasil’, cujo laudo pericial comprovou serem falsos, com vestígios de uso e aptos a induzir a engano, caso utilizados para a finalidade a que se destinavam. Dolo configurado, pela comprovação do conhecimento, por parte do apelante, da destinação específica dos petrechos que constituíam o meio para a falsificação de Certidões Negativas de Débito da Receita Federal e guias de recolhimento, independentemente de seu uso efetivo. Condenação mantida (TRF,

3^a Reg., ACr. 2001.03.99.044278-2, Rel.^a Marisa Santos, j. 19/5/2003).

Guarda de petrechos para falsificação – Art. 294 do CP – Absolvição – Admissibilidade. Necessária a prova de que se revelem aptos à falsificação de uma das figuras do art. 293 do CP. Delito que somente poderá ser reconhecido havendo ligação àquelas figuras penais. Art. 386, II, do CPP (TJSP, AC 216.452-3, Rel. Almeida Sampaio, j. 15/4/1998).

Não há concurso material de crimes na hipótese em que o agente fabrica, adquire, fornece, possui ou guarda objetos destinados à falsificação de papéis públicos, pois a segunda consubstancia mero ato preparatório ou *ante factum* impunível (STJ, HC 11799/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6^a T., RT 781, p. 553).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (nas modalidades fabricar, adquirir e fornecer) e permanente (quando a conduta do agente disser respeito a possuir ou guardar); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *petrechos de falsificação*.

O objeto material é aquele especialmente destinado à falsificação dos papéis referidos no art. 293 do Código Penal.

Consumação e tentativa

Ocorre a consumação quando o agente, efetivamente, fabrica, adquire, fornece, possui ou guarda o objeto especialmente destinado à falsificação dos papéis referidos no art. 293 do Código Penal.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *petrechos de falsificação*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos constantes do art. 294 do Código Penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *petrechos de falsificação* é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte, conforme determina o art. 295 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Agente que falsifica os papéis

Pode ocorrer que o agente seja surpreendido não somente com os petrechos de falsificação, mas com o próprio resultado da sua utilização, vale dizer, algum dos papéis referidos pelo art. 293 do Código Penal. Nesse caso, haveria concurso de crimes? A resposta, segundo nosso posicionamento, seria negativa, aplicando-se, aqui, o raciocínio relativo ao antefato impunível, devendo o agente responder, tão somente, pela falsificação dos papéis públicos por ele levada a efeito.

Petrechos de falsificação de selo, fórmula de franqueamento ou vale-postal

Vide art. 38 da Lei nº 6.538/1978.

Art. 295. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

Capítulo III – Da Falsidade Documental

Falsificação de selo ou sinal público Art. 296. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os: I – selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município; II – selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º In corre nas mesmas penas: I – quem faz uso do selo ou sinal falsificado; II – quem utiliza indevidamente o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio; III – quem altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) § 2º Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

Introdução

A falsificação poderá ocorrer por meio da *contrafação*, quando o agente fabrica, criando selo ou sinal público, como também pela sua *alteração*, com a modificação do verdadeiro.

Devemos observar o alerta feito por Sylvio do Amaral, quando diz: “Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o Código não se ocupa, no art. 296, da figura impressa, mas do objeto impressor. Embora encaixada em capítulo relativo à falsidade *documental*, a disposição mencionada focaliza, na realidade, apenas a falsificação (mediante a fabricação ou alteração) do instrumento de gravação do selo público, e não a do sinal já estampado em documento (na colocação da matéria obedeceu, por certo, o legislador à consideração de que os selos públicos destinam-se exclusivamente à formalização de documentos, e, por consequência, a ação do falsificador há de visar sempre, ainda que indiretamente, a falsidade documental). Não há outro entendimento possível quando se atenta para a circunstância de que a lei pune o uso do selo falsificado (art. 296, § 1º, n. I, como crime autônomo). Se o caso fosse de falsificação da figura impressa, essa hipótese constituiria o delito de uso de documento falso (art. 304)”.¹²

Merece ser frisado, ainda, que no inc. I do art. 296 do Código Penal não houve menção à falsificação de selo ou sinal público destinado a autenticar atos oficiais do Distrito Federal, não se podendo corrigir a falha legal por meio da analogia, pois que vedada, *in casu*, pelo princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, que proíbe a chamada analogia *in malam partem*.

A falsificação poderá ocorrer, ainda, sobre selo ou sinal atribuído por lei à entidade de direito público, aqui abrangidas as autarquias, por serem consideradas como pessoas jurídicas

de direito público, de natureza paraestatal. A autoridade mencionada pelo inc. II do art. 296 do Código Penal, preleciona Mirabete, “é a que autentica seus documentos por meio de selo ou sinal”.¹³ Também comete o delito em estudo, de acordo com a parte final do mencionado inc. II, aquele que falsifica *sinal público de tabelião*.

O § 1º do art. 296 do Código Penal prevê as mesmas penas para aquele que, embora não falsificando, faz uso do selo ou sinal que sabe ser falsificado (inc. I), ou que utiliza o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio (inc. II), ou, ainda, de acordo com o inc. III, acrescentado ao § 1º do art. 296 pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, para o que altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

Dependendo da hipótese concreta, poderá ser considerado um tipo misto alternativo, a exemplo daquele que fabrica e utiliza o selo por ele falsificado, ou tipo misto cumulativo, quando o agente, v.g., vier a falsificar selo ou sinal público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município e, ainda, utilizar, indevidamente, o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio.

In casu, o paciente foi denunciado por apor o brasão da República em diversas cartas de teor exclusivamente particular encaminhadas a órgãos públicos e privados (art. 296, § 1º, II, do CP), conduta que, somada à sua identificação como suplente de deputado federal, teria conferido a tais cartas a aparência de documentos oficiais. Vê-se que a denúncia narra a ocorrência de fato típico em tese, não se vislumbrando nela o vício da inépcia, pois está condizente com todos os requisitos do art. 41 do CPP e apta ao exercício da ampla defesa. Por sua vez, o brasão da República constitui notório símbolo identificador da Administração Pública Federal, por isso é obrigatória sua utilização por seus órgãos (Lei nº 5.700/1971). Assim, não prospera o argumento de que não há óbice a seu uso por particulares, quanto mais se os documentos em questão não se relacionam à condição eventualmente ocupada pelo paciente (como dito, suplente de deputado federal). Anote-se, por último, que o delito em questão é crime de mera conduta, assim, mostra-se irrelevante para sua consumação apurar a existência de prejuízo. Precedentes citados: *RHC 29.544/RJ, DJe 12/5/2011; RHC 28.001/RJ, DJe 28/3/2011; e HC 89.696/SP, DJe 23/8/2010* (STJ, *RHC 29.397/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T. j. 14/6/2011, Informativo nº 477*).

Embora a procuração seja documento particular, a presença do sinal público falsificado, a dar-lhe credibilidade, atrai o tipo previsto no art. 296, §1º, II do CP. Hipótese na qual o Tabelião confirmou que o reconhecimento de firma não fora feito em sua serventia notarial, bem como eram evidentemente falsas a etiqueta e a assinatura do escrevente, o que, inclusive, torna prescindível a realização de perícia. Justificativas absolutamente desencontradas que apontam, forma inequívoca, para o réu como sendo o autor da falsificação. Condenação mantida (TJRS, ACr. 70029043387, Rel.^a Des.^a Fabianne Breton Baisch, *DJERS 30/7/2010*).

Se perfeitamente configurado o dolo de praticar a conduta prevista no art. 296, §1º, III, do Código Penal, não é necessário perquirir se o agente, ao utilizar o Brasão da República como logomarca de entidade privada, atuou ou não com intenção de causar prejuízo à outrem ou obter proveito próprio ou alheio, pois o delito em questão não exige dolo específico. A utilização restrita do Brasão da República às entidades públicas federais é fato notório, de sorte que não se pode cogitar erro de proibição, mormente porque os réus são pessoas de bom nível de instrução (TRF, 2^a Reg., ACr 2004.51.02.000553-5, Rel. Des. Fed. André Fontes, *DEJF2 14/5/2010*).

Para a configuração do tipo penal previsto no artigo 296, § 1º, II, do Código Penal é necessário que, além da utilização indevida do selo ou sinal verdadeiro, haja prejuízo de outrem ou vantagem própria ou alheia, sob pena de atipicidade da conduta (TRF, 1ª Reg., RSE 2004.35.00.008691-4/GO, Rel.ª Juíza Fed. Conv. Jaiza Maria Pinto Fraxe, *DJFI* 29/1/2010, p. 129).

De acordo com a denúncia, o impetrante/paciente, que é presidente de entidade de ensino não reconhecida ou autorizada, utilizava-se de ‘certificados’ encimados com o selo da República Federativa do Brasil, comumente usado em documentação oficial do MEC, para que candidatos a cargos públicos se habilitassem. Sua conduta, pelo menos à primeira vista, é tipica (CP, art. 296, inc. II, do § 1º) (STJ, *RHC* 1829/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, 6ª T., *DJ* 31/5/1993 p. 10.689).

Falsificação de selo ou sinal público. Art. 296, inc. II, do Código Penal. O tipo restringe-se a mera conduta, sendo despiciendo o prejuízo a terceiro. A substituição de folha do processo por outra numerada por pessoa estranha ao Cartório, com imitação da rubrica do serventuário, alcança o objeto jurídico protegido pelo dispositivo legal – a fé pública –, considerado o sinal de autenticidade. O dolo decorre da vontade livre e consciente de praticar o ato (STF, *HC* 68433/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., *DJ* 15/3/1991, p. 2.650).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente ou unissubsistente (dependendo da hipótese concreta); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* e, se funcionário público, se tiver praticado a infração penal prevalecendo-se do cargo, a pena será aumentada de sexta parte.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas que foram diretamente prejudicadas com a utilização do selo ou sinal público falsificado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de selo ou sinal público*.

O objeto material é o selo ou o sinal público, sobre o qual recai a conduta praticada pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, nas hipóteses constantes do *caput* do art. 296 do Código Penal, efetivamente, falsifica o selo ou o sinal público, levando a efeito sua fabricação ou alteração.

No § 1º do art. 296 do Código Penal, a consumação ocorre quando o agente *faz uso* do selo

ou sinal falsificado, utiliza indevidamente o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio, ou quando altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

Como regra, será possível a tentativa, haja vista que, na maioria das hipóteses, estaremos diante de um crime plurissubsistente.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de selo ou sinal público*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Todos os verbos constantes do *caput*, bem como do § 1º do art. 296 do Código Penal, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

É prevista pelo § 2º do art. 296 do Código Penal, sendo a pena aumentada de sexta parte se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *falsificação de selo ou sinal público* é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Estando em apuração o crime de falsificação ou uso indevido de símbolos ou marcas identificadoras de órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 296, § 1º, III do CP), a competência não se estabelece pelo lugar do uso do documento falsificado, mas do local onde se efetuou a falsificação, sendo esse conhecido (STJ, CC 126606/DF, Rel^a Min^a Alderita Ramos de Oliveira, Des.^a convocada do TJPE, S3, DJe 15/5/2013).

Os delitos descritos de uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública e de falsificação de documento público afetam diretamente a credibilidade da empresa pública federal (Correios), e, portanto, atraem a competência da Justiça Federal (STJ, HC 148875/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJe 14/3/2011).

O tipo penal previsto no art. 296, § 1º, inc. III, do Código Penal, acrescido pela Lei nº 9.983/2000, pune aquele que faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública (STJ, RHC 20818/AC, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 3/9/2007, p. 192).

Falsificação de documento público Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

§ 2º Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir: (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório; (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita; (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.

(*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) § 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

(*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) **Introdução**

O documento de que cuida a lei penal deverá cumprir determinadas *funções*, sob pena de ser descaracterizado. Dessa forma, para efeito de reconhecimento do documento como tal, ele deverá possuir três qualidades básicas, a saber: *a)* ser um meio de perpetuação e constatação do seu conteúdo; *b)* poder, por intermédio dele, ser identificado o seu autor, exercendo uma função denominada de *garantia* de sua autoria; *c)* servir como instrumento de prova do seu conteúdo.

Quando se aduz a necessidade de perpetuação da informação ou conteúdo constante do documento, não se quer afirmar que o documento deva gozar do *status* de eterno, não perecendo jamais. Na verdade, com essa afirmação, exige-se que o documento seja idôneo no sentido de possibilitar sua conservação por certo período.

Da mesma forma, não podem ser aceitos como documentos aqueles que forem apresentados anonimamente, sem que se possa imputar a alguém a sua autoria, razão pela qual, se vierem a ser modificados, não se poderá atribuir ao agente o delito de falsidade documental.

Finalmente, o documento passível de falsificação deve ser aquele a que se atribui alguma

eficácia probatória ou que possua relevância jurídica.

O Código Penal reconhece, ainda, duas classes de documentos: *a) documentos públicos; b) documentos particulares*.

Documento público é aquele confeccionado por servidor público, no exercício de sua função, e de acordo com a legislação que lhe é pertinente. O conceito de documento particular é encontrado por exclusão, ou seja, se o documento não gozar da qualidade de *público*, será reconhecido como *particular*, desde que cumpra as funções anteriormente expostas.

O núcleo *falsificar*, utilizado pelo art. 297 do Código Penal, dá a ideia de *contrafação*, isto é, a fabricação do documento de natureza pública, pois que a alteração, também modalidade de falsificação, vem prevista na parte final do artigo *sub examen*.

A diferença entre os núcleos *falsificar* e *alterar*, utilizados pelo *caput* do art. 297 do Código Penal, é no sentido de que, no primeiro caso, o documento não existe, sendo criado total ou parcialmente pelo agente; na segunda hipótese, o documento público existe, é verdadeiro, mas o agente o modifica, alterando o seu conteúdo.

Importante frisar que, se a falsidade ocorrer mediante supressão de parte do documento público, alterando-se o documento verdadeiro, o fato se amoldará ao delito tipificado no art. 305 do Código Penal, que cuidou especificamente do tema. Dessa forma, a alteração poderá ocorrer em forma de inserção de dados falsos, com a modificação do conteúdo do documento.

Merce destaque, ainda, a diferença existente entre os documentos *formal* e *substancialmente públicos*, ou seja, aqueles, segundo Hungria, “cujo conteúdo tem natureza e relevância de direito público, como sejam os decorrentes de atos legislativos, administrativos ou judiciais e os que, em geral, o funcionário redige e expede em representação ou no interesse da Administração Pública; e os documentos *formalmente públicos e substancialmente privados*, como, por exemplo, as declarações de vontade recebidas de particulares e redigidas por funcionários públicos (tabeliães, oficiais públicos, corretores, cônsules etc.) ou quem quer que esteja legalmente autorizado (no exercício acidental de função pública) a imprimir-lhes autenticidade ou *fé pública* (exemplo: capitão de navio, em certas circunstâncias)”.¹⁴

Embora haja diferença entre as duas espécies do gênero documento público, ambas estão abrangidas pelo artigo em estudo, não importando se o seu conteúdo possui natureza pública, ou que expresse um interesse privado, por exemplo, bastando que tenha sido confeccionado por um funcionário público, no exercício de sua função, em cumprimento de determinação legal.

O § 2º do art. 297 do Código Penal prevê um documento público por equiparação.

Se o próprio Código Penal, por meio do § 1º do seu art. 327, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, equipara a funcionário público quem

exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, não poderia deixar de considerar como públicos os documentos por ela expedidos, sendo passíveis, portanto, de falsificação. Embora exista controvérsia doutrinária sobre a expressão *entidade paraestatal*, estamos com José dos Santos Carvalho Filho quando preleciona que a expressão “deveria abranger toda a pessoa jurídica que tivesse vínculo institucional com a pessoa federativa, de forma a receber desta os mecanismos estatais de controle. Estariam, pois, enquadradas como *entidades paraestatais* as pessoas da administração indireta e os serviços sociais autônomos”.¹⁵ Assim, de acordo com o art. 4º, II, do Decreto-Lei nº 200/1967, a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: I – autarquias; II – empresas públicas; III – sociedades de economia mista; e IV – fundações públicas.

Títulos ao portador ou transmissíveis por endosso, a exemplo dos cheques, notas promissórias, duplicatas etc., as *ações de sociedade comercial*, em virtude da possibilidade de sua transferência a terceiros, como acontece, por exemplo, com as ações da sociedade anônima, os *livros mercantis*, bem como o *testamento particular ou ológrafo*, previsto pelos arts. 1.876 a 1.880 do Código Civil, em razão da sua relevância e necessidade de confiabilidade, também foram equiparados ao documento público.

Vale ressaltar, ainda, que a *falsificação grosseira*, de acordo com a posição majoritária de nossa doutrina, afasta a configuração do delito de *falsidade de documento público*, tendo em vista a sua incapacidade para iludir um número indeterminado de pessoas. No entanto, o agente poderá, por exemplo, ser responsabilizado penalmente pelo delito de estelionato, mesmo que para a obtenção da vantagem ilícita tenha se valido de um documento grosseiramente falsificado.

A Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, acrescentou os §§ 3º e 4º ao art. 297 do Código Penal.

Pela inserção dos mencionados parágrafos, percebe-se a preocupação do legislador com a previdência social.

Entendemos não ter agido corretamente o legislador ao acrescentar os §§ 3º e 4º ao art. 297 do Código Penal. Isso porque, antes da mencionada alteração, o delito de *falsificação de documento público* somente previa falsidade de natureza *material*. Agora, com os novos parágrafos, o tipo penal foi transformado em uma figura híbrida, pois que prevê, em seus parágrafos, falsidade *ideológica*.

Na espécie, a denúncia descreveu que o acusado mantinha 6 (seis) trabalhadores em seu carvoeiro, por muito tempo, sem o devido registro, conduta que se subsume ao tipo previsto no § 4º do art. 297 do Código Penal (STJ, AgRg no REsp 1.569.987/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 09/09/2016).

Aplicado ao caso o princípio da especialidade, deve-se limitar a incidência do art. 297 aos documentos

emitidos por órgãos da Administração Pública que não estejam inseridos no conceito de atestado ou de certidão, figuras reservadas ao crime especial de falsidade material de atestado ou certidão, previsto no art. 301, § 1º, do Código Penal. Precedente: RHC 17.522/PR, da relatoria do Ministro Felix Fischer (STJ, HC 300.848/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16/05/2016).

O agente que omite dados ou faz declarações falsas na Carteira de Trabalho e Previdência Social atenta contra interesse da autarquia previdenciária e estará incorso nas mesmas sanções do crime de falsificação de documento público, nos termos dos § 3º, II, e § 4º do art. 297 do Código Penal (STJ, AgRg. nos EDcl. no REsp. 1351592/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 5/8/2014).

A falta de anotação da CTPS, pelo empregador, configura falta grave em relação ao direito do trabalho, mas, em si mesma, não configura a figura criminal do art. 297, § 4º do Código Penal. Hipótese em que não ficou configurado, da mesma forma, o crime do art. 203, § 2º, CP. O emprego da violência ou da fraude não ficou demonstrado (TRF-1ª Reg., ACR 2008.43.00.004650-4/TO, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes, DJe 23/4/2014).

Prevalece no STJ que a simples omissão de anotação de contrato na CTPS já preenche o tipo penal descrito no § 4º do art. 297 do Código Penal. Contudo, é imprescindível que a conduta preencha não apenas a tipicidade formal, mas antes e principalmente a tipicidade material. Indispensável, portanto, a demonstração do dolo de falso e da efetiva possibilidade de vulneração à fé pública. O Direito Penal só deve ser invocado quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens considerados importantes para a vida em sociedade. A controvérsia foi efetivamente resolvida na Justiça Trabalhista – que reconheceu não ser possível se falar em contrato de prestação de serviço autônomo, reconhecendo o vínculo empregatício, matéria, aliás, que pode assumir contornos de alta complexidade. Dessarte, simples omissão pode revelar, no máximo, típico ilícito trabalhista – art. 47 da CLT – sem nenhuma nuance que demande a intervenção automática do Direito Penal. A melhor interpretação a ser dada ao art. 297, § 4º, do Código Penal, deveria passar necessariamente pela efetiva inserção de dados na Carteira de Trabalho, com a omissão de informação juridicamente relevante, demonstrando-se, da mesma forma, o dolo do agente em falsear a verdade, configurando efetiva hipótese de falsidade ideológica, o que a tutela penal visa coibir (STJ, REsp. 1252635/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 2/5/2014).

Somente é considerada grosseira a falsificação que é capaz de ser percebida pelo homem médio, não se encontrando nesta classificação os policiais que estão acostumados com este tipo de situação. Na prática do crime de falsificação de documento público, previsto no artigo 297 do CP, não é possível aplicar a tese de autodefesa (TJMS, ACR-Recl 2010.019356-4/0000-00, Campo Grande,

1ª T. Crim., Rel.ª Desig. Des.ª Marilza Lúcia Fortes, DJEMS 17/8/2010, p. 47).

Para a caracterização do crime formal e instantâneo estabelecido no art. 297, *caput*, do Código Penal, basta que o agente falsifique ou altere documento público verdadeiro para configurar risco de dano à fé pública. Assim, incorre nas sanções do art. 297 do Código Penal aquele que insere fotografia sua em cédula de identidade de outro titular, conforme comprovado pela confissão do acusado e depoimento dos policiais militares (TJSC, ACR 2009.015043-6, Rel.ª Des.ª Salete Silva Sommariva, DJSC 16/8/2010, p. 195).

Para a configuração do delito do art. 297 do Código Penal, não se exige que a falsidade seja perfeita, bastando uma razoável imitação do documento verdadeiro, idônea para enganar a maioria das pessoas (TJMG, APCR 5969473-39.2009.8.13.0024, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, DJEMG 13/8/2010).

O documento que se tem por falsificado, certidão de distribuição de ações e execuções, cuja expedição é atribuição da Justiça Federal, foi utilizado para fins particulares na celebração de compromisso de compra e venda. Dessarte, não há lesão a interesse, bem ou serviço da União a ponto de determinar a competência da Justiça Federal, pois foi o particular quem sofreu o prejuízo, o que determina a competência da Justiça

estadual para apreciar a suposta prática do delito de falsificação. Precedentes citados: CC 104.893-SE, *DJe* 29/3/2010, e CC 45.243-SC, *DJ* 28/11/2005 (STJ, *HC* 143.645-SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 5/8/2010. *Informativo* nº 441 do STJ).

O crime do § 4º do art. 297 do Código Penal consiste em deixar de inserir na CTPS o nome do segurado, seus dados pessoais, a remuneração e a vigência do contrato, aumentando indevidamente seus lucros. Esse tipo não exige dolo específico para sua caracterização, na medida em que basta para que incida que o réu não anote a CTPS dos trabalhadores, para que fique demonstrada sua vontade de não arcar com as incidências trabalhistas e previdenciárias inerentes ao contrato de trabalho (TRF, 1ª Reg., ACr. 2007.39.01.000818-4, PA, 3ª T., Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, j. 15/6/2010, *DJFI* 30/7/2010, p. 26).

O tipo penal de falsificação de documento público, previsto no art. 297 do Código Penal, não exige, para a sua consumação, a efetiva produção de dano (STJ, AgRg. no REsp. 948949/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 29/4/2008).

O crime do art. 297 corporifica-se, mediante a falsificação, no todo ou em parte, de documento público ou pela alteração de documento público verdadeiro. São duas condutas típicas: falsificação e alteração. O objeto é a fé pública. Qualquer pessoa poderá ser o sujeito ativo. Todavia, se o crime for praticado por funcionário público e este o faz prevalecendo-se do cargo, a pena é aumentada da sexta parte (figura qualificada). O sujeito passivo é o Estado em primeiro plano e, secundariamente, a pessoa contra quem se operou o prejuízo em virtude da falsificação. Pode haver a tentativa de crime. O objeto material é o documento público, isto é aquele feito pelo funcionário público, no desempenho de suas funções, segundo as formalidades legais. Para os efeitos penais, a lei equipara a documento público o elaborado por entidade estatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular (TJPR, AC 0399082-1, Foro Regional de São José dos Pinhais da Região Metropolitana de Curitiba, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Lídio José Rotoli de Macedo, un., j. 2/8/2007).

O crime de falsificação de documento público exige para sua caracterização um mínimo de eficácia material. A falsificação grosseira e sem potencialidade lesiva, perceptível *icti oculi*, incapaz de iludir o *homo medius*, afasta a possibilidade de seu reconhecimento (TJMG, AC 1.0145.02. 005553-2/001[1], Rel. Antônio Armando dos Anjos, j. 22/5/2007).

Trata-se de falsificação e alteração do certificado de registro e parte do recibo de transferência de um veículo, consistindo em alterar o nome de um dos vendedores do referido automóvel, objetivando não pagar as taxas referentes à transferência, que teriam sido feitas pelo ora recorrente, na qualidade de despachante (TJRS, Ap. Crim. 70012794947, 6ª Câm. Crim., Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 9/8/2007).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor) e omissivo próprio (§ 4º do art. 297); de forma livre (*caput*) e de forma vinculada (§§ 3º e 4º); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*. Caso o sujeito ativo seja funcionário público, se

tiver praticado a infração penal prevalecendo-se do cargo, a pena será aumentada de sexta parte.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas que foram diretamente prejudicadas com a falsificação do documento público.

A partir do julgamento no conflito de competência 127.706/RS, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, esta egrégia Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido de que “o sujeito passivo primário do crime omissivo do art. 297, § 4º, do Diploma Penal, é o Estado, e, eventualmente, de forma secundária, o particular, terceiro prejudicado, com a omissão das informações, referentes ao vínculo empregatício e a seus consectários da CTPS. Cuida-se, portanto de delito que ofende de forma direta os interesses da União, atraindo a competência da Justiça Federal, conforme o disposto no art. 109, IV, da Constituição Federal” (DJe 09/04/2014) (STJ, CC 145.567/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 04/05/2016).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de documento público*.

O objeto material é o documento público falsificado, no todo ou em parte, ou o documento público verdadeiro que fora alterado pelo agente.

A objetividade jurídica do delito de falsificação de documento público é a fé pública, ou seja, a credibilidade que todos depositam nos documentos, de forma que se trata de crime formal, o qual prescinde de resultado naturalístico para a consumação (TRF 4ª Reg., Ap. Crim. 2006.72. 02.007623-7, Rel. Amaury Chaves de Athayde, pub. 7/11/2009).

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos no tipo penal, não importando sua posterior utilização para efeitos de reconhecimento do *summatum opus*.

Admite-se a tentativa.

Para a consumação do tipo previsto no art. 297 do Código Penal, não se exige a efetiva produção do dano, bastando, para a sua configuração, a efetiva falsificação ou alteração do documento, cuidando-se, assim, de crime formal. Precedentes do STJ (STJ, HC 131062/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJe 27/5/2011).

Não é considerado falsificação grosseira o documento capaz de ludibriar o homem comum, não considerado o fiscal de transporte, que é treinado para detectar falsificação (TJRS, Ap. Crim. 70027238880, 4ª Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 12/3/2009).

O crime de falsificação de documento público se consuma com a prática de qualquer das condutas descritas no tipo penal (art. 297 do CP), independentemente do uso posterior ou qualquer outra consequência. Falsificação grosseira. Simples análise do documento de identidade permite verificar-se que a falsificação é idônea para enganar terceiros. Ademais, era utilizada pelo apelante, foragido da justiça que não queria ser identificado (TJRS, Ap. Crim. 70010984334, 6ª Câm. Crim., Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 31/5/2007).

Para a caracterização do crime previsto no art. 297 do Código Penal, basta que a falsificação tenha aptidão para lesionar a fé pública, sendo dispensável, assim, a comprovação de efetivo dano (STJ, REsp. 702525/PR,

Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., DJ 26/6/2006, p. 190).

O crime previsto no art. 297, *caput*, do CP se consuma com a efetiva falsificação ou alteração do documento, não se exigindo, portanto, para a sua configuração, o uso ou a efetiva ocorrência de prejuízo (Precedentes) (STJ, HC 57599/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 18/12/2006, p. 423).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de documento público*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Todos os verbos constantes do *caput*, bem como do § 3º do art. 297 do Código Penal, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, com relação a essas figuras típicas, ser o delito cometido via omissão imprópria.

A Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, ao acrescentar o § 4º ao art. 297 do Código Penal, criou uma modalidade omissiva própria, dizendo: *Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.*

Causa especial de aumento de pena

Determina o § 1º do art. 297 do Código Penal que, *se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.*

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *falsificação de documento público* (*caput* e §§ 3º e 4º do art. 297 do Código Penal) é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Uso de documento público falso

Caso o agente que falsificou o documento venha, efetivamente, fazer uso dele, não poderíamos, *in casu*, cogitar de concurso entre os crimes de *falsificação de documento público* e *uso de documento falso*, pois que nessa hipótese devemos aplicar a regra relativa ao antefato impunível, ou seja, o crime-meio (falsificação do documento público), deverá ser absorvido pelo crime-fim (uso de documento público falso).

O uso de documento público falso pelo próprio autor da falsificação configura crime único, qual seja, o delito descrito no art. 297 do Código Penal (falsificação de documento público), porquanto o posterior uso do falso documento configura mero exaurimento do crime de *falsum*. Vale dizer, o uso de documento falsificado,

pelo próprio falsário, caracteriza *post factum* impunível, de modo que deve o agente responder apenas por um delito: ou pelo de falsificação de documento público (art. 297) ou pelo de falsificação de documento particular (art. 298) (STJ, HC 226.128/TO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 20/04/2016).

Falsificação de documento público e estelionato

No que diz respeito à falsificação de documento público utilizada, efetivamente, na prática do crime de estelionato, existem, basicamente, cinco posições que disputam o tratamento sobre o tema.

A primeira delas entende pelo *concurso material* de crimes, devendo o agente responder, nos termos do art. 69 do Código Penal, por ambas as infrações penais.

A segunda posição preconiza que, se a falsidade é um meio utilizado na prática do estelionato, deverá ser reconhecido o concurso formal de crimes,¹⁶ aplicando-se, nos termos do art. 70 do Código Penal, a mais grave das penas cabíveis, aumentada de um sexto até metade.

Considerando o fato de que o delito de falsificação de documento público possui pena superior à do crime de estelionato, sendo, portanto, mais grave, a terceira posição tem entendido pela absorção deste último por aquele.

Aplicando o raciocínio relativo ao *ante factum* impunível, a quarta posição entende que o delito--fim (estelionato) deverá absorver o delito-meio (*falsificação de documento público*).

A última posição poderia ser entendida como uma vertente da anterior. O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula nº 17, expressou o seu posicionamento no seguinte sentido: *Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*. Assim, para essa última corrente, somente não haveria concurso de crimes quando o falso não possuísse mais potencialidade lesiva, pois, caso contrário, a regra seria a do concurso, havendo discussão, ainda, se formal ou material.

Estamos com a posição do STJ, expressa pela Súmula nº 17. Isso porque se o documento público falsificado pelo agente ainda puder ser utilizado na prática de outras infrações penais, forçoso é reconhecer a independência das infrações penais. Assim, imagine-se a hipótese em que o agente tenha falsificado um documento de identidade para, com ele, abrir diversos crediários em lojas de eletrodomésticos, a fim de praticar o delito de estelionato, pois receberá as mercadorias, sem efetuar um único pagamento. O documento de identidade falsificado, como se percebe, poderá ser utilizado em inúmeras infrações penais, razão pela qual, nesse caso, somos pelo concurso material de crimes, haja vista não se poder visualizar, na espécie, conduta única, mas, sim, pluralidade de comportamentos.

Evidenciado que a falsificação de documento público não se exauriu no cometimento do estelionato, porquanto a prova produzida indica que outras fraudes seriam praticadas com o uso da carteira de identidade contrafada, impositiva a condenação da denunciada, por incursa nas sanções do art. 297, *caput*, do Código

Penal (TJRS, Ap. Crim. 70027651009, 4ª Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, pub. 13/7/2009).

O delito de falsificação de documento foi, na verdade, o crime-meio para a realização do estelionato, porquanto o réu utilizou identidade falsificada para retirar fitas em locadora de vídeo, não existindo nos autos nenhuma prova de que tenha utilizado o documento para outro fim (TJRS, Ap. Crim. 70019 133537, 4ª Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 28/6/2007).

Fotocópias não autenticadas

Tem-se entendido que as fotocópias não autenticadas não gozam do *status* exigido pelo conceito de documento público, não se configurando, assim, a infração penal tipificada no art. 297 do estatuto repressivo, caso sejam falsificadas ou alteradas.

Atipicidade. Para os efeitos penais preceituados pelo art. 304, c.c. o art. 297 do Código Penal, não constituem documentos as fotocópias não autenticadas ou conferidas. Precedentes (STJ, REsp. 17584/RJ, Rel. Min. José Dantas, 5ª T., RSTJ 43, p. 357).

Falsificação de documento público para fins eleitorais

Vide art. 348 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965).

Competência

Incontroversa a existência de conexão entre delitos estaduais e delito federal, é de se aplicar a regra prevista no Enunciado nº 122 da Súmula desta Corte, que determina a prevalência da competência especial da Justiça Federal em detrimento da competência comum e residual da Justiça Estadual, para o julgamento conjunto dos delitos. A melhor exegese do Verbete nº 122 da Súmula desta Corte é a que preconiza que, havendo um crime federal, com menor pena cominada abstratamente, e um crime estadual, com maior pena, ambos conexos, o critério utilizado para a fixação não será o que considera o *quantum* apenatório (nos termos do art. 78, II, “a”, do CPP), mas, sim, a força atrativa exercida pela jurisdição federal. Como decorrência dessa *vis atrativa*, a competência deve ser determinada pelo lugar em que foi cometido o delito de competência da Justiça Federal, ainda que ele tenha pena mais branda que os delitos estaduais a ele conexos (STJ, HC 300.848/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16/05/2016).

O sujeito passivo primário do crime omissivo do art. 297, § 4º, do Diploma Penal é o Estado, e, eventualmente, de forma secundária, o particular, terceiro prejudicado, com a omissão das informações, referentes ao vínculo empregatício e a seus consectários da CTPS. Cuida-se, portanto de delito que ofende de forma direta os interesses da União, atraindo a competência da Justiça Federal, conforme o disposto no art. 109, IV, da Constituição Federal (STJ, HC 269.800/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 02/05/2016).

É da competência da Justiça Federal o julgamento dos delitos de falsificação de documento, quando a falsidade constituir meio empregado para a permanência de estrangeiro em território brasileiro ou aquisição irregular de nacionalidade brasileira, a teor do disposto no art. 109, inc. X, da Carta Federal (STJ, CC 123324/AM, Rel.^a Min^a Marilza Maynard, Des.^a convocada do TJSE, S3, DJe 27/5/2013).

É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a competência para processar e julgar o delito de anotação falsa em CTPS é da Justiça estadual, em casos como o dos autos, em que não há lesão ao INSS capaz de atrair a competência da Justiça Federal. Precedentes (STF, RE 649998 AgR/GO, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T., DJe 30/3/2012).

Paciente condenado pela prática de crime de falsificação de documento público, em razão de ter falsificado carteira de identidade e CPF, os quais, posteriormente, foram apresentados à autoridade policial que lavrava auto de prisão em flagrante pela prática de crime de roubo contra a Caixa Econômica Federal. Alegação de ocorrência de conexão entre o crime de falsidade de documento público e o crime de roubo praticado contra a Caixa Econômica Federal, bem como de incompetência absoluta da Justiça estadual para julgar crime de falsidade de documento de CPF, cuja expedição é feita pela Receita Federal. Não há que se falar em conexão, porquanto a falsificação de documento público já teria ocorrido quando, posteriormente, o paciente apresentou os documentos falsos à autoridade policial. O documento de CPF é expedido pela Secretaria da Receita Federal, órgão do Ministério da Fazenda, pertencente à estrutura da União Federal, configurando-se, pois, a hipótese prevista no art. 109, inc. IV, da Constituição Federal de 1988, a atrair a competência da Justiça Federal para o julgamento do processo (STJ, HC 44701/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 19/12/2005, p. 452).

Competência para julgamento da falsificação quando se tratar de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Arrais-Amador (CHA), ambas expedidas pela Marinha do Brasil

O Supremo Tribunal Federal, na seção plenária do dia 16 de outubro de 2014, aprovou a Súmula Vinculante nº 36, com o seguinte verbete: *Súmula Vinculante nº 36. Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Arrais-Amador (CHA), ambas expedidas pela Marinha do Brasil.*

Falsificação de documento no Código Penal Militar

Vide art. 311 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Falsificação de documento particular Art. 298. Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Falsificação de cartão

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.

Introdução

O delito de *falsificação de documento particular* vem tipificado no art. 298 do Código Penal.

Cuida-se de mais uma infração penal que prevê a falsidade de natureza material. Conforme lições de Sylvio do Amaral, “a falsidade material incide sobre a integridade física do papel

escrito, procurando deturpar suas características originais através de emendas ou rasuras, que substituem ou acrescentam no texto letras ou algarismos – é a modalidade de falso material consistente na *alteração de documento verdadeiro*. Ou pode consistir na criação, pelo agente, do documento falso, quer pela imitação de um original legítimo (tal como na produção de um diploma falso), quer pelo livre exercício da imaginação do falsário (como na produção de uma carta particular apócrifa) – e o caso será daqueles para os quais o legislador reservou, com sentido específico, o termo *falsificação* (arts. 297 e 298), que, se assim não fora, significaria genericamente todos os modos de falso documental”.¹⁷

De acordo com a redação constante do art. 298, *caput*, do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de falsificar, no todo ou em parte, documento particular; b) ou alterar documento particular verdadeiro.

O núcleo *falsificar*, conforme esclarece Sylvio do Amaral, tem o sentido de contrafação, ou seja, criação, total ou parcial, do documento particular.

Conforme esclarecemos quando do estudo do crime de *falsificação de documento público*, o conceito de *documento particular* é encontrado por exclusão. Assim, se o documento não possuir natureza pública, seja ele *formal e substancialmente público*, ou *formalmente público e substancialmente privado*, ou mesmo aqueles considerados públicos por equiparação (§ 2º do art. 297), poderá ser considerado um documento particular.

No entanto, nem todo documento forjado pelo agente, por exemplo, poderá se amoldar ao conceito de documento exigido pelo tipo penal. Assim, aquelas criações que não tenham a menor relevância jurídica devem ser afastadas desse conceito, em virtude da ausência de potencialidade lesiva, pois, conforme adverte Cezar Roberto Bitencourt, “a falsidade em documento particular é de natureza material, não podendo, por conseguinte, ser objeto do crime *documento juridicamente inócuo*, ou seja, alheio à prova de qualquer direito ou obrigação”.¹⁸

A diferença existente entre os delitos tipificados nos arts. 297 e 298 do Código Penal diz respeito, tão somente, ao objeto material, pois, naquele, o documento é público e neste, privado. Assim, tudo o que foi dito com relação ao delito de falsificação de documento público aplica-se à falsificação de documento privado.

No que diz respeito à alteração de documento particular verdadeiro, conforme preconiza Fragoso, esta consiste “na mutação do conteúdo do documento, ou seja, na substituição de palavras ou signos. A simples eliminação de parte do conteúdo (juridicamente relevante) constituirá o crime previsto no art. 305 do CP (supressão de documento)”.¹⁹

A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, incluindo o parágrafo único ao art. 298 do Código Penal, criou uma modalidade equiparada de documento particular, dizendo que *para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito*.

O cartão de crédito, que surgiu nos EUA na década de 1920, é utilizado como um meio de pagamento para a compra de bens ou contratação de serviços. Normalmente, é um cartão de plástico, de tamanho padronizado (como especificado no padrão ISO 7810), que contém, na parte da frente, a bandeira a que pertence (VISA, MASTERCARD, AMERICAN EXPRESS, DINERS CLUB etc.), além do número e data de validade, o nome do proprietário, bem como, como regra, a agência e conta bancária da instituição a que está vinculado e um chip. No verso, apresenta uma tarja magnética, que permite a sua imediata identificação nas transações com ele levadas a efeito, e ainda um local próprio para a assinatura identificadora do seu proprietário, juntamente com um número de segurança (CVV2).

Na verdade, o cartão de crédito é um meio através do qual os empréstimos bancários são realizados, variando o seu limite máximo a ser gasto de acordo com a renda, o poder aquisitivo do cliente, seu histórico de adimplência etc., permitindo que as compras de bens ou contratações de serviços sejam realizadas, possibilitando o seu pagamento à vista (no prazo convencionado de vencimento) ou parcelado. O atraso no pagamento da fatura importará na cobrança de juros pela instituição financeira.

O cartão de débito possui as mesmas características físicas do cartão de crédito, servindo, no entanto, como uma forma de pagamento eletrônica (em lugar da emissão do cheque), à vista, que permite a imediata dedução do valor de uma compra de bens ou pagamento de uma prestação de serviços da conta-corrente (ou conta de poupança) de que o proprietário é titular, em uma instituição bancária.

Atualmente, houve uma queda significativa das compras realizadas através da emissão de cheques e um aumento daquelas realizadas através dos cartões de crédito e/ou débito. Assim, o número de falsificações dessa modalidade equiparada de documento particular cresceu na mesma proporção, exigindo, igualmente, uma resposta do legislador, a fim de preservar as relações de consumo.

Segundo doutrina de escol e precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, a efetiva utilização do documento falsificado, pelo mesmo agente, é mero exaurimento do *falsum*, pelo que somente este delito subsiste (STJ, HC 359.739/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 1º/08/2016).

Em se tratando da imputação relativa ao art. 298 do Código Penal, este Areópago firmou entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao crime contra a fé pública, uma vez que o bem jurídico protegido envolve a credibilidade, a confiança das pessoas na autenticidade documental e a preservação da fé pública nos documentos particulares (STJ, RHC 64.292/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 02/02/2016).

O comportamento daquele que forja uma comprovação de vínculo empregatício para auxiliar outrem na obtenção de benefício previdenciário mediante emprego de documentação alterada (Relação de Salários de Contribuição) amolda-se à descrição contida no artigo 298 do CP (TRF, 4^a Reg., ACr. 2007.71.13.002057-5, Rel. Juiz Fed. Artur César de Souza, DEJF 4/8/2010, p. 693).

A apresentação de 3 notas fiscais contrafeitas pelo próprio réu se subsume ao tipo previsto no art. 304, com

as penas do art. 298, ambos do CP, haja vista que a falsificação do documento (crime-meio) resta absorvida pelo delito de uso (crime-fim), por aplicação do princípio da consunção (TRF 5^a R., ACr. 6811, Proc. 2006.83.00.000584-0, PE, Rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena, *DJETRF5* 26/7/2010).

O fato de o agente falsificar uma nota fiscal para fraudar a fiscalização tributária não tipifica o delito previsto no art. 298 do CP, uma vez que se trata de crime-meio para a consecução do crime tributário, sendo por este absorvido (TJRS, ACr. 70034302422, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, *DJERS* 20/5/2010).

A nota fiscal, para fins de direito penal, é considerada pela doutrina e jurisprudência como documento particular (STJ, *HC 27122/MG*, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., *DJ* 12/2/2007, p. 300).

Para a configuração do delito previsto no art. 298 do Código Penal, basta a vontade livre e consciente de falsificar ou alterar o documento particular. Trata-se de crime dito formal, de mera atividade, não exigindo o dano efetivo, porquanto basta a possibilidade de que ocorra, ou seja, do ato resulte a capacidade de ofender a fé pública, independentemente de qualquer outro resultado (TJPR, AC 0345582-5, Ortigueira, 4^a Câm. Crim., Rel. Des. Rogério Coelho, un., j. 9/11/2006).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *falsificação de documento particular*, haja vista que o tipo do art. 298 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquelas pessoas que foram diretamente prejudicadas com a falsificação ou a alteração do documento particular.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de documento particular*.

O objeto material é o documento particular falsificado, no todo ou em parte, ou o documento particular verdadeiro que foi alterado pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, falsifica o documento particular, no todo ou em parte, ou quando altera documento particular verdadeiro.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se

possível o raciocínio correspondente à tentativa.

O delito disposto no art. 298 do Estatuto Repressivo é de perigo abstrato, bastando a falsificação ou modificação do documento para que reste configurado risco de dano à fé pública, que é presumido (STJ, *RHC 22989/RJ*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., *DJe* 1º/6/2011).

O crime previsto no artigo 298, do Código Penal, caracteriza-se e consuma-se com a sua efetiva falsificação ou alteração. Trata-se de crime formal e de consumação instantânea (TJMS, ACr.-Recl. 2010.012587-7/0000-00, Rel. Desig. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, *DJEMS* 21/7/2010, p. 34).

A simples fabricação material de um falso, por si só, não constitui todo o processo executório do crime porque parte integrante e elementar do processo é o uso ou tentativa de uso do documento, do que resulta o dano real ou eventual, ou seja, a possibilidade de causar dano (TJSC, AC 27062, Rel. José Roberge, 0002628).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de documento particular*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente deverá ter conhecimento de todos os elementos constantes do tipo penal em estudo, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *falsificar* e *alterar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática da infração penal, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *falsificação de documento particular* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Uso de documento particular falso

Se o próprio autor da falsificação do documento particular dele fizer uso, não se cogitará de concurso de crimes, devendo responder, tão somente, pelo uso de documento particular falsificado, nos termos do art. 304 do Código Penal.

Falsificação de documento particular e estelionato

Aplica-se, aqui, o mesmo raciocínio relativo ao delito de falsificação de documento

público, para onde remetemos o leitor.

Falsificação de documento particular para fins eleitorais

Vide art. 349 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965).

Falsificação de documento particular e crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo

De acordo com o inc. III do art. 1º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, *verbis*:

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

[...];

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

[...].

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Falsificação de documento no Código Penal Militar

Vide art. 311 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Falsidade ideológica Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Introdução

Ao contrário do que ocorre com os delitos tipificados nos arts. 297 e 298 do Código Penal, que preveem uma falsidade de natureza material, a falsidade constante do art. 299 do mesmo diploma legal é de cunho ideológico. Isso significa que o documento, em si, é perfeito; a ideia, no entanto, nele lançada é de que é falsa, razão pela qual o delito de falsidade ideológica também é reconhecido doutrinariamente pelas expressões *falso ideal, falso*

intelectual e falso moral.

Na primeira parte do tipo penal constante do art. 299, encontra-se previsto um delito omissivo próprio. O agente, portanto, permite que o documento, público ou privado, seja ideologicamente falso, pois que não fornece a necessária declaração que nele devia constar.

Também pratica o delito de *falsidade ideológica* aquele que insere ou faz inserir, em documento público ou particular, declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita.

Para que ocorra a infração penal em estudo, exige o art. 299 que a falsidade ideológica tenha a finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Atua, portanto, segundo a doutrina dominante, com um *especial fim de agir*.

Já se sedimentou na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a petição apresentada em Juízo não caracteriza documento para fins penais, uma vez que não é capaz de produzir prova por si mesma, dependendo de outras verificações para que sua fidelidade seja atestada. A indicação de endereço incorreto em petição inicial para fins de alteração da competência para processar e julgar determinada ação não caracteriza o crime previsto no art. 299 do Código Penal, pois a veracidade do domicílio poderá ser objeto de verificação. Precedentes (STJ, RHC 70.596/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 09/09/2016).

O crime de falsidade ideológica não, obrigatoriamente, deve ser apto a alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, pois, composto de outras figuras nucleares que, uma vez praticadas, já ensejam a tipificação do ato, pois a conjunção “ou”, constante do citado dispositivo legal, traz, justamente, a ideia de alternância/de exclusão entre os elementos subjetivos do tipo ali previstos, estando perfectibilizado o delito quando, da conduta, haja aptidão para prejudicar direito de outrem ou para a criação de obrigação ou a alteração de fato juridicamente relevante. A celebração de contrato de doação mediante a inserção de dados falsos possui potencialidade lesiva, pois, a despeito da obrigatoriedade de colação dos bens doados em vida pelo doador quando da morte deste e por ocasião do processo de inventário, não menos verdade, que estando tais bens dentro da reserva disponível da herança, estes se consolidarão na propriedade do donatário que os recebeu indevidamente, devendo providenciar a colação e devolução apenas daqueles bens que porventura tenham invadido a legítima dos herdeiros necessários, situação apta a causar prejuízos aos demais herdeiros. O crime de falsidade ideológica se aperfeiçoa caso o conteúdo inidôneo inserido no documento tenha o condão de produzir seus efeitos jurídicos, com valor probatório, sem necessidade de posterior chancela, para sua concreta validação, situação presente no caso dos autos (STJ, HC 355.140/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 26/08/2016).

Somente se configura o crime de falsidade ideológica se a declaração prestada não estiver sujeita a confirmação pela parte interessada, gozando, portanto, de presunção absoluta de veracidade (STJ, RHC 46.569/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 06/05/2015).

A declaração prestada por particulares deve valer, por si mesma, para a formação do documento, a fim de configurar-se a falsidade mediata. Se o oficial ou o funcionário público que a recebe está adstrito a averiguar, *propriis sensibus*, a fidelidade da declaração, o declarante, ainda quando falte à verdade, não comete ilícito penal – RT 483/263, 541/341, 564/309-10, 691/342, 731/560; JTJ 183/294 (STJ, HC 127376/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 29/8/2011).

Pratica, em tese, o delito do art. 299 do CP a conduta do agente que altera o conteúdo de Declaração de Compensação (DECOMP), preenchendo-a e enviando-a ao Fisco com informação inexata acerca da natureza e

da origem dos créditos utilizados para a extinção de dívida tributária. Caracterizada a negligência ou a existência de erro profissional, resta afastada a vontade e a consciência necessárias para a configuração do dolo. Atipicidade que se reconhece (TRF, 4^a Reg., ACr. 2006.72.00.009303-5, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, *DEJF* 16/8/2010, p. 917).

Materialidade e autoria do crime do art. 299 do CP devidamente comprovadas pelo conjunto probatório constante dos presentes autos, demonstrando que o réu, no exercício da advocacia, fez inserir falso endereço em documentos processuais de seu cliente, assim de modo relevante alterando a competência territorial para o processo. O dolo – consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar a conduta típica – pode ser aferido da análise das circunstâncias fáticas que envolvem o evento criminoso (TRF, 4^a Reg., ACr. 0000421-73.2008.404.7206, Rel. Juiz Fed. Marcos Roberto Araujo dos Santos, *DEJF* 13/8/2010, p. 801).

Verificado que o réu assinou recibo em nome da credora, apondo a assinatura da mesma sem o conhecimento dela, ciente de que não havia efetuado o pagamento do valor correspondente, demonstrado o crime de falsidade ideológica, devendo ser mantido o Decreto condenatório (TJRS, ACr. 70035950278, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, *DJERS* 3/8/2010).

O documento para fins de falsidade ideológica deve ser uma peça que tenha possibilidade de produzir prova de um determinado fato, sem necessidade de outras verificações, valendo como tal por si mesma. Simples correspondência enviada a um órgão, visando obtenção de endereço da parte adversária, ainda que sem autorização do juízo, mesmo de modo a parecer ter sido expedida judicialmente, não configura o delito de falsidade ideológica, se nenhum dos especiais fins de agir foi objetivado (STJ, *RHC* 19710/SP, 6^a T., Rel.^a Min.^a Jane Silva [Des. convocada do TJ/MG], j. 28/8/2008).

É certo que quem faz inserir, em documento público ou particular, declaração falsa ou diversa da que devia estar escrita, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, incide nas penas do art. 299 do CP. Para a caracterização do crime de falsidade ideológica, basta a potencialidade de evento danoso, sendo, portanto, irrelevante a inocorrência de efetivo prejuízo (TJMG, Processo 1.0079.03. 077641-7/001[1], Rel. Hyparco Immesi, *DJ* 21/6/2007).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo e omissivo próprio (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas que foram diretamente prejudicadas com a prática do delito.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade ideológica*.

O objeto material é o documento, público ou particular, no qual o agente omitiu declaração que nele devia constar, ou nele inseriu ou fez inserir declaração falsa ou diversa daquela que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Consumação e tentativa

O delito de falsidade ideológica se consuma por meio da primeira modalidade quando da confecção do documento, público ou particular, sem a declaração que dele devia constar, em virtude da omissão dolosa do agente.

Na segunda modalidade de falsidade ideológica ocorre a consumação quando o agente, efetivamente, insere ou faz inserir, em documento público ou particular, declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita.

Em ambas as situações, o agente deverá atuar com a finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Admite-se a tentativa, desde que, no caso concreto, se possa fracionar o *iter criminis*.

O delito inscrito no art. 299 do Estatuto Penalista é crime formal, exigindo-se para sua consumação a mera potencialidade lesiva, sendo prescindível a efetiva lesão patrimonial (STJ, HC 355.140/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, DJe 26/08/2016).

O crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do CP, trata-se de crime formal, não se exigindo a ocorrência de qualquer resultado naturalístico para se consubstanciar (TJES, AC 048080187338, Rel. Des. Adalto Dias Tristão, j. 26/3/2014).

O crime de falsidade ideológica é formal e consuma-se com a inserção de declaração inverídica em documento público ou particular, com a intenção de prejudicar direitos, criar obrigações ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, sendo desnecessária a ocorrência de efetivo prejuízo (TRF 4ª Região, Ap. Crim. 2004.72.00. 015990-6, 8ª T, Rel. Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 20/5/2009).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade ideológica*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299, *caput*, do Código Penal, exige dolo específico, com o intuito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante (STJ, RHC 66.877/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, DJe 1º/06/2016).

Para a configuração do delito de falsidade ideológica, é essencial o dolo específico de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Não há crime de falso ideológico se não há, objetivamente e sequer, declaração falsa ou omissão de informação sobre fato que devesse constar do ofício requisitório, mas simples requisição, pela via irregular, com prescrição de conduta e cominação de pena pelo não atendimento no prazo estipulado, de informações em poder da Administração (STJ, REsp 1.453.904/DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T, DJe 07/05/2015).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *omitir* induz a uma conduta negativa por parte do agente, cuidando-se, nesse caso, de um crime omissivo próprio.

Ao contrário, os núcleos *inserir* e *fazer inserir* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

Causa especial de aumento de pena

Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte, nos termos do parágrafo único do art. 299 do Código Penal.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *falsidade ideológica* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, desde que não ocorra a incidência do parágrafo único do art. 299 do Código Penal.

Folha em branco e abuso no seu preenchimento

São várias as hipóteses em que um documento assinado pode ter sido entregue em branco a outra pessoa, ou mesmo tenha chegado às suas mãos ilegitimamente. Fragoso, resumindo as hipóteses mais comuns, preleciona: “1. Se a folha, total ou parcialmente em branco, estiver na posse legítima do agente, para que ele a preencha de acordo com entendimento havido com o signatário, seu preenchimento abusivo será *falsidade ideológica*. Neste caso, o agente insere ou faz inserir declaração ‘diversa da que deveria ser escrita’.

2. Se o papel foi confiado ao agente para guarda ou depósito, ou se ele vem a obtê-lo por meio ilegítimo (furto, roubo, apropriação indébita, extorsão etc.), o seu preenchimento constituirá *falsidade material*. Tal hipótese em nada difere da contrafação documental. A contrafação será total (formação do documento falso), se o papel contiver apenas a assinatura, e será parcial, se o agente preencher apenas alguns claros existentes.

3. Haverá *falsidade material* se, na hipótese acima figurada (nº 1), houver sido revogado o mandado *ad scribendum*, ou tiver cessado a obrigação ou faculdade de preencher o papel.

4. Se o agente recebeu o documento do signatário para preenchê-lo falsamente [...], e vem

a preenche-lo *secundum veritatem*, não há certamente crime de falsidade, material ou ideológica. Neste caso, como bem observa Mirto, o agente não cometeu abuso mas evitou que um abuso fosse praticado.”²⁰

Uso do documento ideologicamente falsificado

Se o agente, autor da falsificação, fizer uso do documento ideologicamente falsificado, não haverá concurso de crimes, devendo o agente responder tão somente pelo crime-fim (uso de documento falso), tipificado no art. 304 do Código Penal.

Não se pode reconhecer o concurso material entre falsidade ideológica e uso de documento falso pelo próprio autor da falsificação, devendo o segundo delito ser absorvido pelo primeiro (TJMG, Processo 1.0433.03.069862-8/001[1], Rel.^a Beatriz Pinheiro Caires, DJ 16/5/2006).

Quando a mesma e única pessoa é o falsário e o usuário do documento falsificado, considera-se inexistente o concurso material, e pune-se o infrator apenas na condição de falsário, ou seja, pelo ilícito de falsidade ideológica, sendo o uso tido à conta de fato posterior, não passível de punição (TJMG, Processo 1.0529.03.001509-1/001[1], Rel. Hyparco Immesi, DJ 2/8/2005).

Falsidade ideológica de circunstância incompatível com a realidade

Tal como ocorre na falsidade material praticada grosseiramente, que deixa de configurar crime em virtude da ausência de potencialidade de dano, quando a falsidade ideológica for incompatível com a realidade dos fatos, conhecida por todos, sendo, portanto, inverossímil, restará afastado o delito previsto pelo art. 299 do Código Penal.

Inexistindo potencialidade lesiva no documento tido por ideologicamente falso, não há falar em condenação pelo crime do art. 299 do CP (TRF, 4^a Reg., ACr. 2006.70.00.020165-4, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, DEJF 23/7/2010, p. 322).

Declaração de nascimento inexistente

Embora a declaração de nascimento inexistente seja também ideologicamente falsa, existe previsão específica para esse comportamento, conforme se verifica na redação do art. 241 do Código Penal.

Parto alheio como próprio

Aquela que dá parto alheio como próprio, fazendo com que conste, erroneamente, a maternidade diversa da verdadeira no registro de nascimento, pratica um falso ideal.

No entanto, também entendeu por bem o legislador criar um tipo penal específico, conforme se verifica no art. 242 do Código Penal.

Falsidade ideológica e sonegação fiscal

A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, em vários tipos penais, fez previsão para a prática do delito de falso, a exemplo do disposto no inc. I do seu art. 1º, sendo, portanto,

considerada especial em relação ao delito previsto pelo Código Penal.

Em princípio, o crime de sonegação fiscal e os de falsidade ideológica e estelionato apresentam existências autônomas, ainda que, ocasionalmente, se possa reconhecer a ocorrência somente do crime contra a ordem tributária. Os delitos constantes dos arts. 171 e 299 do CP, somente são absorvidos pelo crime de sonegação fiscal, se o falso teve como finalidade a sonegação, constituindo, em regra, meio necessário para a sua consumação (STJ, RHC 37.268/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 17/08/2016).

Em princípio, o crime de sonegação fiscal e os de falsidade ideológica e uso de documento falso apresentam existências autônomas, ainda que, ocasionalmente, se possa reconhecer a ocorrência somente do crime contra a ordem tributária. Os delitos constantes dos art. 299 e 304 do CP somente são absorvidos pelo crime de sonegação fiscal, se o falso teve como finalidade a sonegação, constituindo, em regra, meio necessário para a sua consumação (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). Na hipótese, os crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso estão indissociavelmente ligados à descrição de um potencial crime contra a ordem tributária, razão pela qual são por ele absorvidos (STJ, HC 75599/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., j. 21/6/2007).

O delito constante do preceito primário do art. 299 do CP somente é absorvido pelo crime de sonegação fiscal se o falso teve como finalidade a sonegação, constituindo, em regra, meio necessário para a sua consumação. Na hipótese dos autos, o delito de falsidade ideológica deve ser tido como crime autônomo, uma vez que praticado não para que fosse consumada a sonegação fiscal, mas, sim, para assegurar a isenção de futura responsabilidade penal (STJ, REsp. 503368/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 16/8/2004, p. 277).

Falsidade ideológica e estelionato

Aplica-se, aqui, o mesmo raciocínio relativo aos delitos de falsidade material, discutidos quando do estudo do crime de falsidade de documento público, para onde remetemos o leitor.

Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido (Súmula nº 17 STJ). Cabe à defesa provar que o cheque foi dado em garantia de dívida, e não como ordem de pagamento à vista (TJPR, AC 0384309-4, Alto Piquiri, 4^a Câm. Crim., Rel. Des. Antônio Martelozzo, un., j. 26/7/2007).

Declaração falsa para efeitos de instrução de pedido de remição

O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho ou pelo estudo, parte do tempo de execução da pena. A contagem de tempo será feita à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar (atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional) divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova.

O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

Dessa forma, para efeitos de remição, deverão ser comprovados nos autos os dias efetivamente trabalhados ou as horas de estudo, de forma a retratar a verdade, pois, caso contrário, o autor da declaração ou atestado falso responderá pelo delito de falsidade ideológica, conforme determina expressamente o art. 130 da Lei de Execução Penal.

Constitui o crime do artigo 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição (TRF, 1^a Reg., AG-ExPen 58053620104014100, RO, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, *DJF1* 6/8/2010, p. 36).

Falsidade ideológica para fins eleitorais

Vide art. 350 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965).

Requisitos para denúncia

São quatro os requisitos exigidos para que possa haver denúncia pelo art. 299 do Código Penal: *a) alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante; b) imitação da verdade;*

c) potencialidade de dano;

d) dolo específico (STJ, Ap. 418/MT, Rel. Min. José Delgado, 5^a T., DJ 3/4/2006, p. 196).

Incidente de falsidade documental

A falsidade ideológica, assim entendida aquela que respeita aos vícios do consentimento ou sociais do ato jurídico, não autoriza a instalação do incidente, mas a anulação do ato jurídico nas formas do CC 147, II. O incidente de falsidade documental, para ser admitido, tem que ser relativo a vício do documento, não a vício do consentimento ou social. No falso material, há alteração da forma do documento, sendo construído um novo, ou alterado o que era verdadeiro, perquirindo-se acerca da veracidade do próprio documento apresentado. A falsidade ideológica, por sua vez, provoca uma alteração de conteúdo, que pode ser total ou parcial, perquirindo-se acerca da falsidade das próprias informações e afirmações constantes no documento. Sendo o incidente de falsidade o meio próprio para análise do falso material, caso interposto para apreciação do falso ideológico, por certo, seu julgamento será pela improcedência (TJMG, Processo 2.0000. 00.477136-2/000[1], Rel. Eduardo Mariné da Cunha, *DJ* 2/12/2004).

Troca de fotografia

A Súmula nº 17 do STJ somente tem aplicação quando o falso se exaure no estelionato, não sendo o caso de aplicação quando o documento público falsificado, carteira de identidade, continua lesando a fé pública, com potencialidade para a prática de outros delitos. A inserção de fotografia em Cédula de Identidade caracteriza o crime de falsidade de documento público (art. 297 do CP), comprometendo a estrutura material do documento verdadeiro, razão pela qual, diante do que fora narrado na denúncia, deve-se aplicar a *emendatio libelli* em segundo grau nos termos do art. 383 do CPP, dando aos fatos nova definição jurídica. Não há como reconhecer o concurso material de crimes quando se tratar de crime progressivo, ou seja, crime-meio (falsidade) e crime-fim (uso do falso), mormente quando a falsificação é preparada por terceira pessoa.

O crime descrito no art. 304 do CP se consuma com a simples utilização do documento falso, não se exigindo resultado naturalístico por tratar-se de crime instantâneo e formal (TJES, Ap. Crim. APR 24040102972/ES, 2^a Câm. Crim., Rel. Des. Manoel Alves Rabelo, j. 24/5/2006, pub. 8/8/2006).

Falsidade ideológica e crimes contra o sistema financeiro

Vide art. 9º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.

Falsidade ideológica e crimes ambientais

Vide art. 66 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Declaração de pobreza

Esta Corte já decidiu ser atípica a conduta de firmar ou usar declaração de pobreza falsa em juízo, com a finalidade de obter os benefícios da gratuidade de justiça, tendo em vista a presunção relativa de tal documento, que comporta prova em contrário (STJ, RHC 46.569/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 06/05/2015).

É atípica a mera declaração falsa de estado de pobreza realizada com o intuito de obter os benefícios da justiça gratuita. O art. 4º da Lei 1.060/1950 dispõe que a sanção aplicada àquele que apresenta falsa declaração de hipossuficiência é meramente econômica, sem previsão de sanção penal. Além disso, tanto a jurisprudência do STJ e do STF quanto a doutrina entendem que a mera declaração de hipossuficiência inidônea não pode ser considerada documento para fins penais. Precedentes citados do STJ: HC 218.570-SP, Sexta Turma, DJe 5/3/2012; HC 217.657-SP, Sexta Turma, DJe 22/2/2012; e HC 105.592-RJ, Quinta Turma, DJe 19/4/2010. Precedente citado do STF: HC 85.976-MT, Segunda Turma, DJ 24/2/2006. [STJ, HC 261.074/MS, 6^a T., Rel.^a Min^a Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ-SE), j. 5/8/2014].

Falsidade ideológica e corrupção passiva

Não há que se falar em consunção entre o crime de falsidade ideológica e o de corrupção passiva na medida em que aquele não se mostra meio necessário para a configuração deste. Concurso material que deve ser aplicado quando houver dolo específico na conduta delitiva (STJ, REsp. 1106603/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5^a T., DJe 27/6/2014).

Em sentido contrário:

A falsidade ideológica e a corrupção passiva foram praticadas em um mesmo contexto fático, acarretando a atipicidade da imputação feita ao primeiro delito, uma vez que a conduta atinente à falsidade ideológica acabou sendo absorvida pela posterior de corrupção passiva. Precedentes (TJES, RC 100130022013, Rel. Des. Ney Batista Coutinho, j. 9/6/2014).

Falsificação ideológica no Código Penal Militar

Vide art. 312 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Falso reconhecimento de firma ou letra Art. 300. Reconhecer, como verdadeira, no exercício de função pública, firma ou letra que o não seja: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público; e de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Introdução

O núcleo *reconhecer* deve ser entendido no sentido de atestar, declarar, afirmar, proclamar como verdadeira.

Esse reconhecimento deve ser levado a efeito por funcionário que esteja no *exercício de função pública*. Dessa forma se o agente, embora funcionário público, estiver afastado, por algum motivo, de suas funções públicas, ou não possuir atribuições para o ato, não ocorrerá o delito em estudo, podendo, se for o caso, ser aplicado o art. 299 do Código Penal.

O reconhecimento levado a efeito pelo agente tem como objeto material *firma* ou *letra* que não seja verdadeira, isto é, o agente reconhece como verdadeira uma firma (assinatura, seja por extenso ou mesmo abreviada, de alguém) ou letra (sinal gráfico elementar com que se representa o vocábulo da língua escrita) falsa, atingindo, com seu comportamento, a fé pública.

Esse reconhecimento pode se dar de várias maneiras, conforme esclarece Sylvio do Amaral: “Reconhecimento *autêntico* (ou por certeza) é o que o tabelião faz ‘vendo escrever a própria pessoa, como tal por ele reconhecida, ou conhecida na ocasião’. Diz-se o reconhecimento *semiautêntico* ‘se lançada longe das vistas do tabelião a assinatura, perante ele afirma o respectivo autor a sua veracidade’. O chamado reconhecimento por *semelhança* é, como se sabe, representado pela grande maioria dos casos concretos: é aquele que ‘resulta da comparação feita pelo tabelião da letra ou firma, que lhe apresentam para ser reconhecida, com a de que tem lembrança ou consta de papéis ou livros do Cartório’. Finalmente, é *indireto* o reconhecimento ‘quando duas pessoas, conhecidas do tabelião, declaram por escrito que a letra ou firma são, na realidade, de determinada pessoa.’²¹

Não importa a modalidade de reconhecimento de firma ou letra para efeito do delito em estudo, bastando que o funcionário, no exercício de suas funções, ateste a sua veracidade, tendo conhecimento de sua falsidade.

A elementar do tipo do art. 300 do CP é a falsidade da firma ou letra, exigindo, necessariamente, a falsificação de documento público como condição essencial para a sua configuração (TRF-1^a Reg., HC 0059515-15.2011.4.01.0000/MG, Rel. Des. Murilo Fernandes de Almeida, DJe 23/04/2012).

A ação física do crime previsto no art. 300 do CP é reconhecer como verdadeira a firma ou letra que não o é. Se o notário não tomou as cautelas necessárias para intuir-se de sua veracidade, mas for ela verdadeira, não se lhe pode imputar delito (TJMG, Processo 1.0000.00. 242833-2/000 [1], Rel. Márcia Milanez, DJ 14/2/2002).

Falso reconhecimento de firma. Caracterização. Dolo comprovado. Reconhecimento de firma com um carimbo de um colega pelo réu que, ademais, saiu de sua função específica. Recurso não provido (TJSP, Ap. Crim. 137.401-3/SP, Rel. David Haddad, j. 28/12/1994).

O falso reconhecimento de firma ou letra só é punível a título de dolo, que compreende a ciência da falsidade da firma ou letra reconhecida como verdadeira. Não incrimina o Código Penal a falsidade culposa, ficando esta na esfera do ilícito civil e dando lugar apenas a indenização por perdas e danos (TJSP, Ap. 92083, Rel. Goulart Sobrinho, RT 564, p. 328).

Classificação doutrinária

Crime próprio com relação ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário, no exercício de função pública, poderá ser *sujeito ativo* do delito de *falso reconhecimento de firma ou letra*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falso reconhecimento de firma ou letra*.

O objeto material é a firma ou letra reconhecida falsamente pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, mesmo tendo conhecimento de que a firma ou letra apostada em um documento não condiz com a verdade, ainda assim a reconhece como verdadeira.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O delito de *falso reconhecimento de firma ou letra* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *reconhecer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *falso reconhecimento de firma ou letra* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Falso reconhecimento de firma ou letra com fins eleitorais

Vide art. 352 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965).

Sendo verdadeira a firma reconhecida, apenas não constando no cartório a ficha respectiva, o comportamento dos pacientes não configura o tipo do art. 300 do Código Penal, que exige que a firma reconhecida como verdadeira seja falsa, melhor configurando infração no campo disciplinar a ser apurada pela Corregedoria de Justiça (TJRJ, HC 2006.059.05307, Rel. Marcus Basílio, DJ 31/10/2006).

Tabeliã que, por falta de ficha para acolher algumas das assinaturas em abaixo-assinado, foi forçada a fazer photocópias de algumas carteiras de identidade, visando efetuar os devidos reconhecimentos de firma, não acarretando, desse modo, prejuízo a interessados que tinham que apresentar tais documentos (abaixo-assinado) em prazo determinado, não comete crime de falso reconhecimento de firma (TJRS, HC 696019413, 2^a Câm. Crim., Rel. Aramis Nassif, j. 28/3/1996).

Competência

Falsificação de documento particular e falso reconhecimento de firma ou letra – Autorização falsa de viagem destinada a permitir que criança brasileira deixasse o território nacional sem anuênciam de sua genitora – Conduta cometida em detrimento de interesse da União, nos termos do art. 21, XXII, da CF – Julgamento afeto à Justiça Federal (TRF, 4^a Reg.) (RT 840, p. 688).

Certidão ou atestado ideologicamente falso no Código Penal Militar

Vide art. 314 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Certidão ou atestado ideologicamente falso Art. 301. Atestar ou certificar falsamente, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem: Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Falsidade material de atestado ou certidão § 1º Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa.

Introdução

Inicialmente, faz-se necessário levar a efeito a distinção entre as condutas de *atestar* e *certificar* e, consequentemente, dos resultados desses comportamentos, que darão margem à

criação de um *atestado* ou de uma *certidão*.

Sylvio do Amaral, com singularidade, distingue o atestado da certidão, dizendo: “Atestado é o documento que contém o testemunho do signatário a respeito de uma fato qualquer (*atestar* provém de *testis*, testemunha).

O funcionário público expede atestado a respeito de fatos cujo conhecimento lhe advém de observação direta e pessoal, procedida no exercício de suas atribuições. É a exposição de uma comprovação feita através de exame direto do fato focalizado.

Diverso é o conceito de certidão (ou certificado): é o instrumento pelo qual o funcionário, no exercício de sua função, e fundado em documento guardado pelo Estado, afirma a veracidade do fato comprovado por esse documento, ou, em outra hipótese, transcreve o seu teor, total ou parcialmente”.²²

Ao contrário do que ocorre com o delito de *falso reconhecimento de firma ou letra*, que exige que o funcionário esteja no exercício da função pública, no que diz respeito ao crime de *certidão ou atestado ideologicamente falso*, o art. 301 se contenta com que a conduta de *atestar* ou *certificar* falsamente sobre fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem, seja levada a efeito por funcionário *em razão de função pública*, ou seja, agindo em virtude da facilidade que lhe é proporcionada. Assim, não se comprehende na disposição do artigo em estudo o comportamento praticado pelo empregador que fornece ao seu ex-empregado um atestado abonando sua conduta, quando, na realidade, foi dispensado por justa causa.

Para que ocorra a infração penal em estudo, o atestado ou certidão deverá ser sobre fato ou circunstância que habilite alguém a: *a)* obter cargo público, como na hipótese daquele que obtém uma certidão negativa de antecedentes penais, quando, na verdade, já havia sido condenado, por diversas vezes, pelo crime de corrupção; *b)* isentar-se de ônus ou serviço de caráter público, a exemplo daquele que consegue uma certidão que, em tese, comprove justo impedimento para atuação de determinada pessoa como jurado, isentando-a, assim, temporariamente, do serviço do júri, nos termos do art. 437, X, do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008; *c)* ou qualquer outra vantagem, determinando a lei penal, aqui, a realização de uma interpretação analógica, a fim de abranger situações que, embora não previstas expressamente, sejam similares às anteriormente mencionadas, a exemplo daquele que obtém um atestado carcerário de bons antecedentes quando, na realidade, praticou, durante o cumprimento da pena, diversas infrações de natureza administrativa que impediriam a positivação desse atestado.

O § 1º do art. 301 do Código Penal prevê o delito de *falsidade material de atestado ou certidão*. Aqui, ao contrário do que ocorre na situação anterior, o delito poderá ser praticado por qualquer pessoa, tendo em vista que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição

especial.

As condutas previstas pelo mencionado parágrafo dizem respeito ao fato de o agente *falsificar*, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou *alterar* o teor da certidão ou atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público ou qualquer outra vantagem.

Na hipótese do § 1º do art. 301 do Código Penal, o agente cria o documento, imitando o verdadeiro – por exemplo, fabrica uma falsa certidão negativa de antecedentes penais ou altera o teor da certidão ou atestado verdadeiro, modificando-lhe o conteúdo. Como diz Hungria, “trata-se da falsidade *material* dos mesmos atestados ou certidões de que cuida o *caput* do art. 301, consistindo na sua forjadura total ou parcial ou, no caso de preeexistente atestado ou certidão verdadeiro, de alteração de seus termos”.²³

Tal como ocorre com as hipóteses previstas pelo *caput* do art. 301 do Código Penal, o falso material deverá recair sobre atestado ou certidão que verse sobre fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem.

In casu, se o objeto da falsidade material foi certidão negativa de débito, o delito imputado ao paciente na exordial acusatória deve, em atendimento ao princípio da especialidade, ser desclassificado do art. 297, *caput*, para o art. 301, § 1º, do Código Penal (TRF, 5ª Reg., ENUL 17, Proc. 2001.83.00.000261-0/02, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, *DJETRF5* 12/3/2010).

Descabida a desclassificação do crime de uso de documento falso para o tipo do art. 301, § 1º do CP quando a vantagem obtida não é de natureza pública – venda privada de imóveis (TRF, 4ª Reg., RVCr 2009.04.00.031193-8, Rel. Juiz Fed. Luiz Carlos Canalli, *DEJF* 26/2/2010, p. 2).

Consoante a doutrina e a jurisprudência atual, aplica-se o § 1º do art. 301 do Estatuto Repressivo no caso da utilização de atestado escolar falso objetivando auferir vantagem perante o serviço público, hipótese configurada nos presentes autos (TRF, 4ª Reg., ACr. 2004.70.00.032048-8, Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DEJF* 27/5/2009, p. 782).

O crime previsto no § 1º do art. 301 do Código Penal (falsidade material de atestado ou certidão), diverso daquele tipificado no *caput* do aludido dispositivo, não é delito próprio de servidor público, podendo ser praticado por qualquer pessoa (STJ, REsp. 251009-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., *DJU* 21/10/2002, p. 410) (TJPR, ACR 0442065-9, 2ª Câm. Crim., Rel. Carlos Augusto A. de Mello, j. 10/1/2008).

Atestado médico falsificado e usado para justificar faltas do agente no seu local de trabalho – Conduta punível nos termos do art. 301, § 1º, do Código Penal, e não nos termos da denúncia (TJPR, AC 0124634-0, Curitiba, 1ª Câm. Crim. Rel. Des. Darcy Nasser de Melo, un., j. 21/11/2002).

Não se aplica o dispositivo do § 1º do art. 301 do CP se o delito foi praticado à margem da função pública (TJSP, HC 139503, Rel. Cunha Bueno, RT 539, p. 267).

Classificação doutrinária

Crime próprio com relação ao sujeito ativo, no que diz respeito ao *caput* do art. 301, e comum quanto ao § 1º do mesmo artigo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de

natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Com relação ao *caput* do art. 301 do Código Penal, somente o funcionário que pratica o delito em razão de função pública é que pode figurar como *sujeito ativo*; no que diz respeito ao § 1º do art. 301 do Código Penal, qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

[O delito previsto no art. 301, § 1º, do Código Penal não é próprio, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Precedentes \(STJ, HC 300.848/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, DJe 16/05/2016\).](#)

A jurisprudência atual tem se inclinado no sentido de que a falsificação material de atestado, ainda que realizada por qualquer pessoa, tipifica o delito previsto no art. 301, § 1º, e não o crime do art. 298 do CP (TJMG, Processo 1.0000.00.334189-8/000 [1], Rel.^a Márcia Milanez, DJ 10/10/2003).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelos tipos penais que preveem os delitos de *certidão ou atestado ideologicamente falso e falsidade material de atestado ou certidão*.

O objeto material é o atestado ou a certidão falsificada.

Consumação e tentativa

O crime de *certidão ou atestado ideologicamente falso* consuma-se no instante em que o documento falso é criado, independentemente da sua efetiva utilização, ou seja, mesmo que o agente não o utilize para obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem, bastando, portanto, que tenha essa potencialidade lesiva.

Da mesma forma, consuma-se a infração penal constante do § 1º do art. 301 do Código Penal quando o agente falsifica o atestado ou certidão, total ou parcialmente, ou altera o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, independentemente da sua efetiva utilização nas hipóteses previstas pelo tipo.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

Os delitos de *certidão ou atestado ideologicamente falso e falsidade material de atestado ou certidão* somente podem ser praticados dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *atestar*, *certificar*, *falsificar* e *alterar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada para o delito de *certidão ou atestado ideologicamente falso*, previsto no *caput* do art. 301 do Código Penal, é de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Para o delito de *falsidade material de atestado ou certidão* prevê o § 1º do art. 301 do Código Penal uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa, nos termos do § 2º do citado art. 301.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento dos delitos previstos no art. 301 e seu § 1º do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Falsidade de atestado médico Art. 302. Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Introdução

O núcleo *dar* é utilizado pelo texto legal no sentido de entregar, fornecer, produzir. Na verdade, é um misto de confecção e entrega, ou seja, o médico elabora o atestado e o entrega ao solicitante.

Para que ocorra a infração penal, o médico deve fornecer um atestado que diga respeito ao exercício de sua profissão, seja ou não especializado em determinado segmento da medicina, sobre o qual foi atestado. De outro lado, não se pode conceber como atestado médico aquele que é levado a efeito pelo profissional da medicina, no qual atesta, falsamente, sobre a conduta social do sujeito, nada dizendo respeito a diagnóstico sobre a sua saúde.

Para se atribuir o uso de documento falso ao agente é necessária sua combinação com um dos tipos penais descritos Dentre o art. 297 e o art. 302 do Código Penal, dependendo do tipo de documento utilizado pelo acusado, a fim de se cominar a devida pena. Quando o uso de documento se tratar de atestado médico falso, não pode o réu responder pelo art. 304, c/c art. 299, tendo em vista este tipo penal ser amplo e genérico, devendo ser aplicado excepcionalmente quando não houver tipo penal mais específico, como no presente caso. A combinação do uso de documento falso com o art. 302 do CP não torna aquele tipo penal próprio, pois, apesar

de elaboração do atestado falso poder ser realizada somente por médico, a sua utilização é possível por qualquer pessoa. Deve ser afastada a imputação à paciente do delito descrito no art. 299 do Estatuto Repressivo, pois a conduta a ela imposta se ajusta, em tese, ao delito tipificado no art. 304, c/c art. 302 do mesmo Diploma Legal (STJ, HC 62910/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 18/12/2006, p. 440).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma vinculada (haja vista que a própria lei penal determina a forma como o delito deverá ser cometido, embora exista posição em contrário afirmando ser de forma livre);²⁴ instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o médico poderá ser *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 302 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

O crime do art. 302 do CP é próprio e exige sujeito ativo qualificado ou especial. Só pode ser praticado pelo médico no exercício da profissão (TJDF, Rec. 2008.01.1.041204-4, Rel.^a Des.^a Sandra de Santis, DJDFTE 25/2/2010, p. 163).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade de atestado médico*.

O objeto material é o atestado médico falso.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a efetiva entrega do atestado falso pelo médico, independentemente de ser ele utilizado pelo solicitante.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade de atestado médico*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A falsidade ideológica do art. 302 do Código Penal exige a ciência do profissional de que atesta enfermidade inexistente (TJRS, Rec. Crim. 71001557610, Turmas Recursais, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 31/3/2008).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *atestar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *falsidade de atestado médico* é de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Nos termos do parágrafo único do art. 302 do Código Penal, se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também a multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito previsto no art. 302 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

A falsificação de atestado médico com a finalidade de abonar faltas injustificadas ao serviço em organização militar do Exército constitui crime militar, à luz do disposto no art. 9º, III, a, do mesmo Estatuto, de vez que o mesmo afeta a ordem administrativa militar (STJ, CC 31735/RJ, S3, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 21/10/2002, p. 272 RJADCOAS v. 42, p. 549).

O crime de falsificação de documento ou uso de documento falso, consubstanciado na justificativa de falta com atestado médico falso, inserido em processo em curso na Justiça do Trabalho, deve ser processado e julgado pelo Juízo Federal (STJ, CC 20477/SP, Rel. Vicente Leal, S3, j. 24/6/1998).

Médico que é funcionário público

Caso o médico seja funcionário público, se, porventura, vier a atestar falsamente, incorrerá nas penas cominadas ao art. 301 do Código Penal, afastando-se, outrossim, o tipo penal do art. 302 do diploma repressivo.

Reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica Art. 303.

Reproduzir ou alterar selo ou peça filatélica que tenha valor para coleção, salvo quando a reprodução ou a alteração está visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, para fins de comércio, faz uso do selo ou peça filatélica.

Introdução

O delito de *reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica*, tipificado no art. 303 do Código Penal, foi revogado pelo art. 39 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que,

regulando inteiramente a matéria, modificou parcialmente a redação original, bem como alterou a pena de multa anteriormente cominada, dizendo: *Art. 39. Reproduzir ou alterar selo ou peça filatélica de valor para coleção, salvo quando a reprodução ou alteração estiver visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça:*

Pena – detenção, até dois anos, e pagamento de três a dez dias-multa.

Parágrafo único. *Incorre nas mesmas penas quem, para fins de comércio, faz uso de selo ou peça filatélica de valor para coleção, ilegalmente reproduzidos ou alterados.*

Além das pequenas alterações que foram levadas a efeito pela lei nova, em comparação com o *caput* do art. 303 e seu parágrafo, houve, também, modificação na sua rubrica ou indicação marginal, passando a *novatio legis* a denominá-lo tão somente de *reprodução e adulteração de peça filatélica*, não fazendo menção ao *selo*. No parágrafo único foi inserida uma rubrica com o título *forma assimilada*.

Faremos, portanto, a análise da infração penal de acordo com a sua nova redação legal. Assim, de acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: *a) a conduta de reproduzir ou alterar; b) selo ou peça filatélica que tenha valor para coleção; c) salvo quando a reprodução ou a alteração estiver visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça.*

Reproduzir tem o significado de copiar, imitar fielmente. Alerta Sylvio do Amaral: “O verbo *reproduzir* foi propositadamente empregado pelo legislador na definição do crime, em substituição à fórmula usual *falsificar, fabricando*, para abranger algumas das chamadas *peças filatélicas*, que existem apenas sob a forma de impressão em envelope – tais como os carimbos comemorativos e os obliteradores – e que, por isso, melhor se dizem reproduzidos que fabricados”.²⁵

Alterar deve ser entendido no sentido de modificar, mudar, falsificar.

As condutas devem ter por objeto material selo ou peça filatélica. Selo, de acordo com a definição fornecida pelo art. 47 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que dispôs sobre os serviços postais, é a estampilha postal, adesiva ou fixa, bem como a estampa produzida por meio de máquina de franquear correspondência, destinadas a comprovar o pagamento da prestação de um serviço postal.

No entanto, o tipo penal exige que o selo tenha valor para coleção, isto é, não seja aquele comercializado com o fim de comprovar o pagamento da prestação de um serviço postal, pois, caso contrário, o delito seria aquele tipificado no art. 293, I, do Código Penal.

Esclarece, ainda, Guilherme de Souza Nucci: “Peça é o pedaço de um todo ou a parte de uma coleção. Ao mencionar a *filatelia*, está o tipo penal fazendo referência ao hábito de colecionar e estudar selos. Portanto, nesse caso, o objeto do delito é o selo ou qualquer peça

(como um cartão ou um bloco comemorativo) destinada a colecionadores. A importância da proteção penal é o crescente aumento do valor do selo ou da peça com o passar do tempo, tornando-se autêntica preciosidade. Aliás, a figura típica contém o adendo indispensável a esse entendimento: ‘que tenha valor para coleção’.”²⁶

Ressalva a lei penal, afastando a tipicidade da reprodução ou alteração, quando estas estiverem visivelmente anotadas na face ou no verso do selo ou peça, demonstrando, assim, que a finalidade do agente não era a de ludibriar as pessoas, evitando fossem induzidas a erro, por acreditarem na veracidade do selo ou da peça filatélica reproduzida ou alterada.

O parágrafo único do art. 39 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, prevê como forma assimilada do delito em estudo, incorrendo, inclusive, nas mesmas penas, aquele que, para fins de comércio, *faz uso* de selo ou peça filatélica de valor para coleção, ilegalmente reproduzidos ou alterados.

Nesse caso, o agente utiliza o selo ou peça filatélica que, sabidamente, foi reproduzido ou alterado para fins de comércio, ou seja, a sua finalidade era comercializar, colocando em circulação, para fins de venda, troca *etc.*

Se é o próprio falsificador quem faz uso do selo ou peça filatélica reproduzido ou alterado, somente deverá ser responsabilizado por uma única infração penal.

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A *fé pública* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica*.

O *objeto material* é o *selo* ou a *peça filatélica* reproduzido ou alterado ilegalmente pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma no instante em que o agente reproduz ou altera selo ou peça filatélica de valor para coleção ou quando deles faz uso para fins de comércio, seja levando a efeito sua venda ou troca.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *reproduzir, alterar e fazer uso* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada pelo art. 39 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que revogou o art. 303 do Código Penal, é de detenção, até 2 (dois) anos, e pagamento de 3 (três) a 10 (dez) dias-multa, lembrando que, a partir do advento da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, foram canceladas, na Parte Especial do Código Penal e nas leis especiais alcançadas pelo art. 12 do Código Penal, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão *multa de*, por *multa*.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento dos delitos previstos no art. 39 da Lei nº 6.538/1978.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Guarda de selo falso

Não importa, na configuração do delito em exame, a simples *guarda* de selo ou peça filatélica que não foi reproduzida ou alterada pelo agente.

Uso de documento falso Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.

Introdução

Fazer uso significa, efetivamente, utilizar, empregar, valer-se.

Objeto material da conduta do agente são os papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302, vale dizer, documento público, documento particular, documento em que conste firma ou letra reconhecida falsamente, certidão ou atestado ideológica ou materialmente falso, atestado médico falso.

O art. 304 do Código Penal (fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302), por trazer em sua redação a menção aos arts. 297 e 302 do Código Penal, é tipo remetido, o qual depende da verificação do conteúdo de outros tipos para a compreensão de seu alcance (STJ, HC 300.848/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 16/05/2016).

Quanto ao crime de uso de documento falso, já se sedimentou na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a petição apresentada em Juízo não caracteriza documento para fins penais, uma vez que não é capaz de produzir prova por si mesma, dependendo de outras verificações para que sua fidelidade seja atestada. Todavia, na hipótese, observa-se que o recorrente teria se utilizado de procurações e comprovantes de residência falsos para ingressar com ações cíveis perante o Juizado Especial, sendo certo que tais documentos são hábeis a caracterizar o delito previsto no art. 304 do Estatuto Repressivo. Doutrina. Jurisprudência (STJ, RHC 53.471/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 15/12/2014).

Não se configura o crime de uso de documento falso quando simplesmente se porta documento falso. Com efeito, o tipo penal em destaque exige a efetiva utilização do documento pelo agente, sendo irrelevante o mero porte, porquanto o verbo núcleo é ‘fazer uso’. Na espécie, de acordo com as declarações dos policiais, o apelante fez uso de documento falso para identificar-se, sendo, portanto, típica sua conduta (TJDF, Rec. 2008.09.1.023147-8, Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, *DJDFTE* 5/7/2010, p. 174).

O simples porte do documento (R.G.) falso, em plena via pública, já é o suficiente para configurar o crime previsto no artigo 304, do Código Penal, sendo irrelevante tenha a exibição sido por iniciativa própria, espontânea ou por solicitação (provocada) da autoridade policial. Condenação de rigor (TJSP, APL 990.09.000143-7, Ac. 4471611, São Paulo, 4^a Câm. Dir. Crim., Rel. Des. Salles Abreu, j. 4/5/2010, *DJESP* 28/6/2010).

Se o acusado em nenhum momento usou ou exibiu a documentação falsificada, tendo a autoridade policial tomado conhecimento de tal documento após despojá-lo de seus pertences, não se configura o crime descrito no art. 304 do Código Penal. Precedentes do STJ (TRF, 4^a Reg., SER 2008.70.00.007248-6, 8^a T., Rel. Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 4/3/2009).

O crime do art. 304 do CP, de natureza formal, consuma-se com a mera apresentação da documentação contrafeita (TRF, 4^a Reg., Ap. Crim. 2006.71.01.005117-5, 8^a T., Rel. Élcio Pinheiro de Castro, j. 17/6/2009).

O delito de uso de documento falso é crime formal, que se consuma com a apresentação do documento. Logo, a obtenção de qualquer vantagem em nada interfere na consumação do tipo, sendo mero exaurimento do crime (TJRS, Ap. Crim. 70022422000, 4^a Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 3/4/2008).

O fato de o paciente ter apresentado à polícia identidade com sua foto e assinatura, porém com impressão digital de outrem, configura o crime do art. 304 do Código Penal. Havendo adequação entre a conduta e a figura típica concernente ao uso de documento falso, não cabe cogitar de que a atribuição de identidade falsa para esconder antecedentes criminais consubstancia autodefesa. Ordem denegada (STF, HC 92763/MS, 2^a T., Rel. Min. Eros Grau, j. 12/2/2008).

Comete o delito previsto no art. 304 do CP o agente que, a fim de justificar sua falta no trabalho, apresenta atestado médico falso (TJRS, ACR 70023096555, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, pub. 15/4/2008).

A Carteira Nacional de Habilitação que somente se confirma como falsa após acurado exame pericial não pode ser tida como de falsificação grosseira, a dar escudo à tese de absolvição para o seu portador, ao argumento de que não teria idoneidade para tipificar o crime do art. 304 do Código Penal. Se o motorista porta, para dirigir veículo automotor, carteira falsa de habilitação, consuma o crime de uso de documento falso, incidindo nas penas do art. 304 do Código Penal. Sua exibição a pedido do policial é irrelevante ante o crime consumado. No uso de documento falso, o que exclui o dolo é a total ignorância da falsidade, e a dúvida a esse respeito constitui o dolo eventual, que também satisfaz ao tipo penal (TJMG, Processo 1.0024.99.155448-6/001[1], Rel. Sérgio Braga, DJ 28/4/2004).

Qualquer pessoa pode ser responsabilizada pela feitura de documento ou atestado que contenha falsidade material, e não apenas o exercente da função pública que o teria expedido ou deveria expedir, porquanto, intencionalmente não incluído pelo legislador o requisito, em razão da função pública, no § 1º do art. 301 do CP, faz com que se tenha, na espécie, crime classificado como comum, quanto ao agente, e não crime próprio. Assim, se o agente, ao utilizar o documento público falsificado, visa obter vantagem no serviço público, tem-se que sua ação se amolda no art. 304 com remissão ao art. 301, § 1º, do CP, e não ao art. 297 do mesmo estatuto. Precedentes (STJ, REsp. 210379/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., RT 786, p. 601).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (ou unissubsistente, dependendo do modo como o delito for praticado); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *uso de documento falso*.

O objeto material é qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302.

Consumação e tentativa

Ocorre a consumação quando o agente, efetivamente, se utiliza, ou seja, faz uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302 do Código Penal.

O entendimento assentado neste Sodalício é no sentido de que o delito de uso de documento falso é formal,

se consumando com a simples utilização do documento reputado falso (STJ, AgRg no AREsp 824.786/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 26/08/2016).

O crime de uso de documento falso é um delito formal, não sendo necessário, para sua consumação, a existência de resultado concreto, de efetivo prejuízo, sendo suficiente para a consumação do delito o simples uso do documento, como ocorrido no caso em análise (TRF 1^a Reg., ACR 0002702-83.2003.4.01.3900, Rel. Des. Fed. Italo Fioravanti Sabo Mendes, *DJFI* 30/7/2010, p. 59).

Para consumação do crime tipificado no art. 304 do Código Penal, basta a apresentação do documento perante a pessoa que se pretenda iludir, sendo prescindível a obtenção de proveito para o agente ou prejuízo para a vítima. Impossibilidade da tentativa (TJDFT, 1^a Câm. Crim., Rel. George Lopes Leite, pub. 2/6/2008).

A simples apresentação do documento falsificado, com potencial para causar prejuízo ou viabilizar os resultados pretendidos pelo agente, já caracteriza a prática consumada da conduta tipificada no art. 304 do Código Penal, que é delito formal e instantâneo (TJMG, AC 1.0024.00.113924-5/001, Des. Márcia Milanez, *DJ* 17/8/2005).

Dependendo da forma como o delito venha a ser praticado, será possível o reconhecimento da tentativa, embora seja difícil sua ocorrência.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *uso de documento falso*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Comete o delito de uso de documento falso o agente que apresenta carteira de identidade inautêncua perante Delegacia de Polícia Federal, para fins de requerimento de passaporte. O dolo, nesta espécie de delito, é genérico, ou seja, consubstancia-se na conduta voluntária de usar o documento com a ciência de que o mesmo é contrafeito (TRF, 4^a Reg., ACR. 0002097-83.2008.404.7003, Rel. Juiz Fed. Artur César de Souza, *DEJF* 4/8/2010, p. 695).

Comprovado que a ré tinha consciência de que o documento que utilizava era falso, configurado o dolo genérico exigível para o crime do art. 304 do CP. A tipicidade encontra-se evidenciada na conduta do agente que exibe a Carteira Nacional de Habilitação, quando o policial solicita a apresentação, consciente de que se trata de documento falso ou de autenticidade duvidosa diante da forma como foi obtido (TJMG, AC 1.0015.01.006726-0/001, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, *DJ* 10/8/2006).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *fazer uso* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

Conforme assevera o preceito secundário do art. 304 do Código Penal, ao delito de uso de documento falso é cominada a pena correspondente à falsificação ou à alteração prevista nos arts. 297 a 302 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Dependendo da pena cominada à modalidade de falsificação ou alteração, poderá ser competente o Juizado Especial Criminal, bem como ser possível a proposta de suspensão condicional do processo.

Súmula nº 104 do STJ. *Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino.*

Súmula nº 200 do STJ. *O Juízo Federal competente para processar e julgar acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou.*

O uso de documentos particulares com dados ideologicamente falsos perante órgãos federais e estadual atrai a competência da Justiça Federal para o julgamento da ação penal. Súmula nº 122 do STJ (STJ, RHC 67.638/PE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 1º/08/2016).

O uso de documento ideologicamente falso em processo trabalhista extrapola a simples esfera de interesses individuais dos litigantes, pois evidencia a intenção de induzir em erro a Justiça do Trabalho. No caso dos autos, ao valer-se de cartões de ponto em tese ideologicamente falsificados perante a Justiça Trabalhista para obter verbas que foram consideradas improcedentes, o recorrente ofendeu diretamente a prestação jurisdicional, ou seja, serviço público federal, motivo pelo qual compete à Justiça Federal, nos termos do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal, processar e julgar o delito de uso de documento falso. Doutrina. Precedentes (STJ, RHC 23500/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 24/6/2011).

A qualificação do órgão expedidor do documento público é irrelevante para determinar a competência do Juízo no crime de uso de documento falso, pois o critério a ser utilizado para tanto define-se em razão da entidade ou do órgão ao qual foi apresentada, porquanto são estes quem efetivamente sofrem os prejuízos em seus bens ou serviços (STJ, CC 99105/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 3^a Seção, pub. 27/2/2009).

Apresentação do documento pelo agente

Não importa se o agente entregou o documento mediante prévia solicitação da autoridade, ou se dele fez uso espontaneamente. Deverá, de qualquer forma, responder pelo delito tipificado no art. 304 do Código Penal.

O entendimento que se firmou na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é de que não fica afastada a tipicidade do delito previsto no art. 304 do Código Penal em razão de a atribuição de falsa identidade originar-se da apresentação de documento à autoridade policial, quando por ela exigida, não se confundindo o ato com o mero exercício do direito de defesa (STJ, HC 228.631/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ-PE, 5^a T., DJe 11/03/2015).

O delito previsto no art. 304 do Código Penal consuma-se mesmo quando a carteira de habilitação falsificada é exibida ao policial por exigência deste, e não por iniciativa do agente. Precedentes (STJ, HC 240201/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 31/3/2014).

A Sexta Turma deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que a atribuição de falsa identidade – por meio de apresentação de documento falso – não constitui mero exercício do direito de autodefesa, a tipificar, portanto, o delito descrito no art. 304 do Código Penal. A circunstância de o documento falsificado ser solicitado pelas autoridades policiais não descharacteriza o crime do art. 304 do Código Penal (STJ, AgRg. no REsp. 1369983/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6^a T., DJe 21/6/2013).

Configura-se o crime de uso de documento falso quando o agente apresenta a carteira de habilitação falsificada que porta em atendimento à exigência da autoridade policial ou de trânsito. Nos termos dos

precedentes do Supremo Tribunal Federal, não descaracterizam o delito previsto no art. 304 do Código Penal o fato de a ‘cédula de identidade e de carteira de habilitação terem sido exibidas ao policial por exigência deste e não por iniciativa do agente – pois essa é a forma normal de utilização de tais documentos’ (HC 70.179/SP, 1^a T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/6/1994) (STJ, HC 185219/SC, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 28/6/2012).

Documento que é encontrado em poder do agente

Aquele com quem é encontrado o documento falsificado não pratica o delito de uso de documento falso, havendo necessidade, outrossim, que o agente, volitivamente, o utilize, apresentando-o como se fosse verdadeiro.

Competência para julgamento do delito de uso de passaporte falso

Tratando-se de uso de passaporte falso, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula nº 200, pacificou o seu entendimento no que diz respeito ao juízo competente para o julgamento do delito de *uso de documento falso*, dizendo: *Súmula nº 200. O Juízo Federal competente para processar e julgar o acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou.*

Falsificação ou alteração do documento e uso pelo próprio agente

Não haverá concurso de crimes, aplicando-se, aqui, o raciocínio relativo ao antefato impunível, devendo o uso de documento falso (crime-fim) absorver o crime-meio (falsificação de documento).

O entendimento sufragado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que se o mesmo sujeito falsifica e, em seguida, usa o documento falsificado, responde apenas pela falsificação (STJ, HC 70703/GO, Rel. Min. Og Fernandes, 6^a T., DJe 7/3/2012).

O falsário usuário responde apenas pelo crime de uso de documento falso, porquanto o fim último do agente não é a falsificação em si, que nenhum proveito lhe poderia acarretar, mas, sim, o uso, que é objetivo final, sendo a falsidade mero pressuposto lógico ou meio para atingir aquele fim (TJMG, AC 1.0569.05.001695-9/001, Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, DJ 6/3/2007).

Em sentido contrário, o usuário é punível, apenas, nesse caso, pelo crime de falsidade, considerado como fato posterior não punível o uso (STJ, REsp. 166888/SC, Min. José Arnaldo da Fonseca, 5^a T., DJ 16/11/1998, p. 111).

Por outro lado, já decidiu o próprio Superior Tribunal de Justiça que o princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa. Evidenciado, na hipótese, que os crimes de roubo qualificado, sequestro ou cárcere privado, falsidade ideológica e uso de documento falso se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu responder por todas as condutas, em concurso material

(REsp. 509921/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 2/8/2004, p. 492).

Uso de documento falso e estelionato

Verificar discussão relativa à falsificação de documento público e estelionato.

Usuário que solicita a falsificação do documento

Ao invés de responder pela infração penal tipificada no art. 304 do Código Penal, seria responsabilizado pelo crime de *falsificação de documento* (público ou particular), aplicando-se, aqui, a regra correspondente ao concurso de pessoas.

Fotocópia não autenticada

Tem-se descartado a natureza de *documento* da fotocópia não autenticada, razão pela qual qualquer falsificação nela produzida seria considerada atípica quando o agente, efetivamente, viesse a usá-la.

O crime do artigo 304 do CP não resta configurado quando a documentação inverídica apresentada (fotocópias de instrumento de procuraçāo) não possui aptidão para iludir o destinatário e, por conseguinte, comprometer a fé pública. Hipótese em que resta caracterizada a impossibilidade de consumação do delito por ineficácia absoluta do meio (TRF 4^a Reg., ACr. 2007.71.01.001625-8, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, DEJF 18/6/2010, p. 278).

A utilização de cópia reprográfica sem autenticação não pode ser objeto material de crime de uso de documento falso (precedentes do STJ) (HC 33538/PR, HC 2004/0014923-3, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 2/6/2005).

A utilização de cópia reprográfica não autenticada não configura ação com potencial de causar dano a fé pública, objeto tutelado pelo art. 304 do Código Penal (STJ, HC 9260/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJ 23/10/2000).

Falsificação grosseira

Segundo posição majoritária de nossos tribunais, a falsificação grosseira não tem o condão de configurar o delito de falso, tampouco a utilização do documento grosseiramente falsificado se configura no delito tipificado no art. 304 do Código Penal.

Examinando o documento apreendido, vê-se que, se fosse apresentado pelo condutor de um veículo automotor, seria tido como verdadeiro. É verdade que o examinando com calma, em uma folha branca, comparando com um documento original e após ler as considerações efetuadas pela magistrada de primeiro grau ('Veja-se que o papel utilizado, a falta da marca d'água e o recorte torto, são elementos indicativos da falsificação, e podem ser observados a olho nu, sem a necessidade de qualquer aparelho para sua constatação'), é possível constatar a inautenticidade da carteira de habilitação sem maiores exames. Entretanto, como referido, se fosse apresentada em via pública, por ocasião de um acidente, por exemplo, não se perceberia a falsidade do documento. Ademais, o próprio denunciado referiu acreditar que o documento era verdadeiro. Assim, como a falsificação só pode ser considerada grosseira se inapta a enganar o homem médio, afasto a tese acolhida na sentença, uma vez que é irrelevante o fato de o policial ter desconfiado de sua inautenticidade

ao visualizar o documento, haja vista ser ele profissional treinado e acostumado a lidar e verificar carteiras nacionais de habilitação (TJRS, AC 70046669461, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 26/4/2012).

A falsificação grosseira, facilmente perceptível à primeira vista, incapaz de iludir o homem comum, caracteriza um crime impossível, por absoluta ineficácia do meio. Absolvição mantida (TJRS, AC 70046078390, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 19/1/2012).

Esta Corte de Justiça, seguindo a jurisprudência do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a mera falsificação grosseira de documento, incapaz de ludibriar pessoa comum, afasta o delito previsto no art. 304 do Código Penal (Precedentes STJ) (STJ, HC 194326/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 29/8/2011).

In casu, constatada que a adulteração da carteira de habilitação foi detectada à primeira vista, numa simples análise do documento, não se pode falar em tipicidade da conduta, tendo em vista que o objeto do ilícito em apreço era inapto a atingir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, qual seja, a fé pública (STJ, HC 182000/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 29/8/2011).

Erro de tipo

O acusado que porta Carteira Nacional de Habilitação falsificada, acreditando tratar-se de documento legítimo, não pratica o delito previsto no art. 304 do CP. Erro de tipo que afasta a caracterização do fato como criminoso (TJRS, AC 70018565275, 4^a C., Rel. Des. Gaspar Marques Batista).

Princípio da consunção

O princípio da consunção pressupõe que um delito seja meio ou fase normal de execução de outro crime (crime-fim), ou mesmo conduta anterior ou posterior intimamente interligada ou inerente e dependente deste último, mero exaurimento de conduta anterior, não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos ou a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 672.170/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 10/02/2016).

Quando a conduta típica praticada como meio para a obtenção do principal intento criminoso ultrapassa os limites deste último, sendo apta a continuar atingindo ou ameaçando o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, não há falar-se em aplicação do princípio da consunção, mas na configuração do concurso de crimes (HC 162.404/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., julg. 06/12/2011; HC 209.554/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., julg. 05/09/2013; HC 221.660/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T., julg. 07/02/2012; HC 35.200/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., julg. 21/02/2006) (STJ, HC 288.349/PR, Rel. Min. Newton Trisotto, Desembargador convocado do TJ-SC, 5^a T., DJe 09/06/2015).

O princípio da consunção é aplicável quando um delito de alcance menos abrangente praticado pelo agente for meio necessário ou fase preparatória ou executória para a prática de um delito de alcance mais abrangente. 2. Com base nesse conceito, em regra geral, a consunção acaba por determinar que a conduta mais grave praticada pelo agente (crime-fim) absorve a conduta menos grave (crime-meio). Na espécie, a aplicabilidade do princípio da consunção na forma pleiteada encontra óbice tanto no fato de o crime de uso de documento falso (art. 304 do CP) praticado pelo paciente não ter sido meio necessário nem fase para consecução da infração de exercício ilegal da profissão (art. 47 do DL nº 3.688/41) quanto na impossibilidade de um crime tipificado no Código Penal ser absorvido por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais (STF, HC 121652/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, 1^a T., DJe 4/6/2014).

Há a absorção dos crimes de uso de documento falso e falsificação de documentos pelo delito contra a ordem tributária, quando aqueles, mesmo que praticados posteriormente, configurarem crimes-meio, cometidos a fim de viabilizar a supressão de tributos. Inteligência da Súmula 83/STJ. (STJ, AgRg. no REsp.

1431596/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5^a T., DJe 30/5/2014).

A aplicação do princípio da consunção, critério para solução de conflito aparente de normas, pressupõe a imputação de dois tipos penais que, teleologicamente, compõem uma realidade fenomênica una, uma esgotando-se na outra (STJ, HC 261373/MG, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 30/4/2014).

Para aplicação do princípio da consunção pressupõe-se a existência de ilícitos penais chamados de consuntos, que funcionam apenas como estágio de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores de outro delito mais grave, nos termos do brocardo *lex consumens derogat legi consumptae* (STJ, HC 183751/SP, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 15/5/2013).

Uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino

Diz a Súmula nº 104:

Súmula nº 104. Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino.

Uso de documento falso e autodefesa

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que não fica afastada a tipicidade do delito previsto no art. 304 do Código Penal em razão de a atribuição de falsa identidade originar-se da apresentação de documento à autoridade policial, quando por ela exigida, não se confundindo o ato com o mero exercício do direito de defesa. Precedentes (STJ, HC 313.868/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 29/03/2016).

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que tanto a conduta de utilizar documento falso como a de atribuir-se falsa identidade para ocultar a condição de foragido caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa; situação que atrai o disposto na Súmula nº 83/STJ, aplicável ao recurso especial interposto com fundamento, também, na alínea “a” do permissivo constitucional. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 138.807/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 11/03/2015).

A utilização de documento falso para ocultar a condição de foragido não descharacteriza o delito de uso de documento falso (art. 304 do CP). Precedentes (STF, HC 119970/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2a T., DJe 17/2/2014).

O uso de documento falso com o intuito de ocultar a condição de foragido da Justiça não encontra amparo na garantia constitucional de não se autoincriminar, tendo em vista que esta abrange tão somente o direito de o acusado não produzir provas contra si e não a de mentir quanto à sua identificação civil, dificultando ou mesmo frustrando a aplicação da Justiça Penal (STJ, HC 176405/RO, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 3/5/2013).

Prescindibilidade do exame pericial

A jurisprudência deste Superior Tribunal entende que, para a configuração do crime previsto no art. 304 do Código Penal, a perícia pode ser dispensada, na hipótese de existência de outros elementos a embasar o reconhecimento da falsidade do documento e do uso de documento falso (STJ, AgRg no AREsp 466.831/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 13/05/2015).

Este Tribunal já assentou o entendimento de que, para a caracterização do delito de uso de documento falso, previsto no art. 304 do Código Penal, é despiciendo o exame pericial no documento utilizado pelo agente, se os demais elementos de prova contidos dos autos evidenciarem a sua falsidade. Precedentes (STF, HC

Competência para julgamento do uso de documento falso quando se tratar de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Arrais-Amador (CHA), ambas expedidas pela Marinha do Brasil

O Supremo Tribunal Federal, na seção plenária do dia 16 de outubro de 2014, aprovou a Súmula Vinculante nº 36, com o seguinte verbete: *Súmula Vinculante nº 36. Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Arrais-Amador (CHA), ambas expedidas pela Marinha do Brasil.*

Uso de documento falso e crime contra a ordem tributária

Vide inciso IV do art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Uso de documento falso no Código Penal Militar

Vide art. 315 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Supressão de documento Art. 305. Destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é particular.

Introdução

O núcleo *destruir* é utilizado pelo texto legal no sentido de extinguir, dar cabo a, eliminar, a exemplo do agente que o rasga completamente, em muitos pequenos pedaços, o queima etc.; *suprimir* deve ser entendido, conforme adverte Guilherme de Souza Nucci, como “eliminar o documento como tal, ou seja, permanece o papel, mas desaparece o documento, como ocorre se for coberto de tinta”;²⁷ *ocultar* significa esconder, encobrir, de modo que o documento permanece intacto, mas inacessível pelas demais pessoas, que não conhecem o seu paradeiro.

Tais comportamentos devem ser levados a efeito em benefício do próprio agente ou de outrem, ou, ainda, em prejuízo alheio. Assim, o agente pratica uma das condutas típicas porque será, de alguma forma, beneficiado ou beneficiará a terceira pessoa, ou porque quer trazer algum tipo de prejuízo a outrem, mesmo não se beneficiando disso. O benefício, no primeiro caso, poderá ser de *natureza econômica*, a exemplo do agente que consegue destruir a nota promissória que havia assinado, ou *moral*.

O objeto material da conduta do agente é o documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor. Assim, se o agente, por exemplo, vier a destruir um documento total ou parcialmente falsificado, o seu comportamento não se subsumirá ao tipo penal em estudo, que exige seja ele *verdadeiro*, podendo, no entanto, dependendo da hipótese concreta, ser responsabilizado por outro delito, a exemplo dos arts. 314 (*extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*) e 337 (*subtração ou inutilização de livro ou documento*) do Código Penal.

Não importa que o documento tenha sido confiado ao agente ou que ele tenha dele se apoderado ilicitamente, com o fim de praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo. O fundamental é que o documento que tenha sido destruído, suprimido ou ocultado possa, de alguma forma, trazer benefício ao agente ou a terceiro, ou causar prejuízo a outrem, razão pela qual afirma Hungria que o tipo penal em estudo não cuida de “documentos que sejam trasladados, certidões ou cópias de *originais* constantes de livros notariais ou de arquivo de repartição pública, pois, em tal caso, com a facilidade de obtenção de outros trasladados, certidões ou cópias, não estará conciliada a prova do fato ou relação jurídica de que se trate”.²⁸

Além da necessidade de ser verdadeiro o documento, exige, ainda, o tipo penal que o agente dele não possa dispor.

A conduta típica prevista no artigo 305 do Código Penal demanda a demonstração da intenção do agente, dirigida à destruição, supressão ou ocultação de documento, público ou particular, de modo a atingir a fé pública, com o especial objetivo de prejudicar terceiro ou obter benefício para si ou para outrem (TRF, 4^a Reg., ACr 0004141-93.2004.404.7204, SC, 8^a T., Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, *DEJF* 13/8/2010, p. 844).

Comete o crime previsto no art. 305 do CP o agente que destrói, em benefício próprio e em prejuízo alheio, uma nota promissória da qual não podia dispor (TJRS, ACr. 70034226332, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, *DJERS* 28/6/2010).

No crime de supressão de documento, não se exige o fim almejado pelo agente, mas, simplesmente, a supressão do documento (TJMS, ACr 2010.004709-2/0000-00, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, *DJEMS* 6/4/2010, p. 59).

Cometem o crime previsto no art. 305 do CP os agentes que concorrem, na condição de partícipes, na supressão e ocultação de autos de infração de trânsito, em benefício próprio. Condenação mantida (TJRS, Ap. Crim. 7001 91 32380, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 14/6/2007).

Sendo o crime do art. 305, CP, punido somente a título de dolo – a vontade livre e consciente dirigida a destruir, suprimir ou ocultar o objeto material –, não se compadece com a ideia de que a recusa de devolvê-lo para impunidade do delito anterior (estelionato) realiza um dos verbos nucleares do tipo. Não ocultou, não destruiu nem supriu o documento. Reteve-o para assegurar a impunidade do delito anterior. Como não há forma qualificada pela conexão teleológica, a única repercussão do delito seria na fixação da pena (TJRS, Ap. Crim. 70013060546, 5^a Câm. Crim., Rel. Aramis Nassif, j. 14/3/2007).

Comete o delito de supressão de documento aquele que durante vários anos compra combustíveis fiado e

paga mensalmente mediante a apresentação da primeira via das notas fiscais emitidas, mas que recebe, em confiança, diversas dessas notas fiscais para conferência e as retém em seu poder, não mais devolvendo, objetivando suprimir um meio probatório da dívida contraída (TJPR, 4^a Câm. Crim., AC 0395042-1, Realeza, Rel. Des. Noeval de Quadros, un., j. 24/5/2007).

O cheque, para efeitos penais, é equiparado a documento público, na forma do art. 297, § 2º, do Código Penal, e sua destruição configura o crime de supressão de documento, previsto no art. 305 do mesmo estatuto repressivo. O tipo descrito no art. 305 do Código Penal caracteriza-se pela destruição, supressão ou ocultação, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, de documento público ou particular verdadeiro, de que não se podia dispor, sendo que a sanção cominada, no caso de documento público, é mais grave do que aquela cominada para o caso de documento particular (TJPR, AC 0141961-6, Rolândia, 1^a Câm. Crim., Rel. Des. Darcy Nasser de Melo, un., j. 4/9/2003).

O crime de destruição de documentos pressupõe, primeiramente, a prova inconclusa da existência do documento destruído. Não feita essa prova, não se configura o delito (TJSP, Ap. 18625, Rel. Manuel Carlos, RT 170, p. 518).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (até mesmo no que diz respeito ao núcleo ocultar, podendo, no entanto, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (nas modalidades destruir e suprimir) e permanente (quanto à conduta de *ocultar*); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (podendo, dependendo do caso concreto, ser um delito transeunte, afastando-se, outrossim, a necessidade de perícia).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *supressão de documento*.

O objeto material é o documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor o agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal, independentemente do fato de vir a obter algum benefício, para si próprio ou para outrem, ou causar prejuízo alheio.

Admite-se a tentativa.

O delito do art. 305 do Código Penal, na forma ocultar, é permanente. Logo, sua consumação se protraí no tempo, o que impede, na espécie, que se reconheça a extinção da punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva (STJ, HC 28837/PB, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 10/5/2004, p. 312).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *supressão de documento*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *destruir*, *suprimir* e *ocultar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *supressão de documento* é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o documento é público, e reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é particular.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo se o objeto material da ação for o documento particular.

Violação do painel do Senado

A obtenção do extrato de votação secreta, mediante alteração nos programas de informática, não se amolda ao tipo penal previsto no art. 305 do CP, mas caracteriza o crime previsto no art. 313-B da Lei nº 9989, de 14/7/2000 (STF, Inq. 1879/DF, Tribunal Pleno, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, DJ 7/5/2004, p. 8).

Supressão de documento e crime contra a ordem tributária

Vide inciso I do art. 3º da Lei nº 8.137/90.

Supressão de documento no Código Penal Militar

Vide art. 316 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Capítulo IV – De Outras Falsidades

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

fabricando-o ou alterando-o, marca ou sinal empregado pelo poder público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou usar marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a marca ou sinal falsificado é o que usa a autoridade pública para o fim de fiscalização sanitária, ou para autenticar ou encerrar determinados objetos, ou comprovar o cumprimento de formalidade legal: Pena – reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

O núcleo falsificar vem atrelado às condutas de fabricar (contrafação) e alterar (alteração), tendo como objeto material marca ou sinal empregado pelo poder público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária. Hungria, dissertando sobre o tema, esclarece: “Para assegurar a genuinidade de objetos de metal precioso (notadamente, ouro e prata), após a verificação do respectivo toque ou quilate, ou para atestar a fiscalização aduaneira, em torno dos despachos de exportação ou importação, ou a inspeção sanitária, ou para autenticar ou encerrar certos objetos ou comprovar o cumprimento de tal ou qual formalidade legal, a autoridade pública dispõe, *ex vi legis*, de marcas ou sinais (punções, timbres em chumbo, em lacre ou em papel, etiquetas, carimbos etc.). A falsificação destes ou o uso da marca ou sinal falsificado afeta, portanto, a fé pública, isto é, a confiança que em tais marcas ou sinais deposita o público em geral”.²⁹

Também comete o delito em estudo aquele que usa marca ou sinal dessa natureza falsificado por outrem. Como ressalvado pela segunda parte do *caput* do art. 306, se o próprio falsário vier a fazer uso da marca ou sinal por ele fabricado ou alterado, o seu comportamento será atípico, devendo, no entanto, ser responsabilizado pela contrafação ou alteração.

Dessa forma, o delito de utilização de marca ou sinal falsificado somente poderá ser praticado por alguém que não seja o próprio falsificador. O *uso indevido* de qualquer marca ou sinal empregado pelo poder público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária deverá ser considerado atípico se não houver, no caso concreto, efetiva falsificação.

Carimbo não é documento. Logo, incabível capitular nos arts. 304 ou 305 do CP a conduta de quem o utiliza. Enquadramento correto no art. 306 do CP (TJRS, ACr. 70027269091, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, DOERS 10/3/2009, p. 82).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese

de o agente gozar do *status de garantidor*); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (como regra, pois, dependendo da hipótese concreta, poderá ser unissubsistente no que diz respeito à conduta de *usar* marca ou sinal falsificado por outrem); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como as pessoas diretamente prejudicadas com a conduta praticada pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins*.

O objeto material é a marca ou sinal empregado pelo poder público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária.

Consumação e tentativa

O delito tipificado no art. 306 do Código Penal se consuma com a falsificação, seja com a fabricação ou com a alteração de marca ou sinal empregado pelo poder público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou com o uso efetivo de marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *falsificar* (seja fabricando ou alterando) e *usar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Modalidade privilegiada

É prevista pelo parágrafo único do art. 306 do Código Penal. A *autoridade pública* mencionada no texto legal pode ser a federal, a estadual ou a municipal.

Fiscalização sanitária é aquela levada a efeito pelas autoridades a fim de serem

preservadas a saúde e a higiene. Assim, poderá a autoridade emitir um carimbo reconhecendo, por exemplo, ter sido aquele produto devidamente fiscalizado, como acontece com as carnes em geral.

Da mesma forma, amolda-se à modalidade privilegiada do tipo penal em estudo aquele que falsifica ou usa marca ou sinal falsificado, utilizado pela autoridade pública para autenticar, isto é, reconhecer como verdadeiro, ou encerrar, vale dizer, guardar em algum lugar que pode ser fechado, determinados objetos.

Por último, também comete o delito tipificado no parágrafo único do art. 306 do Código Penal aquele que falsifica ou usa marca ou sinal falsificado destinado a comprovar o cumprimento de formalidade legal.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao *caput* do art. 306 do Código Penal é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Para a modalidade privilegiada, constante do parágrafo único do citado art. 306, a pena poderá ser de reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo somente para a modalidade privilegiada.

Alternatividade entre reclusão e detenção

Compete ao juiz do processo de conhecimento a escolha entre as penas de reclusão e detenção, previstas no parágrafo único do art. 306 do Código Penal, que será determinada de acordo com a necessidade de censura do caso concreto.

Isso significa que, sendo o agente preso em flagrante delito, poderá a autoridade policial arbitrar-lhe fiança, conforme preconiza o art. 322 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que diz, *verbis*: *Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.*

Falsa identidade Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

Introdução

O núcleo *atribuir* é utilizado pelo texto legal no sentido de imputar. Assim, o agente imputa a si mesmo, ou a terceira pessoa, falsa identidade.

Por *identidade* devemos entender o conjunto de caracteres próprios de uma pessoa, que permite identificá-la e distingui-la das demais, a exemplo do nome, idade, profissão, sexo, estado civil *etc.* A lei pune a autoatribuição falsa, ou a atribuição falsa a terceiro, isto é, o agente se identifica incorretamente, com dados que não lhe são próprios, ou atua, da mesma forma, atribuindo esses dados falsos a terceira pessoa.

Esses comportamentos devem ser dirigidos finalisticamente no sentido de obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou causar dano a outrem.

Faz-se necessário ressaltar, no entanto, que essa vantagem não poderá possuir natureza econômica, sob pena de ser o agente responsabilizado pelo delito de estelionato.

Não é incomum ocorrerem as hipóteses nas quais o agente se faz passar por médico, militar, pastor, padre, comendador, diplomata, advogado, promotor de justiça *etc.*, lembrando que somente haverá o delito se essa falsa identidade ocorrer com a finalidade de obtenção de vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.

Se o agente, por exemplo, se atribui falsa identidade com finalidades sexuais, poderá ocorrer o delito de violação sexual mediante fraude, tipificado no art. 215 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

O delito de falsa identidade (art. 307, CP) apresentada perante policiais rodoviários federais, cujo julgamento é de competência da Justiça Federal, pressupõe o fornecimento de informações falsas (errôneas) em relação ao conjunto de características peculiares de uma pessoa determinada, que permite reconhecê-la e individualizá-la, envolvendo o nome, a idade, o estado civil, a filiação, o sexo, entre outros dados, com o intuito de obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou mesmo causar dano a outrem. No entanto, a doutrina tem defendido que, “se a pessoa já está identificada, reconhecida individualmente pelo nome e filiação, por exemplo, a menção falsa a outro dado, nesse caso secundário, como a profissão, não serve para configurar o delito” (In: Nucci, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 1.303/1.304) (STJ, CC 139.862/MT, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, DJe 02/03/2016).

A identificação falsa na polícia, buscando o agente se esquivar de seu passado criminal, não caracteriza o delito de falsa identidade, uma vez que ausente o dolo específico exigido (TJMG, Ap. Crim. 1.0024.07.751980-9/001[1], Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 30/6/2009).

À configuração do crime de falsa identidade é suficiente o fornecimento de nome falso quando for o agente detido por prática de conduta tipificada como crime, objetivando a obtenção de indevida vantagem (TJMG, Processo 1.0534.06.00 5636-1/001[1], Rel. Delmival de Almeida Campos, j. 11/1/2009).

Não existe crime na ação do agente que, preso em flagrante delito, mente sobre seu nome. Considerando que o Estado tem a possibilidade de identificar fisicamente o flagrado ou indiciado, através de método datiloscópico, com a colheita de impressões digitais, torna impossível a ocultação do verdadeiro *status*.

personae do agente. Desse modo, os elementos inverídicos declinados à autoridade policial, com o intuito de passar-se por outra pessoa, são absolutamente ineficazes. No caso concreto, inclusive após ter declinado o nome do irmão, tal situação foi desvendada. (TJRS, Ap. Crim. 7002 0051652, 6ª Câm. Crim. Rel. Nereu José Giacomolli, j. 19/7/2007).

O crime previsto no art. 307 do Código Penal é delito formal, revelando-se desnecessária a elaboração de laudo pericial para a sua caracterização (STJ, HC 23372/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T., DJ 26/3/2007, p. 284).

Não caracteriza o delito de falsa identidade o comportamento de quem, quando da prisão e para redação do boletim de ocorrência, sem apresentar qualquer documento, verbalmente oferece nome falso, mas, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, espontaneamente se retrata declinando o verdadeiro apelido, não só porque o fato se apresenta insusceptível de causar dano, mas, sobretudo, porque a ação se enquadra entre as prerrogativas de autodefesa. A conduta do réu de se atribuir falsa identidade perante a autoridade policial não se subsume ao delito tipificado no art. 307 do Código Penal. Trata-se de hipótese de autodefesa, amparada, em última instância, pelo direito constitucional de permanecer em silêncio, consagrado no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal (TJMG, Ap. Crim. 1.0079.01.026156-2/001, Rel. Herculano Rodrigues, DJ 6/8/2005, p. 2).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente (como regra, pois, dependendo da hipótese concreta, poderá ser plurissubsistente, podendo o agente, por exemplo, valer-se de um escrito para levar a efeito o delito); transeunte (também como regra, pois, na maioria dos casos, não haverá necessidade, ou mesmo possibilidade, de realização de prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsa identidade*.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito em estudo quando o agente atribui-se ou atribui a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.

Não há necessidade de que o agente, efetivamente, obtenha a vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou que cause dano a outrem, pois cuida-se, *in casu*, de delito de natureza formal, de consumação antecipada.

Será possível o reconhecimento da tentativa desde que, no caso concreto, se possa fracionar o *iter criminis*.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsa identidade*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A falsa identidade para ser tipificada deve conter a vontade livre e consciente de atribuir-se identidade diversa e, por isso, presente o dolo direto de enganar, de ocultar a real identidade, sonegando-se à aplicação da lei penal. Quando o meio aplicado não é eficaz, carece a conduta de tipicidade (TJRS, Rec. Crim. 71001304419, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais do RS, Rel.^a Nara Leonor Castro Garcia, j. 21/5/2007).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *atribuir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *falsa identidade* é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito previsto no art. 307 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Falsa identidade e autodefesa

Tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial a discussão em torno da possibilidade de o agente atribuir-se falsa identidade com a finalidade de se livrar, por exemplo, de uma condenação criminal ou, mesmo, para se livrar da sua prisão em flagrante.

Assim, a título de raciocínio, imagine-se a hipótese em que o agente, portador de uma extensa folha de antecedentes criminais, ao ser, mais uma vez, preso em flagrante, atribua a si mesmo uma identidade falsa, querendo, com isso, livrar-se da prisão. Nesse caso, pergunta-se: Deveria o agente ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 307 do Código Penal, ou estaria ele no exercício de sua autodefesa, ou de, pelo menos, não se autoincriminar, fazendo prova contra si mesmo, haja vista que a primeira parte do inc. LXIII do art. 5º da

Constituição Federal diz que *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado?*

Sob o argumento equivocado de que o agente não era obrigado a fazer prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender pela atipicidade desse comportamento.

O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que a conduta de atribuir-se falsa identidade, perante autoridade policial, para se livrar de flagrante de roubo, caracteriza o crime do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa (STJ, HC 250.126/AL, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 21/03/2016).

É atípica a conduta de se atribuir falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de não se incriminar, pois se trata de hipótese de autodefesa, consagrada no art. 5.^º, inc. LXIII, da Constituição Federal, que não configura o crime descrito no art. 307 do Código Penal. Precedentes (STJ, HC 167520/SP, Rel. ^a Min. Laurita Vaz, 5^a T., DJe 28/6/2012).

O direito do investigado ou do acusado de não produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5.^º, inc. LXIII). É essa a norma que garante *status constitucional* ao princípio do *Nemo tenetur se detegere* (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence,

1^a Turma, Dj 14/12/2001), segundo o qual, repita-

-se, ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si. A propósito, o Constituinte Originário, ao editar tal regra, ‘nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda [à Constituição dos Estados Unidos da América], que compõe o *Bill of Rights* norte-americano’ (STF, HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25/3/2008). ‘Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 – RTJ 176/805-806) –, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria’ (RTJ 141/512, Rel. Min. Celso de Mello). Nos termos do art. 5º, inc. LXIII, da Carta Magna ‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado’. Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova *etc.* É atípica a conduta de se atribuir falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de ocultar antecedentes criminais, pois se trata de hipótese de autodefesa, consagrada no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal, que não configura o crime descrito no art. 307 do Código Penal. Precedentes (STJ,

Essa, também, a posição de Mirabete, quando assevera: “Não ocorre, nesse caso, o ilícito em estudo, pois o acusado não tem o dever de dizer a verdade diante do princípio univesal *nemmo tenetur se detegere*”.³⁰

Com a devida *venia* das posições em contrário, não podemos entender a prática do comportamento previsto no tipo do art. 307 do Código Penal como uma “autodefesa”. Certo é que, de acordo com a determinação constitucional, o preso, vale dizer, o indiciado (na fase de inquérito policial), ou mesmo o acusado (quando de seu interrogatório em juízo) tem o direito de permanecer calado. Na verdade, podemos ir até além, no sentido de afirmar que não somente tem o direito ao silêncio, como também o direito de mentir ou de omitir sobre *fatos* que, de alguma forma, podem lhe ser prejudiciais.

A autodefesa diz respeito, portanto, a *fatos*, e não a uma autoatribuição falsa de identidade. O agente pode até mesmo dificultar a ação da Justiça Penal no sentido de não revelar situações que seriam indispensáveis à elucidação dos fatos. No entanto, não poderá eximir-se de se identificar. É um direito do Estado saber em face de quem propõe a ação penal e uma obrigação do indiciado/acusado revelar sua identidade. Essa autoatribuição falsa de identidade nada tem a ver com o direito de autodefesa, ou de, pelo menos, não fazer prova contra si mesmo, de não autoincriminar-se. São situações, segundo nosso raciocínio, inconfundíveis.

Assim, apesar da existência de divergência doutrinária e jurisprudencial, posicionamo-nos pela possibilidade de se imputar ao agente o delito de falsa identidade quando pratica a conduta prevista no art. 307 do Código Penal com a finalidade de livrar-se da Justiça Penal.

Recentemente, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, a nosso ver corretamente, passaram a entender pela tipicidade do fato, afastando o argumento da autodefesa.

O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 640.139, Rel. Min. Dias Toffoli, decidiu que o princípio constitucional da autodefesa não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de ocultar maus antecedentes. Na ocasião, reconheceu-se a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e, no mérito, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria (STF, ARE 870.572 AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 1^a T., DJe 23/06/2015).

A orientação atual do STJ, sedimentada pela Terceira Seção nos autos de recurso especial representativo de controvérsia, é a de considerar típica a conduta de atribuir-se falsa identidade, perante a autoridade policial, ainda que para frustrar a eventual responsabilização penal, não estando ao abrigo do princípio da autodefesa (STJ, REsp 1.497.999/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 17/03/2015).

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que tanto a conduta de utilizar documento falso como a de atribuir-se falsa identidade para ocultar a condição de foragido caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa; situação que atrai o disposto na Súmula nº 83/STJ, aplicável ao

recurso especial interposto com fundamento, também, na alínea “a” do permissivo constitucional. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 138.807/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 11/03/2015).

Consolidando esse posicionamento, o STJ editou a Súmula nº 522, publicada no DJe de 6 de abril de 2015, dizendo: *Súmula nº 522. A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.*

Agente que silencia com relação à sua identidade ou não nega a falsa identidade a ele atribuída

Tendo em vista que o tipo do art. 307 do Código Penal exige uma conduta positiva por parte do agente, não pratica o delito em estudo aquele que simplesmente silencia quando lhe é imputada uma identidade que não coincide com a dele.

É atípica a conduta daquele que omite o verdadeiro nome perante a autoridade policial já que a declaração falsa não produzirá efeito prático (TJDFT, 1ª T. Crim., Rel.^a Sandra de Santis, pub. 2/6/2008).

Recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação

Caso o agente se recuse a fornecer seus dados para efeitos de identificação e qualificação, deverá ser responsabilizado nos termos do art. 68 da LCP (Decreto-Lei nº 3.688/1971).

Simulação da qualidade de funcionário público

Vide art. 45 da Lei das Contravenções Penais.

Usurpação de função pública

Se com a autoatribuição de falsa identidade o agente vier a usurpar o exercício de função pública, praticando atos para os quais não está legalmente legitimado, o fato se amoldará ao delito tipificado no art. 328 do Código Penal.

Uso de documento falso de identidade

Para efeito de reconhecimento do delito de falsa identidade, não poderá o agente valer-se de qualquer documento falso, pois, caso contrário, incorrerá nas penas do art. 304 do Código Penal, que prevê o delito de *uso de documento falso*.

A 2^a Turma denegou *habeas corpus* em que pleiteada a atipicidade da conduta descrita como uso de documento falso (CP, art. 304). Na espécie, a defesa alegava que o paciente apresentara Registro Geral falsificado a policial a fim de ocultar sua condição de foragido, o que descharacterizaria o referido crime. Inicialmente, reconheceu-se que o princípio da autodefesa tem sido aplicado em casos de delito de falsa identidade (CP, art. 307). Ressaltou-se, entretanto, que não se confundiria o crime de uso de documento falso com o de falsa identidade, porquanto neste último não haveria apresentação de qualquer documento, mas tão-somente a alegação falsa quanto à identidade (STF, HC 103314/MS, Rel.^a Min^a Ellen Gracie, 2^a T., j. 24/5/2011, *Informativo* nº 628).

O STJ, recentemente, adotou este entendimento, no sentido de que a apresentação de documento falso caracteriza o delito de uso de documento falso, não constituindo exercício do

direito de autodefesa: A Turma, após recente modificação de seu entendimento, reiterou que a apresentação de documento de identidade falso no momento da prisão em flagrante caracteriza a conduta descrita no art. 304 do CP (uso de documento falso) e não constitui um mero exercício do direito de autodefesa. Precedentes citados: do STF: HC 103.314-MS, DJe 8/6/2011; HC 92.763-MS, DJe 25/4/2008; do STJ: HC 205.666-SP, DJe 8/9/2011 (STJ, REsp. 1.091.510-RS, Rel. Min^a Maria Thereza de Assis Moura, j. 8/11/2011, Informativo nº 487 do STJ).

Falsa identidade e furto

Na hipótese em que o agente se autoatribua falsa identidade a fim de, fazendo-se passar por outra pessoa, conseguir levar a efeito a subtração não violenta de algum bem móvel pertencente à vítima, o fato se amoldará ao tipo penal que prevê o delito de furto praticado mediante fraude, tipificado no art. 155, § 4º, II, segunda figura do CP.

Falsa identidade no Código Penal Militar

Vide art. 318 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Art. 308. Usar, como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identidade alheia ou ceder a outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro: Pena – detenção, de 4 (quatro) meses a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

Introdução

O art. 308 do Código Penal prevê uma modalidade especializada de *falsa identidade*. Embora não exista rubrica antecedendo o artigo, fornecendo-lhe o *nomen juris*, a doutrina convencionou denominar o delito em estudo de *uso de documento de identidade alheia*,³¹ *uso indevido de documentos pessoais alheios*³² ou, ainda, *uso, como próprio, de documento de identidade alheio*,³³ *falsa identidade especial*,³⁴ *uso ou cessão para uso de documento de identificação civil de terceiro*,³⁵ dentre outros.

O núcleo *usar* deve ser entendido no sentido de efetiva utilização, ou seja, o agente, volitivamente, utiliza, faz uso de um documento de identidade alheio como se fosse próprio, fazendo-se, portanto, passar pela pessoa que consta do referido documento, daí dizer-se que o delito em exame pode ser entendido como uma modalidade especializada de falsa identidade.

A lei penal se vale da chamada interpretação analógica. A fórmula casuística aponta que incorrerá na infração penal em análise aquele que fizer uso, como próprio, de *passaporte*

(documento oficial de um Estado, que permite aos seus portadores o ingresso, bem como a saída de determinados países, que serve como documento de identificação do seu portador); *título de eleitor* (documento de identidade que comprova estar o seu portador devidamente registrado na Justiça Eleitoral, podendo, portanto, exercitar a democracia, fazendo valer o seu direito de voto); *caderneta de reservista* (documento que demonstra a regularidade de seu portador perante o serviço militar obrigatório, sendo aquele que, efetivamente, serviu ou foi dispensado do serviço nas Forças Armadas – Marinha, Exército ou Aeronáutica).

Além desses três documentos apontados, o art. 308 ainda compreende, nas suas disposições, *qualquer documento de identidade alheia*, vale dizer, qualquer outro documento que contenha, oficialmente, as características pessoais de seu portador, a exemplo do que ocorre com a *carteira nacional de habilitação*, ou mesmo com as *carteiras funcionais*, pertencentes aos funcionários públicos em geral.

Além do *uso* efetivo pelo agente, a segunda parte do art. 308 do Código Penal tipifica, também, o comportamento daquele que *cede* a outrem quaisquer dos documentos que possuam essa natureza para que deles se utilize, seja próprio ou de terceiro.

Nesse caso, o agente deverá ter conhecimento de que, ao ceder o documento de identidade, o outro sujeito o usará, fazendo-se passar pelo seu titular, pois, caso contrário, sua conduta será atípica.

O delito previsto no art. 308 do Código Penal exige, para a sua configuração, que o agente se utilize de documento verdadeiro, de titularidade de outrem, como se fosse seu, para ocultar a sua verdadeira identidade. Na hipótese, o paciente utilizou-se de passaporte alheio, nele inserindo a sua fotografia, circunstância que evidencia a falsidade do documento e impede a desclassificação pretendida (STJ, HC 198066/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 29/2/2012).

Comete o crime capitulado no art. 308 do Código Penal o agente que apresenta à autoridade policial documento de identidade pertencente a outrem, como se fosse seu (TRF, 4^a Reg., ACr. 2008.70.02.008877-3, Rel. Juiz Fed. Sebastião Ogê Muniz, DEJF 26/3/2010, p. 505).

Configura o delito previsto no art. 308 do CP a conduta de foragido da justiça que, durante ocorrência policial, para ocultar sua identidade, utiliza, como próprio, documento alheio, não podendo a autodefesa ultrapassar o limite da legalidade (TJMG, APCR 1.0024.08.093233-8/0011, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, DJEMG 11/1/2010).

Caracteriza o delito previsto no art. 308 do Código Penal o uso de fotocópia autenticada de cédula de identidade de estrangeiro falsa, não havendo se falar em meio inidôneo a ofender a fé pública (TRF, 3^a Reg., SER 1.6000/SP, Rel. Oliveira Lima, j. 3/8/1999).

Em se tratando de uso de passaporte falso, o *locus delicti* é determinado pela apresentação espontânea do documento, visando ao embarque, não importando que esta apresentação seja mediante mera solicitação da autoridade policial (STJ, CC 95006137-6/MG, Rel. Adhemar Maciel, 0000843).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso

(não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente ou monossubsistente (dependendo da forma como o delito seja praticado, podendo ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado, como também a pessoa eventualmente prejudicada com a conduta praticada pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo constante do art. 308 do Código Penal.

O objeto material é o passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer outro documento de identidade alheia utilizado pelo agente como próprio.

Consumação e tentativa

O delito se consuma, na primeira hipótese, com a efetiva utilização do documento. Não se pode falar em tentativa quando, por exemplo, quaisquer dos documentos mencionados pelo art. 308 do Código Penal forem encontrados em poder do agente sem que ele, efetivamente, os utilize.

No que diz respeito à segunda parte do artigo em estudo, ocorre a consumação quando o agente *cede* a outrem qualquer dos documentos mencionados pelo tipo penal, seja próprio ou de terceiro, para que o utilize. Não há necessidade de que o sujeito que recebeu o documento do agente o utilize, pois, conforme salienta Fragoso, “o crime consuma-se com a cessão, ou seja, com a entrega do documento ao interessado, para que o use, sendo irrelevante que ele venha efetivamente a usá-lo, e que a cessão seja onerosa ou gratuita”.³⁶

Embora mais difícil na primeira hipótese, será possível o reconhecimento da tentativa tanto no que diz respeito ao uso quanto à cessão do documento de identidade, dependendo da possibilidade de, no caso concreto, ser fracionado o *iter criminis*.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo delito tipificado no art. 308 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *usar* e *ceder* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 308 do Código Penal é de detenção, de 4 (quatro) meses a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito previsto no art. 308 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Uso de passaporte alheio. Processo-crime. Competência da Justiça Federal do lugar onde, no território nacional, foi usado o documento, embora que somente constatada a adulteração no país estrangeiro a que destinado o visto (STJ, CC 12.680-0/MG, Rel. José Dantas, 0000426).

Delito subsidiário

Se o agente utiliza o documento de outrem para o fim de, com ele, praticar outra infração penal, mais grave, será aplicada a regra constante da segunda parte do preceito secundário do art. 308 do Código Penal.

O crime de falsa identidade (art. 307, CP) como o de uso de documento alheio (art. 308, CP), são delitos subsidiários e, nesses casos, somente se pune o agente pela concretização do tipo penal, ou seja, se outro crime mais grave não seja praticado. Assim, o fato de conter o primeiro delito elementar subjetiva (para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio), não afasta a consunção, justamente porque o dolo, no segundo tipo, é genérico, mais amplo do que o específico (TRF, 1^a Reg., ACr. 2006.34.00.018741-3, Rel. Des. Fed. Mário César Ribeiro, DJFI 18/6/2010, p. 178).

Uso de documento pessoal alheio no Código Penal Militar

Vide art. 317 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Fraude de lei sobre estrangeiro Art. 309. Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional: (*Incluído pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(Incluído pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.) Introdução

Conforme esclarece Noronha, “o núcleo do tipo é *usar*, isto é, fazer uso, empregar, utilizar

etc. Trata-se de *uso* de *nome* que não é do agente. A lei prevê, pois, o fato dele atribuir a si mesmo nome que não possui. Esse uso tem o fim ou escopo de entrar ou permanecer em território pátrio.

Pouco importa que o nome seja de outra pessoa ou fictício: a fraude se dá do mesmo modo".³⁷

Não é a simples utilização do nome falso pelo estrangeiro que caracteriza o delito em estudo. Na verdade, deverá atuar com uma finalidade especial, ou seja, a de entrar ou permanecer no território nacional, pois, caso contrário, o fato poderá não se amoldar.

Ressalte-se, ainda, que a lei penal somente faz menção ao *nome* que é utilizado falsamente pelo estrangeiro. Assim, se o estrangeiro atribui, falsamente, a si mesmo profissão, um estado civil etc., o fato não se amoldará ao tipo do art. 309 do Código Penal, não se admitindo, em obediência ao princípio da legalidade, a utilização da analogia *in malam partem*.

Configurado, na hipótese, o crime de fraude de Lei sobre estrangeiros (CP, art. 309), por isso que o agente utilizou nome e documentos de seu tio para entrar e permanecer no território nacional. A jurisprudência, em regra, não admite a substituição da pena, quando o condenado não possui residência no país. Precedentes (TRF, 1^a Reg., ACr. 2008.36.00.013310-8, Rel. Des. Fed. Mário César Ribeiro, *DJFI* 21/5/2009, p. 171).

Comete o crime do delito previsto no art. 309 do CP o agente estrangeiro que, expulso do país, a ele reingressa usando nome que não é seu em passaporte e cédula de identidade de estrangeiro, com a finalidade de permanecer no território nacional (TRF, 3^a Reg., ACr. 31475, Rel. Des. Fed. Henrique Geaquito Herkenhoff, *DEJF* 13/2/2009, p. 268).

Utilizando-se o agente de passaporte em que se apresenta com nome alheio, para ingressar no país, o delito cometido é o de fraude de lei sobre estrangeiros (art. 309/CP) e não o de uso de documento falso (art. 304/CP), considerando que naquele crime se exauriu este último (TRF, 1^a Reg., ACr. 200438000095450/MG, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, 4^a T, pub. 22/9/2005).

O crime previsto no art. 309 do Código Penal é do tipo formal, ou seja, basta o agente ter a qualidade de estrangeiro e utilizar nome que não é o dele para ingressar no território nacional, não importando se logrou entrar no país (TRF, 4^a Reg., AC 96040133-6/PR, Rel. Jardim de Camargo, j. 10/8/1998).

A incriminação do art. 309 do Código Penal, usar o estrangeiro de nome alheio para entrar ou permanecer no país, delimita-se precisamente a essa ação delituosa, não abrangendo outros ilícitos penais, ainda que orientados para o mesmo fim (TJSP, Ap. 109727, Rel. Albuquerque Maranhão, *RT* 433, p. 365).

Classificação doutrinária

Crime próprio, na modalidade fundamental, e comum na modalidade qualificada; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente ou monossubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, podendo ou não ser fracionado o *iter criminis*); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

No que diz respeito à modalidade fundamental, somente o estrangeiro é que pode figurar como *sujeito ativo*; já na modalidade qualificada, prevista pelo parágrafo único do art. 309, cuida-se de crime comum, razão pela qual qualquer pessoa poderá ser considerada sujeito ativo do delito.

O sujeito ativo do crime previsto no artigo 309 do Código Penal deve ser obrigatoriamente estrangeiro que utilize nome que não é seu para entrar ou permanecer em território nacional, como ocorre no presente caso em que a ré tem origem boliviana (TRF, 3^a Reg., ACr. 25318, Rel. Des. Fed. Luís Paulo Cotrim Guimarães, DJU 18/4/2008, p. 773).

Sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A *fé pública* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *fraude de lei sobre estrangeiro*.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito previsto no *caput* do art. 309 do Código Penal se consuma quando o estrangeiro, efetivamente, usa um nome que não é o seu, ou seja, se identifica como outra pessoa, sendo que assim atua para entrar ou permanecer no território nacional. Merece ser ressaltado que a simples utilização de um nome que não é o da pessoa já configura o delito em exame, não havendo necessidade de que, com isso, consiga entrar ou permanecer no território nacional.

Embora seja de difícil ocorrência, preferimos não descartar a possibilidade de tentativa, dependendo do caso concreto, onde se poderá, com mais precisão, verificar ou não a sua ocorrência.

Com relação à modalidade qualificada, o delito se consuma quando o agente *atribui*, ou seja, imputa a estrangeiro falsa qualidade, almejando, com isso, promover-lhe a entrada em território nacional. O delito se consuma mesmo que o agente não consiga atingir a sua finalidade, vale dizer, a entrada do estrangeiro em território nacional, considerada como mero exaurimento do crime.

Também aqui será difícil o reconhecimento da tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido tanto pelo *caput* quanto pelo parágrafo único do art. 309 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *usar (caput)* e *atribuir* (parágrafo único) pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Modalidade qualificada

A modalidade qualificada é prevista pelo parágrafo único do art. 309 do Código Penal, que lhe foi acrescentado pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996.

Aqui, ao contrário da situação prevista no *caput*, o sujeito ativo é alguém que imputa ao estrangeiro falsa qualidade. *Qualidade* é um termo amplo, que abrange não somente o nome, mas outros dados que podem servir para identificá-lo, a exemplo da profissão, filiação, idade, condição social *etc.*

A conduta do agente ao imputar uma qualidade falsa a um estrangeiro deve ser dirigida finalisticamente no sentido de promover-lhe a entrada no território nacional, pois, caso contrário, o fato poderá ser considerado um indiferente penal. Dessa forma, assiste razão a Luiz Regis Prado quando afirma: “É preciso que a falsa qualidade atribuída tenha nexo lógico com os requisitos exigidos para o ingresso do alienígena em território nacional. Assim, v.g., configura o tipo afirmar falsamente que o estrangeiro é ministro de confissão religiosa, para propiciar sua entrada na condição do art. 13, inc. VII, da Lei nº 6.815/1980. De outro lado, não haverá o crime se a atribuição da falsa qualidade nenhuma relação tem com as exigências legais ou regulamentares para admissão no território brasileiro (v.g., atribuir-lhe formação universitária, quando o estrangeiro pleiteia visto de turista), porque nesse caso o falso é inócuo”.³⁸

Como o parágrafo único do art. 309 do Código Penal somente menciona a finalidade do agente em promover a *entrada* do estrangeiro em território nacional, ficará afastada do mencionado tipo penal a conduta do agente quando dirigida a fazer com ele aqui *permaneça*, podendo, se for o caso, se amoldar a outra figura típica, a exemplo do art. 307 do Código Penal.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

Para a modalidade fundamental do delito de *fraude de lei sobre estrangeiro*, comina o preceito secundário do art. 309 do Código Penal uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Para a modalidade qualificada, constante do parágrafo único, que foi acrescentado ao art. 309 do Código Penal pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, está prevista uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, em ambas

modalidades.

Art. 310. Prestar-se a figurar como proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, nos casos em que a este é vedada por lei a propriedade ou a posse de tais bens: (*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) **Introdução**

Em diversas passagens, a Constituição Federal reserva a propriedade de determinados bens, por diversos motivos (segurança nacional, interesses políticos, socioeconômicos etc.), aos brasileiros natos ou, pelo menos, naturalizados. Veja-se, por exemplo, o disposto no *caput* de seu art. 222.

Por isso, a norma constante do art. 310 do Código Penal proíbe essa espécie de “simulação” em que o agente, de acordo com a redação legal, *presta-se a figurar* como proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, nos casos em que lhe é vedada por lei a propriedade ou a posse de tais bens.

O agente, na verdade, funciona como um “testa de ferro”, também conhecido vulgarmente como “laranja”, burlando, assim, as proibições constantes de nosso ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, de norma penal em branco, devendo o intérprete conhecer o seu complemento, onde se encontram as proibições destinadas aos estrangeiros, a fim de que ela possa ser entendida e aplicada.

Veja-se, também, como exemplos de proibições dirigidas aos estrangeiros aquelas previstas pelo art. 106 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

O agente (“testa de ferro” ou “laranja”) pode agir gratuita ou onerosamente, ou seja, prestar-se a figurar como proprietário em troca de uma vantagem qualquer, ou mesmo levar a efeito o comportamento típico movido por um sentimento de amizade com o estrangeiro.

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa de nacionalidade brasileira pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade em prejuízo de nacionalização de sociedade*.

O objeto material é a ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, dos quais o agente simula ser proprietário ou possuidor.

Consumação e tentativa

O delito se consuma, segundo Noronha, “quando se dá a efetiva substituição do verdadeiro possuidor ou proprietário, isto é, quando o “homem de palha” passa a ter ou possuir aparentemente os valores que não lhe pertencem”.³⁹

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de prestar-se a figurar como proprietário ou possuidor pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito em estudo é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Adulteração de sinal identificador de veículo automotor (*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) **Art. 311.** Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento: (*Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.*) Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.) § 1º Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço.

(Incluído pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.) § 2º In corre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

(Incluído pela Lei nº 9.426, de 24/12/1996.) Introdução

Até o advento da Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, não havia sido previsto em nosso ordenamento jurídico-penal o delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor*, fruto de uma “nova onda de criminalidade”, que teve início quando os proprietários de oficinas mecânicas, ou mesmo pessoas com habilidades no conserto de veículos, passaram a auxiliar grupos criminosos, modificando os sinais identificadores dos veículos que tinham sido objeto de infração penal (furto, roubo, receptação etc.).

A criação do delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor* veio, na verdade, preencher essa lacuna, uma vez que aqueles que auxiliavam esses grupos criminosos, geralmente, ficavam impunes, pois que somente intervinham após a consumação da infração penal, ou seja, após, por exemplo, a prática do furto ou do roubo, quando já não era mais possível o recurso ao art. 29 do Código Penal, que prevê o concurso de pessoas, a não ser que o sujeito que levava a efeito a adulteração ou a remarcação do chassi, v.g., fizesse parte do grupo. Até mesmo nessa hipótese, somente haveria responsabilização penal pelo delito contra o patrimônio que havia sido praticado, vale dizer, a subtração do veículo automotor.

Agora, com a criação típica do delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor*, pune-se, de forma autônoma, o delito contra o patrimônio, bem como a infração penal contra a fé pública, podendo, inclusive, se for o caso, haver o concurso de crimes.

O núcleo *adulterar* é utilizado pelo texto legal no sentido de mudar, alterar, modificar; *remarcar* significa marcar de novo, tornar a marcar. Dessa forma, ou o agente pode adulterar, por exemplo, o chassi de um automóvel, modificando apenas alguns números ou letras, ou pode remarcá-lo completamente, retirando a sua anterior identificação.

Objeto material da ação do sujeito é o número do chassi ou qualquer outro sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento. A conduta do agente, como esclarecido, visa a não permitir a identificação original do veículo. (*Vide arts. 114 e 115 do Código de Trânsito brasileiro.*) *Chassi* é uma estrutura de aço sobre a qual se monta a carroceria de veículo motorizado. Além de adulterar ou remarcar o chassi, o art. 311 do Código Penal determinando a realização de uma interpretação analógica, diz que a conduta do agente poderá também recair sobre qualquer outro sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento, a exemplo dos vidros, colunas interiores, placas etc., tal

como mencionado pelos arts. 114 e 115 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Infelizmente, não houve previsão legal para a *supressão* de número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento. Dessa forma, por exemplo, se o agente, em vez de adulterar ou remarcar o número do chassi, simplesmente cortá-

-lo ou apagá-lo completamente, impedindo-lhe a identificação, o fato não se amoldará ao delito em estudo, não se podendo levar a efeito a chamada analogia *in malam partem*, em obediência ao princípio da legalidade, sob a vertente do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*.

A conduta do agravante, consistente em modificar a cor da placa e introduzir pintura lateral no veículo, se amolda ao tipo penal descrito no art. 311 do Código Penal – CP – adulteração de sinal identificador de veículo automotor, uma vez que reconhecidamente adulterou sinal de identificação do automóvel fazendo com que fosse confundido com serviço de táxi, induzindo a erro possíveis usuários. Os objetos jurídicos tutelados pela norma do art. 311 do CP são a fé pública e o poder de polícia (STJ, AgRg no AREsp 582.982/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5^a T., DJe 15/08/2016).

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a norma contida no art. 311 do Código Penal busca resguardar a autenticidade dos sinais identificadores dos veículos automotores, sendo, pois, típica, a simples conduta de alterar, com fita adesiva, a placa do automóvel, ainda que não caracterizada a finalidade específica de fraudar a fé pública (STJ, AgRg no REsp 1.327.888/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 11/03/2015).

Não se pode descartar a ocorrência do crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor quando há alteração das placas do carro, pois estas constituem sinal de identificação externo do veículo, razão pela qual sua substituição por outras com diferentes caracteres pode configurar o delito (STJ, AgRg. no REsp. 1216191/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 29/8/2012).

A conduta de raspar ou suprimir os caracteres gravados no chassi, também denominado de Número de Identificação do Veículo (NIV), dos veículos automotores, subsume-se ao crime previsto no art. 311 do Código Penal (STJ, REsp. 1035710/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 21/6/2011).

Não se pode, num primeiro lance, descartar a ocorrência do crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor quando há alteração das placas do carro, pois estas constituem sinal de identificação externo do veículo (STJ, AgRg. no REsp. 980621/RS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 21/3/2011).

O agente que substitui a placa original de veículo por outra, de veículo diverso, comete o delito previsto no art. 311 do Código Penal (TJRS, ACR. 70036311488, Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, DJERS 3/8/2010).

A circunstância de ter sido encontrado o veículo automotor com o chassi adulterado, logo depois da ocorrência do fato, em poder dos acusados, faz presumir serem eles os autores dos delitos, invertendo-se o ônus da prova no que respeita à negativa de autoria (TJMG, APCR 0616215-44.2004.8.13.0480, Rel. Des. Eduardo Brum, DJEMG 21/7/2010).

A adulteração apenas da pintura externa do veículo não constitui delito penal descrito no artigo 311 do Código Penal e sim mera infração administrativa, conforme artigo 230, inc. VII do Código Nacional de

Trânsito (TJDF, Ac. 432.142, Rel. Des. Silvânia Barbosa dos Santos, DJDFTE 15/7/2010, p. 159).

Não se cogita a atipicidade do crime previsto no art. 311 do CP (forma tentada) quando o agente é surpreendido, em flagrante, quando pintava superfície na qual o chassi do veículo havia sido recentemente lixada, para fins de adulteração (STJ, HC 142.131/MA, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., DJE 21/6/2010).

Muito embora o crime em questão consuma-se com a própria adulteração ou remarcação do chassi, não exigindo qualquer finalidade específica para sua caracterização, ‘não se pode enquadrar como delituosa apenas a adulteração ou remarcação de chassi, sob pena de se esvaziar o tipo do art. 311 do CP, cuja objetividade jurídica é a fé pública, especialmente, a “proteção da propriedade e da segurança no registro de automóveis”’ (REsp. 769.290/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 2/2/2006, DJ 6/3/2006, p. 438) (TJRS, Ap. Crim. 70028059723, 4ª Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 25/6/2009).

O ilícito penal tipificado no art. 311 do diploma penal material se caracteriza com a própria adulteração ou remarcação de chassi ou de qualquer sinal identificador do veículo, componente ou equipamento, sendo estranha ao delito a finalidade do agente. Em sendo a finalidade precípua da norma a autenticidade dos sinais identificadores dos veículos automotores, a potencialidade lesiva mostra-se evidente na coisa mesma, vale dizer, na conduta mesma da troca de placas (STJ, AgRg no REsp. 884974/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 1º/3/2008).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas eventualmente prejudicadas com o comportamento praticado pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor*.

O objeto material é o número do chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento.

A inserção de fita isolante em um dos algarismos da placa é expediente improvisado e precário que não configura o grave delito tipificado no art. 311 do CP (punido com pena de reclusão de três a seis anos). Afinal, neste contexto, não há possibilidade de que terceiros venham a ser ludibriados, de forma perene, bastando a retirada da fita grosseiramente inserida para que se descubra o engodo. Em outras palavras, não há ofensa à fé pública, que é o bem jurídico tutelado por referido tipo penal (TJMG, Ap. Crim. 1.0433.05.169525-5/001[1], Rel. Eduardo Brum, j. 20/5/2008).

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, leva a efeito a adulteração ou a remarcação do número do chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento.

A tentativa é admissível.

O delito de adulterar sinal identificador de veículo automotor é instantâneo de efeitos permanentes, ou seja, consumase no momento em que há a efetiva falsificação, que, por sua vez, perdura no tempo (STJ, HC 190619/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 10/4/2013).

Para a consumação do tipo inserto no artigo 311 do Código Penal, é necessário apenas a adulteração ou a remarcação do chassi, placas ou qualquer outro sinal identificador do veículo, componente ou equipamento, sendo prescindível finalidade específica (TJES, ACr. 24070648449, Rel.^a Des.^a Subst. Eliana Junqueira Munhos, DJES 13/8/2010, p. 193).

As placas do veículo automotor são consideradas ‘sinal identificador do veículo’, de modo que sua adulteração guarda tipicidade com a conduta definida no art. 311 do Código Penal. O crime se consuma no instante em que as placas do automóvel são substituídas por outras, dando nova identificação ao automóvel que é posto em circulação (TJMG, AC 1.0024. 00.001634-5/001, Rel. Armando Freire, DJ 29/11/2005).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Esta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de que a adulteração de placa de veículo automotor configura o crime previsto no art. 311 do Código Penal, não se exigindo finalidade específica do agente. Precedentes (STJ, AgRg. no REsp. 1319351/SP, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 18/2/2013).

Configura-se o crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, previsto no art. 311 do Código Penal, pela prática dolosa de adulteração e troca das placas automotivas, não exigindo o tipo penal elemento subjetivo especial ou alguma intenção específica. Precedente (STF, HC 107507/RS, Rel^a Min^a Rosa Weber, 1^a T., DJe 4/6/2012).

É típica a conduta de adulterar a placa de veículo automotor mediante a colocação de fita adesiva. A caracterização do crime previsto no artigo 311 do Código Penal prescinde de finalidade específica do agente (STJ, HC 104.971/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJE 9/8/2010).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *adulterar* e *remarcar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço, nos termos do § 1º do art. 311 do Código Penal.

Contribuição de funcionário público para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado

Diz o § 2º do art. 311 do Código Penal que incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

No caso em exame, o funcionário público atua no sentido de contribuir para que o agente tenha sucesso perante o órgão de trânsito, no pedido de licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor* é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada em 1/3 (um terço).

Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Crime continuado

Não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estelionato, receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, pois são infrações penais de espécies diferentes, que não estão previstas no mesmo tipo fundamental. Precedentes do STF e do STJ (STJ, REsp. 738337/DF, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., *Rev. Jur.* 340, p. 151).

Alteração de placa de identificação do veículo com fita adesiva

Existe controvérsia doutrinária sobre se a alteração de placa de identificação do veículo, com fita adesiva, se configuraria no delito tipificado no art. 311 do Código Penal.

Rogério Sanches Cunha, com precisão, apontando a referida discussão doutrinária diz que, para uns: Não se apresentando adulteração concreta e definitiva com objetivo de fraudar a propriedade, o licenciamento ou o registro do veículo, trata-se de mera infração administrativa; para outros, há o crime do art. 311 do CP. Argumentam, em síntese, que a placa de um veículo motorizado, ao lado de outros sinais de identificação, se constitui num sinal identificador, ou melhor, como estabelece o CTB (arts. 114 e 115), um sinal externo de identificação. A circunstância de estarem tais sinais em dispositivos separados não significa que devam receber um tratamento penal diferenciado. De consequência, a alteração, adulteração ou remarcação de referido objeto, implica na incidência do art. 311 do Código

Penal.

Não há, portanto, atipicidade na adulteração, contrafação, falsificação, deformação, deturpação ou remarcação de novo numero ou sinal de identificação do veículo de seu componente ou equipamento, pouco importando o processo utilizado.⁴⁰

Falsificação grosseira

Tem-se entendido, de forma majoritária, que a falsificação grosseira não se subsume ao delito tipificado no art. 311 do Código Penal, pois, conforme preleciona Yuri Carneiro Coêlho, “se a colocação de fita adesiva representar uma forma grosseira de adulteração, não restará típica a conduta do agente, tendo em vista a impossibilidade de violação da fé pública”.⁴¹

Capítulo V – Das Fraudes em Certames de Interesse Público

Fraudes em certames de interesse público Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de: I – concurso público;

II – avaliação ou exame públicos; III – processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou IV – exame ou processo seletivo previstos em lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no *caput*.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público. (NR) **Introdução**

O Capítulo V (Das fraudes em certames de interesse público) foi inserido no Título X (Dos crimes contra a fé pública) do Código Penal pela Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, criando o tipo penal previsto no art. 311-A, que recebeu o mesmo *nomen juris*, vale dizer, *fraudes em certames de interesse público*.

Temos presenciado, nos últimos anos, o crescimento, principalmente, do número de pessoas interessadas em prestar concursos públicos, buscando, na maioria das vezes, a segurança, a estabilidade que um cargo público pode lhes proporcionar. Com um mercado de trabalho tão incerto, tão inseguro, conquistar um cargo público tornou-se quase que uma

obsessão.

Muitos abandonam seus empregos privados, vendem seus bens, distanciam-se de seus familiares e amigos, enfim, fazem de tudo para adquirir tempo e recursos suficientes para poderem se dedicar exclusivamente aos estudos, com a finalidade de conquistar o “sonho do cargo público”.

Nessa disputa, muitas vezes o “jogo” torna-se desigual. Isso porque algumas pessoas resolvem encurtar o caminho do sucesso da aprovação praticando condutas não somente imorais, como também criminosas, destinadas a burlar a seriedade do concurso público, por exemplo. Não são raras as notícias de vazamentos de gabaritos oficiais. Quando isso acontece, geralmente, todo o concurso é anulado, causando prejuízo não somente à Administração Pública, que teve gastos para a sua realização, como também aos demais candidatos (normalmente milhares deles), que pagaram por suas inscrições; tiveram despesas com o deslocamento para os lugares onde seriam realizados os concursos (até mesmo viajando para fora de seus Estados de origem); foram aprovados de acordo com seus méritos pessoais; enfim, o prejuízo é grande, colocando em dúvida – o que é pior – a credibilidade, a confiança que devemos ter em nossa Administração Pública, razão pela qual o mencionado tipo penal encontra-se inserido no Título X do Código Penal, que prevê os crimes contra a fé pública.

Infelizmente, também têm sido corriqueiras as notícias de fraudes para ingresso no ensino superior. Candidatos e servidores inescrupulosos compram e vendem gabaritos oficiais, obtidos de maneira ilegal e criminosa, impedindo que aqueles que se esforçaram para conquistar uma vaga em alguma instituição de ensino superior, pública ou privada, sejam impedidos de dar início aos seus estudos.

Enfim, são inúmeras as situações de fraudes em certames de interesse público, razão pela qual, com a finalidade de inibir esses comportamentos, bem como de proteger a fé pública, foi criado o delito tipificado no art. 311-A do estatuto repressivo, cujo *caput* foi além da previsão da fraude em concurso público, ou mesmo do processo seletivo para ingresso no ensino superior, dizendo, *verbis*: *Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:*

I – concurso público;

II – avaliação ou exame públicos;

III – processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou IV – exame ou processo seletivo previstos em lei.

Os verbos nucleares são *utilizar* e *divulgar*. Utilizar tem o sentido de fazer uso, servir-se, efetivamente; divulgar significa tornar público, fazer conhecido a terceira pessoa. Em geral,

quem pratica o núcleo utilizar é o *candidato* a uma das situações previstas pelos quatro incisos do art. 311-A

do Código Penal, ou seja, aquele que pretende ter sucesso no concurso público, na avaliação ou no exame público, no processo seletivo para ingresso no ensino superior ou no exame ou processo seletivo previsto em lei. O núcleo divisor, normalmente, é praticado pelo agente, que pretende que o candidato utilize as informações de conteúdo sigiloso por ele transmitidas.

O tipo prevê o elemento normativo *indevidamente*, ou seja, para que ocorra a infração penal, é necessário que a utilização ou a divulgação do conteúdo sigiloso sejam indevidas ou não permitidas para aquela situação específica.

A utilização e a divulgação serão consideradas indevidas quando dirigidas a beneficiar o próprio agente ou a outrem, ou com a finalidade de comprometer a credibilidade do certame. Percebe-

-se, aqui, o chamado *especial fim de agir*, vale dizer, o agente atua com o objetivo de atingir qualquer uma, ou mesmo ambas, das finalidades previstas no tipo penal: beneficiar-se a si ou a outrem ou comprometer a credibilidade do certame, com a utilização ou a divulgação de conteúdo sigiloso de: concurso público, avaliação ou exames públicos, processo seletivo para ingresso no ensino superior e exame ou processos seletivos previstos em lei.

Teve o cuidado de prever a lei que a utilização ou a divulgação podem beneficiar o próprio agente ou mesmo terceira pessoa. Assim, imagine-

-se a hipótese, muito comum, infelizmente, nos dias de hoje, de que alguém utilize informações de conteúdo sigiloso, durante um concurso público, a fim de beneficiar terceira pessoa, por quem o agente se fazia passar durante a prova. Como se percebe, o agente em nada seria beneficiado, salvo a hipótese em que tivesse recebido alguma contrapartida financeira, pois que, se aprovado, outra pessoa, que não ele, assumiria o cargo público. Também podemos citar como exemplos em que não há qualquer contrapartida financeira, como nas hipóteses nas quais o agente quer tão somente beneficiar amigos, parentes, correligionários e, até, mesmo, amantes, divulgando-lhes informações de caráter sigiloso, que por eles serão utilizadas no certame.

Dessa forma, como diz o texto legal, haverá crime se essa utilização ou divulgação beneficiar o próprio agente ou terceira pessoa.

Normalmente, aquele que teve acesso às informações de conteúdo sigiloso amolda-se ao conceito de funcionário público (art. 327, § 1º, do CP), mesmo que por extensão. No entanto, pode ocorrer que o agente divulgador tenha tido acesso às informações de conteúdo sigiloso sem que fizesse parte da Administração Pública. As duas hipóteses estão previstas pelo tipo penal em exame, sendo que, se o agente for funcionário público, incidirá na causa especial de aumento de pena prevista pelo § 3º do art. 311-A do Código Penal, ou seja, sua pena será aumentada em um terço.

Concurso público é um processo seletivo, no qual a Administração Pública, por meio de determinados critérios objetivos, impessoais e com igualdade de condições, faz a seleção democrática de todos os interessados, permitindo o acesso a um emprego ou cargo público, conforme determina o inc. II do art. 37 da Constituição Federal, que diz, *verbis*: *Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

I – [...];

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...].

Por meio de uma análise comparativa entre os quatro incisos do art. 311-A do Código Penal, fica evidente a preocupação do legislador em não deixar fora daquele elenco qualquer tipo de certame. Assim, valeu-se de termos e expressões que, na verdade, se confundem, criando uma zona cinzenta entre eles. Por exemplo, um concurso público (inc. I) não deixa de ser uma avaliação pública ou exame público (inc. II) nem um exame ou processo seletivo previsto em lei (inc. III). Haverá situações nas quais a distinção será mais simples, como na hipótese de um concurso público, já que é mencionado expressamente pelo inc. I do art. 311-A do Código Penal. Da mesma forma, quando houver fraude no processo seletivo para ingresso no ensino superior, a exemplo do que ocorre quando alguém divulga, indevidamente, gabarito oficial para ingresso em alguma universidade, o fato se amoldará ao inc. III do referido artigo, conforme discorreremos em seguida.

As seleções públicas simplificadas para cargos públicos (temporários, por exemplo) poderiam ser questionadas como não sendo propriamente “cargo público”, mas o inc. II evita essa discussão. Qualquer tipo de seleção para cargo ou função pública, efetiva ou temporária, estará abrangida pelo aludido inc. II.

O *processo seletivo para ingresso no ensino superior* é uma exigência para que alguém ingresse em qualquer universidade brasileira, depois de ter concluído o ensino médio. Normalmente, ocorre por meio dos chamados *vestibulares*, ou seja, provas que avaliarão o candidato ao curso superior, cujas matérias são aquelas estudadas durante todo o período antecedente.

Conforme preconiza Fernando José Araújo Ferreira, “a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional exige a realização de processo seletivo para acesso aos cursos de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente. É direito

difuso de todos os brasileiros que atendam aos requisitos legais, fundamentais ao ingresso no ensino superior, participar de um processo público seletivo legítimo (art. 44, II, Lei nº 9.394/96) bem como a educação é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 205) e, o ensino deve subordinar-se ao princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (CF, art. 206, I).

Um processo seletivo somente será legítimo à medida que forem respeitadas todas as disposições legais pertinentes e observados todos os princípios jurídicos a que se encontram submetidas as partes”⁴².

O sistema do vestibular, como forma de seleção unificada nos processos seletivos das universidades públicas federais, vem sendo substituído, em especial, pelo chamado Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). De acordo com o Ministério da Educação, “a proposta tem como principais objetivos democratizar as oportunidades de acesso às vagas federais de ensino superior, possibilitar a mobilidade acadêmica e induzir a reestruturação dos currículos do ensino médio. As universidades possuem autonomia e poderão optar entre quatro possibilidades de utilização do novo exame como processo seletivo: • Como fase única, com o sistema de seleção unificada, informatizado e *on-line*; • Como primeira fase;

- Combinado com o vestibular da instituição;
- Como fase única para as vagas remanescentes do vestibular”⁴³.

Qualquer que seja a forma do processo seletivo para ingresso no curso superior encontra-se prevista pelo inc. III do art. 311-A do Código Penal, seja ele realizado por uma instituição pública ou privada.

Como se fosse uma previsão residual, com a finalidade de não permitir que qualquer fraude em certames de interesse público ficasse fora do tipo penal em estudo, foi elencado pelo inc. IV do art. 311-A do Código Penal o *exame ou processo seletivo previsto em lei*. Com todas essas previsões, fecha-se completamente o cerco, visando impedir que alguém seja indevidamente beneficiado com essas modalidades de fraude, ou mesmo que seja comprometida a credibilidade do certame, protegendo-se, portanto, a fé pública.

O § 1º do art. 311-A assevera que *nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput*.

Permitir significa atender quando lhe é solicitado, conceder. *Facilitar* tem o sentido de tornar fácil, removendo, afastando as dificuldades, seja fazendo, ou mesmo deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado. Com a prática de um desses comportamentos o agente faz com que terceira pessoa tenha acesso às informações de conteúdo sigiloso, que poderão ser

utilizadas ou mesmo divulgadas para beneficiar alguém ou comprometer a credibilidade do certame.

A expressão *por qualquer meio*, utilizada pelo texto legal, tem a finalidade de abranger qualquer situação, positiva ou negativa, praticada pelo agente para que terceira pessoa não autorizada, com a sua permissão ou facilitação, tenha acesso ao conteúdo sigiloso de: concurso público; avaliação ou exame públicos; processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou exame ou processo seletivo previstos em lei.

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (e também omissivo impróprio, uma vez que os comportamentos previstos pelo tipo penal podem ser praticados via omissão do agente garantidor); omissivo (no que diz respeito às condutas de *permitir* e *facilitar*, que podem ser praticadas negativamente); instantâneo, de forma livre; monossubjetivo; plurissubstancial; transeunte ou não transeunte (dependendo da forma como o delito é praticado, podendo ou não deixar vestígios).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *fraudes em certames de interesse público*.

Objeto material são todas as informações de conteúdo sigiloso, utilizadas ou divulgadas indevidamente pelo agente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *fraudes em certames de interesse público*, não exigindo o tipo penal *sub examen* nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

Vale registrar, ainda, que, quando um concurso, por exemplo, é fraudado, quem nele obtém seu ingresso de forma criminosa, já que utilizou informações de conteúdo sigiloso, presume-se não ser tão competente tecnicamente quanto o outro candidato que foi preterido em sua vaga, caso não houvesse ocorrido a fraude. Logo, todo o país é prejudicado, pois terá um servidor menos qualificado. Não bastasse isso, o fraudador, como regra, ou efetuou o pagamento pela informação sigilosa, ou obteve as informações de conteúdo sigiloso em razão do seu “íntimo” relacionamento com o “poder”. Na primeira hipótese, certamente, fará do cargo um “balcão de negócios”: se seu ingresso foi ilegal, criminoso, é natural que também utilize seu cargo com o

fim de “recuperar” o dinheiro “investido” na “compra” da vaga, ou, na segunda hipótese, não terá preocupações com o bom desempenho de suas funções ou mesmo em servir ao povo que paga seus vencimentos mediante a cobrança que lhe é feita por meio dos tributos, mas sua preocupação será com aquele que lhe proporcionou ilegalmente esse cargo (o pai, o parente, o amigo etc.). Assim, embora o Estado e os prejudicados diretos sejam os sujeitos passivos mais evidentes, em última análise, toda a sociedade é vítima desse tipo de crime.

Consumação e tentativa

No que diz respeito ao núcleo *utilizar*, consuma-se com a efetiva utilização do conteúdo sigiloso de concurso público, avaliação ou exames públicos, processo seletivo para ingresso no ensino superior ou exame ou processo seletivo previstos em lei, a exemplo daquele que é surpreendido após dar início ao registro das informações ilegalmente obtidas no caderno de resposta a ser entregue à Administração Pública, para conferência das questões. Quanto à *divulgação*, o agente que, de alguma forma, obteve acesso ao conteúdo sigiloso, consumará a infração penal quando, indevidamente, divulgá-lo a terceira pessoa, não importando se esta última tenha ou não utilizado o mencionado conteúdo sigiloso. Assim, imagine-se a hipótese em que parlamentar, ministro, desembargador, procurador-geral de justiça etc., valendo-se do cargo que ocupavam, tenham acesso ao caderno de provas e, com a finalidade de beneficiar um filho, por exemplo, divulgue-o a ele. Nesse exato momento, ou seja, em que um terceiro, indevidamente, tomou conhecimento de conteúdo sigiloso, o crime já poderá considerar-se como consumado, antes mesmo de sua efetiva utilização pelo beneficiado dessas informações.

A tentativa é admissível, uma vez que podemos fracionar o *iter criminis*. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que um candidato tenha sido beneficiado com o conhecimento antecipado do gabarito oficial de determinado concurso público, mas, antes de começar a transferir essas informações para o cartão de respostas, o fiscal da sala, percebendo o nervosismo do agente, vá até ele e o surpreenda com suas anotações. Nesse caso, entendemos que o delito restará tentado, e não consumado, pois que o agente ainda não havia feito a utilização efetiva das informações.

Por meio desse raciocínio, podemos perceber que não há necessidade de que o agente entregue seu cartão de respostas completamente preenchido para que a infração penal reste consumada. Basta, portanto, que pelo menos uma das questões tenha sido por ele respondida com base no conteúdo sigiloso que, de antemão, já se encontrava em seu poder. Por outro lado, se ainda não iniciado o preenchimento do cartão de respostas, mesmo que seja surpreendido com essas informações de conteúdo sigiloso, não podemos entender pela consumação do delito, mas, sim, pelo *conatus*.

Embora a prova seja um tanto quanto complicada, tecnicamente, é possível o raciocínio correspondente à tentativa no que diz respeito à divulgação indevida do conteúdo sigiloso.

Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que determinado agente, que já estava sendo alvo de investigação pela polícia, cujas linhas telefônicas se encontravam judicialmente interceptadas, seja preso no exato instante em que passaria as informações sigilosas ao candidato que seria por elas beneficiado, e, antes que o candidato tivesse acesso a essas informações, o agente tenha sido preso em flagrante. Nesse caso, como se percebe, o conteúdo não havia sido ainda divulgado, tendo o agente, no entanto, percorrido o *iter criminis* até sua última fase, vale dizer, a fase da execução, se, por exemplo, a título de imaginação, já havia retirado de seu bolso o documento com as informações sigilosas e estava entregando-as nas mãos do candidato inescrupuloso, que delas não chegou a ter conhecimento, quando foram interrompidos pela polícia.

A discussão maior será em apontar quando houve o início da execução punível e quando o agente ainda se encontrava na fase dos atos de cogitação ou de preparação. Assim, a título de raciocínio, imagine-se que os policiais tenham levado a efeito a prisão do agente, que portava essas informações de conteúdo sigiloso, antes mesmo de se encontrar com o candidato, que, por meio delas, seria beneficiado. Nesse caso, poderíamos afirmar pela tentativa do delito tipificado no art. 311-A do Código Penal ou o agente ainda se encontrava na fase dos atos preparatórios? Com certeza, teremos as duas alternativas como resposta, dependendo da corrente doutrinária que se adote. No caso em exame, acreditamos que o raciocínio correspondente aos atos preparatórios melhor se adequaria, deixando de lado até mesmo a discussão a respeito da validade da prisão em flagrante, isto é, se poderia ser considerado simplesmente como flagrante esperado, aplicando-se, consequentemente, a Súmula nº 145 do STF, ou se seria a hipótese de crime impossível, tendo em vista que o agente se encontrava vigiado pela polícia, o que impediria que terceira pessoa tivesse acesso às informações de conteúdo sigilosos.

No que diz respeito ao § 1º do art. 311-A do Código Penal, a consumação ocorrerá quando o agente, efetivamente, permitir ou facilitar, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no *caput* do referido artigo. Basta, portanto, que terceira pessoa, em virtude de qualquer um desses comportamentos praticados pelo agente, tenha acesso às informações de conteúdo sigiloso, independentemente de utilizá-las ou não em algum certame.

O reconhecimento da tentativa dependerá do caso concreto apresentado, quando se poderá raciocinar sobre a possibilidade do fracionamento do *iter criminis*.

Elemento subjetivo

O delito de *fraudes em certames de interesse público* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A conduta deve ser dirigida finalisticamente no sentido de trazer benefício a si próprio ou

a outrem, ou mesmo a de comprometer a credibilidade do certame.

Modalidades comissiva e omissiva

No que diz respeito aos núcleos *utilizar* e *divulgar*, previstos no *caput* do art. 311-A do Código Penal, tais comportamentos somente poderão ser praticados comissivamente. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática de qualquer das condutas previstas pelo tipo penal em estudo. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que um funcionário público, encarregado de fazer a vigilância do local onde se encontrava o caderno de provas que seria utilizado em determinado concurso, perceba que seu colega, que também exercia a mesma função, ia divulgá-la a alguém com a finalidade de beneficiar um amigo de infância. O agente, mesmo podendo impedir a divulgação, nada faz. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 311-A do Código Penal.

Os núcleos *permitir* e *facilitar*, no entanto, cujas previsões encontram-se no § 1º do mencionado artigo, podem ser cometidos tanto comissiva quanto omissivamente. Assim, imagine-se a hipótese em que alguém tenha sido encarregado da vigilância do local onde se encontravam as provas oficiais de determinado concurso público. Com a finalidade de comprometer a credibilidade do certame, facilita o acesso de pessoas estranhas àquele local, deixando de vigiá-lo por alguns minutos, ou, ele próprio, abre o cofre no qual se encontrava guardado o gabarito oficial, facilitando para que estranhos a ele tivessem acesso.

Modalidades qualificadas

Diz o § 2º do art. 311-A do Código Penal:

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Como dissemos, temos visto, com frequência, inúmeros certames sendo anulados em virtude das fraudes ocorridas. A Administração Pública, obrigada a refazer todo o procedimento de seleção, por exemplo, sofrerá danos com isso, uma vez que terá de devolver os valores pagos pelos candidatos que se inscreveram com a finalidade de concorrer a uma vaga prevista no edital de convocação, será obrigada a reimprimir todo o material utilizado, reunir novos avaliadores/examinadores que, geralmente, são remunerados, levar a efeito o pagamento das locações utilizadas para a realização das provas, contratar empresas especializadas na organização de eventos dessa natureza. Enfim, os danos causados com a anulação de um certame, em virtude da descoberta de uma fraude, são evidentes.

Assim, dificilmente não será aplicada a modalidade qualificada quando a Administração Pública for a promotora do certame anulado.

Causa especial de aumento de pena

Preconiza o § 3º do art. 311-A do Código Penal: *§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.*

Dada a localização topográfica do parágrafo em estudo, na hipótese de ser o agente funcionário público, a causa especial de aumento de pena poderá ser aplicada tanto na modalidade simples, tipificada no *caput* do art. 311-A do Código Penal, como na qualificada, prevista no § 2º do mesmo artigo.

Para efeitos de reconhecimento da qualidade de funcionário público, deverá ser aplicado o art. 327 e seu § 1º do diploma repressivo.

Pena, ação penal, suspensão condicional do processo

A pena cominada para o delito de fraudes em certames de interesse público é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Incorre nas penas previstas no *caput* do art. 311-A do Código Penal quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações nele mencionadas.

Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, para a modalidade fundamental, prevista no *caput* e no § 1º do art. 311-A do estatuto repressivo, desde que não seja aplicável a causa especial de aumento de pena, elencada no § 3º do mencionado artigo.

Funcionário público Imagine-se a hipótese em que alguém, almejando aprovação em determinado concurso, procure o funcionário público que havia ficado encarregado de guardar o gabarito oficial e lhe ofereça determinada quantia em dinheiro para que pudesse conhecer as respostas, que seriam por ele utilizadas.

O funcionário público aceita a proposta, recebe a importância em dinheiro oferecida e permite que o candidato inescrupuloso tome conhecimento do gabarito oficial. Nessa hipótese, quais seriam as infrações penais praticadas pelo funcionário público e pelo candidato à vaga oferecida no edital do aludido concurso?

Com relação ao funcionário público, entendemos que deverá ser responsabilizado pelo crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), em concurso material com o delito de *fraudes em certames de interesse público* (art. 311-A do CP); no que diz respeito ao candidato

inescrupuloso, deverá ser responsabilizado pelo delito de corrupção ativa (art. 333 do CP) e, caso tenha feito uso ou mesmo divulgado as informações de conteúdo sigiloso a alguém, pelo crime de *fraudes em certames de interesse público* (art. 311-A do CP). Na hipótese de não ter utilizado as informações em benefício próprio ou de terceira pessoa, ou mesmo não as ter divulgado, deverá, tão somente, responder pela corrupção ativa.

Cola eletrônica A tecnologia tem sido utilizada como um instrumento poderoso para a prática de infrações penais. Fraudes pela internet, hoje em dia, são mais comuns do que os “tradicionais” estelionatos, em que o agente conhece o rosto de sua vítima, e vice-versa.

A chamada “cola eletrônica (aparelho transmissor e receptor) passou a ser frequente nos concursos públicos, provas vestibulares etc. Existe divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, sendo que determinada corrente passou a concluir pelo delito de estelionato nessas hipóteses; ou seja, aquelas em que alguém, utilizando um ponto eletrônico, após tomar conhecimento das questões, recebe todas as respostas, normalmente de alguém especializado na matéria solicitada, ou mesmo por um crime de falsidade ideológica, enquanto nossos tribunais superiores se posicionaram no sentido de entender tal comportamento como atípico, como se pode verificar pelos seguintes julgados: Hipótese em que o acórdão que concedeu a ordem para trancar a ação penal por atipicidade da conduta fundamentou-se na jurisprudência pacificada nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal no sentido de que o tipo penal do crime de estelionato não alcança as chamadas fraudes em concursos públicos por meio de colas eletrônicas (STJ, PExt no HC 208.977/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 19/11/2014).

A conduta de fraudar concurso público por meio da utilização da cola eletrônica praticada antes da vigência da vigência da Lei nº 12.550/2011, nada obstante contenha alto grau de reprovação social, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Egrégia Corte, é atípica. Precedentes (STJ, HC 208.969/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5^a T., DJe 11/11/2013).

Com a edição da Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, que criou o delito de *fraudes em certames de interesse público*, aqueles que praticassem a chamada “cola eletrônica” passariam a responder pelo tipo penal previsto no art. 311-A do Código Penal? Depende. Isso porque se o agente que está transmitindo as respostas ao receptor, ou seja, ao candidato que está participando do certame, havia tomado conhecimento do gabarito oficial e, agora, indevidamente, estava divulgando-o, para que o agente receptor o utilizasse no caderno de respostas, poderemos concluir pela prática do delito de *fraudes em certames de interesse público*. Agora, se o agente que está transmitindo as respostas havia tomado conhecimento das questões, já agora públicas, por meio do receptor e estava respondendo-as de acordo com sua capacidade pessoal, a discussão ainda persistirá, ou seja, para nossos tribunais superiores, o fato será atípico e para outra corrente poderá ser entendido como estelionato ou mesmo falsidade ideológica.

Assim, concluindo, nem sempre a chamada “cola eletrônica” conduzirá ao reconhecimento do delito tipificado no art. 311-A do Código Penal, que somente ocorrerá quando o agente

estiver utilizando ou mesmo divulgando, indevidamente, as informações de conteúdo sigiloso, que beneficiarão alguém ou comprometerão a credibilidade do certame.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 207-208.

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 208.

3 Art. 43. *Recusar-se a receber pelo seu valor, moeda de curso legal do País: Pena – multa.*

4 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 3, p. 305.

5 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*, v. 2, p. 298.

6 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 117-118.

7 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 22.

8 COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*, p. 33.

9 A exemplo de Guilherme de Souza Nucci (*Código penal comentado*, p. 930), quando diz: “Cremos ser impossível encontrar *iter criminis* válido, pois a conduta punida é a emissão (colocação do título em circulação). Portanto, ou o agente efetivamente emite o título ou trata-se de um irrelevante penal”.

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 934.

11 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 241.

12 AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*, p. 165.

13 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 232.

14 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 261.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 273.

16 Conforme decisão proferida pelo STF no RHC 83990/MG, Rel. Min. Eros Grau, 1^a T. DJ 22/10/2004.

17 AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*, p. 55.

18 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 327.

19 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*, v. II, p. 337.

20 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*, v. II, p. 351-352.

21 AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*, p. 129-130.

22 AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*, p. 114.

23 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 294.

24 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 960.

25 AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*, p. 147.

26 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 961.

27 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 963.

28 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 301.

29 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 305-306.

30 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 278.

31 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*, v. II, p. 375.

32 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 309.

33 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 361.

34 COÊLHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*, p. 975.

35 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 753.

36 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*, v. II, p. 376.

37 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 195

38 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 312.

39 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 200.

40 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 762.

41 COÊLHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*, p. 979.

42 FERREIRA, Fernando José Araújo. Processo seletivo vestibular nas universidades e faculdades particulares e a nova LDB (Lei 9.394/96). *Revista Eletrônica PRPE*, p. 2, out. 2003.

43 Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13318&Itemid=310>. Acesso em: 17 dez. 2011.

Título XI – Dos Crimes contra a Administração Pública

Capítulo I – Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral

Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça Edição nº 57: Crimes Contra a Administração Pública

1) O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes cometidos contra a Administração Pública, ainda que o valor seja irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa.

- 2) É possível o agravamento da pena-base nos delitos praticados contra a Administração Pública com fundamento no elevado prejuízo causado aos cofres públicos, a título de consequências do crime.**
- 3) A regularidade contábil atestada pelo Tribunal de Contas não obsta a persecução criminal promovida pelo Ministério Público, ante o princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal.**
- 4) A agravante prevista no art. 61, II, g, do Código Penal não é aplicável nos casos em que o abuso de poder ou a violação de dever inerente ao cargo configurar elementar do crime praticado contra a Administração Pública.**
- 5) Somente após o advento da Lei nº 9.983/2000, que alterou a redação do art. 327 do Código Penal, é possível a equiparação de médico de hospital particular conveniado ao Sistema Único de Saúde – SUS a funcionário público para fins penais.**
- 6) Os advogados dativos, nomeados para exercer a defesa de acusado necessitado nos locais onde não existe Defensoria Pública, são considerados funcionários públicos para fins penais, nos termos do art. 327 do Código Penal.**
- 7) A notificação do funcionário público, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal, não é necessária quando a ação penal for precedida de inquérito policial (Súmula nº 330/STJ).**
- 8) A prática de crime contra a Administração Pública por ocupantes de cargos de elevada responsabilidade ou por membros de Poder justifica a majoração da pena-base.**
- 9) A elementar do crime de peculato se comunica aos coautores e partícipes estranhos ao serviço público.**
- 10) A consumação do crime de peculato-apropriação (art. 312, *caput*, 1ª parte, do Código Penal) ocorre no momento da inversão da posse do objeto material por parte do funcionário público.**
- 11) A consumação do crime de peculato-desvio (art. 312, *caput*, 2ª parte, do CP) ocorre no momento em que o funcionário efetivamente desvia o dinheiro, valor ou outro bem móvel, em proveito próprio ou de terceiro, ainda que não obtenha a vantagem indevida.**
- 12) A reparação do dano antes do recebimento da denúncia não exclui o crime de peculato doloso, diante da ausência de previsão legal, podendo configurar arrependimento posterior, nos termos do art. 16 do CP.**
- 13) A instauração de ação penal individualizada para os crimes de peculato e sonegação fiscal em relação aos valores indevidamente apropriados não constitui *bis in idem*.**
- 14) Compete à Justiça Federal o julgamento do crime de peculato se houver possibilidade de utilização da prova do referido delito para elucidar sonegação fiscal consistente na falta de declaração à Receita Federal do recebimento dos valores indevidamente apropriados.**

- 15) Compete à Justiça Federal processar e julgar desvios de verbas públicas transferidas por meio de convênio e sujeitas à fiscalização de órgão federal.**
- 16) Não há bilateralidade entre os crimes de corrupção passiva e ativa, uma vez que estão previstos em tipos penais distintos e autônomos, são independentes e a comprovação de um deles não pressupõe a do outro.**
- 17) No crime de corrupção passiva, é indispensável haver nexo de causalidade entre a conduta do servidor e a realização de ato funcional de sua competência.**
- 18) O crime de corrupção passiva praticado pelas condutas de aceitar promessa ou solicitar é formal e se consuma com a mera solicitação ou aceitação da vantagem indevida.**
- 19) O crime de corrupção ativa é formal e instantâneo, consumando-se com a simples promessa ou oferta de vantagem indevida.**
- 20) Não há flagrante quando a entrega de valores ocorre em momento posterior à exigência, pois o crime de concussão é formal e o recebimento se consubstancia em mero exaurimento.**
- 21) Comete o crime de extorsão e não o de concussão, o funcionário público que se utiliza de violência ou grave ameaça para obter vantagem indevida.**

Peculato Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Introdução

O art. 312 do Código Penal, inserido no Capítulo I, correspondente aos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, prevê quatro modalidades do delito de peculato, a saber: a) peculato-apropriação (primeira parte do *caput* do art. 312); b) peculato-desvio (segunda parte do *caput* do art. 312); c) peculato-furto (§ 1º); e d) peculato culposo (§ 2º).

Nos termos da redação constante do art. 312 *caput* do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de se apropriar o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, do qual tem a posse em razão do cargo; b) ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

O chamado *peculato-apropriação* encontra-se no rol dos *delitos funcionais impróprios*, haja vista que, basicamente, o que o especializa em relação ao delito de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal, é o fato de ser praticado por funcionário público em razão do cargo.

A conduta núcleo, portanto, constante da primeira parte do art. 312 do Código Penal é o verbo *apropriar*, que deve ser entendido no sentido de *tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-se* indevidamente de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou a detenção (embora o artigo só faça menção expressa àquela), em razão do cargo. Aqui, o agente inverte o título da posse, agindo como se fosse dono, vale dizer, com o chamado *animus rem sibi habendi*.

O objeto material da conduta do agente, de acordo com a redação típica, é o dinheiro (cédulas e moedas aceitas como pagamento), valor (tudo aquilo que pode ser convertido em dinheiro, vale dizer, todo documento ou papel de crédito que pode ser negociado, a exemplo das notas promissórias, ações, apólices etc.) ou qualquer outro bem móvel (isto é, um bem passível de remoção e, consequentemente, de apreensão pelo agente).

Não importa, ainda, a natureza do objeto material, isto é, se *público* ou *privado*. Assim, pratica o delito de peculato o funcionário público que se apropria tanto de um bem móvel pertencente à Administração Pública quanto de outro bem, de natureza particular, que se

encontrava temporariamente apreendido ou mesmo guardado.

O importante para efeito de configuração do delito em estudo é que o funcionário público tenha se apropriado do dinheiro, valor ou bem móvel, seja ele público ou particular, de que *tem a posse em razão do cargo*. Isso significa que o sujeito tinha uma *liberdade desvigiada* sobre a coisa em virtude do cargo por ele ocupado.

O agravante, ao desviar dinheiro pertencente a outrem, valendo-se da condição de funcionário público, praticou a conduta descrita no art. 312 do Código Penal, não havendo que se falar em reclassificação para o delito de estelionato (STJ, AgRg no AREsp 850.908/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 12/08/2016).

A descrição de conduta de conselheiro de tribunal de contas que, no exercício da presidência, em conjunto com servidores, saca e se apropria de vultosas quantias em espécie oriundas do próprio tribunal preenche o tipo do peculato-apropriação (art. 312, *caput*, 1ª parte, do CP) (STJ, APn 702/AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, CE, DJe 1º/07/2015).

No crime de peculato, o conceito de posse abrange também a disponibilidade jurídica da coisa, ou seja, possibilidade de livre disposição que ao agente faculta, legalmente, o cargo que desempenha. Dessarte, não só tem a posse o funcionário que detém o poder material o direito de disposição sobre o bem, mas também seu chefe e superior hierárquico que dele pode dispor mediante ordens (TJSC, AC 2005.008313-3, Rel. Solon d'Eça Neves, j. 22/11/2005).

Dessa forma, posse e cargo devem ter uma relação direta, ou seja, uma relação de causa e efeito. Não é pelo fato de ser funcionário público que o sujeito deve responder pelo delito de peculato se houver se apropriado, por exemplo, de uma coisa móvel, mas, sim, pela conjugação do fato de que somente obteve a posse da coisa em virtude do cargo por ele ocupado. Aquele que não tinha atribuição legal para ter a posse sobre a *res* pode praticar outra infração penal que não o delito de peculato, podendo, até mesmo, responder pelo delito de apropriação indébita, furto ou mesmo peculato-furto, já que, se não tinha qualquer poder sobre a coisa, pois que ocupante de cargo que não lhe proporcionava essa condição, a liberdade sobre ela exercida poderá ser considerada como vigiada, importando, dependendo da hipótese concreta a ser apresentada, em subtração e não em apropriação.

O agente deverá, ainda, ocupar legalmente um cargo público, ou seja, ter sido nele investido corretamente, de acordo com as determinações legais, pois, caso contrário, não se configurará o delito em estudo.

A segunda parte do art. 312 do Código Penal prevê o *peculato-desvio*. Aqui, o agente não atua com *animus rem sibi habendi*, ou seja, não atua no sentido de inverter a posse da coisa, agindo como se fosse dono, mas sim desvia o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, em proveito próprio ou alheio.

Tipifica, em tese, o crime de peculato-desvio (art. 312, *caput*, 2ª parte do CP) utilizar-se do mesmo expediente para pagar ajuda de custo, estruturação de gabinete, segurança pessoal, despesas médicas e estéticas em proveito de conselheiros, passagens aéreas e verbas em favor de servidores inexistentes ou “fantasmas”,

entre outras despesas sem amparo legal (STJ, APn 702/AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, CE, DJe 1º/07/2015).

No peculato-desvio, exige-se que o servidor público se aproprie de dinheiro do qual tenha posse direta ou indireta, ainda que mediante mera disponibilidade jurídica. O fato de não constar da denúncia o modo relativo ao núcleo do tipo, não sendo para tanto suficiente o grau de parentesco com sócios da cessionária, impossibilita o recebimento da peça (STF, Inq. 2966/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 10/6/2014).

Hipótese em que o servidor, na condição de lançador, recebeu dinheiro proveniente de pagamento de IPTU e o desviou em proveito próprio – O peculato tem como característica a sua prática por servidor público que, em razão do cargo, se apropria de dinheiro ou coisa móvel pertencente à Administração Pública ou a desvia de seu destino, em proveito próprio ou de outrem – Prova inequívoca de que recebeu as quantias desviadas em razão do cargo (TJSP, Ap. Crim. 4791523300, 15ª Câm. de Direito Criminal, Rel. Aloísio de Toledo César, pub. 30/5/2008).

As duas modalidades de peculato previstas pelo *caput* do art. 312 do Código Penal são conhecidas como *peculato próprio*, haja vista ter o agente a posse (ou mesmo a detenção) sobre o dinheiro, valor ou qualquer outro bem, em virtude do cargo.

No entanto, existe outra modalidade de peculato, prevista no § 1º do art. 312 do Código Penal, reconhecida como *imprópria*, que ocorre na hipótese do chamado *peculato-furto*.

Aqui também nos encontramos diante de um *delito funcional impróprio*, haja vista que sua distinção fundamental com o delito de furto reside no fato de que o funcionário, para efeitos de subtração do dinheiro, valor ou bem, deve valer-se da facilidade que lhe proporciona essa qualidade, pois, caso contrário, haverá a desclassificação para o delito tipificado no art. 155 do Código Penal.

O § 1º do art. 312 do Código Penal, ao contrário do que ocorre com o art. 155 do mesmo diploma legal, utiliza não somente o verbo *subtrair*, mas também *concorrer* para que seja subtraído o objeto material já citado. Assim, pode o agente, ele próprio, levar a efeito a subtração, retirando, por exemplo, o bem pertencente à Administração Pública, ou simplesmente *concorrer* para que terceiro o subtraia, a exemplo daquele que convence o vigia de determinada repartição a sair do local onde o bem se encontrava guardado, com a desculpa de irem tomar um café, a fim de que o terceiro possa ali ingressar e subtrair o bem.

Ao contrário do que ocorre com as modalidades de peculato próprio (*peculato-apropriação e peculato-desvio*), no peculato impróprio basta que o agente, funcionário público, tenha se valido dessa qualidade para fins de praticar a subtração ou concorrido para que terceiro a praticasse. Essa situação é fundamental para o reconhecimento do delito em estudo, cuja pena, comparativamente ao delito de furto, é significativamente mais grave, em virtude do maior juízo de censura, de reprovabilidade, em razão da quebra ou abuso da confiança que nele era depositada pela Administração Pública.

Estagiário de órgão público que, valendo-se das prerrogativas de sua função, apropria-se de valores subtraídos do programa bolsa-família subsume-se perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 312, § 1º, do

Código Penal – peculato-

-furto –, por quanto estagiário de empresa pública ou de entidades congêneres se equipara, para fins penais, a servidor ou funcionário público, *lato sensu*, em decorrência do disposto no art. 327, § 1º, do Código Penal (STJ, REsp. 1303748/AC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 6/8/2012).

É típica a conduta de funcionário público, vigia de Prefeitura, que, aproveitando-se dessa condição, subtrai folhas de cheque pertencentes ao Município logrando descontar uma delas em agência bancária. Para a configuração do delito de peculato-furto não é necessário que o agente detenha a posse de dinheiro, valor ou outro bem móvel em razão do cargo que ocupa, exigindo-se apenas que a sua qualidade de funcionário público facilite a prática da subtração. O crime do artigo 312, § 1º, do Código Penal se consuma quando o agente consegue subtrair o dinheiro, valor ou bem, mantendo a posse tranquila sobre a coisa, ainda que por breve espaço de tempo (STJ, HC 145.275/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJE 2/8/2010).

O crime de peculato impróprio resta configurado quando o agente subtrai bem móvel público ou particular, aproveitando-se de facilidade proporcionada pela qualidade de funcionário público (TJMG, Ap. Crim. 1.0702.05.203634-1/001[1], Rel. Walter Pinto da Rocha, j. 30/4/2008).

Não se configura o delito de peculato-desvio quando o agente público destina verba pública para outro elemento que o determinado por lei. Verba para o FUNDEF, que foi emprestada ao Estado para resolver déficit de caixa. Ausência de configuração do tipo previsto na parte final do art. 312 do CP (STJ, CE, Apn. 391/MS, Rel. Min. José Delgado, DJ 25/9/2006, p. 197).

Em se tratando de peculato doloso, o ressarcimento do dano material causado ao erário não exclui a ilicitude, vez que, além da defesa dos bens da administração, a lei penal visa tutelar o interesse do Estado em zelar pela probidade e fidelidade do sujeito ativo em relação à Administração Pública. O dano, mais do que material, é moral e político (RJTJESP 8/500-503) (REsp. nº 493227/SP). (TJMG, Processo 1.0431.03.004870-3/001[1], Rel. Armando Freire, pub. 13/9/2005).

Ausente posse, mesmo indireta ou jurídica, da importância objeto do projeto de lei e efetuado o alegado desvio, segundo a denúncia, em proveito da administração estadual, não há falar em peculato-desvio (STJ, CE, Apn. 335/ES, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 1/7/2005, p. 351).

Comete o crime de peculato impróprio, também denominado peculato-furto, o policial que subtrai peças de uma motocicleta furtada e que arrecadara em razão de suas funções. Também cometem o crime de peculato impróprio os policiais que concorrem para que o colega, chefe de sua equipe, subtraia as peças da motocicleta arrecadada em razão do cargo. Inteligência do art. 312, § 1º, do Código Penal (TJRS, Ap. Crim. 689074086, 3ª Câm. Crim., Rel. Luiz Melíbio Uiracaba Machado, j. 4/10/1990).

No peculato, a restituição do valor desviado não importa, por si só, no afastamento do *animus rem sibi habendi*, até porque, para a caracterização do tipo penal do art. 312 é irrelevante a efetiva obtenção da vantagem ilícita. Não há falar na incidência do art. 16 do Código Penal, que trata de redução de pena em face de arrependimento posterior, quando a restituição da *res* apropriada é apenas parcial. (Precedentes) (STJ, HC 18032/RO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., RT 821, p. 524).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso e culposo (haja vista que o § 3º do art. 312 do Código Penal prevê a modalidade culposa de peculato); comissivo

(podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); material; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra, pois que em algumas situações será possível a realização de prova pericial).

O peculato é denominado crime próprio, pois exige a condição de funcionário público como característica especial do agente – condição que é de caráter pessoal, elementar do crime e que se comunica ao paciente, por ele ter conhecimento de que sua ex-esposa era funcionária pública (STJ, *RHC* 12506/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., *LEXSTJ* 162, p. 259).

Sujeito ativo e sujeito passivo

O peculato exige que o *sujeito ativo* seja funcionário público, ressalvando-se, contudo, a possibilidade de o particular também poder figurar nessa condição, em virtude da norma constante do art. 30 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

O crime de peculato exige, para sua configuração, a especial condição do sujeito ativo, que deve ser funcionário público, entretanto, essa circunstância não impede que alguém, que não ostente essa condição, pratique o crime em concurso com funcionário público (art. 30 do Código Penal) (STJ, AgRg. no REsp. 1262099/RR, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5ª T., *DJe* 28/3/2014).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de peculato.

O bem jurídico tutelado pelo art. 312 do Código Penal é a própria Administração Pública, em especial, o erário e a moralidade pública. O delito de peculato não possui cunho exclusivamente patrimonial, objetiva, outrossim, o resguardo da probidade administrativa, a qual não pode ser resarcida (*HC* n. 88.959/RS, Rel^a Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJe* 6/10/2009). (STJ, *HC* 239127/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., *DJe* 27/6/2014).

Conquanto a moralidade administrativa também seja tutelada no peculato, nele se exige que a Administração Pública sofra algum dano patrimonial. Tal como nos crimes contra o patrimônio, o objeto jurídico do delito contido no art. 312 do Código Penal deve ter expressão econômica, ou seja, a coisa móvel, assim como o dinheiro e o valor, precisa ter significação patrimonial. Isso porque o que diferencia o peculato dos ilícitos patrimoniais previstos no Código Penal é o fato de que nele o delito é praticado por funcionário público, prevalecendo--se de suas funções, e em violação a um dever de fidelidade que existe entre ele e o órgão ao qual está vinculado. Desse modo, embora o peculato tutele a moralidade administrativa, não se pode olvidar que mantém sua natureza patrimonial, distinguindo-se dos crimes contra o patrimônio em razão da qualidade do sujeito ativo, do título da posse e da pluralidade de condutas, razão pela qual nele também se exige que o objeto material tenha expressão econômica, sob pena de atipicidade da conduta (STJ, *RHC* 23500/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., *DJe* 24/6/2011).

O peculato-furto tem como bem jurídico tutelado a própria Administração Pública, não só no seu aspecto patrimonial, mas também no seu aspecto moral – Sentença mantida – Recurso improvido (TJSP, AC11566

O objeto material é o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular.

Consumação e tentativa

No peculato-apropriação o delito se consuma quando o agente inverte a posse, agindo como se fosse dono, praticando qualquer dos comportamentos já mencionados quando do estudo da infração penal tipificada no art. 168 do Código Penal; no que diz respeito ao peculato-

-desvio, seu momento consumativo ocorre quando o agente, segundo Noronha, “dá a coisa destino diverso, quando a emprega em fins outros que não o próprio ou regular, agindo em proveito dele mesmo ou de terceiro”;¹ já no peculato-furto, ocorre a consumação quando o agente consegue levar a efeito a subtração do dinheiro, valor ou bem, desde que mantenha a posse tranquila sobre a coisa, mesmo que por curto espaço de tempo, tal como ocorre com a consumação do delito de furto.

Admite-se a tentativa.

O crime de peculato na modalidade desvio (art. 312, *caput*, segunda parte, do Cód. Penal) é crime material. Em outras palavras, consuma-se com o prejuízo efetivo para a Administração Pública (STJ, AgRg. no Ag. 905635/SC, Rel. Min. Nilson Naves, 6^a T., j. 16/9/2008).

O peculato consuma-se no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, dá destino diverso ao dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, empregando-os com fins que não os próprios ou regulares, sendo irrelevante que o agente ou terceiro obtenha vantagem com a prática do delito. Precedentes (STJ, HC 37202/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 28/3/2005, p. 298).

O delito de peculato consuma-se no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, inverte o título da posse, agindo como se fosse dono do objeto material, retendo-o, alienando-o etc., não sendo exigível que o agente ou terceiro obtenha vantagem com a prática do delito (STJ, RHC 12540/SE, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 22/4/2003 p. 237).

O delito de peculato-apropriação consuma-se no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, inverte o título da posse, agindo como se fosse dono do objeto material, retendo-o, alienando-o etc. não sendo exigível que o agente ou terceiro obtenha vantagem com a prática do delito. O termo *posse*, utilizado no tipo penal do art. 312, *caput*, do Código Penal, não deve ser analisado de forma restrita, e, sim, tomado como um conceito em sentido amplo, que abrange, também, a detenção. Dessa forma, o texto da lei aplica-se à posse indireta, qual seja, a disponibilidade jurídica do bem, sem apreensão material (STJ, RHC 10845/SP, 5^a T., Rel. Min. Gilson Dipp, RT 792, p. 578).

Elemento subjetivo

Os delitos de peculato-apropriação, peculato-desvio e peculato-furto podem ser praticados dolosamente, devendo o funcionário público atuar no sentido de levar a efeito a apropriação, o desvio ou a subtração do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular.

Existe previsão para a modalidade de natureza culposa, conforme se verifica no § 2º do art. 312 do Código Penal.

No delito de peculato desvio previsto no art. 312, *caput*, 2ª parte, do Código Penal, o elemento subjetivo do tipo consiste em desviar, em proveito próprio ou alheio, o bem móvel de que tem o agente a posse, empregando-o em fim diverso ao que se destinava, não se exigindo para sua configuração o fim específico de apropriação inerente ao peculato apropriação previsto no art. 312, *caput*, 1ª parte, do Diploma Penalista (STJ, AgRg. nos EDcl. no REsp. 1273768/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 21/3/2012).

O crime de peculato exige, para sua configuração em qualquer das modalidades (peculato furto, peculato apropriação ou peculato desvio), a apropriação, desvio ou furto de valor, dinheiro ou outro bem móvel. Servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato. Configuração, em tese, de falta disciplinar ou ato de improbidade administrativa (STJ, CE, Apn. 475/MT, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, DJ 6/8/2007, p. 444).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos constantes do art. 312, *caput* e § 1º do Código Penal, pressupõem um comportamento comissivo, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Modalidade culposa

Encontra-se previsto no § 2º do art. 312 do Código Penal.

Restando evidenciado nos autos, através de farto conjunto probatório, o desvio consciente, por funcionário público, de valores em espécie pertencente a particular, não há falar-se em peculato culposo, porquanto configurada a conduta dolosa, a teor do preceito contido no artigo 312, do Código Penal (TJAP, APL 0031980-31.2005.8.03.0001, Rel. Des. Gilberto de Paula Pinheiro, DJEAP 17/8/2010, p. 17).

Para que se objetive a modalidade culposa no delito de peculato é mister que a ação dolosa guarde uma estreita vinculação com a culpa do funcionário. No presente caso, se não havia necessidade da assinatura dos apelados para a emissão das guias falsificadas, não há como imputar aos mesmos qualquer responsabilidade – Recurso Ministerial desprovido (TJMG, Processo 1.0000.00. 261720-7/000[1], Rel. Odilon Ferreira, pub. 16/10/2002).

Extinção da punibilidade

Se o funcionário público que concorre culposamente para o crime de outrem vier a reparar o dano até a sentença irrecorrível, será extinta a punibilidade; se a reparação lhe é posterior, a pena será reduzida de metade, nos termos preconizados pelo § 3º do art. 312 do Código Penal.

Por sentença irrecorrível devemos entender tanto a decisão de primeiro grau, proferida pelo juízo monocrático, quanto o acórdão do Tribunal. Esse será o nosso marco para concluirmos pela extinção da punibilidade ou pela aplicação da minorante.

A tese ministerial de inconformidade com a decisão que julgou extinta a punibilidade dos recorridos em face da reparação do dano por pessoa diversa não merece acolhimento, pois se trata de analogia in Malan partem, a qual é vedada no direito penal. Outrossim, a existência de dano moral à coletividade pela suposta prática do fato não obsta a aplicação da causa extintiva da punibilidade, uma vez que aquele é uma decorrência lógica da conduta típica. Recurso improvido (TJRS, ReSE 70049249022, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira,

j. 2/8/2012).

Se, posto à mostra *salienter tantum*, mediante indicativos fáticos a tanto hábeis, a natureza culposa do peculato, e se a reparação voluntária do dano ao erário público ocorreu antes da sentença tornar-se irrecorrível, impõe-se a extinção da punibilidade, a teor do art. 312, §§ 2º e 3º, do Código Penal (TJMG, Processo 1.0132.05.001384-7/001[1], Rel. Hyparco Immesi, j. 21/8/2008).

A extinção da punibilidade pela reparação do dano só é possível no crime de peculato culposo (STJ, *RHC 7497/DF*, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., *DJ* 8/9/1998, p. 76).

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, *a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I, do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.*

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

Para os delitos de peculato-apropriação, peculato-desvio e peculato-furto, previstos no *caput* e no § 1º do art. 312 do Código Penal, comina a lei penal uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Para a modalidade culposa de peculato, constante do § 2º do art. 312 do Código Penal, a pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Nesse caso, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta, conforme preconiza o § 3º do art. 312 do mesmo artigo.

A pena será aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de peculato culposo.

Será possível, também, no peculato culposo, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Necessidade de notificação prévia do funcionário público

A notificação prévia do acusado para que ofereça resposta por escrito é dispensada quando a denúncia se encontra devidamente respaldada em inquérito policial. A obrigatoriedade da notificação do funcionário público para a apresentação de resposta formal fica restrita aos casos em que a denúncia apresentada estiver baseada, tão somente, em documentos acostados à representação. Precedentes (STJ, HC 63479/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 16/10/2006, p. 414).

Súmula nº 330 do STJ. É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.

A prévia notificação do servidor, nos termos do art. 514 do CPP (que estipula a prévia manifestação defensiva em crimes praticados por servidor pública contra a Administração), não tem valia se ao tempo da ação penal o agente não mais exercia a função pública (STJ, HC 89436/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5^a T., j. 18/12/2008).

Peculato de uso

Não se pune o chamado *peculato de uso*, podendo, no entanto, ser o agente responsabilizado por um ilícito de natureza administrativa, que poderá trazer como consequência uma sanção da mesma natureza.

Analogamente ao furto de uso, o peculato de uso também não configura ilícito penal, tão somente administrativo (STJ, HC 94168/MG, Min.^a Jane Silva [Des.^a convocada do TJ/MG], 6^a T., DJ 22/4/2008, p. 1).

Poderá, no entanto, se configurar em ato de improbidade administrativa, a exemplo do que ocorre com o inc. IV do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a utilização, em obra ou serviço particular, de veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas pelo art. 1º da aludida lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

O uso de bens, rendas ou serviços públicos configura-se, no entanto, em crime de responsabilidade, quando o sujeito ativo for prefeito, nos termos do inc. II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Não se caracteriza como peculato de uso, por outro lado, a conduta do Prefeito que manda pagar aluguel de indústria calçadista, responsável por geração de muitos empregos, quando o mesmo incentivo já havia sido dado por administrações anteriores e já estava em andamento aprovação de lei municipal legalizando o incentivo. Apelações providas em parte (TJRS, Ap. Crim. 7001856 2215, 4^a Câm. Crim., Rel. Gaspar Marques Batista, j. 28/6/2007).

Deve ser considerado que o peculato de uso é unicamente crime de prefeito, tendo sido introduzido no sistema penal brasileiro em 1967, quando da edição do Decreto-Lei nº 201 (TJRS, Processo 70004821468, 4^a Câm. Crim. Rel. Gaspar Marques Batista, j. 23/6/2005).

A intenção de restituir não descaracteriza o crime, pois não admite a lei penal o peculato de uso, tratando-se de coisas fungíveis. Sendo o peculato um crime contra a administração, e não contra o patrimônio, o dano necessário e suficiente para a sua integração é o inerente à violação do dever de fidelidade para a mesma

administração, quer associado, quer não, ao patrimonial (TJRS, Ap. Crim. 700101 40358, 4^a Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 10/3/2005).

Conflito de competência

O Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), por ser entidade paraestatal com atuação em todo território nacional, está sujeita ao controle e fiscalização pelo Tribunal de Contas da União. Aplicação do Verbete Sumular nº 208 desta Corte, que enuncia ser *competência da Justiça Federal a instrução e julgamento de ilícitos praticados por Prefeitos Municipais em detrimento de verbas sujeitas a prestação de contas perante órgão federal*. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 3^a Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Porto Alegre/RS (STJ, 3^a Seção, CC 66354/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26/3/2007, p. 201).

Peculato e princípio da insignificância

É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido da não aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa a resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica (STJ, AgRg no REsp 1.308.038/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 29/05/2015).

Quanto ao princípio da insignificância, a Turma entendeu não ser possível sua aplicação aos crimes praticados contra a Administração, pois se deve resguardar a moral administrativa. Embora o crime seja militar, em última análise, foi praticado contra a Administração Pública. Precedentes citados: HC 154.433/MG, DJe 20/9/2010, e HC 167.915/MT, DJe 13/9/2010 (STJ, HC 147.542/GO, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., j. 17/5/2011, Informativo nº 473).

A 2^a Turma, por maioria, concedeu *habeas corpus* para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e absolver o paciente ante a atipicidade da conduta. Na situação dos autos, ele fora denunciado pela suposta prática do crime de peculato, em virtude da subtração de 2 luminárias de alumínio e fios de cobre. Aduzia a impetração, ao alegar a atipicidade da conduta, que as luminárias: a) estariam em desuso, em situação precária, tendo como destino o lixão; b) seriam de valor irrisório; e c) teriam sido devolvidas. Considerou-se plausível a tese sustentada pela defesa. Ressaltou-se que, em casos análogos, o STF teria verificado, por inúmeras vezes, a possibilidade de aplicação do referido postulado. Enfatizou-se que esta Corte já tivera oportunidade de reconhecer a admissibilidade de sua incidência no âmbito de crimes contra a Administração Pública. Observou--se que os bens seriam inservíveis e não haveria risco de interrupção de serviço. Vencida a Min. Ellen Gracie, que indeferiu ordem. Salientava que o furto de fios de cobre seria um delito endêmico no Brasil, a causar enormes prejuízos, bem assim que o metal seria reaproveitável (STF, HC 107370/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2^a T., j. 26/4/2011, Informativo nº 624).

Concurso de pessoas

Em se tratando de elementar do crime de peculato, é perfeitamente admissível, segundo o texto do art. 30 do Código Penal, a comunicação da circunstância da função pública aos coautores e partícipes do crime, inclusive quanto àquele estranho ao serviço público (HC 30.832/PB, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 19/04/2004, p. 219), desde que esses tenham ciência da condição de funcionário público daqueles (STJ, AgRg no REsp 1.459.388/DF, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assim Moura, 6^a T., DJe 02/02/2016).

A condição especial de funcionário público é elementar do crime de peculato, razão pela qual é circunstância que se comunica, na forma do artigo 30 do Código Penal, respondendo o apelante Richard pelo mesmo delito, na medida de sua culpabilidade (TJES, AC 047100061259, Rel. Des. Manoel Alves Rabelo, j. 27/8/2014).

Bis in idem A condição de Deputada Estadual não se confunde com a qualidade funcional ativa exigida pelo tipo penal previsto no art. 312 do Código Penal, que leva em consideração, entre outras condicionantes, a circunstância de o agente ser funcionário público. A quebra do dever legal de representar fielmente os anseios da população e de quem se esperaria uma conduta compatível com as funções por ela exercidas, ligadas, entre outros aspectos, ao controle e à repressão de atos contrários à Administração e ao patrimônio públicos, distancia-se, em termos de culpabilidade, da regra geral de moralidade e probidade administrativa imposta a todos os funcionários públicos, cujo conceito está inserido no art. 327 do Código Penal. Daí ser possível a elevação da pena-base em razão do grau de responsabilidade do cargo exercido pelo agente (1ª fase), sem que isso importe em *bis in idem* (STF, RHC 125.478 AgR/ES, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., DJe 02/03/2015).

Quanto à fixação da pena-base, não obstante tenha o magistrado singular feito menção à gravidade em abstrato dessa espécie delitiva – crimes contra a Administração Pública –, trouxe elementos concretos que justificam a exacerbação da pena-base, tais como a culpabilidade intensa, as circunstâncias em que foi cometido o delito (*modus operandi*), bem como as suas consequências, ressaltando o volume dos recursos apropriados indevidamente pelo paciente, bem como o elevado espaço de tempo em que cometido o delito. Há *bis in idem* na hipótese em comento, uma vez que o juiz sentenciante considerou como circunstância agravante o fato de o crime ter sido praticado com ‘violação de dever inerente a cargo’ (art. 61, inc. II, alínea g, segunda parte, do Código Penal), o que configura elemento do tipo previsto no art. 312 do Código Penal (STJ, HC 57473/PI,

Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 12/3/2007 p. 273).

Descrição dos fatos na denúncia

O delito de peculato, comumente, não deixa vestígios, impossibilitando a realização de exame de corpo de delito, bastando para a configuração do aludido crime a prova indireta. A jurisprudência firmou que basta a descrição genérica dos fatos, sem a individualização das condutas dos acusados, para a validade da denúncia (TJMG, Processo 1.0024. 97.100176-3/001[3], Rel. Antônio Carlos Cruvinel, pub. 25/2/2006).

Diferença entre os crimes de peculato e os previstos no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67

Vide incisos I a III do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67.

Comete o crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/1967 o Prefeito Municipal que utiliza renda pública visando à promoção pessoal (TJRS, Ap. Crim. 70021667035, 4ª Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, DJ 29/12/2007).

Entre os crimes previstos nos arts. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967, e 312, do Código Penal, inexiste diferenciação típica, pois ambos objetivam a apropriação ou desvio, em proveito próprio ou alheio, pelo funcionário público ou pessoa a ela equiparada, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, de que tenha a posse em razão do cargo público que ocupa. Se o delito é praticado pelo Prefeito Municipal, em razão do cargo e enquanto o esteja ocupando, aplica-se a lei especial (Decreto-Lei nº 201/1967), por prevalência do princípio da especialidade. Nos crimes referidos o elemento subjetivo é o dolo, que ocorre com a apropriação indevida ou desvio, com o fim de proveito, dele ocorrendo dano à administração, seja pela diminuição efetiva do patrimônio, seja pela falta ou

aumento devido. Não caracteriza o crime previsto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei nº 201/1967, a conduta do Prefeito Municipal e assessores que, embora em procedimento irregular, autorizam e efetuam compra de peças para conserto de veículo particular sinistrado quando em serviço para o Município, ante à ausência da intenção de lesar o erário público (TJSC, Acordão DJJ 9.607, Rel. Nilton Macedo Machado, pub. 19/11/1996).

Coisa julgada e justiça militar

Tendo o paciente sido absolvido da conduta de desviar munições da Corporação (peculato) no âmbito da Justiça Militar, não pode vir a ser condenado posteriormente pela mesma conduta, ainda que sob nova qualificação jurídica (fornecimento de munições), sob pena de violação da coisa julgada. [...] (STJ, HC 78516/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJ 18/2/2008, p. 69).

Gasto indevido do dinheiro público

A presidente da Câmara de Vereadores, detentora de competência para autorizar o empenho de verbas públicas, que realiza diversas viagens efetuando despesas de combustível, hospedagem e alimentação, a cargo da respectiva Casa Legislativa, sem a devida comprovação do interesse público, pratica o delito de peculato (art. 312, *caput*, do CP) (TJMG, APCr. 0013797-56.2006.8.13.0273, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, DJEMG 23/7/2010).

Consolidação das Leis do Trabalho

Diz o art. 552 da CLT, *verbis*:

Art. 552. Os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das associações ou entidades sindicais ficam equiparados ao crime de peculato julgado e punido na conformidade da legislação penal. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 925, de 10/10/1969.)

Princípio da consunção

Ordenação de despesa não autorizada é, em princípio, crime-meio para o peculato. Pelo princípio da consunção, ele é absorvido pelo peculato mais gravoso se o dolo é de assenhoreamento de valores públicos. A certificação do elemento subjetivo – o dolo – exige, no entanto, o exaurimento da instrução criminal, sendo prematuro atestá-lo ou afastá-lo em fase de recebimento de denúncia (STJ, AgRg no REsp 1.308.038/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 29/05/2015).

Peculato no Código Penal Militar

Vide art. 303 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Peculato mediante erro de outrem Art. 313. Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Introdução

A conduta núcleo é o verbo *apropriar*, que deve ser entendido no sentido de *tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-se* indevidamente. Essa conduta tem como objeto material o *dinheiro*, isto é, cédulas e moedas aceitas como pagamento, ou *qualquer utilidade*, vale dizer, tudo aquilo que pode servir para uso, consumo ou proveito econômico ou que pode ser avaliado em dinheiro, uma vez que, conforme alerta Hungria, “em qualquer de suas variantes, o peculato não pode deixar de revestir feição patrimonial”.²

Determina o tipo penal em estudo que o dinheiro ou a utilidade deve ter sido recebido(a) pelo agente em virtude do erro de outrem. O erro aqui mencionado deve, a seu turno, ser entendido como o conhecimento equivocado da realidade. A vítima, acreditando que, por exemplo, estivesse levando a efeito corretamente o pagamento de um tributo, a quem de direito, o entrega ao agente, que não tinha competência para recebê-lo. Conforme salienta Hungria, “é indiferente a causa do erro: ignorância, falso conhecimento, desatenção, confusão etc. Pode ele versar:

a) sobre a competência do funcionário para receber; *b)* sobre a obrigação de entregar ou prestar; *c)* sobre o *quantum* da coisa a entregar (a entrega é excessiva, apropriando-se o agente do excesso). O *tradens* pode ser um *extraneus* ou mesmo outro funcionário (também no exercício de seu cargo). Pode acontecer que o funcionário *accipiens* venha a dar pelo erro do *tradens* só posteriormente ao recebimento, seguindo-se, só então, a indébita apropriação (*dolus superveniens*)”.³

A maioria de nossos doutrinadores, a exemplo do próprio Hungria, entende que o erro deve ser *espontâneo*, isto é, não provocado pelo sujeito ativo, pois, caso contrário, poderia haver desclassificação para uma outra figura típica, a exemplo do crime de estelionato ou mesmo concussão. Contudo, ousamos discordar dessa posição. Isso porque a lei penal não limita que o mencionado erro seja espontâneo, somente fazendo menção ao fato de que o agente tenha recebido o dinheiro ou qualquer utilidade mediante o erro de outrem.

É importante que o agente, no entanto, saiba que se apropria indevidamente de coisa que lhe foi entregue por erro, pois, caso contrário, seu dolo restará afastado.

Como já deixamos antever, também exige o tipo penal que o agente receba o objeto material em virtude do *exercício do cargo*. Caso o agente, mesmo que momentaneamente, esteja fora do exercício do cargo, o delito poderá se configurar em estelionato.

Incorre no tipo penal de peculato mediante erro de outrem (art. 313 – CP) o agente (ex-deputado estadual) que se apropria de quotas de passagens aéreas e de correspondências repassadas por proprietários de agências de viagens, em razão da deficiência do controle exercido pela assembleia estadual (TRF-1^a Reg., ACR 2003.30.00.002583-0, Rel. Des. Fed. Olinto Menezes, DJe 20/2/2014).

Não há constrangimento ilegal na denúncia do paciente pela prática, em tese, de peculato mediante erro de outrem, pois, embora não fosse funcionário público, a condição da ex-mulher – por ser elementar do crime – foi a ele comunicada. O concurso material dos crimes de peculato e de apropriação indébita é, em princípio,

neste caso específico, possível – pois os autos revelam que a conta onde foram depositados os valores indevidos permaneceu na titularidade conjunta do paciente e sua ex-esposa, funcionária pública, durante um período, e na titularidade exclusiva do paciente, durante outro período (STJ, *RHC 12506/MG*, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., *LEXSTJ 162*, p. 259).

Oficial-ajudante em vara cível estatizada, que não tem atribuição legal para receber das partes valores correspondentes a custas judiciais, não comete o crime do art. 312 do Código Penal. Ao se apoderar de importâncias que lhe são confiadas pelas partes com a finalidade de recolhê-las a repartição competente, pratica, entretanto, a infração descrita no art. 313 do estatuto repressivo, pois recebeu as importâncias, no exercício do cargo, por erro do particular, e dela se apropriou (*TJRS, Ap. Crim., 695148916, 1ª Câm. Crim., Rel. Ranolfo Vieira, j. 18/6/1997*).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra, pois que em algumas situações será possível a realização de prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

O *peculato mediante erro de outrem* exige que o *sujeito ativo* seja funcionário público.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de peculato mediante erro de outrem.

O objeto material do delito em estudo é o dinheiro ou qualquer outra utilidade de que se tenha apropriado o funcionário, que o recebeu por erro de outrem, no exercício do cargo.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, se apropria de dinheiro ou utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *peculato mediante erro de outrem*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *apropriar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I, do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de peculato mediante erro de outrem é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A pena será aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Peculato mediante aproveitamento de erro de outrem no Código Penal Militar

Vide art. 304 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Inserção de dados falsos em sistema de informações (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) **Art. 313-A.** Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) Introdução

O delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações* foi introduzido ao Código Penal por intermédio da Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, que criou o art. 313-A como mais uma modalidade de peculato, reconhecido como *peculato eletrônico*, em razão do modo pelo qual o delito é praticado.

Inicialmente, prevê o tipo penal dois comportamentos: ou é o próprio funcionário autorizado quem *insere* dados falsos, ou seja, é ele quem introduz, coloca, inclui, ou *facilita* para que terceira pessoa leve a efeito sua inserção.

Na segunda modalidade de comportamento previsto pelo tipo, a conduta do funcionário autorizado é dirigida no sentido de *alterar* (mudar, modificar) ou *excluir* (remover, afastar, eliminar), indevidamente, dados verdadeiros.

Note-se que a lei se vale do elemento normativo *indevidamente*, ou seja, somente quando a alteração dos dados corretos não for devida é que se poderá configurar o comportamento típico.

Dados, sejam eles falsos ou verdadeiros, são os elementos de informação ou representação de fatos ou de instruções, em forma apropriada para armazenamento, processamento ou transmissão por meios automáticos.

Levando a efeito a distinção entre *banco de dados* e *sistema informatizado*, Guilherme de Souza Nucci esclarece que este último “é o conjunto de elementos, materiais ou não, coordenados entre si, que funcionam como uma estrutura organizada, tendo a finalidade de armazenar e transmitir dados, através de computadores. Pode significar uma rede de computadores ligados entre si, por exemplo, que transmitem informações uns aos outros, permitindo que o funcionário de uma repartição tome conhecimento de um dado, levando-o a deferir o pagamento de um benefício ou eliminar algum que esteja sendo pago. O *sistema informatizado* é peculiar de equipamentos de informática, podendo possuir um banco de dados de igual teor. Assim, a diferença existente entre o sistema informatizado e o banco de dados é que o primeiro sempre se relaciona aos computadores, enquanto o segundo pode ter, como base, arquivos, fichas e papéis não relacionados à informática”.⁴

Para que ocorra a infração penal em estudo, o agente deve atuar com finalidade especial, entendida, pela maioria da doutrina, como um elemento subjetivo que transcende ao dolo, vale dizer, a finalidade de obter vantagem indevida (de qualquer natureza, podendo até mesmo não ter conotação econômica) para si ou para outrem ou para causar dano.

Configura-se o crime descrito no artigo 313-A, do Código Penal, a conduta de inserir dados falsos no sistema informatizado da Administração Pública. É crime formal, bastando para a consumação do delito, a simples inserção de informações falsas (TRF-1^a Reg., EINACR 2007.33.04.017053-7/BA, Rel. Des. Fed. Mário Cesar Ribeiro, DJe 4/8/2014).

Apresenta-se indevida a consunção do crime de alteração de dados em sistema informatizado de Tribunal

Regional do Trabalho por servidor do órgão, com vistas à obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem, pelo delito de estelionato majorado, uma vez que a relação nos crimes progressivos é de *minus a plus*, ou seja, o menos grave é absorvido pelo mais grave. Ausente recurso da acusação na espécie é inviável a *reformatio in pejus ex officio*, devendo ser mantida a consunção operada na sentença. Diante da prova inserta nos autos a demonstrar a tentativa de estelionato majorado, por meio do levantamento de depósito judicial com base em guias de conteúdo falso, emitidas pelo réu na condição de servidor público no desempenho da função, após alterar os dados do sistema informatizado da vara de lotação, propiciando a quase conclusão do crime contra o TRT, o édito condenatório deve ser mantido (TRF-1^a Reg., ACR 2006.35.00.010085-4/GO, Rel^a Des^a Fed. Mônica Sifuentes, *DJe* 27/6/2014).

Evidenciado que o réu, funcionário público, mediante a inserção de informações falsas nos sistemas informatizados ou banco de dados da municipalidade, obteve vantagem indevida para si, resta configurado o peculato eletrônico (CP, art. 313-A) (TJES, AC 019100015668, Rel. Des. Manoel Alves Rabelo, j. 20/3/2013).

O delito de inserção de dados falsos em sistema de informações, descrito no art. 313-A do Código Penal, é especial ao crime de peculato delineado no art. 312 do Estatuto Repressor. Na hipótese, a vantagem indevida auferida em detrimento da Administração Pública (objeto de tutela do crime de peculato) foi alcançada por meio de um especial modo de agir, consistente na inserção de informações falsas nos sistemas informatizados ou banco de dados da municipalidade. Tal circunstância evidencia a ocorrência de apenas uma lesão ao bem jurídico tutelado, sendo imperioso, diante do concurso aparente de normas penais aplicáveis, o afastamento da condenação referente ao crime de peculato-desvio, já que o delito descrito no art. 313-A do Código Penal disciplina, na íntegra, os fatos praticados pelo paciente, remediando-se, por conseguinte, o *bis in idem* repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio (STJ, HC 213179/SC, Rel. Jorge Mussi, 5^a T, *DJe* 3/5/2012).

O delito previsto no artigo 313-A, do Código Penal, exige para sua configuração que funcionário público autorizado insira dados falsos em sistema informatizado ou banco de dados da Administração Pública com o intuito de obter vantagem indevida ou de causar dano. A classificação do crime de inserção de dados falsos em sistema de informações como funcional próprio, não constitui óbice para a sua perpetrção em concurso de agentes, sendo despiciendo que os partícipes ou coautores sejam funcionários públicos (TRF, 4^a Reg., ACr. 2005.70.00.019892—4, Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DEJF* 16/6/2010, p. 820).

Comprovado que o réu inseriu informações falsas no sistema informatizado do Instituto do Seguro Social, com intuito de permitir concessão de benefício indevido, esse deve incorrer nas penas previstas no art. 313-A, do Código Penal (TRF, 2^a Reg., ACr. 2006.51.17.001836-2, Rel. Des. Fed. André Fontes, *DEJF* 25/5/2010).

A ação tipificada no art. 313-A do CP consubstancia-se na inserção ou facilitação, por funcionário autorizado, da inserção de dados falsos, da alteração ou exclusão indevida de dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano (TRF, 2^a Reg., ACr. 2002.51.01.515924-9, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, *DEJF* 18/5/2010).

O tipo penal previsto no art. 313-A do Código Penal visa tutelar a Administração Pública e o resguardo da probidade administrativa, punindo e afastando de seu cargo o servidor público que, descumprindo seus deveres, com o intuito de obter vantagem indevida, manipula impropriamente banco de dados, inserindo no sistema dados falsos ou alterando e excluindo dados corretamente lançados (TJMG, Processo 1.0461.01.001026-6/001[1], Rel. Antônio Armando dos Anjos, j. 31/3/2009).

O tipo penal do art. 313-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 9.983/2000, reclama que a conduta de inserir dados falsos em bancos de dados ou sistemas informatizados seja praticada por funcionário autorizado.

Não seria aplicável, ademais, o princípio da especialidade (para desclassificar o delito do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/1990 em relação a este tipo penal) por força do princípio da lei mais benigna, vigente ao tempo do fato (TRF,

1^a Reg., ACR. 1999.35.00. 011702-7/GO, Rel. Olindo Menezes, 3^a T., DJ 3/8/2007, p. 39).

Auditoria pode suprir exame de corpo de delito, mormente em crimes de mera conduta, quando este não se faz obrigatório. Penal. Inaplicabilidade do princípio da consunção se a falsidade ideológica não é crime-meio para a inserção de dados falsos. Corrupção passiva. Funcionário público como elementar do tipo, circunstância que se comunica ao corréu que não possui tal circunstância (TJMG, Processo 1.0390.03. 004041-9/001[1], Rel. Erony da Silva, pub. 29/4/2005).

Inserção de dados falsos em sistema de informações. Cometem os delitos previstos nos arts. 288, 311, § 2º, 312 e 313-A do CP o delegado e o inspetor de polícia que se associam com outras pessoas para adulterar sinais identificadores de veículos, apropriar-se de dinheiro do qual tinham a posse em razão do cargo e inserir dados falsos no sistema informatizado da Administração Pública com o intuito de obter vantagem indevida. Condenação mantida (TJRS, Ap. Crim. 70010845 873, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 2/6/2005).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); formal; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público autorizado pode figurar como *sujeito ativo* do delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações*, tipificado no art. 313-A do Código Penal. Note-se, como dissemos, que a lei exige além da qualidade de funcionário público, seja ele *autorizado*, isto é, tenha acesso, por meio de senha ou outro comando, a uma área restrita, não aberta a outros funcionários, tampouco ao público em geral. Isso não impede, contudo, que o funcionário público autorizado atue em concurso com outro funcionário (não autorizado), ou mesmo um particular, devendo todos responder pela mesma infração penal, nos termos do art. 29 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

O acesso ao sistema de informações é inerente ao tipo do art. 313-A, pois é crime próprio, dependente da atuação do funcionário público para se consumar (TRF-1^a Reg., ACR 2007.38.01.002343-1/MG, Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro, DJe 21/2/2014).

Aliás, o legislador, ao criar o novo tipo penal previsto no art. 313-A do Código Penal, teve como intuito apenas de forma mais elevada a conduta de inserção de dados falsos em sistemas informatizados ou bancos de

dados da Administração Pública, praticada tão somente pelos funcionários autorizados. Deixou de fora do referido tipo penal, portanto, o funcionário não autorizado a cuidar dos sistemas informatizados ou banco de dados da Administração Pública, aplicando-se, assim, a esses, o disposto no art. 299, parágrafo único, do Código Penal (STJ, HC 100062/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., j. 29/4/2009).

O funcionário de empresa privada contratada e conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública é equiparado a funcionário público para fins penais por expressa disposição do art. 327, § 1º do Código Penal, daí que a inserção por ele feita de dados falsos em sistema informatizado de Órgão da Administração Pública tipifica a conduta descrita no art. 313-A do CP. A omissão da defesa preliminar de que trata o art. 514 do CPP constitui nulidade relativa, por isso dependente de demonstração de efetivo prejuízo, o que de resto não se logrou demonstrar no caso concreto. Precedentes do STJ. A controvérsia a respeito de ter ou não o acusado utilizado a senha de outra funcionalária e se esta tinha ou não autorização para cancelar multas não o favorece porque, seja de um jeito, seja de outro, o fato é que ele conseguia entrar no sistema e inserir os dados que levavam ao cancelamento de multas, tanto é que foi preso em flagrante após rastreamento que culminou com a descoberta da fraude logo depois de proceder a um cancelamento, e ainda com dados de outras multas que, certamente, seriam igualmente canceladas, tendo ele admitido depois que fizera ao todo uns cem cancelamentos, segundo depoimento de várias testemunhas (TJERJ, Ap 2004.050.03044, Rel. Ricardo Bustamente, j. 21/6/2005).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações*, especificamente no que diz respeito à proteção das informações constantes de seus sistemas informatizados ou banco de dados.

O objeto material do delito em estudo são os dados, falsos ou mesmo verdadeiros, constantes dos sistemas informatizados ou banco de dados.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, insere ou facilita que terceiro insira dados falsos, ou quando altera ou exclui indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública, com a finalidade de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O elemento subjetivo do tipo exige a presença do dolo específico, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem e requer, ainda, um fim especial de agir, no caso, com o fim de causar dano à Administração Pública (TRF-1^a Reg., EINACR 2007.33.04.017053-7/BA, Rel. Des. Fed. Mário Cesar Ribeiro, *DJe*

4/8/2014).

O dolo encontra-se demonstrado pela atuação livre e consciente dos acusados direcionada à inserção de elementos falsos em banco de dados com o intuito defraudá-lo e, assim, obterem a benesse indevida (aprovação em concurso público) decorrente do processamento fraudulento do resultado da referida seleção (TRF, 4^a Reg., ACr. 2007.71.00.009526-5, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, *DEJF* 28/5/2010, p. 407).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *inserir*, *facilitar* a inserção, *alterar* e *excluir* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I, do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações* é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A pena será aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Crime eleitoral

Vide art. 72 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Competência

A inserção no sistema público de documentos com informações falsas é conduta que atinge diretamente os registros públicos e afeta, assim, os interesses da União (art. 109, inc. IV, da Constituição Federal), o que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito (STJ, AgRg. no HC 177524/BA, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5^a T, *DJe* 15/2/2013).

Delito de inserção de dados falsos em sistema de informação (art. 313-A do Código Penal) não encontra figura correlata no Código Penal Militar não se enquadrando nas hipóteses previstas no art. 9º do Código Penal Militar. A competência militar não é firmada pela condição pessoal de militar do infrator, mas decorre da

natureza militar da infração, não havendo, pois, no caso, que se falar em crime militar. Assim, a competência é do Juízo Comum estadual (STJ, CC 109842/SP, Rel^a Min^a Alderita Ramos de Oliveira, Des.^a convocada do TJPE, S3, DJe 20/3/2013).

Inserção de dados falsos em sistema de informação e falsidade ideológica

Conforme destacado por Fernando Galvão:

Se o funcionário público não está autorizado a intervir no sistema informatizado ou no banco de dados, ou se quem faz a intervenção não é funcionário público (art. 327 do CP), a inserção de dados falsos, a alteração ou exclusão de dados verdadeiros que estão inseridos em um documento pode caracterizar o crime de falsidade ideológica – art. 299 do CP.⁵

Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) Introdução

Dissertando sobre os núcleos *modificar* e *alterar*, Luiz Regis Prado observa, com precisão: “Embora os dicionários apontem tais palavras como sinônimas, denotando um sentido de mudança, observa-se que, no sentido do texto, a ação de modificar expressa uma transformação radical no programa ou no sistema de informações, enquanto na alteração, embora também se concretize uma mudança no programa, ela não chega a desnaturá-lo totalmente.”⁶

As condutas previstas pelo tipo penal em estudo devem ser praticadas por funcionário público, tratando-se, pois, de um crime próprio. Ao contrário do que ocorre com o tipo penal constante do art. 313-A, que exigia uma qualificação especial do funcionário (que deve ser aquele autorizado a fazer a inserção dos dados), basta, aqui, a qualidade de funcionário, não exigindo o tipo do art. 313-B seja ele a pessoa autorizada, normalmente, a levar a efeito as modificações ou alterações no sistema de informações ou programas de informática.

Os objetos materiais das condutas praticadas são o sistema de informações ou programa de informática. Por *sistema de informações* podemos entender o sistema que manipula

informações por meio de uso de banco de dados; *programa de informática* é o *software*. O art. 1º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, definiu o conceito de *programa de computador*.

Para que se configure a infração penal *sub examen*, a conduta de modificar ou alterar deve ter sido levada a efeito sem que o funcionário tivesse autorização ou solicitação da autoridade competente.

Comete o delito do art. 313-B do CP o servidor de empresa pública que, não autorizado a lidar com o sistema informatizado ou requisitado por quem detenha competência para tanto, modifica dados relativos à restrição de crédito para provocar a concessão fraudulenta de talonário de cheques. O dolo encontra-se demonstrado pela atuação livre e consciente de excluir registros atinentes à limitação cadastral (SPC, SERASA) no banco de dados informatizados de instituição financeira com o intuito defraudá-lo e, assim, obter vantagem ilícita (TRF, 4ª Reg., ACr. 2007.72.06.000128-9, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, DEJF 14/1/2010, p. 860).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações*, tipificado no art. 313-B do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

O rito previsto para apuração de crimes praticados por funcionários públicos só é aplicável aos delitos previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal (STJ, HC 35048/SC, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., DJ 13/12/2004, p. 461).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações*.

O objeto material do delito em estudo é o sistema de informações ou o programa de informática modificado ou alterado pelo funcionário sem que, para tanto, tenha havido autorização ou solicitação da autoridade competente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, modifica ou altera sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *modificar* e *alterar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causas especiais de aumento de pena

Diz o parágrafo único do art. 313-B do Código Penal:

Parágrafo único. As penas são aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

Também determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*: § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Nesse caso, ou seja, em virtude da possibilidade de existência de concurso de causas de aumento de pena, ambas previstas na Parte Especial do Código Penal, deverá o julgador, nos termos do parágrafo único do art. 68 do mesmo diploma legal, limitar-se a uma só delas, prevalecendo, no entanto, aquela que prevê um maior aumento.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações* é de detenção, de 3(três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A pena será aumentada de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado, havendo previsão também de uma

outra majorante nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações*.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento Art. 314.

Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Introdução

O núcleo *extraviar* é utilizado pelo texto legal no sentido de desencaminhar, perdendo-se do destino; *sonegar* dá a ideia de ocultar, sumir, não entregar, omitir; *inutilizar* tem o significado de tornar inútil, imprestável, podendo ocorrer a destruição, total ou parcial.

As condutas devem ter como objeto material *livro oficial* (aquele criado por lei, em sentido amplo, para determinada finalidade de registro) ou *documento*. Conforme esclarece Hungria, “para que o *livro oficial* ou *documento* (público ou particular) seja idôneo objeto material do crime do art. 314, basta que, de qualquer modo, afete o interesse administrativo ou de qualquer serviço público, ou de particulares. Ainda que represente simples valor histórico ou sirva apenas a expediente burocrático. Estão em jogo, *in exemplis*, os livros de escrituração das repartições públicas ou de registros, os ‘protocolos’, os papéis de arquivos ou de museus, relatório, plantas, projetos, representações, queixas formalizadas, pareceres, provas escritas de concurso, propostas de concorrência pública, autos de processos administrativos etc.”⁷

O tipo penal em exame exige, ainda, para efeitos de sua configuração, que quaisquer dos comportamentos praticados sejam levados a efeito pelo agente ocupante de um cargo, cujas atribuições digam respeito à guarda do livro oficial ou documento. Assim, somente o funcionário público encarregado, *ratione officii*, pode praticar o delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*. Outro funcionário público, ou mesmo um particular (*extraneus*) que venha a praticar qualquer dos comportamentos elencados pelo tipo penal do art. 314, poderá, ser for o caso, ser responsabilizado pelo crime previsto no art. 337

do diploma repressivo, ou, dependendo da hipótese concreta, pelo crime de dano qualificado.

A ausência de prejuízo não descaracteriza o delito previsto no artigo 314 do Código Penal, porquanto se trata de crime formal, que não exige para a sua configuração resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a administração (TJMG, APCR 1.0394.99.007918-5/0011, Rel.^a Des.^a Beatriz Pinheiro Caires, DJEMG 24/2/2010).

Sendo elementar do tipo do art. 314 do CP a condição de o agente ter a guarda do livro ou documento extraviado em razão do cargo público ocupado, configura *bis in idem* a incidência da agravante do art. 61, II, g, do CP na segunda etapa da dosimetria, merecendo, portanto, afastado o aumento de pena efetuado nessa etapa (STJ, HC 117.749/DF, 5^a T., Rel. Min. Jorge Mussi, DJE 14/9/2009).

O crime de sonegação de documento do art. 314 do CP, por ser próprio (crime praticado por funcionário público), exige que a conduta se perfaça no exercício da função pública, pois somente o agente que se reveste de competência para o ato, ou que detenha de alguma forma poder sobre ele, é que pode ocultar o instrumento documental. Portanto, não estando o denunciado no exercício efetivo da função pública, sua conduta afigura-se atípica (STJ, CE, Apn. 267/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, RT 831, p. 538).

Apelação criminal – Crime de extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314, CP) – Caracterização – Sumiço de inquérito policial – Detetive de Polícia que, em razão do cargo, tinha guarda do referido procedimento – Condenação – Recurso ministerial provido (TJMG, Processo 1.0000.00.334065-0/000 [1], Rel. Sérgio Resende pub. 9/10/2003).

Escrivão que extravia inquérito no qual é indiciado comete o delito previsto no art. 314, do Código Penal (TJRS, Ap. Crim. 684043078,

2^a Câm. Crim., Rel. Antônio Augusto Fernandes, j. 14/11/1984).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo quando o agente praticar os comportamentos de *extraviar* e *inutilizar* (podendo, nesses casos, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal) e omissivo no que diz respeito à conduta de *sonegar*; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*, tipificado no art. 314 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o

delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*.

O objeto material do delito é o livro oficial ou documento.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, extravia livro oficial ou documento, de quem tem a guarda em razão do cargo, ou quando os sonega ou os inutiliza, total ou parcialmente.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Para configuração do crime domiciliado nas iras do art. 314 do Código Penal brasileiro, mister esteja presente na conduta do agente o elemento volitivo de dolo. Sua ausência implica absolvição, mormente pela inexistência de conduta culposa (TJES, AC 32999000121, Rel. Antônio Leopoldo Teixeira, DJ 15/2/2000, p. 35).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *extraviar* e *inutilizar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente; ao contrário, o verbo *sonegar* nos permite raciocinar com a chamada omissão própria.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A pena será aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Inutilização ou sonegação praticada por advogado ou procurador

Vide art. 356 do Código Penal.

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento no Código Penal Militar

Vide art. 321 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Introdução

O núcleo *dar* é utilizado pelo texto legal no sentido de empregar, canalizar, utilizar. A conduta do agente tem como objeto material as *verbas* ou *rendas públicas*. *Verbas*, conforme esclarece Fragoso, “são os fundos que a lei orçamentária destina aos serviços públicos ou de utilidade pública (dotações e subvenções). *Rendas* são todos os dinheiros recebidos pela fazenda pública, seja qual for a sua origem”.⁸

O agente, portanto, dá às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei. A palavra *lei*, de acordo com o texto do artigo em estudo, deve ser entendida no seu sentido estrito, abrangendo as leis complementares e as leis ordinárias, além da própria Constituição Federal, considerada como fundamento de validade de todas as leis. Veja-se, neste último caso, o disposto no *caput* do art. 212 da Constituição Federal.

Emprego irregular de verba destinada por decreto. Crime não caracterizado. A norma do art. 315 do CP não pune irregularidades administrativas, mas o comportamento do administrador que desvia numerário de meta especificada em lei – requisito que não se materializa nos casos em que o orçamento da pessoa de direito público é aprovado não por lei, mas por decreto do próprio Executivo (RT 617, p. 396).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal);

de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (podendo, dependendo do caso concreto, ser procedida perícia para efeitos de constatação da infração penal, quando, então, poderá ser considerado não transeunte).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*, tipificado no art. 315 do Código Penal, devendo o mencionado funcionário ter o poder para gerir, administrar as verbas ou rendas públicas, sendo, portanto, o responsável pelo seu emprego nos moldes determinados pela lei, a exemplo do que ocorre com o Presidente da República, ministros de Estado, governadores, secretários de Estado, enfim, qualquer daquelas pessoas responsáveis pela administração das verbas ou rendas públicas, mesmo em entidades paraestatais. Com relação aos Prefeitos, se desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas, será aplicado o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que regulou especificamente a matéria.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*.

O objeto material do delito são as verbas ou rendas públicas.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito em estudo quando o agente, efetivamente, dá às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *dar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte

quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena para o delito de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas* é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Dependendo de quem seja o sujeito ativo, se não houver a aplicação do foro por prerrogativa de função, quando, por exemplo, o julgamento competir ao Tribunal de Justiça do Estado a que pertence o administrador público, ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal, tratando-se do Presidente da República, o Juizado Especial Criminal poderá ser o competente para o processo e julgamento do delito de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Lei nº 8.429/92

Funções burocráticas desenvolvidas por presidente ou tesoureiro de Câmara Municipal, tipicamente administrativas, que provoquem dano ao erário ocasionado por culpa, sujeitará o agente culposo às sanções previstas na Lei nº 8.429/92, pois, como bem afirma Emerson Garcia, não há previsão legal de um salvo-conduto para que se possa dilapidar o patrimônio público (*Improbidade administrativa*. 2. ed., p. 278). Na reparação de danos prevista no inc. II do art. 12 da Lei nº 8.429/92, deverá o julgador considerar o dano ao erário, além da observância da reprovabilidade e do elemento volitivo de sua conduta, porquanto referida norma busca não só reparar o dano público, bem como punir a prática da conduta dolosa ou culposa perpetrada em ferimento ao dever de probidade (STJ, REsp. 601935/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2^a T., DJ 8/2/2007, p. 312).

Conflito aparente de normas. Decreto-Lei nº 201/1967

Para solucionar o conflito aparente de normas, para fins de capitulação dos fatos imputados, entre delitos similares constantes no Código Penal e no Decreto-Lei nº 201/1967 (o qual define os Crimes de Responsabilidade de Prefeitos), aplica-se o princípio da especialidade, porquanto o acusado praticou eventual delito quando era, à época, o chefe do Executivo local, no exercício de suas funções (STJ, HC 31214/PE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5^a T., DJ 2/8/2004 p. 443).

Princípio da consunção

O princípio da consunção pode ser aplicado quando um delito serve como fase preparatória ou de execução para um crime mais grave, restando absorvido por este. Na hipótese vertente, não se observa que o crime previsto no art. 315 do Código Penal possa absorver crimes mais graves como os tipificados nos arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/1993, bem como os descritos nos arts. 288 e 299, parágrafo único, ambos do Código Penal, sendo, pois, inaplicável o princípio da consunção (STJ, *RHC 10870/SE*, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJ* 14/3/2005, p. 382).

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas e crime de responsabilidade de prefeito

Vide inciso III do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67.

Aplicação ilegal de verba ou dinheiro no Código Penal Militar

Vide art. 331 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Concussão Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Excesso de exação

§ 1º Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: (*Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27/12/1990*) Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27/12/1990*) § 2º Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Introdução

O núcleo *exigir* é utilizado pelo texto legal no sentido de impor, ordenar, determinar. Essa exigência, segundo Hungria, pode ser “formulada diretamente, a viso aperto ou facie ad faciem, sob a ameaça explícita ou implícita de represálias (imediatas ou futuras), ou indiretamente, servindo-se o agente de interposta pessoa, ou de velada pressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência. Não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado: basta o temor genérico que a autoridade inspira. Segundo advertia Carrara, sempre concorre a influir sobre a vítima o *metus publicae potestatis*. Para que o receio seja incutido, não é necessário que o agente se ache na atualidade de exercício de função: não deixará de ocorrer ainda quando o agente se encontre licenciado ou até mesmo quando, embora já nomeado, ainda não haja assumido a função ou tomado posse do cargo. O que se faz indispensável é que a exigência se formule *em razão da função*. Cumpre que o agente proceda, franca ou tacitamente, em função de autoridade, invocando ou insinuando a sua qualidade”⁹.

O art. 316 do CP tem como núcleo do tipo o verbo “exigir”. A exigência pode ser direta ou indireta, não se fazendo mister a promessa de mal determinado. Ameaça de perda de cargo em comissão endereçada a vítimas de menor capacidade econômica é o que basta para satisfazer o verbo nuclear do tipo e configurar justa causa para a Ação Penal (STJ, APn 825/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, CE, DJe 02/02/2016).

Comete o crime previsto no art. 316 do CP o funcionário público municipal, administrador de hospital recebedor de recursos públicos, que exige da vítima, beneficiária da assistência social, dinheiro para o pagamento de combustível de veículo pertencente ao hospital para o transporte de doadores de medula, apropriando-se do valor recebido. Condenação mantida (TJRS, Ap. Crim. 70029758737, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 25/6/2009).

Concussão. Policiais que, valendo-se da função pública, exigem vantagem indevida para liberação de caminhão localizado, fruto de roubo (TJSP, AC 10831323200, Rel. Ribeiro dos Santos, 15^a Câm. de Direito Criminal, pub. 15/4/2008).

Devemos olhar com mais cuidado para a expressão *ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*. Isso porque o agente, quando da prática do comportamento típico, já gozava do *status* de funcionário público, mesmo não estando no exercício de sua função. O importante, frisamos, é que ele já seja considerado funcionário público, utilizando, para tanto, o conceito previsto pelo art. 327 e seu § 1º do Código Penal.

Discute-se, ainda, a respeito da natureza da *indevida vantagem* exigida pelo funcionário. Alguns doutrinadores, a exemplo de Damásio de Jesus, aduzem que a vantagem pode ser “patrimonial ou econômica, presente ou futura, beneficiando o próprio agente ou terceiro”.¹⁰ A segunda posição advoga a tese ampla do conceito de indevida vantagem. Mirabete preconiza que, “referindo-se a lei, porém, a *qualquer* vantagem e não sendo a concussão crime patrimonial, entendemos, como Bento de Faria, que a vantagem pode ser expressa por dinheiro ou qualquer outra utilidade, seja ou não de ordem patrimonial, proporcionando um lucro ou proveito”.¹¹

Acreditamos assistir razão à segunda posição, que adota um conceito amplo de vantagem indevida. Isso porque, conforme esclarecido por Mirabete, não estamos no Título do Código Penal correspondente aos crimes contra o patrimônio, o que nos permite ampliar o raciocínio, a fim de entender que a vantagem indevida, mencionada no texto do art. 316 do Código Penal, pode ter qualquer natureza (sentimental, moral, sexual etc.).

O motorista de transporte escolar não está obrigado a trabalhar em horário extraordinário. Trabalhando, no entanto, em cumprimento de acordo realizado com o prefeito e alunos do segundo grau, não incorre em crime de concussão, se receber importâncias módicas pagas espontaneamente pelos ditos alunos (TJRS, Proc. Crim. 7000 2044808, 4^a Câm. Crim. Rel. Gaspar Marques Batista, j. 2/9/2004).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido

prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; formal; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo do modo como o delito é praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); transeunte (como regra).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *concussão*, tipificado no art. 316 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *concussão*.

O objeto material é a vantagem indevida.

Consumação e tentativa

Tendo em vista a sua natureza de crime formal, o delito de concussão se consuma quando o agente *exige*, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Assim, caso venha a, efetivamente, receber a vantagem indevida, tal fato será considerado mero exaurimento do crime, que se consumou no momento da sua exigência.

Trata-se a concussão de delito formal, que se consuma com a realização da exigência, independentemente da obtenção da vantagem indevida. A entrega do dinheiro se consubstancia como exaurimento do crime previamente consumado. Caso em que não havia situação de flagrância delitiva no momento em que a prisão foi efetuada, de modo que o Magistrado deveria ter relaxado o cárcere, não havendo que se cogitar de liberdade provisória, tampouco de arbitramento de fiança (STJ, HC 266.460/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 17/06/2015).

O delito de concussão, eminentemente formal, consuma-se com a simples imposição da vantagem indébita, não exigindo a anuência da pessoa que sofre a ameaça, e sequer, o resultado visado pelo agente (TRF, 5ª Reg., ACR. 5661, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, DJETRF5 3/5/2010).

Embora exista discussão, somos favoráveis ao reconhecimento da tentativa, desde que, no caso concreto, seja possível o fracionamento do *iter criminis*.

O crime capitulado no art. 316, *caput*, do Código Penal é formal, e consuma-se com a mera imposição do pagamento indevido, não se exigindo o consentimento da pessoa que a sofre e, sequer, a consecução do fim visado pelo agente. O núcleo do tipo é o verbo exigir, sendo formal e de consumação antecipada (STJ, REsp. 215459/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., RT 778, p. 563).

O aperfeiçoamento do ilícito tipificado no art. 316 do Código Penal prescinde de emprego de violência ou

grave ameaça, reclamando tão somente a reivindicação ou exigência por parte do funcionário (STJ, HC 34231/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJ 6/3/2006, p. 445).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *concussão*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Para a configuração do crime de concussão (art. 316 do CPB), exige-se o dolo, ou seja, o funcionário público, em razão de sua função, exige, livre e conscientemente, do sujeito passivo, uma vantagem indevida. Há, dessa forma, que constar dos autos a prova da exigência dessa vantagem indevida no momento em que ela foi realizada (TRF, 1^a Reg., ACR 1997.41.00.004021-8/RO, Rel. Tourinho Neto, 3^a T., DJ 24/6/2005, p.12).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *exigir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Excesso de exação

Como uma espécie de concussão, prevê o § 1º do art. 316 do Código Penal o delito de *excesso de exação*, com a redação que lhe foi determinada pela Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Um dos significados da palavra exação diz respeito à cobrança rigorosa de impostos. No caso em exame, são duas as situações que devem ser analisadas. Na primeira hipótese, o funcionário *exige*, determina o recolhimento de *tributo* ou *contribuição social* que sabe ou deveria saber indevido. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a hipótese prevista no *caput*, o funcionário não almeja, para si ou para outrem, qualquer vantagem indevida, mas, sim, recolher aos cofres públicos tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevida.

Tributo, de acordo com a definição fornecida pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, é *toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*, sendo que o art. 5º do mesmo diploma legal esclarece que os tributos são *impostos, taxas e contribuições de melhoria*.

Contribuição social, conforme definição de Hugo de Brito Machado, é uma “espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social”,¹² a exemplo do que ocorre com as contribuições exigidas pelo INSS.

O Superior Tribunal de Justiça, modificando sua posição anterior (RHC 8842/SC, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 1999/0066026-9, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6^a T., j. 16/11/1999, publicação no DJ 13/12/1999, p. 179), passou a entender que os emolumentos são considerados como taxa remuneratória de serviço público, possuindo natureza de tributo,

dizendo: I – O crime previsto no art. 316, § 1º, do Código Penal (excesso de exação) se dá com a cobrança, exigência por parte do agente (funcionário público) de tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido.

II – A Lei nº 8.137/90 ao dar nova redação ao dispositivo em análise extirpou de sua redação os termos taxas e emolumentos, substituindo-os por tributo e contribuição social.

III – De acordo com a jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso as custas e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos (Precedentes do STJ e do STF e *Informativo* nº 461/STF).

IV – Desta forma, comete o crime de excesso de exação aquele que exige custas ou emolumentos que sabe ou deveria saber indevido.

(REsp. 899486/RJ, Recurso Especial 2006/0085924-4, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 22/5/2007, DJ 3/9/2007, p. 216).

A exigência do funcionário, portanto, diz respeito ao recolhimento aos cofres públicos de tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido. No primeiro caso, o agente tem certeza absoluta de que a sua exigência é indevida; no segundo, por meio da expressão *deveria saber*, o agente tem dúvidas quanto à sua exigência, mas não se importa se estiver errado, o que demonstra agir com dolo eventual, pois, de acordo com as lições de Luiz Regis Prado, “a expressão empregada pelo texto normativo não revela a plena certeza sobre a realidade e, sim, um juízo de dúvida sobre a ilicitude da exigência ou do meio empregado para a cobrança. Contudo, o agente, mesmo diante de tal circunstância, prefere continuar a sua conduta tendente à produção do resultado e ‘entre o renunciar à conduta e o risco de com ela concretizar o tipo, prefere esta atitude em detrimento daquela. Isso quer dizer que o agente opera com dolo eventual’”.¹³

Na segunda hipótese, embora o tributo ou a contribuição social seja devido(a), o agente emprega na cobrança *meio vexatório* ou *gravoso*, que a lei não autoriza. Aqui, a cobrança é que não condiz com as determinações legais, pois o agente utiliza meios constrangedores, humilhantes, que atingem a dignidade da pessoa humana, para que possa conseguir levar a efeito a cobrança efetivamente devida. Nesse segundo caso, tal como ocorre no primeiro, o agente não visa obter qualquer vantagem para si ou para outrem. A sua finalidade é que o tributo ou a contribuição social seja recolhido(a) aos cofres públicos.

A questão cinge-se em reconhecer a possibilidade, ou não, de o delito de excesso de exação ser praticado quando há cobrança de valores ilegais da sociedade para realização de procedimentos médicos custeados pelo SUS e pelo CISA. O tipo do art. 316, § 1º, do Código Penal incrimina a conduta de funcionário público que exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza. Nos termos da definição conferida pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, ‘tributo é toda prestação pecuniária, compulsória, em moeda ou cujo valor nela se posse exprimir, que não constitua sanção de ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa’. No caso, é incontroverso que os valores exigidos pelos pacientes não possuem previsão legal, característica que afasta, indubitavelmente, a natureza tributária da cobrança. Na medida em que os valores

cobrados não se inserem no conceito de tributo, é defeso considerar que sua cobrança, ainda que eventualmente indevida, tenha o condão de configurar o delito de excesso de exação, sob pena de violação ao princípio da legalidade consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal (STJ, HC 259971/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 16/4/2013).

O tipo do art. 316, § 1º, do Código Penal incrimina a conduta de funcionário público que exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a Lei não autoriza. Nos termos da definição dada pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, ‘tributo é toda prestação pecuniária, compulsória, em moeda ou cujo valor nela se posse exprimir, que não constitua sanção de ilícito, instituída em Lei e cobrada mediante atividade administrativa.’ Portanto, é consabido que a multa, em vista de sua natureza sancionatória, não constitui tributo. O princípio da estreita legalidade impede a interpretação extensiva para ampliar o objeto descrito na Lei Penal. Na medida em que as multas não se inserem no conceito de tributo é defeso considerar que sua cobrança, ainda que eventualmente indevida – quer pelo meio empregado quer pela sua não incidência – tenha o condão de configurar o delito de excesso de exação, sob pena de violação do princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal (STJ, REsp 476.315/DF, Rel. Des. Conv. Celso Limongi, 6ª T., DJE 22/2/2010).

Crime de excesso de exação. Tipo penal. Ausência das elementares subjetiva, consistente no ato comissivo de exigir-se tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, e objetiva, por não se enquadrar a taxa de iluminação pública na categoria de imposto. Atipicidade da conduta. Absolvição do paciente. Precedentes (STF, RHC 81747/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T., DJ 29/8/2003, p. 38).

Modalidade qualificada

Ocorre, de acordo com o § 2º do art. 316 do Código Penal, que comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa, se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I, do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena e ação penal

A pena prevista no *caput* do art. 316 do Código Penal é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Para o delito de excesso de exação, tipificado no § 1º do art. 316 do Código Penal, a pena cominada é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Para a modalidade qualificada, constante do § 2º do mesmo artigo, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

A pena será aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código

Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Competência para julgamento

Segundo orientação jurisprudencial desta Corte e do egrégio STF, em casos onde se apura crime de concussão e outros, oriundos da cobrança indevida de valores a pacientes do SUS para a realização de procedimentos médicos, a competência é da Justiça Estadual. Precedentes (STJ, HC 69.585/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 12/06/2015).

Diferença entre concussão e extorsão

Na extorsão, a vítima é constrangida, *mediante violência ou grave ameaça*, a entregar a indevida vantagem econômica ao agente; na concussão, contudo, o funcionário público deve exigir a indevida vantagem sem o uso de violência ou de grave ameaça, que são elementos do tipo penal do art. 158 do diploma repressivo.

Ainda que a conduta delituosa tenha sido praticada por funcionário público, o qual teria se valido dessa condição para a obtenção da vantagem indevida, o crime por ele cometido corresponde ao delito de extorsão e não ao de concussão, uma vez configurado o emprego de grave ameaça, circunstância elementar do delito de extorsão. Precedentes (STJ, HC 54.776/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 03/10/2014).

O emprego de violência ou grave ameaça é circunstância elementar do crime de extorsão tipificado no art. 158 do Código Penal. Assim, se o funcionário público se utiliza desse meio para obter vantagem indevida, comete o crime de extorsão e não o de concussão (STJ, HC 198750/SP, Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, 5^a T., DJe 24/4/2013).

Além do modo como o delito é praticado, na extorsão, de acordo com a redação legal, a indevida vantagem deve ser sempre *econômica*; ao contrário, no delito de concussão, o art. 316 do Código Penal somente usa a expressão *vantagem indevida*, podendo ser esta de qualquer natureza.

Embora possamos entender, mesmo que implicitamente, uma ameaça por parte do funcionário, que exige a vantagem indevida, para efeitos de reconhecimento do delito de concussão, essa ameaça deve estar ligada, de alguma forma, à função do agente. Assim, a vítima se intimida com a exigência porque teme algum tipo de retaliação em razão da função do agente. Contudo, se a ameaça praticada por funcionário não disser respeito às suas funções, o fato não se amoldará ao delito de concussão, mas, sim, ao de extorsão.

Diferença entre concussão e corrupção passiva

Podemos resumir as distinções pelas lições de Edmundo Oliveira, que diz que “o verdadeiro critério para diferenciar concussão e corrupção está na presença ou na ausência de coação; ela existe na primeira e inexiste na segunda. Naquela o funcionário exige; na outra ele apenas solicita, recebe ou aceita promessa”.¹⁴

Concussão e corrupção passiva. Caracteriza-se a concussão – e não a corrupção passiva – se a oferta da vantagem indevida corresponde a uma exigência implícita na conduta do funcionário público, que, nas circunstâncias do fato, se concretizou na ameaça. No caso, à luz dos fatos descritos na denúncia, o paciente responde pelo delito de concussão, que configura delito funcional típico e o corrêu, pelo de favorecimento real (Código Penal, art. 349) (STF, HC 89686/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 17/8/2007, p. 58).

Crime funcional contra a ordem tributária

Vide inc. II do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Na hipótese em que uma única conduta é tipificada como crime por duas leis, a regra especial afasta a incidência da regra geral, segundo o princípio da especialidade, que se situa no campo do conflito aparente de normas. Ocorre crime contra a ordem tributária e não crime de concussão quando o funcionário público, em razão de sua qualidade de agente fiscal, exige vantagem indevida para deixar de lançar auto de infração por débito tributário e cobrar a consequente multa (STJ, HC 7364/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., RSTJ 126, p. 409).

Prisão em flagrante quando da entrega da vantagem indevida

Não é incomum a notícia de suposto flagrante quando o agente, após exigir da vítima o pagamento de uma vantagem indevida, impõe-lhe determinado prazo para o seu cumprimento. A vítima, assustada, pede ajuda a autoridade policial, que a orienta no sentido de marcar dia e hora para a entrega da vantagem, oportunidade em que será preparada a “ prisão em flagrante” do funcionário autor da indevida exigência.

Nesse caso, pergunta-se: Seria possível a realização da prisão em flagrante, quando do ato da entrega da indevida vantagem? A resposta, aqui, só pode ser negativa, haja vista ter o crime se consumado quando da exigência da indevida vantagem, e não quando da sua efetiva entrega pela vítima ao agente.

Paulo Rangel, com a autoridade que lhe é peculiar, afirma, com precisão: “Nesta hipótese, não há prisão em flagrante delito, pois o que se dá é mero exaurimento do crime, ou seja, o crime já se consumou com a mera exigência da vantagem indevida. Trata-se, portanto, de prisão *manifestamente* ilegal, que deverá ser, imediatamente, *relaxada* pela autoridade judiciária, nos precisos termos do art. 5º, LXV, da CRFB”.¹⁵

Trata-se a concussão de delito formal, que se consuma com a realização da exigência, independentemente da obtenção da vantagem indevida. A entrega do dinheiro se consubstancia como exaurimento do crime previamente consumado. Caso em que não havia situação de flagrância delitiva no momento em que a prisão foi

efetuada, de modo que o Magistrado deveria ter relaxado o cárcere, não havendo que se cogitar de liberdade provisória, tampouco de arbitramento de fiança (STJ, HC 266.460/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5^a T., DJe 17/06/2015).

Concussão praticada por jurados

Vide art. 445 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.

Concussão, excesso de exação e desvio no Código Penal Militar

Vide arts. 305, 306 e 307 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Médico credenciado pelo SUS

Segundo orientação jurisprudencial desta Corte e do egrégio STF, em casos onde se apura crime de concussão e outros, oriundos da cobrança indevida de valores a pacientes do SUS para a realização de procedimentos médicos, a competência é da Justiça Estadual. Precedentes. A Lei nº 9.983/2000, que deu nova redação ao § 1º do art. 327 do CP, esclarece que se equipara a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço, contratada ou conveniada, para a execução de atividade típica da Administração Pública (STJ, HC 69.585/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 12/06/2015).

A cobrança indevida de serviços médico/hospitalares acobertados pelo SUS, embora possa caracterizar o crime de concussão, não implica prejuízo direto à União ou mesmo indireto via violação da ‘Política Nacional’. ‘Compete à Justiça Estadual processar e julgar o feito destinado a apurar crime de concussão consistente na cobrança de honorários médicos ou despesas hospitalares a paciente do SUS por se tratar de delito que acarreta prejuízo apenas ao particular, sem ofensa a bens, serviços ou interesse da União’ (CC 36.081/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3^a Seção, DJ, 1º/2/2005 p. 403) (STJ, AgRg. no CC 115582/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 3^a Seção, DJe 1º/8/2012).

Comete o crime previsto no art. 316 do CP o administrador do hospital credenciado pelo SUS que exige dinheiro para internação de segurado gravemente acidentado que não veio encaminhado pelo Plantão de Urgências do Município (TJRS, ACr 70034871590, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, DJERS 19/7/2010).

Corrupção passiva Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12/11/2003.) § 1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena

– detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Introdução

O delito de corrupção passiva é muito parecido com o crime de concussão. Na verdade, a diferença fundamental reside nos núcleos constantes das duas figuras típicas. Na concussão, há uma exigência, uma determinação, uma imposição do funcionário para obtenção da vantagem indevida; na corrupção passiva, ao contrário, existe uma solicitação, um pedido (na primeira hipótese). Em termos de gravidade, considerando aquele a quem é feita a exigência ou a solicitação, podemos concluir que *exigir*, psicologicamente falando, é mais grave do que *solicitar*, daí o raciocínio segundo o qual a concussão seria entendida como a “extorsão” praticada pelo funcionário público.

Em geral, existe na corrupção passiva um acordo entre o funcionário que solicita a indevida vantagem e aquele que a presta, principalmente quando estivermos diante dos núcleos *receber* e *aceitar* promessa de tal vantagem. *Receber* tem o significado de tomar, entrar na posse; *aceitar a promessa* diz respeito ao comportamento de anuir, concordar, admitir em receber a indevida vantagem.

Há um ditado popular que diz que “onde há um corrupto, é porque há também um corruptor”. No entanto, como veremos quando da análise do art. 333 do Código Penal, nem sempre quando houver corrupção passiva haverá, consequentemente, a corrupção ativa.

Hungria, fazendo a distinção entre *corrupção própria* e *imprópria*, bem como entre *corrupção antecedente* e *subsequente*, preleciona: “É irrelevante que o ato funcional (comissivo ou omissivo) sobre que versa a venalidade seja ilícito ou lícito, isto é, contrário, ou não aos deveres do cargo ou da função. No primeiro caso, fala-se em *corrupção própria* e, no segundo, em *corrupção imprópria*. Aqui já não se usa a cláusula ‘em razão do cargo’, mas outra: ‘em razão da função’. Assim, não é preciso que se trate do titular de um cargo público no sentido técnico: basta que exerça, ainda que accidentalmente, uma função pública, tal como o jurado,¹⁶ o depositário nomeado pelo juiz, etc.

Costuma-se distinguir entre corrupção *antecedente* e *subsequente*. A primeira ocorre quando a recompensa é dada ou prometida em vista de uma ação ou omissão *futura*, e a segunda quando se refere a uma ação ou omissão *pretérita*. Não é exato dizer que o nosso Código não contempla a *corruptio subsequens*. O art. 317, *caput*, não pode ser interpretado no sentido de tal conclusão. O legislador pátrio não rejeitou o critério que remonta ao direito romano: mesmo a recompensa não ajustada antes do ato ou omissão do *intraneus* pode ter sido esperada por este, sabendo ele que o *extraneus* é homem rico e liberal, ou acostumado a gratificar a quem o serve, além de que, como argumentava Giuliani (*apud* Carrara), a opinião pública, não deixaria de vincular a esse esperança a anterior conduta do exercente da função pública, o que redundaria em fundada desconfiança em torno da administração do Estado.”¹⁷

Cuida-se, ainda, de um tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de uma conduta deverá importar em infração penal única. No mais, aplica-se ao delito de corrupção passiva tudo aquilo que foi dito quanto do estudo do crime de concussão, vale dizer, a necessidade de ser o agente funcionário público, bem como que as condutas sejam praticadas *ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*, lembrando, ainda, que, embora exista discussão doutrinária, a vantagem indevida pode ser de qualquer natureza.

O crime de corrupção ativa, assim como o delito previsto no art. 317 do Código Penal, pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a oferta ou promessa de vantagem indevida a funcionário público, e a prática, o retardamento ou a omissão de ato de ofício de sua competência (STJ, HC 134985/AM, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., DJe 24/6/2011).

Não configura crime impossível e flagrante preparado, quando o agente público exige vantagem pecuniária indevida a vítima, escrevendo em papel o valor pretendido sob pena de embargar a obra desta, que vem a marcar as nota entregues ao fiscal corrupto a fim de demonstrar a veracidade dos fatos (TJES, ACr 24060288990, Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas, DJES 26/7/2010, p. 50).

Para configuração do delito do art. 317 do CP, os interesses dos particulares devem corresponder a ato de ofício do funcionário público, com verdadeira relação de contraprestação entre os pagamentos efetuados e a prática dos atos de sua atribuição. Tratando-se da prática de atos que não são da competência do agente e agindo ele com o fim de facilitar interesse particular perante a Administração Pública, imperiosa se faz a condenação pelo crime de advocacia administrativa (art. 321 do CP) (TJMG, APCR 0001445-11.2005.8.13.0335, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, DJEMG 23/7/2010).

A efetiva prática, retardamento ou omissão de ato de ofício não é condição para que seja consumado o delito de corrupção passiva, previsto no artigo 317, *caput*, do Código Penal, que é crime formal e independe de resultado (TRF, 2^a Reg., ACr. 1995.51.01.030079-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Aluísio Gonçalves de Castro, DEJF2 28/6/2010).

Paciente que, na qualidade de policial, praticou o delito de corrupção passiva ao investigar acusados da prática de crimes de roubo de cargas. Exigência de propinas para garantir a atividade criminosa. Existência de parceria entre policiais e marginais, para acobertar crimes (STF, HC 91926/RS, Rel. Min. Eros Grau, DJ 22/2/2008).

Comete o crime previsto no art. 333, parágrafo único, do CP, o agente que promete a entrega de dinheiro a Vereador para que este, infringindo dever funcional, providencie a aprovação de emenda a Projeto de Lei Complementar. [...] Pratica o delito contemplado no § 1º do art. 317 do CP o Vereador que solicita dinheiro para ser aprovada emenda a Projeto de Lei Complementar, infringindo dever funcional. Sentença confirmada (TJRS, AC 70021 540331, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 6/3/2008).

Para a configuração do delito de corrupção passiva é necessário que o ato de ofício em torno do qual é praticada a conduta incriminada seja da competência ou atribuição inerente à função exercida pelo funcionário público (Precedentes do STJ e do STF) (STJ, REsp. 825340/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 25/9/2006, p. 305).

O delito de corrupção é unilateral, tanto que legalmente existem duas formas autônomas, conforme a qualidade do agente. A existência de crime de corrupção passiva não pressupõe, necessariamente, o de corrupção ativa (STJ, CE, Apn. 224/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 26/4/2004, p. 138).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; formal; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo do modo como o delito é praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); transeunte (como regra).

[...] sendo a corrupção passiva um crime formal, ou de consumação antecipada, é indiferente para a tipificação da conduta a destinação que o agente confira ou pretenda conferir ao valor ilícito auferido, que constitui, assim, mera fase de exaurimento do delito (STF, Inq. 2245/MG, Pleno, Min. Joaquim Barbosa, DJ 9/11/2007).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *corrupção passiva*, tipificado no art. 317 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

É possível a participação de particular no delito de corrupção passiva, em face da comunicabilidade das condições de caráter pessoal elementares do crime (STJ, HC 17716/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., RSTJ 161, p. 520).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção passiva*.

O objeto material é a vantagem indevida.

Consumação e tentativa

O delito de *corrupção passiva* pode se consumar em três momentos diferentes, dependendo do modo como o crime é praticado.

Na primeira modalidade, o delito se consuma quando o agente, efetivamente, *solicita*, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, *vantagem indevida*, que, se vier a ser entregue, deverá ser considerada mero exaurimento do crime.

Por meio da segunda modalidade prevista no tipo, ocorrerá a consumação quando o agente, sem que tenha feito qualquer solicitação, *receber* vantagem indevida.

O último comportamento típico diz respeito ao fato de o agente tão somente *aceitar* promessa de tal vantagem.

O crime de corrupção passiva se consuma tão só com a exigência da vantagem indevida ou a sua aceitação, independente do resultado pretendido. [...] (STJ, HC 89119/PE, Rel.^a Min.^a Jane Silva [Des. convocada do TJ/MG], DJ 12/11/2007, p. 271).

Percebe-se, outrossim, que na primeira hipótese o agente assume uma postura ativa, no sentido de que parte dele a ideia da corrupção; nas duas últimas, sua situação é de passividade, ou seja, a ideia da corrupção parte do corruptor. De qualquer forma, em todos os casos, o seu crime será o de corrupção passiva, em virtude da sua especial qualidade de funcionário, exigida pelo tipo penal em estudo.

Dependendo da hipótese concreta, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis* e, consequentemente, poderemos cogitar ou não da possibilidade de tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção passiva*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Aquele que solicita e recebe vantagem indevida, em seu nome ou de terceiro, incide nas penas do art. 317, *caput*, do Código Penal, não havendo de se falar na ausência de dolo específico quando sabedor do ilícito praticado intermediando negócio fraudulento praticado por outrem (TJMS, ACr 2009.004006-3/0000-00, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJEMS 12/5/2010, p. 41).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos solicitar, receber e aceitar pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Quando há acusação de corrupção passiva na modalidade de ‘receber, para si ou para outrem’, essa modalidade de corrupção passiva implica a existência de corrupção ativa na modalidade de ‘oferecer vantagem indevida’ (STF, HC 74373/GO, Rel. Min. Moreira Alves, 1^a T., DJ 21/3/1997, p. 8.507).

Modalidade privilegiada

Dispõe o § 2º do art. 317 do Código Penal que se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem, a pena será de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Causas de aumento de pena

Determina o § 1º do art. 317 do Código Penal que a pena é aumentada de um terço se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

Comprovado que o réu valeu-se do cargo público que ocupava para solicitar vantagem indevida, está configurado o delito de corrupção passiva. Não constatado que, após o recebimento da vantagem indevida, o agente efetivamente tenha deixado de praticar ou retardado ato de ofício, a majorante do § 1º do art. 317 não

está configurada (TJRS, Ap. Crim. 700179525 57, 4^a Câm. Crim., Rel. Gaspar Marques Batista, j. 3/5/2007).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada para a infração penal prevista no *caput* do art. 317 do Código Penal, de acordo com a alteração levada a efeito pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Para a modalidade de corrupção prevista no § 2º do art. 317 do Código Penal, a pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

A pena prevista no *caput* do art. 317 do Código Penal é aumentada de um terço se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

A pena poderá, ainda, ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas, devendo ser observado, no entanto, a regra constante do parágrafo único do art. 68 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no § 2º do art. 317 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo também quando estivermos diante da hipótese constante do § 2º do art. 317 do Código Penal.

Crime de corrupção passiva. Ação penal incondicionada, independente, por isso mesmo, de representação (STF, RHC 66093/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª T., DJ 10/6/1988, p. 14.402).

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Princípio da insignificância

Ao delito de *corrupção passiva* poderá ser aplicado o raciocínio correspondente ao princípio da insignificância, excluindo-se da figura típica constante do art. 317 do Código Penal aquelas “vantagens” de valor irrisório, como ocorre com muita frequência quando os funcionários são presenteados com bombons, doces, canetas, algumas pequenas lembranças, principalmente em datas comemorativas, a exemplo do que ocorre com o Natal.

Em sentido contrário, *não se aplica o chamado princípio da insignificância quando a*

hipótese engloba crimes contra a Administração Pública, em razão da efetiva ofensa ao bem juridicamente tutelado (STJ, *RHC 8357/GO*, Rel. Min. Edson Vidigal, 5^a T., *DJ* 25/10/1999, p. 99).

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. Hipótese em que o recorrente, valendo-se da condição de funcionário público, subtraiu produtos médicos da Secretaria Municipal de Saúde de Cachoeirinha-RS, avaliados em R\$ 13,00. ‘É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral administrativa, o que torna inviável afirmação do desinteresse estatal à sua repressão’ (Resp. 655.946/DF, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJ* 26/3/2007) (STJ, REsp. 1062533/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T., j. 5/2/2009).

Corrupção passiva praticada por jurados

O art. 445 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, diz que *o jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que são os juízes togados*, a exemplo do que ocorre com o crime de corrupção passiva.

Corrupção passiva no Código Penal Militar

Vide art. 308 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Corrupção passiva desportiva

A Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010, dispondo sobre medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas, alterando o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003), após inúmeros escândalos na manipulação de resultados envolvendo árbitros, “cartolas”, jogadores de futebol etc., criou uma figura típica específica para esse tipo de situação, a que podemos denominar, mesmo sem a presença expressa de tal rubrica, de *corrupção passiva desportiva*, cuja redação constante de seu art. 41-C diz, *verbis*: *Art. 41-C. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva:*

Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

Vide discussões levadas a efeito no crime de corrupção ativa.

Gravação de conversa

A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a *notitia criminis* e para a persecução criminal. Recurso desprovido (STJ, *RHC 19321/MG*, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., *DJ* 11/2/2008, p. 1).

Palavra da vítima

Corrupção passiva. Caracterização. O relato coerente da vítima, que soube localizar a sala do réu, onde se deu a solicitação da vantagem indevida, ainda que sem testemunhas presenciais, que é uma característica desse tipo de delito, tem força para autorizar a condenação do acusado pelo delito de corrupção passiva (TJRS, Ap. Crim. 70000101840, 1ª Câm. Crim., Rel. Silvestre Jasson Ayres Torres, j. 20/10/1999).

Obrigatoriedade e indivisibilidade da ação penal

Eventual bilateralidade das condutas de corrupção passiva e ativa é apenas fático-jurídica, não se estendendo ao plano processual, visto que a investigação de cada fato terá o seu curso, com os percalços inerentes a cada procedimento, sendo que para a condenação do autor de corrupção passiva é desnecessária a identificação ou mesmo a condenação do corruptor ativo (STJ, AgRg no REsp 1.613.927/RS, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., *DJe* 30/09/2016).

Prevalece na jurisprudência do STF e do STJ a inexistência de bilateralidade entre os crimes de corrupção passiva e ativa, pois, de regra, tais comportamentos delitivos, “por estarem previstos em tipos penais distintos e autônomos, são independentes, de modo que a comprovação de um deles não pressupõe a do outro” (RHC 52.465/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., julg. 23/10/2014, *DJe* 31/10/2014) (STJ, *HC 306.397/DF*, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., *DJe* 06/04/2015).

Não há ofensa aos princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade da ação penal o oferecimento de denúncia por crime de corrupção passiva sem inclusão na peça acusatória dos agentes da corrupção ativa (STJ, *HC 7560/PR*, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., *RSTJ* 144, p. 158).

Facilitação de contrabando ou descaminho Art. 318. Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334)¹⁸: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27/12/1990.) Introdução

Facilitar significa tornar fácil, removendo, afastando as dificuldades, seja fazendo ou, mesmo, deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado. Exige a lei penal que o fato não somente seja praticado por funcionário público, mas, sim, por aquele que tenha o dever funcional de evitar o contrabando ou descaminho. À qualidade de funcionário público deve ser agregada sua *função específica* de impedir o contrabando ou descaminho, pois, caso contrário, o funcionário que, de alguma forma, vier a colaborar com a sua prática, deverá ser responsabilizado, de acordo com as regras pertinentes ao concurso de pessoas, pelos artigos 334 (descaminho) e 334-A (contrabando), todos do Código Penal, e não pelo delito em estudo.

A conduta deve ser dirigida no sentido de *facilitar*, com infração de dever funcional, a prática de *contrabando* ou *descaminho*. Por *contrabando* deve ser entendida toda entrada ou saída do território nacional de mercadoria cuja importação ou exportação esteja, absoluta ou relativamente, proibida, nos termos do art. 334-A do Código Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014; *descaminho*, segundo Hungria, “é toda fraude empregada para iludir, total ou parcialmente, o pagamento de impostos de importação, exportação ou consumo (cobrável, este, na própria aduana, antes do desembarque das mercadorias importadas)”, conforme o disposto no art. 334 do diploma repressivo, também com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014.¹⁹

A Seção, ao julgar o recurso repetitivo (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ), entendeu que, em atenção à jurisprudência predominante no STF, deve-se aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando os delitos tributários não ultrapassem o limite de R\$ 10 mil, adotando-se o disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002. O Min. Rel. entendeu ser aplicável o valor de até R\$ 100,00 para a invocação da insignificância, como excludente de tipicidade penal, pois somente nesta hipótese haveria extinção do crédito e, consequentemente, desinteresse definitivo na cobrança da dívida pela Administração Fazendária (art. 18, § 1º, da referida lei), mas ressaltou seu posicionamento e curvou-se a orientação do Pretório Excelso no intuito de conferir efetividade aos fins propostos pela Lei nº 11.672/2008 (STJ, REsp. 1.112.748/TO, Rel. Min. Felix Fischer, S3, j. 9/9/2009, *Informativo* nº 406).

A expressão ‘infração de dever funcional’ que integra a conduta do tipo penal do art. 318 do CP consiste, também, em permitir, quando deveria impedir, a permanência do bem proibido em território nacional (TRF, 2ª Reg., HC 2009.02.01.008352-1, Rel.^a Des.^a Fed. Liliane Roriz, DJU 13/8/2009, p. 26).

Para configurar o tipo penal do art. 318 do CP, é imprescindível a prova da infração a dever funcional por parte daquele que tem, por lei, o encargo de reprimir ou fiscalizar o contrabando ou cobrar direitos ou impostos devidos em razão da entrada ou saída de mercadoria no solo pátrio. A mera desídia por parte do servidor público não perfectibiliza o delito (TRF, 4ª Reg., Ap. Crim. 2005.04.01.046448-5, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 2/7/2008).

Configura-se o delito de facilitação de contrabando ou descaminho quando o sujeito ativo, considerado funcionário público, atua com infração a dever funcional de reprimir o contrabando ou descaminho. Perda da função pública decretada (TRF, 3ª Reg., ACr. 2005.03.99.047031-0/SP, Rel. André Nekatschalow, DJU 19/12/2006 p. 445).

A prova, suficiente à comprovação da prática do tipo do art. 318 do CP, pode ser insuficiente para tipificar a conduta do art. 317, cuja figura exige solicitação, recebimento ou promessa de vantagem indevida (TRF, 1ª Reg., ACr. 1999.01.00. 010509-1/MG, Rel. Cândido Moraes, DJ 20/2/2003, p. 125).

Os elementos indicativos dos autos levam a crer que o delito de descaminho teria se consumado com a liberação das mercadorias dada pelo paciente. Consequentemente, incorreria, o mesmo, no delito de facilitação a descaminho (art. 318 do Código Penal) (STJ, HC 27689/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 19/12/2003, p. 521).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público, com infração de dever funcional, pode praticá-

-lo); doloso; comissivo ou omissivo próprio (haja vista que o núcleo facilitar pode ser praticado mediante omissão do agente); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo do modo como o delito é praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); transeunte (podendo, no entanto, dependendo da hipótese concreta, ser considerado um delito não transeunte, em virtude da possibilidade de realização de prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

O delito tipificado no art. 318 do Código Penal somente pode ser praticado pelo funcionário público, a quem compete o dever funcional de impedir o contrabando ou descaminho.

O sujeito passivo é o Estado.

O crime do art. 318 do Código Penal tem como pressuposto a infração a dever funcional, somente podendo ser praticado pelo funcionário que tem, como atribuição legal, prevenir e reprimir o contrabando ou descaminho. Assim, não pratica o delito em questão o funcionário estadual, em cujas atribuições não se incluir a repressão ao crime do art. 334 do Código Penal (TRF, 1^a Reg., Rel. Osmar Tognolo, HC 19990100 017549-9/RO, DJU 10/9/1999, p. 278).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *facilitação de contrabando ou descaminho*.

O objeto material é o produto contrabandeado ou os tributos não recolhidos, no caso de descaminho.

Consumação e tentativa

O delito em exame se consuma quando o funcionário público, de alguma forma, facilita a prática do contrabando ou descaminho, independentemente do sucesso da outra infração penal.

A tentativa é admissível, desde que se possa, no caso concreto, fracionar o *iter criminis*.

O crime do art. 318 do CP é formal e consuma-se com a efetiva concreção da conduta descrita no tipo penal, vale dizer, com a facilitação, mediante infração de dever funcional, da prática do descaminho, independentemente da consumação do crime de descaminho. Todas as alegações atinentes ao crime de descaminho são irrelevantes para a tipificação do crime previsto no art. 318 do CP (STJ, REsp 1.304.871/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 1º/07/2015).

O delito de facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318 do Código Penal) tem caráter formal, consumando-se no momento em que ocorre o ato de facilitação, ainda que não se dê por realizado o contrabando ou descaminho, não exigindo a lei fim especial da conduta, sendo irrelevante o agente visar ou não a vantagem. As provas carreadas aos autos demonstram, à saciedade, a prática pela ré do delito capitulado no art. 318 do Código Penal, posto ter procedido à liberação fraudulenta de mercadorias, sujeitas ao pagamento de tributos. Se se tratasse, realmente, de mercadorias isentas de pagamento de imposto, não haveria motivos

para a não-observância de todas as etapas dos trâmites legais para o respectivo desembaraço (TRF, 3^a Reg., ACr. 1999.03.99.026619-3/SP, Rel. Suzana Camargo, DJU 23/5/2007, p. 738).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *facilitação de contrabando ou descaminho*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *facilitar* pode importar tanto em um comportamento comissivo, quanto em um outro de natureza omissiva.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *facilitação de contrabando ou descaminho* é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, conforme alteração introduzida pela Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Competência para julgamento

De acordo com a orientação contida na Súmula nº 151 do Superior Tribunal de Justiça, *a competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens*.

Polícia Federal

O art. 144, § 1º, II, da Constituição Federal assevera destinar-se à Polícia Federal, dentre outras funções, a *de prevenir e reprimir o contrabando e o descaminho*.

Flagrante esperado

Não há que se falar ilegalidade da prisão em flagrante, pois não restou caracterizado o flagrante preparado, mas sim o esperado, já que a identificação do paciente ocorreu após uma série de investigações acerca da suposta prática de crimes contra a Administração Pública, incluindo interceptações telefônicas, que davam

conta da ocorrência de um esquema formado para o fim de facilitar a passagem irregular de mercadorias estrangeiras através da Receita Federal instalada no aeroporto internacional de São Paulo, mediante o recebimento de vantagem indevida por servidor público, sendo que tendo indicado as conversações que seria atendida uma solicitação nesse sentido, aguardou-se o momento em que tal fato ocorreria, oportunidade em que foi efetivada a prisão de outro correu, que não passou pelo setor de conferência de bagagens, a despeito de estar com bens materiais muito acima da cota permitida. O delito de facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318 do Código Penal), em razão de seu caráter formal, consuma-se no momento em que ocorre o ato de facilitação, pelo que, no caso em apreço, em tese, ocorreu com a simples anuência em tornar fácil a prática do delito, portanto, antes mesmo da abordagem policial e ainda que não se dê por exaurido o contrabando ou descaminho, de modo que não é caso de aplicação da Súmula nº 145 do C. Supremo Tribunal Federal, pois não há que se falar tenha a intervenção policial tornado impossível a consumação do delito (TRF, 3^a Reg., HC 2005.03.00. 036784-5/SP, Rel. Suzana Camargo, DJU 13/9/2005, p. 303).

Prevaricação Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Introdução

O núcleo *retardar* nos dá a ideia de que o funcionário público estende, prolonga, posterga para além do necessário a prática do ato que lhe competia. Aqui, o funcionário pratica o ato, só que demora na sua realização. Poderá, ainda, *deixar de praticar* o ato de ofício, omitindo-se, dolosamente. Por fim, a lei penal prevê ainda o comportamento daquele que *pratica* o ato de ofício, realizando-o, no entanto, contra disposição expressa da lei.

Por *ato de ofício* deve ser entendido todo aquele que se encontra na esfera de atribuição do agente que pratica qualquer dos comportamentos típicos.

Para que se configure o delito em estudo, o comportamento deve ser praticado de forma *indevida*, ou seja, contrariamente àquilo que era legalmente determinado a fazer, infringindo o seu dever funcional.

O traço marcante do delito de prevaricação reside no fato de que o funcionário retarda, deixa de praticar o ato de ofício ou o pratica contrariamente à disposição expressa de lei, *para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*. Conforme ressalta Fragoso, “o interesse pessoal pode ser de qualquer espécie (patrimonial, material ou moral). O sentimento pessoal diz com a afetividade do agente em relação às pessoas ou fatos a que se refere a ação a ser praticada, e pode ser representado pelo ódio, pela afeição, pela benevolência etc. A eventual nobreza dos sentimentos e o altruísmo dos motivos determinantes são indiferentes para a configuração do crime, embora possam influir na medida da pena”.²⁰

A denúncia deverá, obrigatoriamente, apontar a satisfação do interesse ou sentimento

pessoal do agente, que o motivou à prática de qualquer dos comportamentos típicos, sob pena de ser considerada inepta, conduzindo, necessariamente, à sua rejeição, nos termos do inc. I do art. 395 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

Comete delito de prevaricação, policial que agindo por sentimento pessoal de corporativismo, deixa de praticar ato de ofício (TJ-DFT, Processo: 20130110869752APR, Rel. Des. Rel. João Timóteo de Oliveira, DJe 1º/03/2016).

Hipótese em que a denúncia trata da suposta prática de crime de prevaricação, pois os acusados teriam deixado de praticar ato de ofício consistente no cumprimento de decisões emanadas do TST referentes à prerrogativa institucional de membro do MPU de ter assento no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem na condição de parte ou de fiscal da lei, além de terem praticado outros atos contra expressa disposição de lei, com vistas a satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Esta Corte já firmou posicionamento, concordante com a doutrina penal, no sentido de que a intenção de satisfazer interesse ou sentimento pessoal é essencial à tipificação do delito do art. 319 do Estatuto Repressor. Precedente. A controvérsia quanto à interpretação da legislação, como ocorreu no caso dos autos, não é hábil a configurar o elemento subjetivo do crime de prevaricação. Se não resta caracterizada a satisfação de interesse ou sentimento pessoal na conduta dos acusados, afasta-se a tipicidade da conduta. Ante a ausência de correspondência do fato, tal como narrado na peça acusatória, à norma jurídica, vislumbra-se a inexistência de fato típico, afetando a possibilidade de responsabilização penal dos acusados pela prática do delito descrito no art. 319 do Código Penal (STJ, Apn. 471 MG, Rel. Min. Gilson Dipp, *Corte Especial*, j. 711/2007).

O simples fato de não se haver lavrado auto de prisão em flagrante, formalizando-se tão somente o boletim de ocorrência, longe fica de configurar o crime de prevaricação que, à luz do disposto no art. 319 do Código Penal, pressupõe ato omissivo ou comissivo voltado a satisfazer interesse ou sentimento próprio. Inexistente o dolo específico, cumpre o arquivamento de processo instaurado (STF, HC 84948/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., DJ 18/3/2005, p. 63).

A denúncia limitou-se a apontar o descumprimento, pelo Desembargador, do dever de submeter o processo a julgamento, dentro do prazo legal, ou, pelo menos, num prazo razoável. Mas não chegou a indicar o fato, que caracterizaria seu interesse ou sentimento pessoal, nesse retardamento, como exige a figura típica do art. 319 do Código Penal. Isso estava a revelar sua deficiência, por não conter ‘a exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias’, como exige o art. 41 do Código de Processo Penal. Sendo assim, na forma em que apresentada a denúncia, haveria de ser rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o fato nela narrado – retardamento indevido de ato de ofício –, por si só, não configura crime de prevaricação, tal qual o define o art. 319 do Código Penal (art. 43, inc. I, do CPP)²¹ (STF, HC 80788/MA, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª T., DJ 7/3/2003 p.40).

É inepta a denúncia, em crime de prevaricação, que não especifica o interesse ou o sentimento pessoal que o acusado buscou satisfazer. Dificuldades burocráticas não se confundem com retardamento doloso. Recurso de *habeas corpus* provido para conceder a ordem e determinar o trancamento da ação penal (STJ, RHC 3960/RJ, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª T., DJ 28/11/1994, p. 32.623).

Classificação doutrinária

Crime de mão própria no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público, com infração de dever funcional, pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo

(uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo ou omissivo próprio (haja vista que os núcleos retardar e deixar de praticar podem ser levados a efeito pela omissão do agente); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo do modo como o delito é praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); transeunte (podendo, no entanto, dependendo da hipótese concreta, ser considerado um delito não transeunte, em virtude da possibilidade de realização de prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *prevaricação*, tipificado no art. 319 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *prevaricação*.

O objeto material é o ato de ofício que fora retardado, ou deixado de ser praticado, bem como aquele praticado contra disposição expressa de lei.

Consumação e tentativa

Na primeira modalidade, o delito se consuma quando o funcionário público, indevidamente, retarda a prática do ato de ofício, ou seja, deixa de praticá-lo no tempo previsto, atrasando-o; na segunda modalidade, quando o agente, efetivamente, não pratica o ato a que estava obrigado; na última hipótese, quando o sujeito pratica o ato contra disposição expressa de lei. Deve ser frisado que, em todos casos, o agente deve atuar com a finalidade de satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Dependendo do modo como delito for praticado, poderá ser reconhecida a tentativa.

Denúncia não recebida. Crime de prevaricação. Delegado de Polícia que teria deixado de lavrar prisões em flagrante. É caso de não recebimento da denúncia quando os fatos nela descritos, embora possam caracterizar falta disciplinar, não demonstram o elemento subjetivo do crime de prevaricação. Precedente do Supremo Tribunal Federal e desta Turma Recursal Criminal (TJRS, Rec. Crim. 71001651462, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Alberto Delgado Neto, DJ 5/6/2008).

O crime de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal, consuma-se com o retardamento ou omissão indevida na prática do ato. Para a configuração do referido delito, é necessário que haja, além das condições referidas, o elemento subjetivo do injusto, consistente na finalidade de satisfazer interesse e sentimento pessoais. Evidenciada a satisfação de interesse e sentimento pessoais dos acusados, configura-se, em tese, o delito de prevaricação (art. 319 do Código Penal) (Processo 2004.35.00. 708716-0/GO, 1^a T. Rec. do Juizado

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *prevaricação*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Para configurar o delito de *prevaricação* exige-se a presença do elemento subjetivo do tipo que é o intuito de satisfazer o interesse ou sentimento pessoal. *In casu*, não ficou configurado nos autos a existência do dolo específico. Atipicidade da conduta do denunciado (TJPE, APN 0177035-4, Rel. Des. Marco Antônio Cabral Maggi, DJEPE 11/3/2010).

O tipo do art. 319 do Código Penal exige, além da vontade de omitir ato de ofício, que a conduta do agente tenha o propósito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal (STJ, Apn. 532/SP, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, DJE 25/6/2009).

A configuração do crime de *prevaricação* requer a demonstração não só da vontade livre e consciente de deixar de praticar ato de ofício, como também do elemento subjetivo específico do tipo, qual seja, a vontade de satisfazer ‘interesse’ ou ‘sentimento pessoal’ (STF, AP 447-3/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJE 29/5/2009, p. 22).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *retardar* pode ser entendido tanto comissiva quanto omissivamente; na modalidade *deixar de praticar* prevê a lei penal um delito omissivo próprio; por último, a conduta de praticar ato de ofício contra disposição expressa de lei pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I, do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *prevaricação* é de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 319 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Prevaricação praticada por jurados

O art. 445 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, diz que *o jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que são os juízes togados*, a exemplo do que ocorre com o crime de prevaricação.

Erro *in judicando* O suposto erro *in judicando* do magistrado, por si só, não é capaz de configurar o crime de prevaricação, notadamente se não demonstrado de forma inequívoca o dolo específico de ‘satisfazer interesse ou sentimento pessoal’, sem a qual a conduta torna-se atípica (STJ, ExVerd 50/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, *DJ* 21/5/2007, p. 528).

Prevaricação no Código Penal Militar

Vide art. 319 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Não obstante definido no art. 319 do Código Penal Militar, o crime de prevaricação atribuído a militar é de competência da Justiça Federal quando verificado que a conduta tida por delituosa afeta diretamente bens, serviços ou interesses das entidades enumeradas no art. 109, inc. IV, da Constituição Federal. Atingida, em tese, a Administração Pública federal, afastada está a competência da Justiça Castrense. A definição de crime militar contida na lei ordinária não pode esvaziar a competência constitucionalmente outorgada à Justiça Federal, pois não pode a lei ordinária criar exceção não prevista no texto constitucional. 2. No crime de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal, são elementos indispensáveis à sua configuração: (i) a conduta praticada ‘contra disposição expressa de lei’, com o fito de (ii) ‘satisfazer interesse ou sentimento pessoal’. Realizada a conduta a partir de situação permitida e não contrária à norma pertinente, e ausente a comprovação específica do interesse pessoal do agente no fato, resta insatisfeita a tipificação do crime. 3. Evidenciada, de pronto, sem a necessidade de exame do conjunto probatório, a atipicidade do fato, é de se determinar o trancamento do procedimento investigatório, por falta de justa causa, sob pena de constrangimento ilegal. Precedentes do STJ: *HC* 2003/017 5018, *DJ* de 30/5/2005 (Processo 2006. 34.00. 700262-4/DF, 1^a T. Recursal do Juizado Especial Federal, 1^a Reg., Rel. Alexandre Machado Vasconcelos, *DJ-DF* 30/6/2006).

Denúncia

Não é inepta a denúncia que, no crime de prevaricação, especifica o sentimento de ordem pessoal que motiva o comportamento delituoso do agente. Essa referência ao dolo específico – que constitui um dos *essentialia delicti* – revela-se bastante, ao lado da objetiva exposição narrativa constante da denúncia, para conferir aptidão jurídico-processual a peça acusatória formulada pelo Ministério Público (STF, Tribunal Pleno, *HC* 69416/RO, Rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 143-02, p. 594).

Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: (*Incluído pela Lei nº 11.466, de 28/3/2007.*) Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Introdução

O núcleo utilizado pelo tipo penal constante do art. 319-A do Código Penal é o verbo *deixar*, pressupondo, outrossim, omissão por parte daquele que tinha o dever de vedar ao preso o acesso *indevido* a aparelho telefônico, de rádio ou similar, permitindo, dessa forma, a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Somente o *acesso indevido* se configura na infração penal em estudo. Isto porque o preso não está proibido de ter contato, por exemplo, com pessoas que se encontram fora do cárcere, a exemplo de parentes, amigos ou do seu próprio advogado, valendo-se de um aparelho telefônico. Ele pode e deve manter esse contato, desde que devidamente autorizado pela administração penitenciária, como ocorre quando se utilizam dos telefones públicos instalados dentro dos presídios. Tal orientação consta da Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que, em seu art. 33, § 2º, após dizer que o preso estará autorizado a comunicar-se, periodicamente, sob vigilância, com sua família, parentes, amigos ou instituições idôneas, por correspondência ou por meio de visitas, esclarece que *o uso dos serviços de telecomunicações poderá ser autorizado pelo diretor do estabelecimento prisional.*

Trata-se de crime próprio, somente podendo ser praticado pelo *Diretor de Penitenciária*, ou seja, aquele encarregado da administração prisional, bem como pelo agente público, como é o caso dos agentes penitenciários, que têm o dever de *vedar*, ou seja, de *proibir* o indevido acesso do preso a aparelho telefônico, de rádio ou similar.

Exige o tipo penal que o indevido acesso seja sobre aparelho telefônico (seja ele fixo, como nos casos dos telefones públicos instalados nos presídios, ou móveis, como ocorre com os telefones celulares), de rádio (rádiocomunicadores, *walkie-talkies* etc.), ou similares, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Quer isso significar que os mencionados aparelhos, necessariamente, possam ser utilizados para essa comunicação, o que não ocorre, por exemplo, quando o preso possui um telefone quebrado, sem qualquer possibilidade de uso.

Falta grave decorrente da posse de ‘chip’ de telefone celular. Equipamento apreendido com a companheira do réu, quando revistada para visita. Inviável reconhecer falta disciplinar do preso, uma vez que em momento algum teve ele a posse daquele acessório, não podendo ser punido porque em hipótese ele o receberia durante a visita. Conduta que, além disso, deixou de ser considerada falta disciplinar com a edição da Lei 11.466, de 28

de março de 2007 (TJSP, HC 11748793900, Rel. Ivan Marques, 2^a Câm. de Direito Criminal, pub. 8/4/2008).

Classificação doutrinária

Crime próprio (somente podendo ser praticado pelo Diretor de Penitenciária e/ou agente público); doloso; omissivo próprio; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente; não transeunte (haja vista a necessidade de ser apreendido o aparelho telefônico, de rádio ou similar).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeito ativo do delito de omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar somente poderá ser o Diretor de Penitenciária e/ou agente público. A expressão *agente público* compreende qualquer pessoa que, no exercício de sua função pública, tenha o dever de impedir que o preso tenha acesso aos mencionados aparelhos de comunicação, como ocorre não somente com os agentes penitenciários, a quem, de acordo com o art. 2º da Lei nº 10.693, de 25 de junho de 2003, compete o exercício das atividades de atendimento, vigilância, custódia, guarda, assistência e orientação de pessoas recolhidas aos estabelecimentos penais, bem com os policiais (delegados, detetives etc.) que de alguma forma tomarem conhecimento do fato.

Sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar*.

Objeto material é o aparelho telefônico, de rádio ou similar.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, tendo conhecimento da situação, dolosamente, nada faz para evitar que o preso tenha acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Deve ser frisado que o tipo penal não exige a efetiva comunicação do preso por intermédio do aparelho telefônico, de rádio ou similar, bastando que, por meio deles, exista essa indevida possibilidade.

Entendemos não ser cabível a tentativa, pois a inação dolosa do agente, permitindo o indevido acesso do preso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, consuma a infração penal *sub examen*.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal constante do art. 319-A do diploma repressivo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *deixar* pressupõe um comportamento omissivo por parte do agente, tratando-se, consequentemente, de uma omissão própria.

Assim, conforme alerta Fernando Galvão:

“O crime de *prevaricação especial* é descrito no tipo incriminador por meio de verbo que literalmente se refere a comportamento omissivo. Dessa forma, não se utiliza a construção jurídica da posição de garantidor (art. 13, § 2º, do CP) que é reservada aos casos em que se mostra necessário caracterizar a omissão imprópria.”²²

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 319-A do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Diferença entre os crimes de corrupção passiva e omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar

Não podemos confundir a situação do agente público que, simplesmente, se omite em fazer a apreensão de um aparelho telefônico, de rádio ou similar, que está sendo indevidamente utilizado por um preso, com aquele que se corrompe, obtendo uma vantagem indevida (ou mesmo a promessa de tal vantagem), para que o preso tenha acesso aos mencionados aparelhos.

Falta grave pela posse e utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar

Juntamente com a nova figura típica constante do art. 319-A do Código Penal, a Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007, inseriu o inc. VII no art. 50 da Lei de Execução Penal, entendendo que comete *falta grave* o condenado à pena privativa de liberdade que *tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.*

É assente nesta Corte Superior o entendimento de que após a edição da Lei nº 11.466/2007, a posse de aparelho telefônico ou dos componentes essenciais ao seu efetivo funcionamento, a exemplo do chip, passou a ser considerada falta grave (STJ, REsp 1.457.292/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 11/11/2014).

Configura falta grave a posse de aparelho celular com bateria, mas sem o respectivo chip de telefonia móvel. Inteligência do art. 50, VII, da LEP: “Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.” Precedentes (STJ, HC 292.460/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 18/06/2014).

Súmula nº 533 do STJ – Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado .(DJe 15/06/2015).

Súmula nº 534 do STJ – A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração (DJe 15/06/2015).

Súmula nº 535 do STJ – A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto (DJe 15/06/2015).

Jurisprudência desta Corte no sentido de que a apreensão de chip de aparelho celular no interior de estabelecimento prisional constitui falta grave, nos termos do art. 50, VII, da Lei 7.210/1984 (introduzido pela Lei 11.466/2007) (STF, HC 112947/SP, São Paulo, *Habeas Corpus*, 2ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/9/2013).

As hipóteses de falta disciplinar de natureza grave estão previstas no rol taxativo do art. 50 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). O inciso VII do art. 50 da Lei 7.210/1984, inserido pela Lei 11.466/2007, abrange a hipótese da posse de aparelho telefônico e de seus componentes essenciais, como o chip de telefone celular, em estabelecimento prisional. Precedentes. (STF, RHC 117985/SP. São Paulo; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, 1a. T., Rela Mina Rosa Weber, j. 8/10/2013).

Ingresso de pessoa portando aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização, em estabelecimento prisional

A Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009, acrescentou o art. 349-A ao Código Penal, que diz, *verbis*: **Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.**

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Condescendência criminosa Art. 320. Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Introdução

Na primeira hipótese existe uma relação de hierarquia entre o agente que cometeu a infração e aquele que é o competente para responsabilizá-lo administrativamente. Nesse caso, o funcionário hierarquicamente superior deixa, por indulgência, isto é, por tolerância, benevolência, clemência, de responsabilizar o autor da infração.

Na segunda modalidade de condescendência criminosa, prevê a lei penal uma espécie de delação entre funcionários que tenham o mesmo nível hierárquico, ou mesmo hierarquias distintas. Nesse caso, como o funcionário não possui competência para, ele próprio, responsabilizar o agente infrator, sua obrigação limita-se a comunicar o fato à autoridade competente.

O art. 320 do Código Penal tem como pressuposto a prática de uma *infração*. A infração nele referida pode ser tão somente aquela de natureza administrativa, ou ainda importar em uma infração penal. Trata-se, portanto, de um conceito amplo de infração. No entanto, é importante frisar que a referida infração deve dizer respeito ao *exercício do cargo*, conforme determina o artigo em estudo. Assim, não pratica o delito de condescendência criminosa o funcionário que nada faz quando toma conhecimento de que um de seus subordinados emitiu um cheque sem fundos para a compra de um televisor. Ao contrário, deverá ser responsabilizado se, chegando ao seu conhecimento a infração a um dever funcional praticada por um de seus subordinados hierarquicamente, nada fizer para responsabilizá-lo, em prejuízo do bom andamento da Administração Pública.

Vale destacar que a *indulgência* é o elemento característico da condescendência criminosa, ou seja, a clemência, a tolerância, enfim, a vontade de perdoar, pois que se o agente atua com outra motivação o fato poderá se subsumir, dependendo da hipótese concreta, ao crime de prevaricação ou, mesmo, de corrupção passiva.

Para efeito de reconhecimento do delito em estudo, a lei penal não determina qualquer prazo para que seja providenciada a responsabilização do funcionário subordinado que cometeu infração no exercício do cargo, ou mesmo quando o funcionário não tiver competência para tanto, para que leve o fato ao conhecimento da autoridade competente. Contudo, o art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispôs sobre o regime jurídico dos

servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, nos auxilia na interpretação do art. 320 do Código Penal, dizendo: *Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidades no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao advogado de ampla defesa.*

Dessa forma, assim que tomar conhecimento da infração, a autoridade competente deverá instaurar a sindicância ou o procedimento administrativo disciplinar; da mesma forma, o funcionário que não tiver competência para tanto deverá, imediatamente, levar os fatos ao conhecimento da autoridade competente, para que sejam tomadas aquelas providências.

É elemento do crime de condescendência criminosa, que haja uma relação de subordinação entre o funcionário que cometeu infração no exercício do cargo e aquele que, em razão de sua posição hierarquicamente superior, deveria tê-lo responsabilizado ou, ter levado o fato ao conhecimento da autoridade competente,. Ausente elemento do tipo penal imputado, é evidente a falta de justa causa para a deflagração da ação penal (TRF, 2^a Reg., HC 2008.02.01.005211-8, Rel. Des. Fed. Andre Fontes, DJU 23/9/2008, p. 255).

Para a configuração do delito previsto no art. 320 do CP deve-se ter como pressuposto o cometimento de infração administrativa ou penal no exercício do cargo. Logo, necessária decisão trânsita em julgado dando conta do cometimento de uma infração ou crime – *in casu*, a prática de peculato e advocacia administrativa pelo oficial escrevente (HC 71000903161, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel.^a Martinha Terra Salomon, j. 21/2/2006).

A crítica ao funcionário público *propter officium* é um postulado democrático-social, tendo em vista que os órgãos governamentais, criados para servir ao interesse de todos, devem ficar expostos à censura pública e sujeitos à sindicância dos cidadãos em geral. O servidor público tem o poder-dever de denunciar os aspectos que sinceramente lhe parecerem negativos na direção de seu órgão, mesmo porque seu silêncio ou omissão pode caracterizar condescendência criminosa (CP, art. 320) (TJMG, Processo 2.0000.00.310669-8/000 [1], Rel. Dárcio Lopardi Mendes, pub. 9/8/2000).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo*; doloso; omissivo próprio (haja vista que o núcleo *deixar* implica inação); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente (não se podendo, pois, fracionar o *iter criminis*); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *condescendência criminosa*, tipificado no art. 320 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

Consoante dispõe o art. 143 da Lei nº 8.112/90, qualquer autoridade administrativa que tomar conhecimento de alguma irregularidade no serviço público deverá proceder à sua apuração ou comunicá-la à autoridade que tiver competência para promovê-la, sob pena de responder pelo delito de condescendência criminosa (STJ, S3, MS 11974/DF, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJ 7/5/2007, p. 274).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *condescendência criminosa*.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente decide, por indulgência, deixar de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falta competência, também decide não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.

Rogério Sanches Cunha, a seu turno, entende que:

“O crime se consuma com qualquer uma das omissões criminosas, ou seja, quando o funcionário superior, depois de tomar conhecimento da infração, suplanta prazo legalmente previsto para tomada de providências contra o infrator.

Na ausência de prazo legal, consuma-se o delito com o decurso de prazo juridicamente relevante, a ser aquilatado pelo juiz no caso concreto.”²³

Por se tratar de crime unissubstancial, não será possível o reconhecimento da tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *condescendência criminosa*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *deixar* pressupõe um comportamento omissivo por parte do agente, cuidando-se, ousrossim, de um crime omissivo próprio. Da mesma forma, a segunda conduta prevista no tipo (não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente) também implica uma omissão própria.

Diretora da Febem que deixa de apurar fuga de menor infrator. Falha de funcionário no dever funcional que acarreta no mínimo infração administrativa. Inteligência do art. 320 do CP (RT 701, p. 321).

Condescendência criminosa. Chefe de repartição pública que demora a tomar providências contra subordinado que cometeu infração penal no exercício do cargo. Delito caracterizado em tese – Justa causa para o inquérito policial contra ele instaurado. Inteligência dos arts. 320 do CP de 1940 e 648, I, do CPP (STF) (RT 597, p. 413).

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I, do Título XI forem ocupantes de cargos

em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *condescendência criminosa* é de detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 320 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

O crime de condescendência criminosa (art. 320 do CP) tem pena prevista de 15 dias a 1 mês de detenção. Logo, é delito de menor potencial ofensivo, a teor da Lei nº 10.259/2002, sendo competente, para processo e julgamento, a Turma Recursal Criminal. Competência declinada para as Turmas Recursais Criminais (TJRS, HC 70013331343, 4ª Câm. Crim., Rel. Gaspar Marques Batista, j. 15/12/2005).

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Condescendência criminosa no Código Penal Militar

Vide art. 322 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Advocacia administrativa Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Parágrafo único. Se o interesse é ilegítimo: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da multa.

Introdução

Patrocinar, aqui, tem o significado de defender, advogar. O funcionário público, portanto, atua como se fosse advogado, cuidando e fazendo a defesa de um interesse privado perante a Administração Pública. O art. 117, XI, da Lei nº 8.112/1990 proíbe o funcionário público de atuar, como procurador ou intermediário, em repartições públicas, salvo quando se tratar de

benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro.

Esse patrocínio pode ser direto, ou seja, levado a efeito pelo próprio funcionário público, ou mesmo indireto, quando o funcionário, evitando aparecer diretamente, se vale de interposta pessoa, também conhecida como “testa de ferro”, que atua segundo o seu comando e, como diz Hungria, “à sombra de seu prestígio (ex.: um seu filho)”.²⁴

Não se configura a infração penal em estudo quando o funcionário, por exemplo, explica ao interessado os seus direitos perante a administração. O que a lei penal proíbe, na verdade, é que o funcionário assuma a “causa” do particular e pratique atos concretos que importem na sua defesa perante a Administração Pública.

No que pertine ao crime de advocacia administrativa, o patrocínio do interesse privado e alheio, legítimo ou não, por funcionário público, perante a Administração Pública, pode ser direto, concretizado por ele próprio, ou indireto, valendo-se ele de interposta pessoa, para escamotear a atuação. Fundamental que o funcionário se valha das facilidades que a função pública lhe oferece, em qualquer setor da Administração Pública, mesmo que não seja especificamente o de atuação do agente (STJ, HC 332.512/ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 24/02/2016).

Tratando-se da prática de atos que não são da competência do agente e agindo ele com o fim de facilitar interesse particular perante a Administração Pública, imperiosa se faz a condenação pelo crime de advocacia administrativa (art. 321 do CP) (TJMG, APCR 0001445-11.2005.8.13.0335, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, DJEMG 23/7/2010).

Para que haja o crime de advocacia administrativa, previsto no artigo 321 do Código Penal, é necessário que o interesse patrocinado seja particular e alheio (STJ, Apn. 567/GO, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJE 22/10/2009).

Advocacia administrativa. Descaracterização. Agente que proporciona aposentadoria rural a pessoas que não exerciam tal atividade. Interpretação do art. 321 do CP (TRF, 1ª Reg.) (RT 748, p. 725).

Advocacia administrativa. Vereadores que, por força de seus mandatos, agem em nome próprio com o intuito de resolver problemas sociais. Conduta atípica. Crime descaracterizado. Inteligência do art. 321 do CP (TJSP RT 740, p. 605).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *advocacia*

administrativa, tipificado no art. 321 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *advocacia administrativa*.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito de *advocacia administrativa* se consuma com a prática de qualquer ato que importe em patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública.

Fernando Galvão, com precisão, salienta ainda que:

“A *advocacia administrativa* é crime de mera conduta e se consuma no momento em que a conduta do sujeito realiza uma intervenção completa em favor do interesse patrocinado. Por exemplo, o patrocínio pode se expressar por meio de uma solicitação oral em favor do interessado. Nesse caso, deve-se reconhecer a consumação do crime quando o sujeito completa a mensagem oral que expressa a solicitação. Vale observar que a satisfação do interesse patrocinado sequer é mencionada no tipo incriminador. Caso ocorra, constituirá mero exaurimento da conduta criminosa.”²⁵

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *advocacia administrativa*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo patrocinar pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Modalidade qualificada

Se o interesse privado, patrocinado pelo funcionário perante a Administração Pública, for ilegítimo, a pena será de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da multa, conforme determina o parágrafo único do art. 321 do Código Penal, tendo em vista o maior juízo de censura, de reprovação, que recai sobre a conduta do agente.

A figura do crime de *advocacia administrativa qualificada* deve vir cabalmente delineada pelo interesse ilegítimo, sob pena de não ser aceita a capitulação da denúncia em torno desse tipo. *In casu*, não está presente

o interesse ilegítimo, mas tão só o patrocínio indireto de interesse privado, encaminhando para a capituração do *caput* do art. 321. Em razão disso, observa-se que, pela figura simples, a pretensão punitiva foi alcançada pela prescrição em abstrato (STJ, Apn. 362/MT, CE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *LEXSTJ* 197, p. 284).

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *advocacia administrativa* é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Para a modalidade qualificada, prevista no parágrafo único do art. 321, a pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 321 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código Processual Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Advocacia administrativa da Lei de Licitações

Se o patrocínio levado a efeito pelo funcionário público disser respeito a interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário, será aplicado o art. 91 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que, além de outras providências, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Crime contra a ordem tributária

Se o agente patrocina, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público, o fato se subsumirá ao tipo penal

constante do inc. III do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Concurso de crimes

Será admissível o concurso entre o crime de advocacia administrativa e outros delitos, a exemplo da corrupção passiva, concussão, prevaricação *etc.*

Preconiza Luiz Regis Prado: “Na hipótese de o interesse privado patrocinado se referir a ato de ofício do sujeito ativo, configura-se o delito de corrupção passiva ou prevaricação. Caso o agente receba gratificação pelo patrocínio, sem exigir ou reclamar a vantagem, configura-se apenas a condescendência criminosa.

Ocorre estelionato quando o agente ilude o particular para receber vantagem indevida, fazendo-o crer irá patrocinar seu interesse, mas quedar-se inerte.”²⁶

Patrocínio indébito no Código Penal Militar

Vide art. 334 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Violência arbitrária Art. 322. Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência.

Introdução

O delito de *violência arbitrária* encontra-se tipificado no art. 322 do Código Penal. Existe, no entanto, controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito de sua revogação pela Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regulou o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.

O Supremo Tribunal Federal, no RE 73914/SP, tendo como Rel. o Min. Osvaldo Trigueiro, em julgamento realizado em 3 de junho de 1972, entendeu que o art. 322 do Código Penal não havia sido Revogado pela Lei nº 4.898/1965. No mesmo sentido, Noronha se posicionou pela manutenção do art. 322 do Código Penal, afirmando ser outra a finalidade da Lei que dispôs sobre o crime de abuso de autoridade.²⁷

O art. 322 do Código Penal, que tipifica o crime de violência arbitrária, não foi revogado pelo art. 3º, alínea *i*, da Lei nº 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade). Precedentes (STF, HC-RO 95.617-3/MG, Rel. Min. Eros Grau, 2ª T., DJE 17/4/2009, p. 220).

No entanto, majoritariamente, tem-se entendido pela revogação tácita do mencionado art. 322 do Código Penal.

Somos partidários da corrente que entende pela revogação do art. 322 pela Lei nº

4.898/1965. No entanto, como existe posição contrária, faremos a análise dos elementos que integram o delito de *violência arbitrária*, a saber: *a) a conduta de praticar violência; b) no exercício da função ou a pretexto de exercê-la.*

O núcleo *praticar* nos dá a ideia de agir, atuar com violência. Embora também exista controvérsia sobre a abrangência do conceito de violência, tem-se entendido, majoritariamente, que a violência mencionada pelo artigo em estudo é a de natureza física, não sendo por ele abrangida, portanto, aquela de cunho moral. Assim, somente as vias de fato, lesões corporais e até mesmo aquela violência praticada pelo agente que resulta na morte da vítima poderiam ajustar-se a esse conceito.

Para efeito de configuração do delito de *violência arbitrária*, o sujeito deverá atuar com violência no exercício da função ou a pretexto de exercê-la.

Merece ser registrado o fato de que a autoridade não está proibida de agir, em algumas situações, até mesmo com violência. O que se proíbe é o abuso, o uso arbitrário da violência. Prova disso é que os arts. 284 e 292 do Código de Processo Penal fazem menção ao uso legítimo da violência.

Isso sem falar na possibilidade de se agir em legítima defesa ou, mesmo no estrito cumprimento de dever legal.

O crime de violência arbitrária não foi revogado pelo disposto no art. 3º, alínea “i”, da Lei de Abuso de Autoridade. Precedentes da Suprema Corte (STJ, HC 48083/MG, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., j. 20/11/2007).

Há de se fazer exata distinção entre a atividade de fiscalização e seu resultado. A primeira decorre da lei a que todos estão submetidos e contra a qual o contribuinte não pode se opor. Já o resultado da atuação fiscal está sujeito ao mais amplo controle judicial, não tendo a administração fazendária autorização para apreender, reter, confiscar bens ou mercadorias. Por isso, salvo pelo tempo necessário para ensejar apuração da infração, não pode o fisco apreender mercadorias e bens, sanção política oblíqua, não fosse ilegalidade a que a lei penal tipifica como crime de excesso de exação (CP, art. 326, § 1º), ou de violência arbitrária (art. 322 do mesmo Código) (TJRS, Reexame Necessário 70019171891, 21^a Câm. Cív., Rel. Genaro José Baroni Borges, j. 16/5/2007).

A ‘*violência arbitrária*’, tipo do art. 322 do CP, é entendida como aquela ilegalidade do funcionário público que, violando o Direito da Administração Pública, age arbitrariamente, isto é, sem autorização de qualquer norma legal que lhe justifique a conduta, contra o cidadão, não está compreendida no ‘atentado à incolumidade física do indivíduo’, tipo inscrito no art. 3º, *i*, da Lei nº 4.898/1965, norma referente ao abuso de autoridade ou exercício arbitrário de poder, pela qual o funcionário, ao executar sua atividade, excede-se no Poder Discretional, que facultaria a escolha livre do método de execução, ou desvia, ou foge da sua finalidade, descrita na norma legal que autorizava o Ato Administrativo, ocorrendo aí uma lesão de direito que no campo penal toma forma de abuso de poder ou exercício arbitrário de poder. Precedentes do STF e do TJMG (TJMG, Processo 1.0024.98.085532-4/001[1], Rel. Sérgio Braga, pub. 23/11/2004).

Tendo o acusado, no desempenho de suas funções, prendido duas vítimas sem que estas se encontrassem em situação de flagrância e sem autorização judicial, além de ter desferido um tapa no rosto de uma delas, imperiosa é a sua condenação pela violência arbitrária (TJMG, Processo 1.0079. 96.013388-6/001[1], Rel.

Célio César Paduani, pub. 26/11/2004).

É arbitrária, ilegal e violenta a ação dos detetives da polícia civil que arrombam porta, invadem casa sem mandado judicial, agridem e atiram em cidadãos desarmados. Para coibir a marginalidade, a polícia não deve agir ao arrepio da lei e das garantias constitucionais, pois o que diferencia um policial de um marginal, quando ambos fazem o uso da força, é que o primeiro age com respeito à lei e o segundo não, daí decorrer a legitimidade da força policial. Aceitar que a polícia use a força sem obediência às garantias constitucionais é subverter os princípios do Estado Democrático de Direito e admitir que ela aja como um marginal. O Poder Judiciário não compactua com ações policiais arbitrárias, covardes e ilegais que, ao pretexto de combater a marginalidade, acabam, na realidade, maculando as garantias constitucionais, que foram objeto de dura e difícil conquista pela sociedade brasileira (TJMG, Processo: 1.0000.00. 290340-9/000 [1], Rel.^a Maria Elza, pub. 25/10/2002).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois que somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública figura nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sofrido a violência); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como norma, pois que a violência sofrida pela vítima poderá ser comprovada por meio da prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *violência arbitrária*, tipificado no art. 322 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física que sofreu a violência praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *violência arbitrária*.

O objeto material é a pessoa contra a qual é praticada violência pelo funcionário público.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, abusivamente, pratica o ato de violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *violência*

arbitrária, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *praticar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação pelo poder público.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *violência arbitrária* é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processual Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Absorção da contravenção penal de vias de fato

Embora a violência mencionada no tipo penal do art. 322 possa ser exercida por vias de fato, estas serão absorvidas pelo delito de violência arbitrária.

Violência arbitrária e abuso de autoridade

Eventos configuradores de abuso de autoridade e de violência arbitrária que se revelam distintos, autorizando a condenação por ambos os delitos (STF, HC 63612/GO, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª T., DJ 25/4/1986, p. 6.513).

Violência arbitrária no Código Penal Militar

Vide art. 333 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Incide nas iras do art. 322 do CP o policial militar que no exercício de suas funções extrapola os limites autorizadores da violência, deixando de tratar a vítima com respeito e urbanidade, agredindo-a (TJMG, APCR

Abandono de função Art. 323. Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

§ 1º Se do fato resulta prejuízo público: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

O núcleo *abandonar* tem o sentido de deixar, largar, não comparecer quando obrigado. Hungria, com precisão, esclarece: “*Abandonar*, no sentido do artigo ora comentado, é *deixar ao desamparo*, e tal não acontece quando está presente o funcionário a quem incumbe assumir o cargo na ausência do ocupante (efetivo ou interino). Neste caso, não haverá, sequer, possibilidade de dano, que é condição mínima para a existência de um evento criminoso”.

E continua o renomado autor: “Se a ausência durar mais de 30 dias (segundo a nossa lei administrativa), poderá haver *falta disciplinar*, mas não crime. Para a existência deste, não se faz mister o decurso do dito prazo, bastando que o abandono dure por tempo capaz de criar possibilidade de prejuízo, público ou particular (a efetividade do prejuízo público [...] constitui condição de maior punibilidade [...]).²⁸

Como podemos perceber pelas lições de Hungria, cuida-se, *in casu* de uma infração penal de perigo concreto. Assim, o abandono do cargo deve, efetivamente, criar uma situação de risco para a Administração Pública, impossibilitando ou, pelo menos, dificultando, por exemplo, a realização dos serviços a ela acometidos.

O abandono deverá dizer respeito a *cargo*, e não a *função*, cujo conceito é mais amplo do que aquele. Aqui, não se poderá aplicar, portanto, o conceito de funcionário público por extensão, por assimilação ou por equiparação, constante do art. 327 do Código Penal. Não estão incluídos nas disposições constantes do art. 323 do Código Penal aqueles que exercem, tão somente, emprego ou função pública. Ressalva o art. 323 do Código Penal que somente será punido o abandono do cargo público que não for permitido em lei. Na verdade, a ressalva é completamente desnecessária, pois, como é cediço, se houver algum motivo de força maior, ou mesmo alguma causa de justificação, o fato deixará de ser tido como criminoso, podendo-se aplicar, v.g., uma causa que exclua a ilicitude ou mesmo a culpabilidade.

Contudo, um simples pedido de *aposentadoria* ou mesmo de *exoneração* somente desobrigará o funcionário de dar continuidade às funções inerentes ao seu cargo quando for,

definitivamente, deferido, com a necessária publicação do ato, pois, caso contrário, poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado de que, para se concluir pelo abandono de cargo e aplicar a pena de demissão, a Administração Pública deve verificar o *animus abandonandi* do servidor, elemento indispensável para a caracterização do mencionado ilícito administrativo (STJ, MS 18.936/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, S. 1, DJe 23/09/2016).

É incontestável que é dever inerente ao cargo público a frequência assídua e pontual ao serviço. O apelante se afastou voluntariamente de suas funções públicas, o que configura abandono de função (art. 323 do CP), e pretende ser reintegrado e receber pelo período em que assume que não estava exercendo suas funções públicas, mas sim, estava em Vitória, tratando de assuntos particulares, em total violação as normas constitucionais e infraconstitucionais (TJES, AC 058050003936, Rel. Des. Fábio Clem de Oliveira, j. 6/5/2014).

O servidor licenciado não pode ser demitido do serviço público por suposto abandono do cargo, porque lhe falta ‘a consciência da violação do primordial dever funcional de assiduidade’, exigida pela doutrina e pelo art. 249, II, da Lei estadual 869/1952 (TJMG, Processo 1.0702.00. 013478-4/004 [1], Rel. Nepomuceno Silva, pub. 3/4/2007).

Circunstância em que as faltas do recorrido ocorreram em razão do impedimento de reassumir suas funções, oferecido por seu superior hierárquico, que exigiu apresentação de autorização da COESP para reassumir o cargo, não se caracterizando, portanto, abandono de função – Recurso não provido (TJSP, Ap. 305.745-5/1/SP, 1ª Câm. Direito Público, Rel. Franklin Nogueira, j. 19/6/2007, v.u., Voto 18.127).

O servidor público pode ser afastado do exercício de suas atividades junto à Administração Pública em decorrência do cometimento de crime funcional, até decisão final passada em julgado. Por visar ao interesse da Administração Pública, não é ilegal o afastamento do servidor que responde por crime funcional, uma vez que tal procedimento procura evitar desvios ou obstáculos na apuração do delito (TJMG, Processo 1.0000.07.453939-6/000 [1], Rel. José Antonino Baía Borges, pub. 20/6/2007).

O § 6º do art. 36 da Constituição Estadual estabelece que é assegurado ao servidor afastar-se da atividade a partir da data do requerimento de aposentadoria, sendo que no caso de sua não concessão importará o retorno do requerente para o cumprimento do tempo de serviço que, àquela data, faltava para a aquisição do direito. O dispositivo não exige o prévio reconhecimento ao direito à aposentadoria, bastando a evidência de sua existência demonstrada de forma razoável, já que prevê no caso de não-concessão da aposentadoria o retorno do servidor às atividades pelo tempo restante (TJMG, Processo 1.0000.05.430547-9/000 [1], Rel. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, pub. 5/7/2006).

Classificação doutrinária

Crime próprio (na verdade, mais do que um crime próprio, o delito de abandono de função encontra-se no rol daqueles considerados como de mão própria, que exigem uma atuação pessoal, personalíssima do próprio agente); doloso; comissivo ou omissivo próprio (dependendo de como o comportamento é praticado, embora a corrente doutrinária majoritária o entenda somente como um crime omissivo próprio); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público, ocupante de determinado cargo, pode ser *sujeito ativo* do delito de *abandono de função*, tipificado no art. 323 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *abandono de função*.

Não há objeto material, embora exista posição contrária.²⁹

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o abandono cria, efetivamente, um perigo de dano. Esse abandono, portanto, deverá ser por tempo suficiente, a ponto de gerar essa situação concreta de perigo.

Na hipótese de não ter havido qualquer perigo de dano à Administração Pública, o fato deverá ser resolvido na própria esfera administrativa, com a aplicação das sanções disciplinares que forem pertinentes ao caso.

Embora de difícil ocorrência, a definição sobre a possibilidade de tentativa, segundo nosso posicionamento, deverá ser feita caso a caso.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *abandono de função*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Embora a maioria de nossos doutrinadores enxergue uma modalidade omissiva própria no crime de abandono de função, entendemos que o delito tipificado no art. 323 do Código Penal poderá ser praticado tanto comissiva quanto omissivamente, dependendo da interpretação que se dê ao comportamento do agente no caso concreto.

Modalidades qualificadas

Determina o § 1º do art. 323 do Código Penal que se do fato resulta prejuízo público, a pena será de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Também qualificará o delito de abandono de função se o fato ocorrer em lugar compreendido na faixa de fronteira, cominando o § 2º do art. 323 do Código Penal uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I, do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *abandono de função* é de detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Se do fato resulta prejuízo público, a pena será de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, conforme determina o § 1º; se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa da fronteira, a pena cominada é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 323, *caput*, e § 1º do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Abandono de serviço eleitoral

Vide art. 344 do Código Eleitoral.

Abandono de cargo no Código Penal Militar

Vide art. 330 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado Art. 324.

Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Introdução

Exercício, nos termos preconizados pela Lei nº 8.112/1990, é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança. Assim, comete o delito em estudo o agente que começa a desempenhar as funções inerentes ao seu cargo antes de satisfeitas as exigências legais.

Na segunda parte do mencionado artigo encontra-se a previsão do comportamento do funcionário que, segundo Fragoso, prolonga o exercício da função “que não tem mais qualidade legal ou permissão para desempenhar. Como no primeiro caso, exige-se uma atividade positiva: o crime não pode ser praticado por omissão. Consuma-se com a prática de qualquer ato de ofício (um só que seja), de qualquer natureza, após ter sido *oficialmente notificado* de que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso.

A notificação deve ser pessoal, sendo indispensável que o agente tenha conhecimento direto e inequívoco da mesma (a dúvida aqui não basta)”.³⁰

Agente que, fazendo-se passar por policial, aborda rapazes e, valendo-se de arma – que não podia portar, eis que em saída temporária no cumprimento de pena em regime semiaberto – obriga-os a se despirem, exceto de suas roupas íntimas. Impossibilidade de desclassificação do crime de usurpação de função pública para o de exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado, pois este pressupõe o exercício regular de função pública, enquanto aquele é cometido por particular. Hipótese em que o réu, na qualidade de ex-policial, condenado e em cumprimento de pena, equipara-se a particular (TJSP, AC 8737133700. 5ª Câm. de Direito Criminal, Rel. Pinheiro Franco, pub. 3/4/2006).

Classificação doutrinária

Crime próprio (na verdade, mais do que um crime próprio, o delito de *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado* encontra--se no rol daqueles considerados como de mão própria, que exigem uma atuação pessoal, personalíssima do próprio agente); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O sujeito ativo é o funcionário público. Exige--se tenha sido o agente, pelo menos, nomeado, para efeitos de reconhecimento desse *status* de funcionário, sendo a nomeação considerada a forma de provimento originário.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado*.

Não há objeto material, embora exista posição em contrário.³¹

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito em estudo quando o agente, efetivamente, entra no exercício de função pública, praticando os atos que lhe são inerentes, antes de satisfeitas as exigências legais, ou quando continua a exercer suas funções, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso, exemplo da hipótese em que um promotor de justiça, mesmo sabendo oficialmente sobre a sua remoção compulsória, continua a se manifestar nos processos e inquéritos policiais que ainda se encontravam no seu gabinete.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *entrar* e *continuar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado* é de detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 324 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Exercício funcional ilegal no Código Penal Militar

Vide art. 329 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Violação de sigilo funcional Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que devia permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

(*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) Introdução

O núcleo *revelar* é utilizado pelo texto legal no sentido de divulgar, tornar conhecido fato de que teve ciência em razão do cargo. O fato, como esclarece o mencionado artigo, deve ter chegado ao conhecimento do agente em virtude do cargo por ele ocupado, ou seja, *ratione officii*, pois, caso contrário, deixará de se configurar o tipo penal em estudo.

Somente importa na infração penal *sub examen* o fato que deve permanecer em segredo. Assim, se o agente divulga um fato que diz respeito à Administração Pública, mas sobre o qual não se exigia qualquer sigilo, tal comportamento não se subsumirá ao tipo penal constante do art. 325.

Não somente pratica o delito aquele que, pessoalmente, revela o fato de que teve ciência em razão do cargo, e que devia permanecer em segredo, como também aquele que facilita sua revelação. Como diz Hungria: “A revelação (que consiste em fazer passar o fato da esfera do sigilo para a do indevido conhecimento de terceiro) pode ser *direta* ou *indireta*. No primeiro caso, o agente, ele próprio, comunica o fato a terceiro, *sponete sua* ou mediante determinação de outrem (podendo apresentar-se concurso com o crime de corrupção passiva ou

prevaricação); no segundo, limita-se a facilitar a terceiro o conhecimento do fato, *in exemplis*: permitir, passivamente, o manuseio de um *dossier secreto*".³²

Para efeito de configuração de delito de *violação de sigilo funcional*, basta que o fato que devia permanecer em segredo seja divulgado a uma única pessoa, que poderá ser um particular ou, mesmo, outro funcionário público a quem não era permitido saber a respeito do segredo divulgado.

Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da ordem pública. Na hipótese, a decisão proferida na origem está alicerçada na gravidade *in concreto* dos fatos delituosos, os quais evidenciariam maior reprovabilidade da conduta, cometida por agente policial, que em razão do cargo que exercia utilizava informações privilegiadas, como a existência de mandado de prisão, para favorecer a organização criminosa (STJ, RHC 67.029/MG, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 10/06/2016).

Não há norma jurídica que impeça a revelação dos alegados ‘segredos do ilusionismo’, razão por que descabe imputar às emissoras de televisão qualquer responsabilidade civil por essa conduta. A publicidade é a regra e o sigilo é exceção, que somente se justifica quando interesses mais caros à sociedade ou ao indivíduo estiverem em confronto com a liberdade de informar. No caso dos alegados ‘segredos do ilusionismo’, não há bem jurídico de substancial relevância a ser protegido – que justifique a censura à informação (STJ, REsp. 1189975/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a T., DJe 18/5/2011, RT 909, p. 530).

Inquérito instaurado visando apurar fatos que, em tese, configurariam o cometimento do crime de violação de sigilo profissional, descrito no art. 325, do Código Penal, consubstanciados em vazamento de informações acerca de operações do Departamento de Polícia Federal, que estariam sendo desenvolvidas sob segredo de justiça no Estado do Rio de Janeiro, e que tinham por finalidade desbaratar quadrilhas especializadas em comércio clandestino de combustíveis. Assentando o Ministério Público Federal – *dominus litis* – a inexistência de suporte probatório mínimo (ausência de justa causa) para o prosseguimento das investigações e da persecução penal, reconhecendo, também, que não há, nos autos, indícios da prática dos crimes apontados, e formalizando o pedido de arquivamento, ainda que, em tese, possa ser reiniciada a coleta de novas provas (art. 18 do CPP), a proposição deve ser deferida. Precedentes [...] (STJ, CE, Rel. Min. Luiz Fux, Inq. 456/DF, LEXSTJ 197, p. 362).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo, haja vista que não somente a Administração Pública, como qualquer pessoa física ou jurídica pode ser prejudicada com o comportamento praticado pelo agente; doloso; comissivo e omissivo próprio (pois que a conduta de facilitar a revelação pode ser tanto praticada comissiva, quanto omissivamente); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode figurar como *sujeito ativo* do delito de *violação de sigilo funcional*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica prejudicada com a conduta praticada pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *violação de sigilo funcional*.

O objeto material do crime é o segredo funcional.

Consumação e tentativa

O delito se consuma com a efetiva revelação pelo funcionário, a uma única pessoa, do fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou quando o agente, de alguma forma, dolosamente, facilita a sua revelação.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *violação de sigilo funcional*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *revelar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Quando a conduta disser respeito à facilitação da revelação do segredo, esse comportamento, dependendo do caso concreto, poderá ser praticado tanto comissiva quanto omissivamente.

Modalidade assemelhada

Asseveram os incs. I e II do § 1º, acrescentado ao art. 325 do Código Penal pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000: § 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

Modalidade qualificada

Determina o § 2º, acrescentado ao art. 325 do Código Penal pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, que se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal, a pena será aumentada da terça parte

quando os autores dos crimes previstos no Capítulo I do Título XI forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *violação de sigilo funcional*, previsto no *caput*, bem como no § 1º do art. 325 do Código Penal, é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave, evidenciando, assim, expressamente, a sua natureza subsidiária.

Para a modalidade qualificada, constante do § 2º do art. 325 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no *caput*, bem como no § 1º do art. 325 do Código Penal (desde que não incida a majorante prevista no § 2º do art. 327 do mesmo diploma legal).

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo também nas hipóteses constantes do *caput*, bem como nas do § 1º do art. 325 do Código Penal.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Revelação de segredo e Lei de Segurança Nacional

Vide art. 21 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83).

Violação de sigilo funcional e Código Penal Militar

Vide art. 326 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Revelação de segredo particular

Se o segredo for particular, o fato poderá subsumir-se a uma das hipóteses previstas nos arts. 153 e 154 do Código Penal.

Revelação das informações sobre as quais dispõe a Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990

Vide § 3º do art. 7º do referido diploma legal.

Sigilo dos documentos públicos

Vide arts. 22 a 24 da Lei nº 8.159/91 (regulamentada pelo Decreto nº 4.552/02, art. 63).

Violão do sigilo de proposta de concorrência Art. 326. Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Introdução

O art. 326 do Código Penal foi revogado pelo art. 94 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Comparando-se os dois artigos, verifica-se que no tipo penal criado pela lei nova foi modificada a expressão *concorrência pública*, para *procedimento licitatório*, abrangendo, portanto, outras situações não previstas pelo tipo penal revogado. Isso porque, conforme se verifica pelo art. 22 da Lei nº 8.666/93, são modalidades de licitação: I – *concorrência*; II – *tomada de preços*; III – *convite*; IV – *concurso*; V – *leilão*³³.

Verifica-se, portanto, que a nova lei ampliou o seu campo de atuação, haja vista que, agora, prevê em seu tipo penal (art. 94 da Lei nº 8.666/1993) o *procedimento licitatório*, gênero de onde é espécie a *concorrência*.

As condutas proibidas, no entanto, continuam as mesmas, vale dizer: a) devassar o sigilo (agora, de proposta apresentada em procedimento licitatório), ou b) proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.

O núcleo *devassar* deve ser entendido no sentido de tomar conhecimento da proposta, ao passo que *proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo* importa em permitir que terceiro tenha acesso a ela, sendo que sua finalidade é devassá-la. Noronha esclarece que “facilita a revelação o que propositadamente deixa aberta a porta do cofre ou gaveta onde se encontra o documento sigiloso; o que dá informações sem os quais o terceiro não poderia descobrir o segredo”. E continua o renomado autor, citando Ricio: “A facilitação é diversa da revelação, porquanto na primeira quem adquire o conhecimento desenvolve uma atividade para tal fim, enquanto que, na segunda, tal atividade não é requerida como elemento essencial do tipo. A facilitação, na verdade, consiste em facilitar a tarefa do particular, no torná-la possível ou menos difícil, em um auxílio ao particular.”³⁴

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo, haja vista que não somente a Administração Pública, como qualquer pessoa física ou jurídica pode ser prejudicada com o comportamento praticado pelo agente; doloso; comissivo e omissivo próprio, uma vez que se poderá raciocinar com a hipótese de crime omissivo quando o agente proporciona a terceiro o ensejo de devassar procedimento licitatório; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 94 da Lei nº 8.666/1993.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica prejudicada com a conduta praticada pelo agente.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal em estudo.

O objeto material é a proposta apresentada em procedimento licitatório.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando ocorre, efetivamente, a devassa, isto é, quando o agente ou terceira pessoa (no caso da facilitação, prevista na segunda parte do art. 94 da Lei nº 8.666/1993) toma conhecimento do conteúdo da proposta apresentada em procedimento licitatório.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê a violação do sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *devassar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, quando o agente *proporciona* a terceiro o ensejo de devassar o sigilo, tal comportamento pode ser entendido em ambos os sentidos, ou seja, o agente poder levar a efeito essa conduta fazendo ou, mesmo, deixando de fazer alguma coisa.

Pena e ação penal

A pena cominada pelo preceito secundário do art. 94 da Lei nº 8.666/1993 é de detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Procedimento criminal

Vide arts. 513 a 518 do Código Processual Penal.

Efeito da Condenação

Vide art. 92, I, a, do Código Penal.

Funcionário público Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

(Incluído pela Lei nº 6.799, de 23/6/1980.) Conceito de funcionário público

Funcionário público, para efeitos penais, não somente é aquele ocupante de um *cargo*, que poderíamos denominar de funcionário público em sentido estrito, mas também aquele que exerce emprego ou função pública. *Emprego público* é a expressão utilizada para efeitos de identificação de uma relação funcional regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, geralmente para o exercício de atividades temporárias. *Função*, de acordo com as precisas lições de José dos Santos Carvalho Filho, “é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos”.³⁵

O exercício de uma função pública, ou seja, aquela inerente aos serviços prestados pela Administração Pública, não pode ser confundido com *múnus público*, entendido como encargo ou ônus conferido pela lei e imposto pelo Estado em determinadas situações, a exemplo do que ocorre com os tutores, curadores *etc.*

Aquele que exerce o cargo de Procurador do Município, ainda que provisório ou temporariamente, respondendo no âmbito da municipalidade pelos negócios jurídicos da Prefeitura Municipal, enquadra-se na categoria de servidor público, respondendo pelo crime de peculato. Inteligência do art. 327, *caput*, do Código Penal (TJMS, ACr-Recl 2010.009207-3/0000-00, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, *DJEMS* 9/8/2010, p. 52).

Inserem-se no conceito de funcionário público todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública, ou seja, todos aqueles que, de alguma forma, exerçam-na, tendo em vista a ampliação do conceito de funcionário público para fins penais (STJ, *HC* 51054/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., *DJ* 5/6/2006, p. 303).

Equipara-se a funcionário público para efeito penais quem exerce cargo, emprego ou função em sociedade de economia mista *ex vi* art. 327, § 1º, do Código Penal (STJ, REsp. 212940/MG, 5^a T., Rel. Min. Felix Fischer, *REVJMG* 156, p. 556).

O § 1º, acrescentado ao art. 327 pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, criou o chamado funcionário público por equiparação, passando a gozar desse *status* o agente que exerce cargo, emprego ou função em entidades paraestatais (aqui compreendidas as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo Poder Público), bem como aquele que trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.519.662/DF, também de minha relatoria, à unanimidade, assentou entendimento de que “o conceito de entidades paraestatais existente no § 1º do art. 327 do Código Penal contempla as chamadas Organizações Sociais, estas previstas no âmbito federal pela Lei nº 9.637/98 e na órbita distrital pela Lei nº 2.415/99”, de maneira que, levando em conta que “o ICS foi qualificado como Organização Social pelo art. 19 da Lei Distrital nº 2.415/99, tem-se que seus dirigentes são equiparados a funcionários públicos para os efeitos penais, submetendo-se às sanções direcionadas aos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública em geral, em razão da norma extensiva prevista no § 1º do art. 327 do Código Penal, que equipara a funcionário público, todo o agente que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal” (STJ, AgRg no REsp 1.575.378/DF, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 04/10/2016).

A Lei nº 9.983/2000, que deu nova redação ao § 1º do art. 327 do CP, esclarece que se equipara a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço, contratada ou conveniada, para a execução de atividade típica da Administração Pública. Tendo o paciente cometido o delito em concurso com funcionário público municipal, pode ser sujeito ativo do crime indicado na denúncia (concussão), que supõe o cometimento por parte de funcionário público (art. 30 do CP) (STJ, *HC* 69.585/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 12/06/2015).

A apelante enquadra-se no conceito de funcionária pública por equiparação, nos termos do § 1º do art. 327 do Código Penal, uma vez que exercia a atividade de escriturária do Banco do Brasil (TRF, 4^a Reg., ACR. 2006.70.03.004092-2,

PR, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, *DEJF* 13/8/2010, p. 807).

O conceito legal de funcionário público, para fins penais, não alcança quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública, se a conduta é anterior à vigência da Lei nº 9.983/2000, sob pena de violar o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal (STJ, *HC* 115179/RS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., j. 19/2/2009).

O § 2º foi acrescentado ao art. 327 do Código Penal pela Lei nº 6.799, de 23 de junho de 1980, criando uma majorante (aumento em um terço da pena), na hipótese em que os autores dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral forem ocupantes de *cargos em comissão*, ou seja, aqueles que, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, são “vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”,³⁶ para cujo provimento não há necessidade de concurso público, ou de *função de direção* ou *assessoramento* de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

A incidência da majorante prevista no art. 327, § 2º, do Diploma Penalista, incide a todos aqueles que, à época dos fatos, detinham cargos em comissão, tendo em vista a maior reprovabilidade do agente que vale de sua posição para a prática da conduta infracional. Precedentes (STJ, AgRg. no REsp. 1165821/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 13/8/2012).

É entendimento reiterado desta Corte que a causa de aumento de pena prevista no § 2º do art. 327 do Código Penal se aplica aos agentes detentores de mandato eletivo que exercem, cumulativamente, as funções política e administrativa (STF, RHC 110513/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., DJe 18/6/2012).

O Presidente da Câmara Municipal, além do exercício político como chefe do Poder Legislativo local, possui atribuições de caráter administrativo, como repasse das verbas descontadas da folha de pagamento de funcionários, de forma que o paciente equipara-se a funcionário público na função de direção da Administração Direta e, consequentemente, tem contra si o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, do CP (STJ, HC 91.697/RJ, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 7/6/2010).

A causa de aumento de pena prevista no § 2º do art. 327 incide a todos aqueles que, à época do delito, detinham cargos de confiança, tendo em vista que o aumento da pena decorre da maior reprovabilidade do agente que, no exercício de função pública e nela ocupando cargo que demanda com maior rigor a retidão da sua conduta funcional, vale-se de sua posição para a prática de conduta ilícita (STJ, REsp. 819168/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 5/2/2007, p. 356).

O exercício de função de confiança enseja a aplicação de aumento da pena em 1/3 no crime de peculato (art. 312, § 1º, c/c art. 327, § 2º, do Código Penal). O elemento essencial da qualificadora é o fato de o acusado exercer função comissionada, independentemente de ter ou não se utilizado dela para o cometimento do delito, eis que o legislador não determinou, para fins de aplicação da majorante, qualquer vinculação entre a utilização da função de confiança e a realização do fato criminoso (TRF, 1ª Reg., ACr. 2000.34.00.028261-1/DF, Rel. Olindo Menezes, 3ª T., DJ 27/10/2006, p. 37).

A majorante prevista no art. 327, § 2º, do CP não se aplica a Prefeito Municipal, mas somente aos servidores que exercem cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento nos órgãos da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público (STJ, HC 17223/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 24/9/2001, p. 327).

Estão equiparados ao funcionário público, em face do disposto no § 2º do art. 327 do Código Penal, para efeitos penais, quem exerce cargo, emprego ou função em entidades paraestatais, pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista, as fundações instituídas pelo poder público e serviços autônomos). O funcionário público para fins de aplicação da lei penal e como tal, não está sujeito ao crime de desobediência. Somente pratica esse delito caso a ordem desrespeitada não seja referente as suas

funções (TRF, 1ª Reg., HC 2000.01.00.035956-1/PI, Rel. Carlos Olavo, 4ª T., DJ 15/12/2000, p. 806).

A Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, acrescentou o Capítulo II-A, que prevê os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira, ao Título XI da Parte Especial do Código Penal, relativo aos crimes contra a Administração Pública. Como nos artigos em que foram previstos os crimes de *corrupção ativa em transação comercial internacional* e *tráfico de influência em transação comercial internacional* havia, como elemento dos aludidos tipos penais, a figura do *funcionário público estrangeiro*, a lei penal, procurando evitar as divergências sobre a interpretação desse conceito, resolveu explicitá-lo em seu art. 337-D e parágrafo único.

O conceito de funcionário público estrangeiro em muito se parece com aquele previsto pelo art. 327 do Código Penal. Sua diferença, no entanto, reside no fato de que, de acordo com a previsão constante do *caput* do art. 337-D, o exercício do cargo, emprego ou função deve ser levado a efeito em *entidades estatais* ou em *representações diplomáticas de país estrangeiro*.

O parágrafo único do art. 337-D equipara a funcionário público, para efeitos penais, aquele que exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais, a exemplo da ONU, OMS, FMI etc.

Regime celetista

Agente que desempenha a função de escrevente em cartório de serviços notariais e de registros. Para fins penais é considerado funcionário público, ainda que contratado sob a égide do regime celetista (TJSP, Ap. Crim. 116159 03000, 15ª Câm. de Direito Criminal, Rel. Ribeiro dos Santos, pub. 30/5/2008).

Advogado

O advogado que, por força de convênio celebrado com o Poder Público, atua de forma remunerada em defesa dos agraciados com o benefício da Justiça Pública, enquadra-se no conceito de funcionário público para fins penais (Precedentes) (STJ, HC 264.459/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 10/03/2016).

Embora não sejam servidores públicos propriamente ditos, pois não são membros da Defensoria Pública, os advogados dativos, nomeados para exercer a defesa de acusado necessitado nos locais onde o referido órgão não se encontra instituído, são considerados funcionários públicos para fins penais, nos termos do art. 327 do Código Penal Doutrina (STJ, RHC 33133/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 5/6/2013).

O advogado que, por força de convênio celebrado com o Poder Público, atua de forma remunerada em defesa dos agraciados com o benefício da Justiça Pública, enquadra-se no conceito de funcionário público para fins penais (Precedentes) (STJ, REsp. 902037/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 4/6/2007, p. 426).

Médico conveniado ao SUS

Considera-se funcionário público, para fins penais, o médico particular em atendimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS), antes mesmo da alteração normativa que explicitamente fizera tal equiparação por exercer

atividade típica da Administração Pública (CP, art. 327, § 1º, introduzido pela Lei nº 9.983/2000). Essa a orientação da 2ª Turma ao, por maioria, negar provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por profissional de saúde condenado pela prática do delito de concussão (CP, art. 316). Na espécie, o recorrente, em período anterior à vigência da Lei nº 9.983/2000, exigira, para si, vantagem pessoal a fim de que a vítima não aguardasse procedimento de urgência na fila do SUS. A defesa postulava a atipicidade da conduta. Prevaleceu o voto do Min. Ayres Britto, relator, que propusera novo equacionamento para solução do caso, não só a partir do conceito de funcionário público constante do art. 327, *caput*, do CP, como também do entendimento de que os serviços de saúde, conquanto prestados pela iniciativa privada, consubstanciar-se-iam em atividade de relevância pública (CF, arts. 6º, 197 e 198). Asseverou que o hospital ou profissional particular que, mediante convênio, realizasse atendimento pelo SUS, equiparar-se-ia a funcionário público, cujo conceito, para fins penais, seria alargado. Reputou, dessa forma, não importar a época do crime em comento. Vencido o Min. Celso de Mello, que provia o recurso, ao fundamento da irretroatividade da *lex gravior*, porquanto a tipificação do mencionado crime, para aqueles em exercício de função delegada da Administração, somente teria ocorrido a partir da Lei nº 9.983/2000 (STF, RHC 90523/ES, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T., j. 19/4/2011, *Informativo* nº 624).

Acusado que, ao exercer o cargo de médico no nosocômio que mantém convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS) e efetuar procedimento cirúrgico pelo mesmo, sendo, portanto, remunerado pelos cofres públicos, é equiparado a funcionário público. Exegese do art. 327, *caput*, e seu § 1º, do Código Penal (TJSC, ACR 2010.006446-9, Rel. Des. Subst. Roberto Lucas Pacheco, DJSC 8/7/2010, p. 348).

Somente após o advento da Lei nº 9.983/2000, que alterou a redação do art. 327 do Código Penal, é possível a equiparação de médico de hospital particular conveniado ao Sistema Único de Saúde a funcionário público para fins penais. Precedentes (STJ, REsp. 1.067.653/PR, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, DJE 1º/2/2010).

A extensão do conceito de funcionário público para os médicos e administradores de hospitais particulares, que apesar de credenciados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), exigiam pagamento aos beneficiários só é possível após a vigência da Lei nº 9.983/2000, que alterou a redação do art. 327 do Código Penal (STJ, REsp. 1023822/PR, Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 17/2/2009).

O médico que atende a beneficiários do SUS, mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 9.983/2000, que modificou o art. 327, § 1º, do Código Penal, deve ser considerado funcionário público por equiparação, tendo em vista o disposto no *caput* do retromencionado artigo (Precedentes) (STJ, REsp 898170/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 30/4/2007, p. 343).

Estagiário em autarquia

A teor do disposto no art. 327 do Código Penal, considera-se, para fins penais, o estagiário de autarquia funcionário público, seja como sujeito ativo ou passivo do crime (Precedente do Pretório Excelso) (STJ, HC 52989/AC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 1º/8/2006, p. 484).

Procedimento previsto para os crimes praticados por funcionário público

Vide arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal.

A notificação do funcionário público, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal, não é necessária quando a ação penal for precedida de inquérito policial. Súmula nº 330 do STJ (STJ, RHC 26.669/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 31/03/2016).

Crimes funcionais próprios e crimes funcionais impróprios

Os *crimes funcionais próprios* são aqueles em que a qualidade de funcionário público é essencial à sua configuração, não havendo figura semelhante que possa ser praticada por quem não goza dessa qualidade, a exemplo do que ocorre com o delito de prevaricação, tipificado no art. 319 do Código Penal. Por outro lado, há infrações penais que tanto podem ser cometidas pelo funcionário público como por aquele que não goza desse *status*, a exemplo do que ocorre com o peculato--furto, previsto no art. 312, § 1º, do Código Penal, que encontra semelhança com o art. 155 do mesmo diploma legal, denominando-os, aí, impróprios.

Capítulo II – Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral

Usurpação de função pública Art. 328. Usurpar o exercício de função pública: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Se do fato o agente auferer vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Introdução

O núcleo *usurar* deve ser entendido no sentido de exercer indevidamente, fazendo-se passar por um funcionário público devidamente investido para a prática do ato de ofício. Há necessidade, portanto, para efeitos de caracterização do delito em estudo, que o agente, efetivamente, pratique algum ato que diga respeito ao exercício de uma determinada função pública. Conforme esclarece Mirabete, “refere-se a lei a qualquer função, gratuita ou remunerada. É indispensável, portanto, que se trate de função própria da administração, uma vez que há algumas delas que podem ser exercidas por particulares. Não basta, ainda, que o agente intitule-se funcionário ou que se apresente como ocupante de determinado cargo, o que pode constituir outro ilícito; é necessária a prática do ato de ofício”.³⁷

Hipótese em que funcionários de uma copiadora utilizavam carimbos de autenticação pertencentes ao 4º Ofício de Notas de Brasília/DF – fornecidos pelo próprio Tabelião –, em cópias de documentos, encaminhando-as, posteriormente, ao cartório, para a aposição de assinaturas por escreventes autorizados. O ora denunciado, embora não tenha praticado qualquer ato executório, concorreu de algum modo para a realização do crime, razão pela qual é forçoso reconhecer a figura do concurso de pessoas no presente caso (STJ, REsp. 688339/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 16/5/2005, p. 396).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso;

de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor, nos termos do art. 13, § 2º, do CP); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (podendo, no entanto, ser considerado como não transeunte, quando o agente vier a praticar qualquer ato passível de prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como qualquer pessoa que tenha sido eventualmente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

O crime de usurpação de função pública está inscrito no Código Penal entre os ‘Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral’, não sendo tipificado quando o agente é funcionário da própria Administração, salvo se em atividade gritantemente anômala, que o faça igual ao particular intruso’ (RT 687/305). Tratando-se de crime praticado em detrimento da União Federal, não lhe socorre a alegação de se tratar de funcionário público do Estado do Acre. Inaplicável na espécie o procedimento destinado à apuração de delitos praticados por funcionários públicos (do opinativo ministerial) (TRF, 1ª Reg., HC 2006.01.00.045232-0/AC, Rel. Hilton Queiroz, 4ª T., DJ 2/2/2007, p. 28).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *usurpação de função pública*.

O objeto material é a função pública usurpada pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, pratica qualquer ato que importe no exercício da função por ele usurpada. Não basta, outrossim, dizer-se ocupante daquela função, havendo necessidade, portanto, de prática de atos de ofício que digam respeito ao seu exercício.

A tentativa é admissível.

Desempenhando o réu a função de leiloeiro oficial, mesmo que a comissão relativa à realização da arrematação não tenha sido efetivamente desfrutada, resta configurado o delito de usurpação de função pública qualificada, na forma tentada (TRF 4ª Reg., Ap. Crim. 2001.71.08.006451-3, Rel. Tadaaqui Hirose, 7ª T., j. 24/6/2008).

O delito do art. 328 do Código Penal não se configura sem o ânimo de usurpar. Indispensável que o agente se faça passar por ocupante de função pública e que pratique atos a ela pertinentes, com vontade deliberada de exercê-la (STJ, RHC 2356/CE, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, 5ª T., DJ 17/12/1992, p. 24.256).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão

para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *usurpar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Modalidade qualificada

O parágrafo único do art. 328 prevê uma modalidade qualificada de *usurpação de função pública*, na hipótese em que o agente aufera vantagem, que pode ser de qualquer natureza (material ou moral).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena prevista para a modalidade simples de *usurpação de função pública* é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Para a modalidade qualificada, constante do parágrafo único do art. 328 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento do delito tipificado no *caput* do art. 328 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo também na hipótese do *caput* do art. 328 do Código Penal.

Agente que é o titular da função, mas que se encontra temporariamente suspenso por decisão judicial

Deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 359 do Código Penal.

Agente que finge ser funcionário sem praticar, efetivamente, qualquer ato

O fato se subsumirá à contravenção penal de *simulação da qualidade de funcionário*, prevista pelo art. 45 do LCP (Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Usurpação de função no Código Penal Militar

Vide art. 335 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Usurpação de função pública e estelionato

O crime de usurpação de função pública se distingue do delito de estelionato, haja vista que, embora no primeiro, o agente possa, efetivamente, auferir alguma vantagem, esta advém do exercício indevido de alguma função pública. No estelionato, o agente não exerce qualquer função, mas, sim, faz passar-se por um funcionário com a finalidade de induzir ou manter a

vítima em erro para obter uma vantagem ilícita.

Usurpação de função pública praticada por funcionário público

Existe controvérsia jurisprudencial sobre a possibilidade de poder o funcionário público figurar como sujeito ativo do delito de usurpação de função pública, haja vista a situação topográfica do art. 328 do Código Penal, que se encontra inserido no capítulo II, relativo aos crimes praticados por *particular* contra a administração em geral.

Apesar da aludida controvérsia, entendemos que o delito poderá, também, ser praticado por funcionário público que venha a exercer, indevidamente, função para a qual não tinha atribuições.

O crime de usurpação de função pública, não se tratando de crime próprio, pode ser praticado por funcionário público, desde que usurpe função estranha à sua. ‘Sujeito ativo do crime, na conformidade da epígrafe do capítulo em que figura o art. 328, há de ser o particular (*extraneus*); mas é bem verdade que a este se equipara quem, embora sendo funcionário público, não está investido na função de que se trate. Como justamente adverte Sabatine (*op. cit.*, p. 403), o funcionário que usurpa função estranha à sua *agisce come um qualsiasi privato, anche se indirettamente si possa prevalere della qualità di pubblico ufficiale per commettere il delitto.* (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX, p. 409). Sancionando e publicando o Desembargador lei complementar, sem a existência de projeto de lei discutido, votado e aprovado pela Assembleia Legislativa, de iniciativa privativa da Corte Estadual de Justiça, e, por isso, a declaração de constitucionalidade, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, impõe-se o afastamento peremptório da alegação de falta de tipicidade penal da conduta e assegura a justa causa para a ação penal. E que se cuide de competência legislativa, a que teria usurpado o Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça, ao sancionar e publicar a Lei Complementar nº 43/2002, quando no exercício temporário do cargo de Governador do Estado da Paraíba, certifica-o a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, pois que criou e modificou artigos, inseriu, suprimiu e modificou incisos, inseriu e modificou alíneas, nada importando a pré-existência ou não de órgão ou ato normativo, que, de qualquer modo, é questão de prova, cuja análise intensa e extensa é própria do *meritum causae*. A gravidade do delito, usurpação de função pública, substanciada na sanção de lei complementar, sem a existência de projeto de lei discutido, votado e aprovado pela Assembleia Legislativa, de iniciativa privativa da Corte Estadual de Justiça, praticada no exercício temporário do cargo de Governador do Estado da Paraíba, decorrente da qualidade então ostentada pelo denunciado, Presidente do Tribunal de Justiça, a comprometer o exercício da função judicante e todo o Poder Judiciário, em sua dignidade, autoriza e determina o seu afastamento do cargo, como na letra do art. 29 da Lei Complementar nº 35/1979. Denúncia parcialmente recebida. Afastamento do cargo (STJ, CE, Apn. 329/PB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 23/4/2007, p. 226).

Usurpação de função pública e detetive particular

Tem-se discutido doutrinariamente se o chamado “detetive particular”, que leva a efeito investigações, muitas delas visando à apuração da prática de crimes, poderia ser responsabilizado pelo delito de usurpação de função pública.

Rogério Sanches Cunha, analisando essa situação, preleciona: “Para uma primeira corrente, há o crime, não importando se na categoria dos policiais civis inexista função com denominação de detetive. O que importa é que o “detetive particular” pratica atos pertinentes a

funcionários públicos legalmente investidos na atividade de investigar e a ilicitude decorre da atuação de quem “indébita ou ilegalmente executa ato de ofício”, e “objeto da tutela jurídica é a Administração Pública, no particular aspecto de regularidade dos serviços públicos, que se protege contra o exercício abusivo e ilegal de cargos e funções, por pessoas estranhas”.

Concordamos com a doutrina oposta, para quem não constitui delito, sendo lícito o trabalho de detetive particular, que se submete à legislação própria para a atividade profissional de prestação de serviço de investigação (Lei nº 3.099, de 24 de fevereiro de 1957). Haverá, sim, o crime na hipótese de o particular identificar-se como policial, agindo como se fosse servidor público executando ato oficial.”³⁸

Resistência Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio: Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Introdução

Quando a lei penal, a fim de caracterizar aquilo que denominou de *resistência*, utiliza a expressão *opor-se à execução de ato legal*, mediante violência ou ameaça, não está abrangendo toda e qualquer resistência, mas, sim, aquela de natureza *ativa*, não importando, na infração penal em estudo, a resistência reconhecida como *passiva*.

Para que a resistência seja considerada *ativa* e, portanto, característica do delito tipificado no art. 329 do Código Penal, deverá o agente valer-se do emprego de violência ou ameaça. A violência deverá ser aquela dirigida contra a pessoa do funcionário competente para executar o ato legal, ou mesmo contra quem lhe esteja prestando auxílio. Importa em vias de fato, lesões corporais, podendo até mesmo chegar à prática do delito de homicídio. A ameaça também poderá ser utilizada como meio para a prática do delito em estudo. Embora a lei penal não se utilize da expressão *grave ameaça*, tal como fez em outras situações, a exemplo do crime de roubo, entendemos que, também aqui, deverá ter alguma gravidade, possibilitando abalar emocionalmente um homem normal, ficando afastado aquela de nenhuma significância.

Caracteriza-se o crime de resistência pela oposição à execução de ato legal de funcionário público, mediante violência ou ameaça, conforme previsão da lei. Na hipótese de busca pessoal, o que independe de mandado, o procedimento condiciona-se à fundada suspeita de que o sujeito oculte consigo arma proibida ou objetos ou papéis que constituam corpo de delito (art. 242, § 2º, do CPP). Isso porque simples suspeita não

passa de suposição, algo intuitivo e frágil por natureza. Assim, até pelo aspecto invasivo e vexatório do procedimento, necessário que exista indício concreto de ocorrência apropriada para busca pessoal, evitando-se submeter pessoas aleatoriamente à revista (TJ-DFT, Processo: 20130610144793APJ, Rel. Des. Fábio Eduardo Marques, DJe 25/05/2016).

Para condenação pela prática do crime de resistência, previsto no art. 329 do Código Penal, imperiosa é a demonstração da oposição do agente, mediante ato de violência ou grave ameaça, contra a autoridade competente (TJMG, 0625502-60.2010.8.13.0079, Rel. Des. Catta Preta, *DJe* 25/6/2013).

Sendo legítima a ordem de prisão realizada pelo policial não é lícito ao réu, usando de violência, pretender afastar o ato de prisão, o que caracteriza situação de resistência punível (TJMG, AC 1275915-12.2007.8.13.0183, Rel. Des. Judimar Biber, *DJe* 29/6/2012).

Se os detentos, mediante ameaça, tentaram impedir a realização de ato legal por parte dos servidores que estavam de plantão na unidade prisional, qual seja, conter-lhes a fuga e mantê-los presos, incidiram, em tese, no tipo objetivo descrito no art. 329, do CP, cuja pena em abstrato é de dois meses a dois anos de detenção, não restando caracterizado o crime autônomo de ameaça, posto que elementar do tipo penal de resistência (TJPA, CNC 20103002707-8, Rel.^a Des.^a Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha, *DJPA* 9/7/2010).

Comete o crime de resistência o agente que, agindo com vontade livre e consciente, opõe-se à ordem de fiscalização em seu estabelecimento, mediante ameaça ao auditor fiscal do Ministério do Trabalho no cumprimento de suas funções (TRF, 1^a Reg., ACr 2006.38.03.004081-2, MG, Rel. Des. Fed. Mário César Ribeiro, *DJFI* 1º/6/2010, p. 233).

Como na *resistência passiva* o agente não utiliza esses meios – violência ou ameaça – para opor-se à execução do ato legal, caso ocorra, poderá se configurar em uma outra infração penal, como o delito de desobediência.

O crime de resistência previsto no art. 329 do Código Penal possui como um dos seus pressupostos a ocorrência da violência ou ameaça ao funcionário público. A resistência passiva não configura essa violência ou ameaça (TJDF, Rec. 2009.03.1.016051-3, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, DJDFTE 16/08/2010, Pág. 424).

Para que ocorra o delito de resistência, o agente deve opor-se a um ato legal, ou seja, determinado de acordo com os ditames da lei. No entanto, se o ato for ilegal, a resistência daquele contra quem é executado caracterizará o delito em estudo? Respondendo a essa indagação, surgiram três correntes.

Durante o absolutismo, prevalecia a corrente segundo a qual havia presunção de legalidade em todo ato praticado pelos funcionários públicos, razão pela qual não se poderia arguir qualquer direito de resistência.

Com o final do absolutismo e o início do século das luzes, surge, com relação ao direito de resistência, uma postura diametralmente oposta àquela que prevalecia durante o “período de escuridão”. Essa postura liberal foi consignada expressamente no art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, que diz: *Todo ato exercido contra um homem fora dos casos e sem as formas que a Lei determina é arbitrário e tirânico; aquele contra quem se quer exercer pela violência tem o direito de rechaçá-lo pela força.* Os revolucionários

diziam que, mais do que um *direito de resistência*, os cidadãos tinham um verdadeiro *dever de resistência*, pois que todos tinham a missão de esmagar a tirania do poder.

Assumindo uma posição intermediária, surgiu uma terceira corrente no que diz respeito à possibilidade do direito de resistência. Para essa corrente, adotada pelo nosso Código Penal, somente se pode falar em direito de resistência quando o sujeito estiver diante de um ato manifestamente ilegal. Não importa que o ato seja formal ou materialmente ilegal, pois, desde que manifestamente contrário às disposições legais, caberá o direito de resistência, atuando o sujeito que o repele amparado por uma causa de justificação, a exemplo da legítima defesa.

Não se pode confundir, no entanto, *ato injusto* com *ato manifestamente ilegal*. Contra a *injustiça do ato* não cabe o direito de resistência. Se o ato está formal e materialmente correto, contra ele não se pode arguir o direito de resistência.

Contudo, se o ato era originariamente legal, mas o funcionário se excede na sua execução, contra esse excesso caberá o direito de resistência, alegando-se, por exemplo, a legítima defesa, haja vista que todo excesso se configura numa agressão injusta e, consequentemente, abre a possibilidade para o raciocínio relativo a essa causa de justificação.

Finalmente, o ato, além de ser formal e materialmente legal, deverá ser executado por *funcionário competente* ou por *quem lhe esteja prestando auxílio*.

É de extrema importância a presença do assistido, ou seja, do funcionário público competente para a execução do ato legal, para efeitos de reconhecimento do crime de resistência quando a conduta praticada pelo agente (violência ou ameaça) é dirigida contra o particular que o auxilia, pois, caso contrário, restará afastado o delito em estudo.

Com efeito, as condutas de porte ilegal de arma de fogo e de resistência não guardam, entre si, uma relação de meio e fim, pois foram independentes e com desígnios autônomos, logo, descabido também o reconhecimento do crime de resistência como *post factum* impunível (TJ-RJ, AC 0000711-09.2015.8.19.0023, Rel.^a Des.^a Mônica Tolledo de Oliveira, DJe 14/08/2011).

O disparo de arma de fogo no curso de perseguição policial à paisana não configura o crime de resistência, quando o sujeito do delito não tem consciência de que está resistindo a ato legal do funcionário (TJSP, Ap. Crim. com Rev. 4921663200, 4^a Câm. de Direito Criminal, Rel. Willian Campos, pub. 23/4/2008).

O disparo de arma de fogo no curso de perseguição policial configura-se o crime de resistência na medida em que visa obstar à execução do ato legal de prisão em flagrante, em desrespeito à função pública, a efetividade e resguardo da autoridade (TJSP, Ap. Crim. com Revisão 4923403700, 4^a Câm. de Direito Criminal, Rel. Willian Campos, pub. 18/3/2008).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status de garantidor*, nos termos do art. 13, § 2º, do CP);

instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (podendo, no entanto, ser considerado como não transeunte, quando o agente vier a praticar qualquer ato passível de prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como o funcionário ou terceira pessoa que lhe esteja prestando auxílio, contra quem foi dirigida a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *resistência*.

O objeto material é a pessoa contra a qual foi praticada a violência ou proferida a ameaça.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito de *resistência* com a simples oposição à execução de ato legal, valendo-

-se o agente do emprego de violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio.

A tentativa é admissível, embora seja de difícil configuração.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O estado de exaltação não afasta o dolo do autor, pois, a resistência a uma ordem da natureza da que consta nos autos, dificilmente ocorre em situação de ânimo sereno. A condenação é medida que se impõe (TJRS, RCr 71002697316, Rel.^a Des.^a Laís Ethel Corrêa Pias, DJERS 20/8/2010).

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de se opor à execução de ato legal pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, principalmente considerando o fato, como vimos, de que não se configura na infração penal em exame a chamada *resistência passiva*, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Modalidade qualificada

Assevera o § 1º do art. 329 do Código Penal que se o ato, em razão da resistência, não se executa, a pena é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Concurso de infrações penais

O § 2º do art. 329 do Código Penal determina que as penas relativas ao crime de resistência serão aplicadas sem prejuízo das correspondentes à violência.

De acordo com a redação legal, podemos chegar a uma primeira conclusão, vale dizer, que somente haverá concurso de infrações penais entre o delito de resistência e aquele originário da violência, não sendo abrangida pelo tipo penal em estudo a *ameaça*, que ficará absorvida pelo delito tipificado no art. 329 do Código Penal.

Quanto à violência, entendemos que também restará afastada a contravenção penal de vias de fato, abrangendo o § 2º do art. 329 do Código Penal, tão somente, os delitos de lesão corporal (leve, grave, gravíssima ou seguida de morte) e homicídio.

Haverá, no caso, um concurso formal impróprio, aplicando-se a regra do cúmulo material, prevista na parte final do *caput* do art. 70 do Código Penal.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada para a modalidade fundamental do delito de resistência é de detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.

Para a modalidade qualificada, constante do § 1º do art. 329 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Em ambas as situações, o agente deverá, nos termos preconizados pelo § 2º do art. 329 do Código Penal, responder também pelas penas correspondentes à violência praticada.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no *caput* do art. 329 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo nas hipóteses do *caput* e do § 1º do art. 329 do Código Penal.

Resistência e embriaguez

Existe discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da influência da embriaguez do agente para efeitos de caracterização do delito de resistência.

Uma primeira corrente aduz que a embriaguez teria o condão de afastar o dolo, eliminando, consequentemente, a infração penal. Existe posição, ainda, no sentido de que mesmo nos casos de embriaguez completa, não proveniente de caso fortuito ou força maior, deveria o agente responder pela infração penal praticada, aplicando-se, pois, a teoria da *actio libera in causa*.

Tal como discorremos quando do estudo do crime de ameaça, entendemos que a questão não pode ser colocada em termos absolutos. É claro que se o agente estiver embriagado a

ponto de não saber o que faz, não teremos condições de identificar o dolo, principalmente se proferiu ameaças, no sentido de opor-se à execução do ato legal. Entretanto, se a embriaguez foi um fator que teve o poder de soltar os freios inibidores do agente, não podemos descartar a caracterização do delito.

O estado de embriaguez não impede a caracterização do crime, salvo se decorrente de caso fortuito ou força maior, o que não se evidencia nos autos (TJRS, RCr 71002679215, Rel.^a Des.^a Laís Ethel Corrêa Pias, *DJERS* 20/8/2010).

O estado de embriaguez obstaculiza a conclusão sobre o elemento subjetivo do tipo, que é o dolo, no que, na espécie, pressupõe a capacidade de discernimento e, portanto, a compreensão da postura adotada (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Ext.555/RFA, *DJ* 12/2/1993, p.1.450).

Resistência e desacato

Traçando a distinção entre os delitos de desacato e resistência, Lélio Braga Calhau, com precisão, assevera: “O desacato difere da resistência, já que nesta a violência ou ameaça direcionada a funcionário visa à não realização de ato de ofício, ao passo que, naquele eventual violência ou ameaça perpetrada contra funcionário público tem por finalidade desprestigar a função por ele exercida”.³⁹

Existe, no entanto, controvérsia a respeito da possibilidade de concurso entre os delitos de resistência e desacato. Uma primeira corrente entende que o delito de desacato absorveria o crime de resistência, conforme se verifica pela decisão do TJRJ, que diz: **Se o agente desacata, desobedece e ameaça servidor público no exercício de suas funções, só responde pelo delito mais grave, que é o crime de desacato, uma vez que os demais ilícitos ficaram absorvidos por este** (ACr. 1450/97, Petrópolis, Reg. 030998, 2^a Câm. Crim. Rel. Des. Afrânio Sayão, j. 14/4/1998).

Outra, em sentido completamente oposto, afirma que a resistência, mesmo possuindo uma pena inferior, absorveria o delito de desacato.

A resistência à prisão absorve o desacato, quando ambos são praticados dentro do mesmo contexto fático, prevalecendo, portanto, a competência do Juizado Especial Criminal para o seu deslinde (TJDFT, 200703100694 13RSE,

¹ T. Crim., Rel. George Lopes Leite, *DJ* 2/6/2008, p. 133).

Apesar das posições expostas, entendemos ser possível o concurso entre os delitos de resistência e desacato. Isso porque o desacato não é um meio para que o agente resista à execução do ato legal, tal como ocorre quando pratica violência ou ameaça o funcionário competente ou aquele que lhe presta auxílio. Trata-se de um concurso real de crimes, havendo mais de uma conduta, com a produção de mais de um resultado. O agente atua, ainda, com motivações diferentes. Como bem ressaltou Lélio Braga Calhau, o que o agente pretende com a prática da resistência é impedir a execução de um ato legal; ao contrário, no desacato, sua finalidade é desprestigar, menoscabar a função pública.

O desacato proferido durante a oposição de resistência constitui-se em mero exaurimento desta, caracterizando o chamado *post factum* impunível. Absolvição decretada (TJRS, ACr. 70034796557, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, DJERS 20/7/2010).

Resistência e desobediência

Existe controvérsia, também, no que diz respeito à possibilidade de concurso entre os crimes de desobediência e resistência.

No entanto, entendemos que, nesse caso, o ato de opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça, a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio, já compreende uma desobediência, devendo, portanto, o delito tipificado no art. 330 do Código Penal ser absorvido por aquele previsto no art. 329 do mesmo diploma repressivo.

Resistência e roubo impróprio

Ver discussão no tópico correspondente ao crime de roubo.

Resistência e crime militar

O delito de resistência previsto no art. 329, do Código Penal, igualmente, está capitulado no art. 177 do Código Penal Militar, ou seja é crime comum e crime militar. Entretanto, o presente delito foi cometido com a utilização de arma de brigada militar, portanto, incide na hipótese a Súmula nº 47, deste tribunal, cujo teor é o seguinte: *Compete à justiça militar processar e julgar crime cometido por militar contra civil, com emprego de arma pertencente a corporação, mesmo não estando em serviço* (STJ, S3, CC 4273/RS, Rel. Min. Pedro Acioli, DJ 16/8/1993, p. 15.950).

Concurso material

Havendo a cisão temporal das ameaças, uma dirigida à vítima do roubo e a outra aos funcionários públicos responsáveis pela prisão do réu, tem-se como caracterizado o concurso material entre os delitos de roubo e resistência (STJ, REsp. 674166/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 9/2/2005, p. 220).

Crime de resistência e lesão corporal. Concurso material. Exclui-se a hipótese de concurso formal se o acusado além de resistir ao mandado de prisão, ainda fere um dos policiais que está no cumprimento do dever (STJ. REsp. 184644/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., RT 778, p. 559).

Resistência e porte de arma

Porte ilegal de arma de fogo. Revólver usado no roubo e na resistência. Absorção por se tratar de crime meio para os outros (TJSP, AC 11437153000, 2ª Câm. de Direito Criminal, Rel. Ivan Marques, pub. 26/2/2008).

Resistência e fuga

Indispensável à configuração do crime de resistência a oposição do agente à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário público competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio. A mera fuga à perseguição policial não caracteriza o delito de resistência (TRF, 4ª Reg., RecCrSE 0000328-72.2010.404.7002, PR, Rel. Juiz Fed. Artur César de Souza, DEJF 5/8/2010, p. 877).

O desrespeito à ordem de parada no bloqueio policial, com o consequente atropelamento de policial, caracterizam o delito de resistência, porquanto implementadas as duas condições exigidas pelo tipo descrito no art. 329 do Código Penal. a) que o agente se oponha à execução de ato legal, configurada pela negativa do acusado ao deixar de atender ao comando de que parasse na barreira policial, e b) que pratique violência ou ameaça contra o funcionário competente, evidenciado pelo exame de corpo de delito e os depoimentos das testemunhas comprovam o ocorrido. O § 2º do art. 329 do CP estabelece o concurso material entre as penas da resistência e aquelas correspondentes às penas da violência, de modo que, comprovadas as lesões sofridas pelo policial rodoviário federal, em razão do seu atropelamento pelo acusado, também se tem caracterizado o crime de lesões corporais (art. 129 do CP) (TRF, 4ª Reg., ACr. 2008.71.07.000199-9, RS, Rel.ª Juíza Fed. Cláudia Cristina Cristofani, DEJF 23/7/2010, p. 302).

Auto de resistência e homicídio decorrente de intervenção policial

Não é incomum que, durante confrontos policiais, o suposto autor de determinada infração penal, ou mesmo alguém contra quem tenha sido expedido um mandado de prisão, possa vir a morrer. A polícia, nesses casos, ao narrar o aludido confronto, normalmente fazia menção à resistência oferecida pelo agente, que colocava em risco a vida ou mesmo a integridade física dos policiais que participavam daquela diligência. Assim, convencionou-se formalizar essa narrativa em um documento chamado *Auto de resistência*, onde se informava que o agente havia sido morto dada a resistência ativa por ele empregada. Nesses casos, os policiais relatavam uma situação de agressão injusta, que lhes permitia agir em legítima defesa.

Como o número de autos de resistência aumentou sensivelmente ao longo dos anos, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, da Presidência da República, entendeu por bem em regulamentar essas hipóteses, fazendo editar a Resolução nº 8, de 20 de dezembro de 2012, que, após algumas considerações, asseverando que as autoridades policiais devem deixar de usar em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crimes designações genéricas como “autos de resistência”, “resistência seguida de morte”, promovendo o registro, com o nome técnico de “lesão corporal decorrente de intervenção policial” ou “homicídio decorrente de intervenção policial”, conforme o caso.

Resistência mediante ameaça ou violência no Código Penal Militar

Vide art. 177 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Desobediência Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

Introdução

O núcleo do tipo é o verbo *desobedecer*, que significa deixar de atender, não cumprir a ordem legal de funcionário público, seja fazendo, ou mesmo deixando de fazer alguma coisa que a lei impunha.

A ordem deve ser formal e materialmente legal, tal como mencionamos quando do estudo do delito de resistência, bem como o funcionário público que a determinou deve ter atribuições legais para tanto, pois, caso contrário, a resistência do sujeito em obedecê-la não se configurará no delito em estudo.

Da mesma forma, não se poderá cogitar em crime de desobediência se a pessoa a quem foi dirigida a ordem, não tinha a obrigação legal de cumpri-la.

O texto penal previsto no art. 330 do Código Penal tem como elementar a desobediência a “ordem” legal de funcionário público, não se podendo incluir em tal conceito jurídico a desobediência a acordo judicial (STJ, RHC 67.452/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 12/09/2016).

Pratica o delito tipificado no art. 330 do Código Penal o agente que, tendo ciência inequívoca do comando emanado por policial rodoviário federal para estacionar o veículo que conduzia em barreira de fiscalização, descumpe tal ordem de maneira voluntária e consciente (TRF, 4^a Reg., Ap. Crim. 2006.71.02.003506-3, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, 8^a T., j. 1º/10/2008).

O perito criminal não pode, em princípio, ser agente do crime de desobediência, dado que, além de equiparado a funcionário público – que, agindo nessa qualidade, não comete tal delito –, está submetido a sanção pecuniária pela não aceitação do encargo (art. 277 – CPP), o que, salvo ressalva expressa de lei, afasta a sanção pelo art. 330 – CP (TRF, 1^a Reg., HC 2002.01.00.039412-8/GO, Rel. Olindo Menezes, 3^a T., DJ 28/2/2003, p. 110).

Para a configuração do delito de desobediência, imprescindível se faz a cumulação de três requisitos, quais sejam, desatendimento de uma ordem, que essa ordem seja legal, e que emane de funcionário público. Inexistindo recalcitrância do acusado ao cumprimento de ordem legal, não há falar em crime de desobediência (STJ, HC 17121/ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., DJ 4/2/2002, p. 566).

Só se configura o delito de desobediência quando há descumprimento à ordem legal endereçada diretamente para quem tem o dever legal de cumpri-la. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal por atipicidade (STJ, RHC 10648/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 19/3/2001, p. 120).

Não pratica crime o servidor público que se recusa a prestar informações sigilosas com base em expressa disposição legal. Inexigibilidade de conduta diversa (STJ, HC 7943/MS, Rel. Min. Anselmo Santiago, 6^a T., DJ 1/2/1999, p. 231).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo ou omissivo próprio, dependendo do modo como o delito é praticado, haja vista que o verbo *desobedecer* pode ser compreendido tanto comissiva, quanto omissivamente; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como o funcionário público, de forma secundária.

O delito desobediência tem o particular como sujeito ativo. O funcionário somente pratica esse delito caso a

ordem desrespeitada não seja referente às suas funções. A omissão, ademais, só se caracteriza quando a pessoa não cumpre obrigação jurídica (STJ, HC 1351/DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., LEXSTJ 39, p. 298).

A orientação jurisprudencial e doutrinária de que o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal não pode ser praticado por servidor público vem sendo relativizada por julgados do Superior Tribunal de Justiça (HC 30.390/AL; RHC 12.780/MS). Possibilidade de o servidor público cometer o crime de desobediência, por descumprimento de ordem judicial. Admitir o contrário, somente por conta da localização topológica do delito, no corpo do Código Penal, é fazer tábula rasa da obrigação inescusável do servidor de cumprir ordem judicial, gerando, assim, descrédito e falta de efetividade às decisões judiciais. Porém, o Eg. STJ já deixou assente que, para restar configurado o delito previsto no art. 330 do CP, ‘a ordem legal há que ser endereçada diretamente a quem tem o dever legal de obedecê-la’ (HC 10.150/RN, DJ 1/2/2000). Cabe observar que o paciente, na condição de Procurador Chefe do INSS, não se confunde com o órgão público que ele representa judicialmente. Afigura-se inquestionável, pois, que o Procurador Autárquico não é responsável pelo cumprimento da ordem judicial endereçada ao INSS, falecendo-lhe competência funcional para o cumprimento da ordem em tela, mesmo que detenha a função de chefia do Setor que representa a autarquia nas demandas judiciais (Processo 2007.36.00.700108-2, Juizado Especial Federal, 1ª T., Recursal/MT, Rel. Paulo Cézar Alves Sodré, DJ-MT 28/2/2007).

O sujeito ativo do crime de desobediência, segundo, Julio Fabbrini Mirabete, ‘é aquele que desobedece a ordem legal emanada da autoridade competente’ (*Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 1.769). O magistrado, em sua jurisdição cível, por certo, não tem competência para determinar prisão estranha ao seu âmbito de atuação: ‘[...] No exercício da jurisdição cível, não tem o juiz poderes para expedir ordem de prisão fora das hipóteses de depositário infiel e de devedor de alimentos (art. 5º, LXVII, CF)’ (STJ, HC 4.031/DF, T5, Rel. Min. José Dantas, ac. un., DJ 26/2/1996, p. 4.029). [...] o funcionário público a que falta competência para determinar, pessoalmente e no prazo estipulado em intimação judicial, o cumprimento do requisitório, não pode responder criminalmente como sujeito ativo do delito de desobediência, se no âmbito de suas funções tomou as providências devidas para atendimento à ordem judicial’ (TACRSP, RT 727/497) (TRF, 1ª Reg., HC 2001.01.00.048924-1/MG, Rel. Luciano Tolentino Amaral, 3ª T., DJ 8/3/2002, p. 62).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *desobediência*.

Não há objeto material, embora exista posição em contrário.⁴⁰

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente faz ou deixa de fazer alguma coisa contrariamente à ordem legal de funcionário público.

Dependendo da hipótese concreta, será possível o reconhecimento da tentativa, desde que se possa fracionar o *iter criminis*.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *desobedecer* pode ser interpretado tanto comissiva, quanto omissivamente.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *desobediência* é de detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal processar e julgar o delito tipificado no art. 330 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Desobediência a decisão judicial

Caso a desobediência diga respeito a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, terá aplicação, em virtude da adoção do princípio da especialidade, o art. 359 do Código Penal.

Desobediência no Código Penal Militar

Vide art. 301 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Desobediência praticada por funcionário público – Ministério Público e delegado de polícia

Questão que tem sido muito discutida ao longo dos anos e que até hoje não se pacificou diz respeito à possibilidade de um funcionário público figurar como sujeito ativo do delito de desobediência. Isso porque um de seus fundamentos é o fato de o art. 330 encontrar-se inserido no Capítulo II, que diz respeito aos crimes praticados por *particular* contra a administração em geral.

Alguns exemplos merecem atenção especial, como no caso do delegado de polícia que não cumpre as diligências requisitadas pelo Ministério Público. Nessa hipótese, uma primeira corrente se inclina pela aplicação de uma sanção de natureza simplesmente administrativa, uma vez que, sendo o delegado de polícia um funcionário público, não poderia ele figurar como sujeito ativo do delito de desobediência, que só pode ser cometido por um particular. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: *RHC. Delegado de polícia. Crime de desobediência. Atipicidade. Emendatio libelli. Impossibilidade. Impossível Delegado de Polícia cometer crime de desobediência – art. 330 do CP – que somente ocorre quando praticado por particular contra a Administração Pública (RHC, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, 5^a T., DJ 5/6/95, p. 16.675)*.

Com a devida *venia*, não podemos concordar com esse raciocínio. Embora, realmente, o delito de desobediência esteja inserido no capítulo correspondente aos crimes praticados por

particular contra a administração em geral, isso, por si só, não impede possa o funcionário público ser responsabilizado por essa infração penal.

Na verdade, temos de fazer uma diferença entre o funcionário que desobedece a ordem de seu superior hierárquico daquele outro sobre o qual não existe qualquer relação de hierarquia.

Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que um oficial de justiça deixe de atender ao mandado que lhe foi entregue, não cumprindo, portanto, a determinação judicial para que fizesse algo. Nesse caso, como existe relação de hierarquia entre o juiz e o oficial de justiça, que lhe é subordinado, não seria possível o reconhecimento do crime de desobediência, restando, tão somente, aplicar ao funcionário uma sanção de natureza administrativa, se for o caso.

Agora, qual a relação de hierarquia existente entre um delegado de polícia e um promotor de justiça? Nenhuma. O promotor de justiça, quando requisita uma diligência, pratica o ato de acordo com a lei? Sim, visto que vários diplomas legais conferem ao membro do Ministério Público essa possibilidade. A ordem, portanto, é legal. O funcionário encarregado de cumpri-la (no caso, o delegado de polícia) não tem para com ele (Ministério Público) qualquer relação hierárquica que importe num ilícito de natureza administrativa em caso de descumprimento da ordem. Assim, a única conclusão seria a possibilidade de se reconhecer o delito de desobediência quando o delegado de polícia, sem qualquer justificativa, e, agindo com dolo, não viesse a cumprir a ordem legal de funcionário competente.

Ultimamente, o STJ tem admitido a imputação de crime de desobediência a funcionário público: *O funcionário público pode cometer crime de desobediência, se destinatário da ordem judicial, e considerando a inexistência de hierarquia, tem o dever de cumpri-la, sob pena da determinação judicial perder sua eficácia. Precedentes da Turma (STJ, REsp. 1173226/RO, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJe 4/4/2011).*

O Eg. Superior Tribunal de Justiça, notadamente a Col. Quinta Turma, contrariando parte da doutrina, assentou entendimento segundo o qual é possível a prática do crime de desobediência por funcionário público, no exercício de suas funções (STJ, HC 30390/AL, *Habeas Corpus* 2003/0162430-7, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5^a T., DJ 25/2/2004, p. 200).

Desobediência à ordem que implicaria autoincriminação ou em prejuízo para o sujeito

Se o prejuízo é patente, não se pode responsabilizar criminalmente o agente pelo fato de não atender às ordens legais, afastando-se, outrossim, o delito de desobediência.

*Habeas corpus. Crime de desobediência. Recusa em fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais, visando instruir procedimento investigatório do crime de falsificação de documento. *Nemo tenetur se detegere*.* Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inc. IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato

de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa à qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe foi ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inc. IV do art. 174. *Habeas corpus* concedido (STF, HC 77135/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ 6/11/1998, p. 3).

Indiciado ou acusado que se recusa a comparecer em juízo ou na delegacia de polícia a fim de prestar suas declarações

Da mesma forma, não importará em reconhecimento do delito de desobediência quando o agente deixa de comparecer ao seu interrogatório em juízo, ou mesmo a fim de prestar suas declarações perante a autoridade policial, haja vista não estar obrigado a qualquer tipo de manifestação, nos termos preconizados pelo inc. LXIII do art. 5º da Constituição Federal.

Advogado que se recusa a prestar informações sobre fatos que importarão em prejuízo para seu cliente

O advogado não está obrigado a atender a suposta requisição do Ministério Público ou de qualquer outra autoridade para prestar esclarecimentos sobre fatos que importarão em prejuízo para seu cliente, em virtude do disposto no inc. XIX do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Cumulação da sanção penal por desobediência com sanção de natureza administrativa

Esclarece Hungria: “Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do Código de Processo Penal, está sujeita não só a prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, com o ‘processo penal por crime de desobediência’)\”,⁴¹ como também ocorre com a testemunha que, sem justa causa, deixa de comparecer à sessão de instrução e julgamento no Tribunal do Júri, para a qual havia sido intimada, nos termos do art. 458 do Código de Processo Penal, ao contrário do que ocorre com a testemunha referida pelo art. 412 do Código de Processo Civil, que prevê, tão somente, a sua condução perante o juízo, bem como o pagamento pelas despesas do adiamento da audiência.

Em atenção ao princípio de intervenção mínima do Direito Penal – *ultima ratio* –, esta Corte tem entendido que, para configurar o crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), não basta o descumprimento de ordem legal emanada por funcionário público competente, é indispensável que inexista sanção administrativa ou civil determinada em lei específica no caso de descumprimento do ato (STJ, HC 348.265/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 26/08/2016).

A previsão em lei de penalidade administrativa ou civil para a hipótese de desobediência a ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo a ressalva expressa de cumulação (doutrina e jurisprudência). Tendo sido cominada, com fulcro no art. 22, § 4º, da Lei n. 11.340/2006, sanção pecuniária para o caso de inexecução de medida protetiva de urgência, o descumprimento não enseja a prática do crime de desobediência. Há exclusão do crime do art. 330 do Código Penal também em caso de previsão em lei de sanção de natureza processual penal (doutrina e jurisprudência). Dessa forma, se o caso admitir a decretação da prisão preventiva com base no art. 313, III, do Código de Processo Penal, não há falar na prática do referido crime (STJ, REsp. 1374653/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 2/4/2014).

O desatendimento de ordem judicial expedida com expressa cominação de multa diária no caso de seu descumprimento (astreintes) não configura, pela sua atipicidade, o crime de desobediência previsto no art. 330 do CP. Precedentes do STF (STF, HC 885721/RS; Min. Cezar Peluso, j. 8/8/2006, 2ª T.) (TRF, 5ª Reg., Proc. 0009478-07.2010.4.05.0000/PE; Tribunal Pleno; Rel. Des. Fed. Edilson Pereira Nobre Júnior, DJETRF5 16/8/2010).

Na sistemática do Código de Processo Civil, não cabe a aplicação de pena de desobediência pela não juntada de documentos determinada em sede de ação cível (TJDFT, 20070020146663AGI, Rel. Iracema Miranda e Silva, 4ª T. Cív., DJ 18/6/2008, p. 62).

Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial, é indispensável que inexista a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação (STJ, HC 92655/ES, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 25/2/2008, p. 352).

Mandado de segurança e crime de desobediência

A art. 26 da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, diz *verbis*: *Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.*

Código Eleitoral

A simples ingestão de bebida alcoólica na data do pleito eleitoral não atrai a incidência da Lei nº 4.737/1965 – Código Eleitoral – art. 347 –, que prevê o crime de desobediência ou descumprimento de ordem emanada da Justiça Eleitoral. Conflito conhecido. Competência da Justiça Estadual (STJ, S3, CC 34274/PR, Rel. Min. Vicente Leal, LEXSTJ 163, p. 250).

Desobediência praticada por prefeito

Não encontra óbice no entendimento consolidado na Súmula nº 7/STJ o recurso que se limita à discussão acerca da qualificação jurídica de ato emanado do Judiciário como a ordem judicial a que se refere o art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967. Configura ordem judicial a determinação de Juiz do Trabalho dirigida a prefeito para que procedesse, de imediato, ao bloqueio do saldo pecuniário devido à empresa reclamada nos autos de reclamação trabalhista, bem como à colocação do crédito à disposição daquela Justiça Especializada. Tipicidade da conduta reconhecida (STJ, AgRg. no REsp. 679499/AM, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 9/6/2008, p. 1).

Advertência sobre o crime de desobediência

A advertência genérica, pelo Juízo extrapenal, à incidência em crime de desobediência em caso de descumprimento da ordem judicial, não configura constrangimento sanável na via do *habeas corpus*. 4. Recurso improvido (STJ, *RHC* 19960/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1^a T., *DJ* 22/4/2008, p. 1).

Mera intimação de decisão judicial, com a advertência de responsabilidade por crime de desobediência, não constitui, de per si, cerceamento à liberdade de locomoção passível de correção na via do *habeas corpus*, porquanto a advertência do Juízo é de caráter genérico, consubstanciando-se em mera exortação ao cumprimento de dever legal (STJ, *HC* 65350/TO, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJ* 17/12/2007, p. 238).

Descumprimento a ordem judicial protetiva

O STJ tem decidido que:

O descumprimento de medida protetiva, no âmbito da Lei Maria da Penha, não enseja o delito de desobediência, porquanto, além de não existir cominação legal a respeito do crime do art. 330 do Código Penal, há previsão expressa, no Código de Processo Penal, de prisão preventiva, caso a medida judicial não seja cumprida (STJ, *HC* 345.182/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., *DJe* 24/02/2016).

Consoante dispõe a reiterada jurisprudência desta Corte, o descumprimento de medida protetiva, estabelecida com fundamento na Lei nº 11.340/2006, não configura o crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, em razão da sua natureza subsidiária. Precedentes. Na espécie, o paciente, denunciado pelo crime de desobediência, teria descumprido medida protetiva – manter-se afastado da vítima e de seus familiares –, circunstância que não configura o delito descrito no art. 330 do Código Penal (STJ, *HC* 285.839/RS, Rel. Min. Leopoldo Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ/PE, 5^a T., *DJe* 14/05/2015).

Em sentido contrário, entendendo pela configuração da desobediência: O descumprimento de medidas protetivas de urgência fixadas no âmbito da Lei nº 11.340/2006 configura, em tese, o crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal (TJDFT, Acórdão 703516, 20120110717938EIR, Rel. Roberval Casemiro Belinati, Rev. Silvânio Barbosa dos Santos, Câm. Crim., j. 12/8/2013, *DJe*: 26/8/2013, p. 133).

O descumprimento de determinação judicial que impôs medida protetiva de urgência se amolda àquela prevista no art. 330 do Código Penal, eis que se configura ordem legal de funcionário público (TJDF, Rec. 2009.03.1.016051-3, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, *DJDFTE* 16/8/2010, p. 424).

O fato de o réu ter insistido em aproximar-se da ofendida depois de intimado, por decisão judicial, a não fazê-lo, configura o dolo do crime de desobediência à ordem da Justiça (TJDF, Rec. 2008.03.1.018102-0; Rel. Des. Mario Machado, *DJDFTE* 13/8/2010, p. 175).

Desobediência a ordem de parada, emanada por Policiais Militares

Dos depoimentos examinados, coerentes e harmônicos, emerge clara, a conduta, ilícita, do réu, que se negou, a obedecer à ordem emanada dos policiais que realizavam controle da segurança pública e de tráfego no local. Evidenciada a vontade livre e consciente do apelante de não atender a ordem de parar, está caracterizado o delito (TJRS, RCR 71002697282, Rel.^a Des.^a Ângela Maria Silveira, *DJERS* 20/8/2010).

O descumprimento de ordem de parar o veículo, emanada por Policiais Militares atuando na função de trânsito, não configura o delito previsto no art. 330, do CPB, mas infração administrativa prevista no art. 195

Desobediência e Lei da Ação Civil Pública

Vide art. 10 da Lei nº 7.347/85.

Desobediência e Estatuto do Idoso

Configura também crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa, a desobediência, prevista nos incisos IV e V do art. 100 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que prevê as condutas de: IV – deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei; V – recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

Desacato Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Introdução

O núcleo *desacatar* deve ser entendido no sentido de faltar com o devido respeito, afrontar, menosprezar, menoscabar, desprezar, profanar. Conforme esclarece Hungria, “a ofensa constitutiva do desacato é qualquer *palavra* ou *ato* que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, *etc*. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato”.⁴²

Para que ocorra o delito de desacato, faz-se necessária a presença do funcionário público, não se exigindo, contudo, seja a ofensa proferida face a face, bastando que, de alguma forma, possa escutá-la, presenciá-la, enfim, que seja por ele percebida. Hungria, com precisão, também esclarece: “Não é desacato a ofensa *in litteris*, ou por via telefônica, ou pela imprensa, em suma: por qualquer modo, na ausência do funcionário. Em tais casos, poderão configurar-se os crimes de injúria, difamação, calúnia, ameaça, se ocorrerem os respectivos *essentialia*, e somente por qualquer deles responderá o agente”.⁴³

Também é fundamental, para efeito de caracterização do delito de desacato, que as ofensas sejam proferidas contra o funcionário público *no exercício da função (in officio)* ou *em razão dela (propter officium)*. A conduta de menosprezo deve, portanto, dizer respeito às funções exercidas pelo funcionário, que atingem, diretamente, a Administração Pública. Qualquer altercação entre um *extraneus* e um funcionário público que diga respeito a problemas

pessoais que não coloque em desrespeito as funções por este exercidas, pode se configurar em outra figura típica, mas não no desacato.

Realizam o tipo penal do crime de desacato expressões de cunho desrespeitoso e de desrespeito à função pública exercida pelos policiais militares, agentes do Estado que, em cumprimento de dever, atenderam chamada sobre ameaça e realizaram abordagem padrão em possível suspeito de estar em situação de praticar violência doméstica (TJ-DFT, Processo: 20151010087252APJ, Rel. Des. Asiel Henrique de Sousa, DJe 12/08/2016).

No caso, a paciente teve recebida contra si a denúncia pelo Tribunal *a quo*, pela suposta prática do crime de desacato, por ter pronunciado a frase “eu nunca ouvi tanta besteira”, direcionada ao Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado da Paraíba. Não obstante a paciente tenha faltado com os deveres de urbanidade ao se dirigir à vítima, o fato é que a conduta não se amolda ao tipo penal descrito na exordial. Não se evidencia dos autos o claro intuito de ofender ou menosprezar a vítima, mas sim demonstrar, de maneira descortês, ressalte-se, intensa insatisfação com a temática debatida no evento interno do Ministério Público do Estado da Paraíba. Ademais, imperioso ressaltar que incide para o caso o art. 41, inciso V, da Lei nº 8.625/93, que confere ao membro do Ministério Público Estadual a prerrogativa da imunidade material, sendo ele inviolável pelas opiniões que externar, nos limites da sua independência funcional (STJ, HC 305.141/PB, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 18/02/2015).

O crime de desacato – artigo 331 do Código Penal – tem como objetividade jurídica o respeito e prestígio da função pública, perfazendo o crime quando qualquer pessoa desrespeita funcionário público, e, o que restou claro é que o apelante desconhecia o fato de o senhor de camiseta regata preta para quem teria proferido as palavras descritas na inicial, tratava-se de funcionário público. Inexiste, portanto, o dolo, consistente na vontade deliberada de desprestigar a função exercida pelo sujeito passivo (TJRJ, AC 0020381-41.2011.8.19.0001, Rel^a Des^a Elizabeth Gregory, j. 2/9/2014).

O ato de proferir palavras desairosas aos policiais no momento da prisão do filho da própria e na delegacia configura o delito de desacato (art. 331 do Código Penal) (TJDFT, Rec. 2008.07.1.011594-0, Rel.^a Des.^a Sandra de Santis, DJDFTE 30/7/2010, p. 260).

Sem embargo da discussão acerca da necessidade de dolo específico para o crime de desacato, o fato é que, no caso dos autos, é possível extraír-se dos depoimentos colhidos que o acusado agiu com evidente intenção de desprestigar a função do policial militar que o repreendeu pela sua atitude reprovável (TJDFT, 20050110463313APR, 1^a T. Crim., Rel. César Loyola, DJ 15/4/2008, p. 74).

São precisas as lições de Lélio Braga Calhau, quando diz: “Para a configuração do delito se faz necessário o *nexo funcional*, ou seja, que a ofensa seja proferida no exercício da função ou que seja perpetrada em razão dela. Esse nexo funcional pode se apresentar de duas formas: *ocasional* ou *causal*. Será *ocasional* se a ofensa ocorre onde e quando estiver o funcionário a exercer funções de seu cargo – ou de caráter *causal*, quando, embora presente, o ofendido não esteja a desempenhar ato de ofício, mas a ofensa se dê em razão do exercício de sua função pública.

Se a ofensa não for em razão da função pública, mas sim sobre a conduta particular do ofendido, a ação penal será privada, pois não ocorrerá desacato, mas um crime contra a honra.”⁴⁴

É importante frisar, no entanto, que *exercício da função* diz respeito à prática de qualquer ato a ela correspondente, independentemente do local onde é levado a efeito. Assim, como adverte Noronha, “um juiz de direito ou um delegado de polícia não são ofendidos apenas no fórum ou na delegacia, mas também, por exemplo, em imóvel, onde aquele se acha em diligência de ação demarcatória, ou em lúpanar, onde o segundo foi ter por ocasião de um crime”.⁴⁵

Não é preciso que o agente esteja no exercício da função para que se possa configurar o desacato, bastando que a conduta ofensiva seja praticada em razão dela.

Os crimes do Cap. II do Título XI do Código Penal, ao contrário dos previstos no Cap. I, não são especiais (próprios). São, em princípio, comuns ou gerais. O sujeito ativo, desde que preencha as exigências do tipo (tanto no plano objetivo como no subjetivo) pode ser, inclusive, funcionário público. O comportamento da vítima, ensejando lamentável e desnecessário desentendimento, não implica a ocorrência de desacato dada, *in casu*, ausência de menoscabo em relação à função pública. A irritação ou a falta de educação, por si, não pode ser, automaticamente, alçada à categoria de matéria penal (STJ, CE, Inq. 292/AC, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 4/2/2002, p. 248).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *desacato*, tratando-se, portanto, de um crime comum. O delito pode ser praticado até mesmo por outro funcionário público, havendo controvérsia doutrinária, no entanto, quando o funcionário desacatado for hierarquicamente inferior ao agente. Hungria⁴⁶ posiciona-se no sentido de que somente haveria desacato se o agente tivesse posição idêntica ou inferior à do funcionário público desacatado, afastando-se, outrossim, na hipótese em que a conduta de menoscabo partisse de um superior contra um inferior hierárquico. Em sentido contrário, afirma Fragoso que “sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, inclusive funcionário público, quer exerça, ou não, a mesma função do ofendido; tenha ou não, a mesma categoria dele. Já não vigora o princípio *inter pares non fit iniuria*”.⁴⁷

Entendemos, *permissa venia*, que a razão se encontra com Fragoso. Isso porque, como é cediço, o funcionário público é protegido de forma mediata, pois o que está em questão é a Administração Pública em si. Quando um funcionário desacata outro funcionário, ele, na verdade, despe-se dessa qualidade e atua como um particular. Simplesmente pelo fato de ser

um superior hierárquico não pode ofender a Administração Pública, ali representada pelo seu funcionário, não importando o tipo de função que exerce, bem como a sua hierarquia, comparativamente ao agente. Assim, poderá um juiz de direito responder pelo delito de desacato se, porventura, vier a proferir palavras de desprezo contra um oficial de justiça, no exercício de sua função ou em razão dela.

O sujeito passivo é o Estado, bem como, de forma secundária, o funcionário público.

Sendo o sujeito passivo do desacato o Estado e, secundariamente, o funcionário público, mesmo este não estando em horário de trabalho, pode ocorrer o desacato se o ofensor levar em consideração a função pública exercida pelo ofendido. Dolo configurado (TJRS, RCr 71002686707, Rel.^a Des.^a Laís Ethel Corrêa Pias, DJERS 20/8/2010).

O crime de desacato, por ser crime comum, pode ter no seu polo ativo qualquer pessoa, inclusive funcionário público (STJ, HC 9322/GO, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5^a T., DJ 23/8/1999, p. 137).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *desacato*.

O objeto material do delito é o funcionário público desacatado no exercício de sua função ou em razão dela.

Consumação e tentativa

O delito se consuma no instante em que o agente pratica o comportamento que importe em desprezo, menoscabo, enfim, desrespeito para com a Administração Pública, ali representada através de seu funcionário, independentemente do fato de ter este último se sentido desacatado.

Dependendo da forma como o delito é praticado, será possível o reconhecimento da tentativa. No entanto, na maioria das hipóteses, trata-se de crime monossubstancial, no qual não se pode fracionar o *iter criminis*, impossibilitando, assim, o raciocínio relativo ao *conatus*.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de desacato, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O delito de desacato exige dolo específico por parte do agente, que deve demonstrar o propósito de desprezar, faltar com o respeito ou humilhar o funcionário público, não podendo ser consideradas para tal fim expressões de baixo calão proferidas durante um entrevero e acentuadas pelo fato díré encontra-se sob efeito de substâncias entorpecentes (TJMG, AC 1.0460.10.001866-8/001, Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira, DJe 19/8/2014).

Não configurado o dolo de atingir a função pública, haja vista que o fato ocorreu em festa de carnaval, quando as pessoas, não havendo motivo para que o policial retirasse o réu do bloco, por não ter obedecido a pedido de retirar a camiseta do rosto. A retorsão a ato arbitrário do policial não configura delito de desacato por não estar comprovado o dolo (TJRS, RCr 71002684405, Rel.^a Des.^a Laís Ethel Corrêa Pias, DJERS

20/8/2010).

Para a caracterização do delito de desacato, é necessário o elemento subjetivo do injusto (dolo específico), consistente na vontade de ultrajar e desprestigar a função pública exercida pelo ofendido, não bastando para tanto a mera enunciação de palavras ofensivas resultantes de desabafo ou revolta efêmera do agente (TRF, 4^a Reg., Ap. Crim. 2004.71.08.011348-3, Rel. Ricardo Nüske, 7^a T., j. 3/2/2009).

Restando evidente a ausência de intenção de desrespeitar, ofender ou menosprezar funcionário público no exercício da função, falta justa causa para a ação em que a paciente é denunciada pela prática de desacato (STJ, HC 25421/RJ Rel. Min. Paulo Gallotti, 6^a T., DJ 20/3/2006, p. 354).

A figura do desacato exige dolo, intenção de ultrajar ou desprestigar, não se configurando o tipo se houve discussão motivada pela exaltação mútua de ânimos. Recurso conhecido e provido (STJ, REsp. 13946/PR, Rel. Min. Cid Fláquer Scartezzini, 5^a T., RT 697, p. 372).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *desacatar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *desacato* é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 331 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

O crime praticado contra juiz eleitoral, órgão jurisdicional de cunho federal, evidencia o interesse da União em preservar a própria Administração, porém a competência criminal da Justiça Eleitoral restringe-se ao processo e julgamento dos crimes tipicamente eleitorais, não abrangendo o crime comum praticado contra aquele juiz (no caso, o desacato do art. 331 do CP). Dessarte, é forçoso reconhecer, na hipótese, a competência da Justiça Federal, mas se esclareça que o crime em tela está abrangido pelo conceito de menor potencial ofensivo, a reclamar a competência do Juizado Especial Federal. Precedente citado: CC 35.883-SE, DJ 15/9/2003 (STJ, CC 45.552/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 8/11/2006, Informativo 303).

Pluralidade de funcionários ofendidos

Se os fatos ocorrerem em um mesmo contexto, haverá crime único, devendo o número de funcionários desacatados ser considerado para efeitos de aplicação da pena.

Embriaguez

Tal como ocorre em outras infrações penais, a exemplo do delito de resistência, discute-se se a embriaguez do agente teria o condão de eliminar o seu dolo e, consequentemente, afastar a infração penal em estudo.

Remetemos o leitor ao item em que discorremos sobre a embriaguez e o crime de resistência, pois tudo o que foi dito se aplica ao delito em exame.

Os estados de embriaguez e de drogadição não impedem a caracterização do crime, salvo se decorrentes de caso fortuito ou força maior, o que não restou evidenciado nos autos. Condenação mantida (TJRS, RCr 71002686715, Rel.^a Des.^a Laís Ethel Corrêa Pias, *DJERS* 20/8/2010).

Exigência de ânimo calmo e refletido

Entendemos, com a devida *venia* das posições em contrário, que, para efeitos de configuração do delito de desacato, não se exige deva o agente atuar com ânimo calmo e refletido. Isso porque, geralmente, a infração penal é praticada em situações de alteração psicológica, agindo o agente impulsionado por sentimentos de raiva, ódio, rancor *etc.*

Em se tratando de crimes de desacato e ameaça, não elide o dolo a afirmação do réu de que tinha os ânimos exaltados quando a abordagem policial era legítima (TJDFT, 20070510036929APJ, 2^a T., Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Rel. Carlos Pires Soares Neto, *DJ* 9/6/2008, p. 280).

Desacato praticado por advogado e o § 2º do art. 7º do Estatuto de OAB

Diz o art. 133 da Constituição Federal que o *advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

O Código Penal, a seu turno, cuidando das chamadas imunidades judiciárias, assevera, no inc. I do seu art. 142, não se constituir em injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.

De forma inusitada, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispôs sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no § 2º do seu art. 7º, ampliou as mencionadas imunidades excluindo a punição dos advogados por desacato.

No entanto, logo após a entrada em vigor do referido diploma legal, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1127 MC-QO/DF, julgada, pelo Plenário, em 17/5/2006, com acerto, declarou a constitucionalidade da expressão “ou desacato”, constante do mencionado § 2º do art. 7º do Estatuto da OAB, razão pela qual o advogado, mesmo que no exercício de sua profissão, ainda que em juízo, ou fora dele, não poderá proceder de modo a menoscabar a Administração Pública, devendo ser responsabilizado pelo delito de desacato, caso venha a praticar qualquer comportamento que se amolde ao art. 331 do Código Penal.

Ofensa dirigida a funcionário que não se encontra presente

Se o funcionário público não estiver presente quando da conduta do agente, mesmo que praticado *propter officium*, ou seja, em razão das suas funções, o fato poderá subsumir-se a um delito contra a honra, com a incidência da causa especial de aumento de pena, prevista no inc. II do art. 141 do Código Penal.

Para que se configure o delito de desacato é necessária a presença do funcionário público no local em que proferidas as ofensas, inexistindo a respectiva tipificação quando referidos doestos ocorrem por meio de telefone. Precedentes (TRF, 1^a Reg., RCCR 2001.30.00.001828-2/AC, Rel. Cândido Ribeiro, DJ 2/5/2003, p. 65).

O crime de desacato (conforme dicção do art. 331 do Código Penal, parte final) configura-se, em tese, mesmo quando o funcionário público não está no regular exercício de suas atribuições e é ofendido em razão de sua condição funcional (STJ, RHC 11396/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 3/9/2001, p. 230).

Indignação e desacato

O simples fato de demonstrarmos a nossa indignação com determinadas atitudes administrativas não importa em desacato.

Penal. Desacato. Ação penal. Trancamento. Tipicidade. *Habeas corpus*. Recurso. A reação indignada do cidadão em repartição pública onde esbarra com intolerância de servidor com quem discute não configura desacato (CP, art. 331). Um Estado pode ser eficiente ou não dependendo do nível de cidadania dos que pagam impostos. Pagar impostos e conformar-se, aceitando as coisas como sempre estão, em suas mesmices, implica aumentar o poder dos mandantes e seus mandados, ampliando-se a arrogância entre todos de todas as esferas da administração. Contra a má prestação de serviços públicos em quaisquer de suas formas, quaisquer que sejam os agentes estatais, resta ao contribuinte a indignação. Só pela indignação, pela denúncia, será possível repor o Estado brasileiro na compatibilidade da Constituição e das leis, resgatando-se em favor dos pagadores de impostos a verdadeira cidadania. Recurso conhecido e provido para trancar a ação penal (STJ, RHC 9615/RS; RO em HC, Rel. Min. Edson Vidigal, 5^a T., DJ 25/9/2000, p. 113).

Desacato no Código Penal Militar

Vide arts. 298, 299 e 300 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Tráfico de Influência (*Redação dada pela Lei nº 9.127, de 16/11/1995.*)

Art. 332. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função: (*Redação dada pela Lei nº 9.127, de 16/11/1995.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 9.127, de 16/11/1995.*) **Parágrafo único.** A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

(Redação dada pela Lei nº 9.127, de 16/11/1995.) Introdução

Solicitar deve ser entendido no sentido de pedir; *exigir* significa impor, ordenar, determinar; *cobrar* é atuar no sentido de ser pago, de receber; *obter* importa em alcançar, conseguir.

Todos esses comportamentos devem ser dirigidos no sentido de que o agente obtenha, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, que poderá ou não ter caráter econômico, podendo, também, tratar-se de uma prestação sexual, haja vista não haver qualquer limitação interpretativa para efeitos de seu reconhecimento. Como esclarece o dispositivo em estudo, não há necessidade de que o agente tenha, efetivamente, recebido a vantagem por ele solicitada, exigida ou cobrada, bastando, tão somente, que o sujeito passivo a tenha prometido.

O sujeito atua, praticando qualquer dos comportamentos típicos, com a finalidade de obter vantagem de qualquer natureza, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário no exercício da função. A expressão *a pretexto de influir* demonstra que, na verdade, o agente age como verdadeiro estelionatário, procurando, por meio do seu ardil, enganar a vítima. Nesse sentido, esclarece Noronha: “O crime realmente é um estelionato, pois o agente ilude e frauda o pretendente ao ato ou providência governamental, alegando um prestígio que não possui e assegurando-lhe um êxito que não está ao seu alcance. Todavia, o legislador preferiu, muito justificadamente, atender aos interesses da administração, lembrando-se, com certeza, de que, frequentes vezes, pela pretensão ilícita que alimenta, o mistificado equivale ao mistificador, estreitados numa torpeza bilateral”.⁴⁸

Trata-se de tipo misto alternativo.

Demonstrada a vontade consciente do denunciado em obter vantagem financeira, a pretexto de influir em ato praticado por policiais no exercício das suas funções, prometendo à mãe de preso a alteração de diálogos interceptados, está tipificada a prática delitiva (TJRS, AC 70058485293, Rel. Des. Rogerio Gesta Leal, j. 27/3/2014).

Cometem o delito previsto no art. 332, parágrafo único, do CP os agentes que solicitam dinheiro de contribuintes da Receita Estadual, a pretexto de influir no comportamento funcional de servidores públicos da Secretaria Estadual da Fazenda. Condenação mantida (TJRS, ACr. 70027719947, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, DJERS 9/6/2010).

Pratica o delito de tráfico de influência a pessoa que obtém vantagem para si, a pretexto de influir em ato a ser praticado por membro de banca examinadora do Detran, incidindo, ainda, a qualificadora prevista no parágrafo único do art. 332 do CP, se o agente afirma que a vantagem se destinava ao funcionário (TJMG, APCR 1.0363.04.015475-1/0011, Rel. Des. Doorgal Andrada, DJEMG 5/5/2010).

Sabendo a vítima que o pretexto utilizado pelo agente a fim obter vantagem era inconsistente, não há falar em crime de tráfico de influência (TJRS, Ap. Crim. 70013 164330, 8ª Câm. Crim., Rel. Roque Miguel Fank, j. 14/6/2006).

O crime de tráfico de influência, previsto no art. 332 do Código Penal, com a Redação dada pela Lei nº 9.127, de 1995, se caracteriza, para os fins cogitados, pela conduta de solicitar, para si, vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função. A conduta do Recorrido se limitou à proposta da quantia de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), como contraprestação dos seus serviços advocatícios. Tal fato, por si só, não caracteriza o ilícito penal previsto no art. 332 do Código Penal, que, para sua consumação, exige o dolo específico de influir, com especial fim de agir (STJ, REsp. 662706/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 21/2/2005, p. 223).

A apuração de tráfico de influência no recinto do fórum, por servidor do Poder Judiciário, faz-se mediante

expediente administrativo próprio, a cargo do órgão fiscalizador dos serviços judiciários, ou seja, a Corregedoria-Geral de Justiça. Cabe ao interessado formular-lhe representação, com minuciosa exposição dos indicativos fáticos a tanto hábeis (TJMG, Processo 1.0000.00.308339-1/000 [1], Rel. Hyparco Immesi, pub. 22/3/2005).

O crime de tráfico de influência pressupõe que a vantagem de que cogita seja postulada ‘a pretexto’ de influir em ato praticado por funcionário público. A denúncia criminal, pois, há de conter, modo expresso, esse elemento, sem o que não reúne condições de suportar processo válido, capaz de autorizar o exame do conteúdo da pretensão punitiva. Denúncia, no caso, que não explicitou, de modo claro, que a cobrança havida se dera com o propósito de influir na atividade de funcionário público, como tanto não se havendo de ter o simples exercício da atividade a que se dedicava o apelante – despachante. Uma coisa é contratar os serviços de despachante, que hão de se dar, obrigatoriamente, perante órgãos públicos, e outra, bem diversa, é a cobrança a pretexto de exercer influência na atividade que lá se realizará (TJRS, Ap. Crim. 698 086295, 2ª Câm. Crim., Rel. Marcelo Bandeira Pereira, j. 25/6/1998).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que, de maneira secundária, foi vítima de um dos comportamentos praticados pelo sujeito ativo.

Tráfico de influência. Art. 332 do CP. Análise probatória que permite a constatação dos elementos dos tipos necessários à configuração do delito. Bom nome da Administração Pública como sujeito passivo principal. A empresa/vítima é mero sujeito passivo secundário do delito de tráfico de influência, sendo que o Estado ou a Administração Pública são os verdadeiros titulares do interesse penalmente tutelado, pelo que, comprovado que o agente procurou aquela, intencionando receber vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário pertencente aos quadros desta, necessária a incursão no art. 332 do Código Penal (TJMG, Processo 1.0000.00.265167-7/000[1], Rel. Herculano Rodrigues, pub. 6/8/2002).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *tráfico de influência*.

O objeto material do delito é a vantagem perseguida pelo agente.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito no instante em que o agente, efetivamente, pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal constante do art. 332 do diploma repressivo.

Merece registro o fato de que não é preciso que o agente obtenha a vantagem ou mesmo a promessa de cumprimento da aludida vantagem, para efeitos de reconhecimento da consumação, pois as condutas de *solicitar*, *exigir* e *cobrar* demonstram tratar-se de um crime formal, de consumação antecipada, sendo que se a pessoa abordada, por exemplo, fizer a entrega de tal vantagem, isso deverá ser considerado como um mero exaurimento do crime. Em sentido contrário, posiciona-se Noronha: “Dá-se a consumação no momento e no lugar em que o agente obtém a vantagem ou ela lhe é prometida, sendo indiferente à perfeição do delito a conduta posterior do agente, que, aliás, poderá transmudar o crime, na hipótese em que, por exemplo, ele resolve agir junto ao funcionário, corrompendo-o.”⁴⁹

Dependendo da hipótese concreta, visualizando-se a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*, será possível a tentativa. Quando os atos forem praticados de forma concentrada, dada à sua natureza monossubsistente, ficará afastada a tentativa.

Consuma-se o crime de tráfico de influência (art. 332 do Código Penal) com a solicitação, exigência, cobrança ou obtenção de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função (STJ, CC 108664/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, DJe 16/2/2011, LEXSTJ 259, p. 126).

Não procede a alegação de ausência de prejuízo para o Estado a justificar a incompetência da Justiça Federal, posto que o citado delito se consuma com a simples exigência da quantia pactuada em troca da influência a ser exercida (STF, HC 80877/PA, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T., DJ 16/11/2001, p. 7).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *tráfico de influência*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *solicitar*, *exigir*, *cobrar* e *obter* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

A pena será aumentada da metade, conforme determina o parágrafo único do art. 332 do Código Penal, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

Comete o delito de tráfico de influência, na sua forma qualificada, o agente que solicita dinheiro a pretexto de influir no comportamento do funcionário público no exercício de sua função, afirmado que o numerário seria a este destinado (TJMG, Processo 1.0145.00.015975-9/001[1], Rel. Antônio Armando dos Anjos, j. 19/6/2007).

Comete o delito previsto no art. 332, parágrafo único, do CP o agente que solicita dinheiro de cidadão, a pretexto de influir no comportamento funcional de policiais civis, afirmado que o numerário também seria destinado a estes (TJRS, Ap. Crim. 7001 5089253, 4ª Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 9/11/2006).

Crime contra a Administração Pública. Tráfico de influência. Forma qualificada. Acusado que solicita

determinada quantia em dinheiro para si e para dar ao Delegado de Polícia local para melhorar a situação de envolvido em inquérito policial para apurar furto de gado. Delito caracterizado. Inteligência do art. 332, do Código Penal (TJMG, Processo 1.0000.00.162172-1/000 [1], Rel. Luiz Carlos Biasutti, p. 19/5/2000).

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *tráfico de influência*, de acordo com a nova Redação dada pela Lei nº 9.127, de 16 de novembro de 1995, é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A pena será aumentada de metade, também nos termos da nova redação do parágrafo único, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Tráfico de influência em transação comercial internacional

Se a conduta de solicitar, exigir ou cobrar, praticada pelo agente, for dirigida finalisticamente no sentido de obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional, o delito será aquele tipificado no art. 337-C do Código Penal, em virtude da aplicação do princípio da especialidade.

A Justiça Federal é competente, conforme disposição do inciso V do art. 109 da Constituição da República, quando se tratar de infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, como é caso do racismo, previsto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário, assim como nos crimes de guarda de moeda falsa, de tráfico internacional de entorpecentes, de tráfico de mulheres, de envio ilegal e tráfico de menores, de tortura, de pornografia infantil e pedofilia e corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais (STJ, CC 132.984/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, S3, DJe 02/02/2015).

Exploração de prestígio

Se o agente solicita ou recebe dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em ato de juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha, o fato se subsumirá ao tipo penal constante do art. 357 do diploma repressivo, que prevê o delito de *exploração de prestígio*.

O ‘comprador de prestígio’, não obstante a imoralidade de sua conduta, é sujeito passivo secundário e não coautor do crime de tráfico de influência (TRF, 1ª Reg., HC 2002.01.00.005559-5 /DF Rel. Carlos Olavo, 4ª T, DJ 19/7/2002, p. 5).

Tráfico de influência no Código Penal Militar

Vide art. 336 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Corrupção ativa Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

(Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12/11/2003.) **Parágrafo único.** A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Introdução

O núcleo *oferecer* deve ser entendido no sentido de propor, apresentar uma proposta para entrega imediata, uma vez que o verbo *prometer*, também constante do art. 333 do Código Penal, nos dá a entender que essa proposta, esse oferecimento seja para o futuro. Tratando-se de um crime de forma livre, a corrupção ativa pode ser praticada por diversos meios, a exemplo de sinais, gestos, escritos, conversas explícitas *etc.*

As condutas de oferecer e prometer devem ser dirigidas a um funcionário público e dizer respeito a uma vantagem a ele indevida. Existe controvérsia a respeito do que seja, efetivamente, *vantagem indevida*. Entendemos que a *vantagem indevida* pode ter qualquer natureza, isto é, econômica, moral, sexual etc., pois o tipo penal está inserido em capítulo, bem como em título que nos permite essa ilação.

A conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público deve ser dirigida finalisticamente no sentido de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Quando o tipo penal em estudo se vale do verbo determinar, o faz não com um sentido impositivo, mas, sim, com uma conotação de convencimento. Isso significa que o corruptor não necessariamente exige que o funcionário pratique qualquer dos comportamentos mencionados pelo tipo, mas, sim, que a sua conduta o convence, o estimula a praticá-los.

Portanto, a finalidade do comportamento do corruptor é fazer, com o oferecimento ou promessa da vantagem indevida, com que o funcionário público pratique, omita ou retarde ato de ofício. Assim, é fundamental que se trate de ato de ofício, ou seja, aquele atribuído às funções exercidas pelo funcionário perante a Administração Pública, não havendo, até mesmo, necessidade de que o mencionado ato seja ilícito. Se o funcionário público, no entanto, vier a, efetivamente, retardar ou omitir o ato de ofício, ou a praticá-lo com infração ao dever funcional, a pena será aumentada em um terço, conforme determinação contida no parágrafo único do art. 333 do Código Penal.

Não configura o tipo penal de corrupção ativa sujeitar-se a pagar propina exigida por autoridade policial (STJ, AgRg no REsp 1.397.405/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 07/10/2016).

Prevalece na jurisprudência do STF e do STJ a inexistência de bilateralidade entre os crimes de corrupção passiva e ativa, pois, de regra, tais comportamentos delitivos, “por estarem previstos em tipos penais distintos e autônomos, são independentes, de modo que a comprovação de um deles não pressupõe a do outro” (RHC 52.465/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, 5^a T., julg. 23/10/2014, DJe 31/10/2014) (STJ, HC 306.397/DF, Rel. Min.

Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 06/04/2015).

Consoante o pacífico magistério doutrinário e jurisprudencial ‘O crime de corrupção ativa é formal e instantâneo, consumando-se com a simples promessa ou oferta de vantagem indevida (CC 110304/DF Relator(a) Ministro Napoleão Nunes Maia Filho Órgão Julgador S3 Data do Julgamento 28/04/2010)’. Nestes termos, basta o simples oferecimento da promessa ao funcionário público com vistas à obtenção da vantagem indevida para subsunção da conduta aos termos do art. 333 do Código Penal. Por outro lado, alcançada a finalidade proposta pelo agente, impõe-se a aplicação da causa de aumento de pena (CP, art. 333, parágrafo único) (TJES, AC 024110263712, Rel. Des. Carlos Henrique Rios do Amaral, Julgamento: 25/6/2014).

É medida de rigor a condenação do apelado por corrupção ativa, quando comprovado que o mesmo oferecia ou prometia vantagem indevida a funcionário público consistente em policial militar, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (TJMG, APCr. 0355245-77.2007.8.13.0344, Rel. Des. Pedro Vergara, DJEMG 2/8/2010).

Comete o delito do art. 333, *caput*, o agente que oferece vantagem indevida a policial militar para que se abstenha de autuá-lo por infração de trânsito. Confiabilidade das declarações do policial militar, máxime quando corroborado pelas afirmações das testemunhas presencias do ato da prisão em flagrante (TJRS, Ap. Crim. 70018401174, 4^a Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 26/4/2007).

Quando o agente busca corromper dois funcionários fazendários, oferecendo-lhes quinhentos reais para a devolução de documento fiscal, a hipótese é de delito único e não de concurso formal, já que é crime de mera conduta, que tem como sujeito passivo, o próprio Estado (TJRS, Ap. Crim. 70018925511, 4^a Câm. Crim., Rel. Gaspar Marques Batista, j. 17/5/2007).

Nas formas de ‘dar’ e ‘receber’ – como também de ‘prometer’ e ‘aceitar promessa’ –, os tipos penais da corrupção ativa e passiva são interdependentes, ainda que os legislador tenha definido cada conduta em figura autônoma. Trata-se de hipótese de concurso necessário – diz-se necessário porque integra a própria definição típica, diferentemente do concurso eventual do art. 29 do CP. Verificado o concurso necessário, impõe-se a reunião dos processos, pela continência (STJ, REsp. 440106/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., DJ 9/10/2006, p. 367).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; formal; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

Crime de corrupção ativa que, ademais, é de natureza formal, não necessitando o agente ativo ter, no local do seu cometimento, valores para oferecimento imediato à vítima (TJSP, AC 11446143600, Rel. Marco Antônio Cogan, j. 6/5/2008).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como, secundariamente, o funcionário público, desde

que não aceite a vantagem indevida, pois, caso contrário, será considerado como autor do delito de corrupção passiva, nos termos do art. 317 do Código Penal.

A conduta típica do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP), consiste no oferecimento ou promessa de vantagem, devendo ser espontâneo. Não se trata de qualquer funcionário, mas daquele que tem o dever de ofício de realizar ou não o ato. Assim, é necessário que o ato esteja dentro da esfera de atribuições do servidor público (TRF,

1^a Reg., ACR 2003.34. 00.029962-5/DF, Rel. Mário César Ribeiro, 4^a T., DJ 13/7/2007, p. 30).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção ativa*.

O objeto material do delito é a vantagem indevida.

Consumação e tentativa

Tratando-se de crime formal, o delito de *corrupção ativa* se consuma no instante em que o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo, vale dizer, quando *oferece* ou *promete* vantagem indevida a funcionário público, com a finalidade de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. A consumação ocorre, portanto, no momento do oferecimento ou da promessa da vantagem indevida, não havendo necessidade, para efeitos de seu reconhecimento, que o funcionário público, efetivamente, venha a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

O delito restará consumado ainda que o funcionário público recuse a indevida vantagem econômica oferecida ou prometida pelo agente; caso venha a aceitá-la, deverá o funcionário ser responsabilizado pelo delito de corrupção passiva, havendo, nesse caso, uma quebra da chamada teoria monista ou unitária, prevista no art. 29 do Código Penal, devendo o corruptor ativo responder pelo delito tipificado no art. 333 do citado diploma legal, e o funcionário corrupto pelo art. 317 do mesmo estatuto.

A tentativa será admissível desde que, na hipótese concreta, se possa fracionar o *iter criminis*, embora seja de difícil configuração.

O delito de corrupção ativa pode ser praticado por interpota pessoa, não carecendo, necessariamente, para o seu aperfeiçoamento, que a pessoa – por intermédio da qual o agente oferece ou promete a vantagem indevida a funcionário público – filie-se à sua vontade no crime já em execução. O crime de corrupção ativa detém natureza formal, e a aceitação da vantagem ilícita é, via de regra, mero exaurimento, sendo essa a principal característica desse tipo de delito, portanto incabível a tentativa no caso (arts. 14, II, e 333 do CP) (STJ, AgRg. no REsp. 1154263/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6^a T., DJe 29/5/2013).

O crime de corrupção ativa consuma-se pela oferta ou promessa de oferta do agente ativo (TJMG, APCR 0555768-82.2005.8.13.0342, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, DJEMG 11/8/2010).

A inexistência de apreensão dos valores oferecidos, não descaracteriza a consumação do delito. No crime de corrupção ativa, as declarações dos policiais, prestadas de forma uníssona e harmônica, gozam de presunção

iuris tantum de veracidade, sendo consideradas como provas idôneas e suficientes à condenação, ainda mais nesta espécie de delito, que, via de regra, costuma ser praticado na clandestinidade, sendo presenciado apenas pelos sujeitos ativo e passivo do crime (TRF, 2^a Reg.; ACr. 1998.51.01.035656-4, Rel.^a Des.^a Fed. Liliane Roriz, DEJF2 20/7/2010).

O delito de corrupção ativa pode ser praticado por interposta pessoa, não requisitando, necessariamente, para o seu aperfeiçoamento, em hipóteses tais que a pessoa, por intermédio da qual o agente oferece ou promete a vantagem indevida a funcionário público, adira à sua vontade no crime já em execução, convertendo-se em autor. O agente que, valendo-se das atribuições de assessor do funcionário, promete ou oferece vantagem indevida, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, comete crime de corrupção ativa, tipificado no art. 333 do Código Penal. Não transmitida a proposta ao funcionário pelo assessor, caracterizada fica a tentativa do delito (STJ, HC 33535/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6^a T., RSTJ 195, p. 569).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de corrupção ativa, não havendo previsão, pois, para a modalidade de natureza culposa.

No crime de corrupção ativa exige-se, além da consciência e vontade de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, o elemento subjetivo do injusto consistente na intenção de obter do servidor a prática, omissão ou retardamento de ato de ofício. No caso, ausente o elemento subjetivo específico – prática, retardamento ou omissão de ato de ofício –, visto que, figurando o funcionário público na condição de acusado, não possuía atribuição para o início ou auxílio na investigação do fato – ausência de competência para a prática de qualquer ato da persecução penal na condição de policial militar (STJ, AgRg. no Ag. 1372909/MG, 5^a T., DJe 24/4/2013).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *offerecer* e *prometer* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

O parágrafo único do art. 333 do Código Penal diz que a pena é aumentada em um terço se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *corrupção ativa*, de acordo com a alteração feita pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

A pena será aumentada em um terço, nos termos do parágrafo único do art. 333 do Código Penal, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Corrupção ativa no Código Penal Militar

Vide art. 309 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Corrupção ativa em transação comercial internacional

O fato se amoldará, em virtude do princípio da especialidade, ao art. 337-B do Código Penal.

Oferecimento de vantagem indevida após a prática do ato

Para que se configure o delito de corrupção ativa, a conduta do agente, ao oferecer ou prometer a indevida vantagem a funcionário público, deve ser dirigida no sentido de fazer com que ele pratique, omita ou retarde ato de ofício. Portanto, para efeitos de caracterização da corrupção ativa, o oferecimento ou promessa da vantagem ilícita deve ser anterior ao comportamento praticado pelo funcionário.

Caso o agente, após a prática do ato de ofício pelo funcionário público, venha lhe oferecer ou prometer vantagem indevida, o fato não se subsumirá ao tipo penal que prevê o delito de corrupção ativa.

Quando a vantagem for oferecida após a prática do ato – consistente na busca e apreensão de objetos em oficina mecânica e localização de seu auferidor –, de corrupção ativa não se trata. Sentença absolutória mantida (TJRS, Ap. Crim. 70013720867, 7ª Câm. Crim., Rel. Alfredo Foerster, j. 1º/2/2007).

Atipicidade no que diz respeito à conduta de dar a vantagem solicitada pelo funcionário público

No tipo penal do art. 333 não se encontra a previsão do núcleo *dar*, ao contrário do que ocorre com os delitos mencionados nos arts. 309 do Código Penal Militar e 337-B do Código Penal.

Assim, por não ser possível o recurso à analogia *in malam partem*, deverá ser considerado atípico o comportamento do *extraneus* que, cedendo às solicitações do funcionário corrupto, lhe dá a vantagem indevida.

Não configura o tipo penal de corrupção ativa sujeitar-se a pagar propina exigida por Autoridade Policial, sobretudo na espécie, onde não houve obtenção de vantagem indevida com o pagamento da quantia. ‘Caso a oferta ou promessa seja efetuada por imposição ou ameaça do funcionário, o fato é atípico para o *extraneus*, configurando-se o delito de concussão do funcionário (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 2.177). [...] (STJ, HC 62908/SE, 5ª T., Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJ 3/12/2007, p. 339) **Oferecimento de pequenos agrados**

Não é incomum no serviço público o oferecimento de pequenos agrados, feitos por particulares, com a finalidade de angariar a simpatia dos funcionários públicos. Assim, são oferecidas caixas de bombons, canetas, garrafas de vinho *etc*. Se tais comportamentos não são destinados a fazer com que o *intraneus* pratique, omita ou retarde ato de ofício, não terão eles a importância exigida pelo Direito Penal.

Corrupção ativa desportiva

A Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010, disponde sobre medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas, alterando o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003), após inúmeros escândalos na manipulação de resultados envolvendo árbitros, “cartolas”, jogadores de futebol etc., criou uma figura típica específica para esse tipo de situação, a que podemos denominar, mesmo sem a presença expressa de tal rubrica, de *corrupção ativa desportiva*, cuja redação constante de seu art. 41-D diz, *verbis*: *Art. 41-D. Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva:*

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

Tal como ocorre com o delito de corrupção previsto pelo art. 333 do Código Penal, aquele que promete a vantagem, com essa finalidade específica, responderá pelo delito tipificado no art. 41-D do Estatuto de Defesa do Torcedor, enquanto que aquele que a aceita, responderá pelo art. 41-C do mesmo diploma legal.

Ao contrário do que ocorre no Código Penal, que não previu no seu art. 333 o núcleo dar, essa previsão foi feita pela Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010. Assim, se um árbitro solicita determinada vantagem para alterar, por exemplo, o resultado de uma competição desportiva, e o “cartola”, anuindo à solicitação, dá a ele, efetivamente, a vantagem solicitada, os dois responderão criminalmente pelos seus atos, cada qual pela sua infração penal correspondente, vale dizer, o árbitro pelo delito tipificado no art. 41-C e o cartola por aquele previsto pelo art. 41-D, todos do mesmo diploma repressivo.

Crime impossível

Só pode haver crime impossível, tratando-se de corrupção ativa, se a vantagem é oferecida ou prometida de forma que nunca possa chegar ao servidor destinatário, ou se é oferecida ou prometida para pessoa que não seja funcionária pública, sem qualquer poder para praticar, omitir ou retardar o ato de ofício (TJRS, Ap. Crim. 70018925511, 4ª Câm. Crim., Rel. Gaspar Marques Batista, j.17/5/2007).

Flagrante esperado

Crime de corrupção ativa. Hipótese em que o delito se desenvolveu, por etapas, com participação de pessoas diferentes: sondagem inicial junto ao funcionário; confirmação e verificação, por outra pessoa, do resultado dessa sondagem; concretização da oferta e pagamento da propina (ocasião do flagrante). Flagrante esperado, caracterizado na consumação da última etapa, já que, no caso, não houve provocação ou instigação da autoridade, que se limitou a não opor resistência ao desenrolar dos acontecimentos, isto é, as investidas espontâneas dos corruptores (STJ, HC 2467/RJ, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª T., RSTJ 82, p. 279).

Princípio da insignificância

Comprovado nos autos que o acusado, de forma livre e consciente, ofereceu vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a omitir ato de ofício, resta caracterizado o crime tipificado no artigo 333 do

Código Penal O objeto jurídico tutelado pela norma penal é o bom e regular funcionamento da Administração Pública, que não pode ser mensurado economicamente, o que inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância ao delito de corrupção ativa. Inaplicável, à espécie, o princípio da intervenção mínima do direito penal, já que este é cabível tão-somente quando a conduta realmente não é lesiva à sociedade, não sendo necessário proteger penalmente bens juridicamente já tutelados em outras esferas. Tal situação não se configura na hipótese em tela, em que se tem por fito a repressão a delitos que corrompem a moralidade da Administração Pública e de seus agentes (TRF, 4^a Reg., ACr. 2007.70.00.002815-8, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, DEJF 25/6/2010, p. 275).

Corrupção ativa e Código Eleitoral

Vide art. 299 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral).

Descaminho Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem: I – pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; II – pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; III – vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; IV – adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

Introdução

Em sua redação original, o art. 334 do Código Penal tipificava as figuras do *contrabando* e do *descaminho*, quando previa, conjuntamente, os comportamentos de *importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria*, razão pela qual a doutrina denominava a primeira parte do mencionado artigo como sendo hipótese de *contrabando (próprio)* e a segunda, onde se previa o descaminho, como sendo a de *contrabando impróprio*.

Com o advento da Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, os delitos foram desmembrados,

sendo que o descaminho permaneceu tipificado no art. 334 e o contrabando passou a ser previsto no art. 334-A, recebendo, outrossim, tratamentos diferenciados, principalmente no que diz respeito às penas cominadas a cada uma dessas infrações penais, sendo o delito de contrabando considerado mais grave que o de descaminho, como veremos quando da análise desses tipos penais.

De acordo com a redação constante do *caput* do art. 334 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de iludir, no todo ou em parte; b) o pagamento de direito ou imposto; c) devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

Ao contrário do que ocorre com o delito de contrabando (art. 334-A), no descaminho não há proibição de importação ou exportação da mercadoria. O agente, no entanto, ilude, ou seja, tenta se livrar, enganar, fraudar, total ou parcialmente, do pagamento de direito ou imposto que, normalmente, recairia sobre a mercadoria, devido pela entrada, pela saída, ou pelo seu consumo, almejando, dessa forma, lucrar com seu comportamento, que, consequentemente, traz prejuízo não somente ao erário público, como também às demais pessoas (físicas ou jurídicas) que importam ou exportam as mercadorias, com fins comerciais, e que efetuam corretamente o pagamento de direito ou imposto, fazendo com que ocorra uma desigualdade no valor final dessas mercadorias. Trata-se de um crime, portanto, onde o agente tem por finalidade burlar a fiscalização tributária, objetivando deixar de levar a efeito o pagamento o tributo que era devido.

Imposto, de acordo com o art. 16 do Código Tributário Nacional, é o *tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte*.

Por mercadoria devemos entender qualquer bem passível de remoção, tendo ou não a finalidade de comercialização. Assim, alguém pode, por exemplo, burlar parcialmente o pagamento do imposto correspondente a determinado automóvel, de importação permitida, querendo tão somente utilizá-lo ou mesmo para fins comerciais, onde ampliaria sua margem de lucro com a sua venda.

Se o fundamento da punição pelo descaminho é a fraude, a ilusão, total ou parcial, do pagamento de direito ou imposto, devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, não haverá a prática do crime, portanto, quando não houver a necessidade desse pagamento, como ocorre, por exemplo, com os livros, em que existe imunidade tributária, de acordo com o art. 150, III, d, da Constituição Federal.

Conforme esclarecem Julio Mirabete e Renato Mirabete, “há decisões subordinando o crime de descaminho a questões prévias, prejudiciais, de natureza administrativa e fiscal. Segundo essa orientação, estende-se ao delito, dada a sua natureza tributária, o entendimento de que a ausência de prévia constituição do crédito na esfera administrativa, mediante o

lançamento definitivo do tributo, impede a configuração de crime material contra a ordem tributária. A Súmula Vinculante nº 24, porém, refere-se somente aos crimes materiais contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90. Também não são diligências absolutamente necessárias à apuração do ilícito a busca e apreensão ou o exame pericial”.⁵⁰

Crime de descaminho (CP, art. 334). Ausência de constituição definitiva do crédito tributário. Prescindibilidade. Crime formal que se considera consumado independentemente do resultado. Precedentes (STF, HC 122.268/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª T., DJe 04/08/2015).

Classificação doutrinária

Crime comum; doloso; de forma livre; comissivo, ou omissivo próprio (uma vez que a ilusão no pagamento pode ser total ou parcial); formal; instantâneo, de efeitos permanentes; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte (podendo, no entanto, ser considerado como não transeunte, se houver possibilidade de realização de perícia).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *descaminho*, haja vista que o tipo do art. 334 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *descaminho*.

O objeto material do delito é a mercadoria proibida, ou o direito ou o imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo seu consumo, cujo pagamento fora iludido total ou parcialmente.

No crime de descaminho “entrada ou saída de mercadoria permitida sem o recolhimento do tributo devido”, o bem jurídico tutelado é a ordem tributária, motivo pelo qual a lesão ao Fisco considerada irrigória ensejaria a atipicidade da conduta (STJ, EREsp 1.230.325/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, S3, DJe 05/05/2015).

O objeto jurídico tutelado no descaminho é a Administração Pública, considerada sob o ângulo da função administrativa que, vista pelo prisma econômico, resguarda o sistema de arrecadação de receitas; pelo prisma da concorrência leal, tutela a prática comercial isonômica; por fim, pelo ângulo da probidade e da moralidade administrativas, garante, em seu aspecto subjetivo, o comportamento probo e ético das pessoas que se relacionam com a coisa pública (STJ, AgRg no AREsp 600.795/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 10/03/2015).

Consumação e tentativa

De acordo com as lições de Luiz Regis Prado “a consumação do delito de descaminho se perfaz com a liberação da mercadoria pela alfândega. Caso o delito seja perpetrado em outro local, esta se realiza, na modalidade de exportação, quando a mercadoria transpõe a linha de

fronteira do território nacional, enquanto, na hipótese de importação, a consumação se dá no momento em que o produto ingressa no país, ainda que se encontre nos limites da zona fiscal”.⁵¹

O STJ, reconhecendo a natureza formal do delito de descaminho, decidiu: A descrição típica do descaminho exige a realização de engodo para supressão (no todo ou em parte) do pagamento de direito ou imposto devido no momento da entrada, da saída ou do consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias (STJ, AgRg no AREsp 600.795/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 10/03/2015).

A partir do julgamento do HC 218.961/SP, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o delito de descaminho é formal, se configurando com o simples ato de iludir o pagamento do imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Precedentes do STJ e do STF. O bem jurídico tutelado pelo art. 334 do Estatuto Repressivo vai além do valor do imposto iludido ou sonegado, pois, além de lesar o Fisco, atinge a estabilidade das atividades comerciais dentro do país, dá ensejo ao comércio ilegal e à concorrência desleal, gerando uma série de prejuízos para a atividade empresarial brasileira. Assim, o descaminho não pode ser equiparado aos crimes materiais contra a ordem tributária, o que revela a impossibilidade de que o agente tenha a sua punibilidade extinta pelo pagamento do tributo (STJ, RHC 43.558/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 13/02/2015).

Tratando-se, como regra, de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *descaminho*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente deverá conhecer todos os elementos que integram a figura típica em estudo, pois, caso contrário, poderá ser arguído o erro de tipo ou mesmo o erro de proibição. Assim, imagine--se a hipótese daquele que traz consigo, do exterior, mercadoria cuja importação supunha possuir imunidade tributária, razão pela qual deixou de efetuar o pagamento dos impostos correspondentes.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *iludir*, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, poderá ser considerada comissiva ou omissiva, dependendo da forma como o delito de descaminho for praticado. Nesse sentido, preleciona Ivan Luiz da Silva, que o agente pode realizar “a conduta de modo comissivo (p. ex., indicar que a mercadoria não é tributável ou atribuir valor a menor para evitar a tributação etc.) ou omissivo (deixar de declarar na entrada ou saída do território nacional)”⁵².

Como bem alertado por Fernando Galvão:

“É juridicamente impossível responsabilizar pelo crime em exame aquele que esteja na posição de garantidor e por omissão inobservar o seu dever de agir para evitar a ocorrência do *descaminho*. Para tal caso o Código Penal prevê o crime omissivo próprio de *facilitação de contrabando ou descaminho* (art. 318), que afasta a incidência da regra da omissão imprópria.”⁵³

Modalidades assemelhadas ao descaminho

O § 1º do art. 334 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, prevê quatro modalidades assemelhadas ao descaminho, a saber: *I) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;*

[...].

Navegação de cabotagem, de acordo com a definição constante do inciso IX do art. 2º da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, é a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores. O inciso X do citado artigo define a navegação interior como aquela realizada em hidrovias interiores, em percurso nacional ou internacional.

II) pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

[...].

Fato assimilado é aquele previsto pela legislação especial, comparável descaminho, cuidando-se, portanto, de uma norma penal em branco.

III) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

[...].

De acordo com as lições de Ivan Luiz da Silva, esse dispositivo legal incrimina a prática de “descaminho por agentes que exercem a atividade comercial ou industrial. Assim, trata-se de um crime próprio, pois o sujeito ativo deve ser comerciante ou industrial, já que a conduta criminosa deve ser praticada no exercício de atividade comercial ou industrial. Para não haver dúvida quanto à qualidade de comerciante do agente, o legislador dispõe no §2º que “Equipara--se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências”. Assim, a descrição típica alcança tanto o comerciante regularmente estabelecido como o comerciante de fato (ou seja, que exerce o comércio de modo irregular ou

clandestinamente). Não obstante, é necessário que haja a habitualidade para caracterizar-se o exercício do comércio, seja regular ou irregular”.⁵⁴

Além, disso, a repercussão de ordem prática ao se aplicar ao autor do descaminho o inciso III *sub examen* pode residir no fato de que, em algumas situações, a exemplo daquele que expõe à venda ou mantém em depósito, o delito deixaria de ser instantâneo, de efeitos permanentes, passando a ser considerado um crime permanente, podendo o agente, nesse caso, ser preso em flagrante, além de modificar a contagem do prazo prescricional.

Na segunda parte constante do inciso III em estudo, estaríamos diante de um caso de receptação, ficando afastada, no entanto, a aplicação do art. 180 do Código Penal, em virtude da aplicação do princípio da especialidade.

O § 2º do art. 334 do Código Penal, como mencionado, equipara às atividades comerciais qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, até mesmo em residências.

IV) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

Cuida-se, também aqui, de um delito de receptação, que foi especializado pelo inciso IV do § 1º do art. 334 do Código Penal.

Aplica-se, *in casu*, o § 2º do art. 334 do citado diploma repressivo no que diz respeito à extensão do conceito de atividades comerciais.

Conforme esclarece Cleber Masson, “em relação à mercadoria de procedência estrangeira desacompanhada de documentação legal (exemplo: nota fiscal), o elemento subjetivo é o dolo (direto ou eventual), acompanhado de um especial fim de agir (elemento subjetivo específico), representado pela expressão ‘em proveito próprio ou alheio’. No tocante à mercadoria de procedência estrangeira acompanhada de documentos falsos, impõe-se a presença do dolo direto, pois o sujeito ‘sabe serem falsos’ tais documentos. Também se exige um elemento subjetivo específico (‘em proveito próprio ou alheio’”).⁵⁵

Causa especial de aumento de pena

Diz o § 3º do art. 334 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, que a pena será aplicada em dobro, se o crime de descaminho for praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

O transporte aéreo utilizado pelo agente dificulta a descoberta da infração penal, importando em maior juízo de censura.

Na redação anterior do § 3º do art. 334 do estatuto repressivo não havia previsão da

mencionada causa especial de aumento de pena para as hipóteses em que o crime de descaminho fosse praticado através de transporte marítimo ou fluvial, tendo a modificação trazida pela Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, suprido aquela lacuna.

Transporte marítimo, como é cediço, é aquele realizado através dos mares, por qualquer tipo de embarcação; fluvial é o levado a efeito pelos rios.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de descaminho (*caput* e § 1º do art. 334 do Código Penal) é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial, de acordo com o § 3º do art. 334 mesmo diploma legal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não aplicado o § 3º do art. 334 do Código Penal.

Competência para julgamento

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula nº 151, ratificou posição no seguinte sentido: *Súmula nº 151. A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens.*

Princípio da insignificância

O princípio da insignificância tem sido aplicado por nossos Tribunais Superiores à infração penal tipificada no art. 334 do diploma repressivo.

A Corte consolidou entendimento de que deve ser observado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para aplicação do princípio da insignificância em crime de descaminho, decidido pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.112.748/TO, mantida orientação quando do julgamento do REsp 1.393.317/PR (STJ, EREsp 1.533.017/SP, Rel. Min. Felix Fischer, S. 3, DJe 31/08/2016).

A Terceira Seção desta eg. Corte Superior firmou orientação no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.112.748/TO, de minha relatoria, que, no crime de descaminho, o princípio da insignificância somente afasta a tipicidade da conduta se o valor dos tributos elididos não ultrapassar a quantia de dez mil reais, estabelecida no art. 20 da Lei nº 10.522/2002. A publicação da Portaria MF nº 75/2012, por não possuir força legal, não tem o condão de modificar o patamar para aplicação do princípio da insignificância (REsp 1.393.317/PR, S3, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 02/12/2014) (STJ, AgRg no REsp 1.394.011/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 13/05/2015).

No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00 previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. Na espécie, como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R\$ 14.922,69, é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho,

com base no princípio da insignificância, já que o paciente, segundo os autos, preenche os requisitos subjetivos necessários ao reconhecimento da atipicidade de sua conduta (STF, RHC 126.191/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª T., DJe 08/04/2015).

Percebe-se, portanto, que para efeitos de aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho, nossos Tribunais Superiores estão levando em conta as disposições contidas no art. 20 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, que dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, com a nova redação dada pela Lei nº 11.033/2004, que diz: *Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).*

Na redação original, o valor era de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Agora, com a nova redação, foi elevado para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Apesar da posição assumida pelos nossos Tribunais Superiores, não entendemos deva o mencionado art. 20 servir de parâmetro para efeitos de aplicação do raciocínio relativo ao princípio da insignificância, pois isso resultaria em situações evidentemente injustas, a exemplo daquele que é condenado por ter praticado um furto no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), enquanto outro agente, autor de um delito de descaminho, seria absolvido por ter iludido o pagamento de impostos que importavam, por exemplo, em um prejuízo de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) para o Estado.

Não se pode considerar a falta de interesse da Fazenda Pública no sentido de processar suas execuções fiscais de débitos com valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para efeito de reconhecimento da insignificância. Uma coisa é o desinteresse em dar início à execução fiscal por questões de ordem econômica (ou seja, o custo do processamento judicial pode ser superior ao valor executado); outra coisa é se, no caso concreto, existe tipicidade material, o que nos parece evidente, tendo em vista o elevado valor previsto pelo art. 20 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004.

Atualmente, o Ministério da Fazenda elevou o valor mínimo para efeitos de cobrança, *em algumas situações*, conforme se verifica pela leitura do art. 2º, da Portaria nº 75, de 22 de maio de 2012: *Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.*

Nesse caso, nossos Tribunais Superiores também alterariam a posição já consolidada, para aumentar o raciocínio do princípio da insignificância para valores abaixo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)?

Analisando essa modificação de valores, decidiu o STJ:

Soa imponderável, contrária à razão e avessa ao senso comum tese jurídica que, apoiada em mera opção de política administrativo-fiscal, movida por interesses estatais conectados à conveniência, à economicidade e à eficiência administrativas, acaba por subordinar o exercício da jurisdição penal à iniciativa da autoridade fazendária. Sobrelevam, assim, as conveniências administrativo-fiscais do Procurador da Fazenda Nacional, que, ao promover o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00, determina, mercê da elástica interpretação dada pela jurisprudência dos tribunais superiores, o que a Polícia pode investigar, o que o Ministério Público pode acusar e, o que é mais grave, o que o Judiciário pode julgar. Semelhante esforço interpretativo, a par de materializar, entre os jurisdicionados, tratamento penal desigual e desproporcional se considerada a jurisprudência usualmente aplicável aos autores de crimes contra o patrimônio, consubstancial, na prática, sistemática impunidade de autores de crimes graves, decorrentes de burla ao pagamento de tributos devidos em virtude de importação clandestina de mercadorias, amiúde associada a outras ilicitudes graves (como corrupção, ativa e passiva, e prevaricação) e que importam em considerável prejuízo ao erário e, indiretamente, à coletividade. Sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.112.748/TO, rendeu-se ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal de que incide o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor do tributo iludido não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00, de acordo com o disposto no art. 2º da Lei nº 10.522/2002. Ressalva pessoal do relator. A partir da Lei nº 10.522/2002, o Ministro da Fazenda não tem mais autorização para, por meio de simples portaria, alterar o valor definido como teto para o arquivamento de execução fiscal sem baixa na distribuição. E o novo valor – R\$ 20.000,00 –, para tal fim estabelecido pela Portaria MF nº 75/2012 do Ministério da Fazenda – que acentua ainda mais a absurdade da incidência do princípio da insignificância penal, mormente se considerados os critérios usualmente invocados pela jurisprudência do STF com vistas a regular hipóteses de crimes contra o patrimônio –, não retroage com o fim de alcançar delitos de descaminho praticados em data anterior à vigência da referida portaria, porquanto não é equiparada à lei penal, em sentido estrito, que pudesse, sob tal natureza, reclamar a retroatividade benéfica, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único, do CPP. Como o valor apurado a título de tributos iludidos pelos agravantes (R\$ 13.838,80) ultrapassa o mínimo previsto na Lei nº 10.522/2002, vigente à época da prática delitiva, é de ser afastada a incidência do princípio da insignificância também sob esse aspecto (STJ, AgRg no REsp 1.538.760/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 24/02/2016).

Assim, embora esteja consolidada, em nossa jurisprudência, a aplicação do princípio da insignificância no caso em estudo, com a devida *venia*, ousamos discordar desse raciocínio, pois, caso contrário, também deveria ser ampliado, a fim de atingir algumas infrações de natureza patrimonial, a exemplo do delito de furto, gerando, consequentemente, o caos social.

Com isso não queremos afirmar ser impossível a aplicação do raciocínio relativo ao princípio da insignificância ao tipo do art. 334 do Código Penal. Existem fatos considerados como de bagatela, nos quais, certamente, restará ausente a tipicidade material.

Recurso especial. Descaminho (art. 334, do CP). Ausência de dolo e princípio da insignificância. Não comprovação da destinação comercial da mercadoria.

No caso *sub examine*, a pequena quantidade e o ínfimo valor da mercadoria de procedência estrangeira apreendida em poder do acusado autoriza a aplicação do princípio da insignificância.

Peculiaridades do caso que evidenciam não ter o recorrido agido dolosamente para fraudar o fisco.

Absolvição que deve ser mantida, por se harmonizar o arresto recorrido com jurisprudência desta Corte.

Recurso especial não conhecido (REsp. 124897/CE, Recurso Especial 1997/0020288-7, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5a T., j. 2/12/99, DJ 21/2/2000, p. 148).

Princípio da insignificância e reiteração delitiva

Embora nossos Tribunais Superiores apliquem o raciocínio correspondente ao princípio da insignificância ao delito de descaminho quando a fraude no pagamento de direito ou imposto seja inferior ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), existe resistência na sua aplicação quando se tratar de reiteração delitiva.

A orientação do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração do descaminho (STF, HC 131.783/PR, Rel.ª Min.ª Cármem Lúcia, 2ª T., DJe 02/06/2016).

Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que mantém a ação penal instaurada contra o recorrente, em razão da prática do crime de descaminho, quando não evidenciado o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, tendo em vista a habitualidade criminosa do réu, comprovada por outros procedimentos fiscais (STJ, AgRg no RHC 50.696/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 04/08/2015).

Segundo a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de criminoso habitual, ainda que o valor do tributo seja inferior ao patamar estipulado no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal (STJ, AgRg no AREsp 496.503/MS, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 03/08/2015).

Conforme entendimento desta Corte, a habitualidade delitiva denota a maior reprovabilidade da conduta atribuída ao agente, razão pela qual deve ser considerada para fins de aplicação do princípio da insignificância. Precedentes (STJ, AgRg. no REsp. 1346119/PR, Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0205122-3, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 11/6/2014).

Desnecessidade de prévio esgotamento da via administrativa para efeitos de configuração do descaminho

Para que o agente possa ser denunciado pela prática do delito de descaminho, não há necessidade de esgotamento da via administrativa.

A ausência do pagamento do imposto ou do direito no momento do desembaraço aduaneiro, quando exigível, revela-se como o resultado necessário para consumação do crime. A instauração de procedimento administrativo para constituição definitiva do crédito tributário no descaminho, nos casos em que isso é possível, não ocasiona nenhum reflexo na viabilidade de persecução penal (STJ, AgRg no AREsp 600.795/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 10/03/2015).

O delito de descaminho não se submete à Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, expressa em exigir o exaurimento da via administrativa somente em crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90. Orientação consolidada no STF (STJ, AgRg no REsp 1.459.169/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 09/06/2015).

A exigência de lançamento tributário definitivo no crime de descaminho esvazia o próprio conteúdo do

injusto penal, equivalendo quase a uma descriminalização por via hermenêutica, já que, Segundo a legislação aduaneira e tributária, nesses casos incide a pena de perdimento da mercadoria, operação que tem por efeito jurídico justamente tornar insubstancial o fato gerador do tributo e, por conseguinte, impedir a apuração administrativa do valor devido. A prática do descaminho não se submete à regra instituída pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula Vinculante nº 24, expressa em exigir o exaurimento da via administrativa somente em ‘crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90’. Em suma: o crime de descaminho perfaz-se com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito, embora este possa orientar a aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de conduta isolada. Trata-se de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao quantum do imposto devido não integra o tipo legal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da 5ª T. desta Corte (STJ, *RHC 35180/RS*, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2013/0003338-0, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz; 5ª T., *DJe* 10/4/2014).

Em sentido contrário, merece registro a posição de Ivan Luiz da Silva, quando, fundamentando suas conclusões, assevera: “1º) o crime de descaminho tem natureza tributária, como reconhecido pela doutrina nacional; 2º) a Súmula vinculante nº 24 do STF exige a finalização do procedimento administrativo fiscal para a configuração dos crimes contra ordem tributária. Assim, sendo o descaminho também um delito de natureza fiscal, nada obsta a aplicação, por analogia, da Súmula vinculante nº 24 no sentido de se exigir a confirmação no procedimento administrativo fiscal do não recolhimento do tributo devido para a configuração do descaminho”.⁵⁶

Ausência de necessidade do exame pericial

Não há necessidade de realização de exame pericial para que se possa dar início à ação penal pelo crime de descaminho, uma vez que o fato criminoso poderá ser demonstrado por meio de outras provas.

Para se viabilizar denúncia pelos crimes de contrabando ou descaminho, não se mostra necessária a realização de exame pericial nas mercadorias apreendidas, notadamente quando a materialidade delitiva estiver comprovada por outros meios de prova, como, no caso, o auto de apreensão, o auto de infração e o termo de apreensão e guarda fiscal. Precedentes desta Corte (STJ, AgRg. no REsp. 1373725/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., *DJe* 10/6/2014).

Pagamento do tributo e extinção da punibilidade

Embora a doutrina se posicione majoritariamente no sentido de se aplicar, por analogia, ao crime de descaminho o art. 34 da Lei nº 9.249/95 – *extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia* –, existe controvérsia jurisprudencial, tendo o STF se posicionado favoravelmente, no entanto, à sua aplicação:

Penal. *Habeas corpus*. Descaminho (art. 334, § 1º, alíneas ‘c’ e ‘d’, do Código Penal).

Pagamento do tributo. Causa extintiva da punibilidade. Abrangência pela Lei nº 9.249/95. Norma penal favorável ao réu. Aplicação retroativa. Crime de natureza tributária. 1. Os tipos de descaminho previstos no art. 334, § 1º, alíneas ‘c’ e ‘d’, do Código Penal têm redação definida pela Lei nº 4.729/65. 2. A revogação do art. 2º da Lei nº 4.729/65 pela Lei nº 8.383/91 é irrelevante para o deslinde da controvérsia, porquanto, na parte em que definidas as figuras delitivas do art. 334, § 1º, do Código Penal, a Lei nº 4.729/65 continua em pleno vigor. 3. Deveras, a Lei nº 9.249/95, ao dispor que o pagamento dos tributos antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade dos crimes previstos na Lei nº 4.729/65, acabou por abranger os tipos penais descritos no art. 334, § 1º, do Código Penal, dentre eles aquelas figuras imputadas ao paciente – alíneas ‘c’ e ‘d’ do § 1º. 4. A Lei nº 9.249/95 se aplica aos crimes descritos na Lei nº 4.729/65 e, a *fortiori*, ao descaminho previsto no art. 334, § 1º, alíneas ‘c’ e ‘d’, do Código Penal, figura típica cuja redação é definida, justamente, pela Lei nº 4.729/65. 5. Com efeito, *in casu*, quando do pagamento efetuado a causa de extinção da punibilidade prevista no art. 2º da Lei nº 4.729/65 não estava em vigor, por ter sido revogada pela Lei nº 6.910/80, sendo certo que, com o advento da Lei nº 9.249/95, a hipótese extintiva da punibilidade foi novamente positivada. 6. A norma penal mais favorável aplica-se retroativamente, na forma do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. 7. O crime de descaminho, mercê de tutelar o erário público e a atividade arrecadatória do Estado, tem nítida natureza tributária. 8. O caso *sub judice* enseja a mera aplicação da legislação em vigor e das regras de direito intertemporal, por isso que dispensável incursionar na seara da analogia *in bonam partem*. 9. Ordem concedida (HC 85942/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 24/5/2011).

Descaminho e perda de bens

Incide o efeito específico da condenação previsto no art. 92, inciso III, do CP, quando o descaminho é praticado mediante a utilização de veículo no qual foram escondidas as mercadorias clandestinamente introduzidas no território nacional, porquanto demonstrada, de maneira concreta, a imprescindibilidade de tal medida e a necessidade de se inibir a prática de tais crimes (STJ, AgRg no REsp 1.464.647/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 31/03/2015).

Contrabando Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem: I – pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; II – importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; III – reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação; IV – vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; V – adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade

comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

Introdução

O art. 334-A foi inserido no Código Penal por meio da Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014. Antes da referida modificação legal, os crimes de contrabando e descaminho recebiam o mesmo tratamento, encontrando-se, inclusive, na mesma figura típica, vale dizer, o art. 334 do diploma repressivo.

Com o advento da Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, o crime de contrabando passou a figurar no tipo penal do art. 334-A, sendo até mesmo tratado de forma mais severa que o descaminho, conforme veremos quando do estudo das penas a ele cominadas.

Hoje em dia, as ruas dos grandes centros urbanos encontram-se congestionadas pelo comércio ambulante, geralmente, praticado na ilegalidade. São expostos e vendidos produtos que não passaram por qualquer controle de qualidade e que, no entanto, atraem o grande público em razão dos baixos preços com que são comercializados. Embora nosso país sempre tenha vivido a realidade das desigualdades sociais, em que os ricos ficam cada vez mais abastados e os pobres cada vez mais miseráveis, em que o conceito constitucional de igualdade de todos perante a lei é puramente formal, em que a corrupção fincou a sua “barraca” no interior da Administração Pública, existe a necessidade de proteger o Estado e, consequentemente, todos os cidadãos, no que diz respeito à importação ou exportação de mercadorias proibidas.

Comerciantes que pagam seus impostos, dada a importação de produtos originais, de qualidade reconhecida e atestada, se veem prejudicados pelo comércio ilegal, fruto do contrabando, no qual as mercadorias falsificadas são vendidas por valores bem inferiores. Isso gera uma concorrência desleal, fazendo com que os comerciantes que atuam na legalidade se sintam desestimulados, pois o grande público, infelizmente, ainda valoriza mais o baixo custo do que a qualidade da mercadoria, mesmo, muitas vezes, colocando em risco a própria saúde, pois os produtos falsificados podem, por exemplo, ter sido fabricados com a utilização de substâncias tóxicas, sem qualquer controle.

Em razão da gravidade desses fatos é que há necessidade de criminalizar o contrabando, tipificado no art. 334-A do Código Penal. De acordo com a redação constante do *caput* do mencionado artigo, podemos apontar os seguintes elementos que informam o tipo penal em estudo: a) a conduta de importar; b) ou exportar;

c) mercadoria proibida.

Importar tem o sentido de trazer para dentro do território nacional, ou seja, comercializar, uma mercadoria que se encontrava em outro país. Como bem lembrado por Cleber Masson, “a mercadoria não precisa ser obrigatoriamente estrangeira. É possível sua fabricação no Brasil, desde que se destine exclusivamente à exportação. Nesse caso, como a circulação em solo pátrio é proibida, sua posterior reintrodução no território nacional acarreta a configuração do delito”,⁵⁷ como acontece com os cigarros destinados à exportação, conforme esclarece o art. 12, do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.402, de 2 de maio de 2011, de que diz, *verbis*: *Art. 12. Os cigarros destinados à exportação não poderão ser vendidos nem expostos à venda no País e deverão ser marcados, nas embalagens de cada maço ou carteira de 20 (vinte) unidades, pelos equipamentos de que trata o art. 27 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, com códigos que possibilitem identificar sua legítima origem e reprimir a introdução clandestina destes produtos no território nacional.*

Exportar significa enviar, comercializar, para outro país mercadoria que se encontrava no território nacional.

Mercadoria diz respeito a qualquer bem passível de remoção, transporte ou comercialização.

Para que se configure o contrabando, a mercadoria importada ou exportada deve se encontrar no rol daquelas consideradas *proibidas* de ingresso ou saída do território nacional. Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco, uma vez que o Governo brasileiro, por intermédio de seus Ministérios (Fazenda, Agricultura, Saúde etc.), como regra, é que especificará quais são essas mercadorias consideradas proibidas, a exemplo do que ocorre com a importação de: cigarros e bebidas fabricados no Brasil, destinados à venda exclusivamente no exterior; cigarros de marca que não seja comercializada no país de origem; brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir, exceto se for para integrar coleção de usuário autorizado, nas condições fixadas pelo Comando do Exército Brasileiro; espécies animais da fauna silvestre sem um parecer técnico e licença expedida pelo Ministério do Meio Ambiente; espécies aquáticas para fins ornamentais e de agricultura, em qualquer fase do ciclo vital, sem permissão do órgão competente; produtos assinalados com marcas falsificadas, alteradas ou imitadas, ou que apresentem falsa indicação de procedência; mercadorias cuja produção tenha violado direito autoral (“pirateadas”) produtos contendo organismos geneticamente modificados; agrotóxicos, seus componentes e afins; resíduos sólidos perigosos e rejeitos, bem como de resíduos sólidos cujas características causem dano ao meio ambiente, à saúde pública e animal ou à sanidade vegetal, ainda que para tratamento, reforma, reuso, reutilização ou recuperação etc.; ou com a exportação de: peles e couros de anfíbios e répteis, em bruto; cavalos importados para fins de

reprodução, salvo quando tiverem permanecido no País, como reprodutores, durante o prazo mínimo de três anos consecutivos *etc.*⁵⁸

A jurisprudência citada está calcada exclusivamente na identificação do bem jurídico tutelado no tipo penal de contrabando, ou seja, não se está a proteger apenas a ordem tributária, mas também o interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional (STJ, AgRg no REsp 1.497.526/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5^a T., DJe 23/09/2016).

Cuidando-se, ao menos em tese, de delito de contrabando, não se apresenta necessário discutir o montante dos tributos iludidos com o ingresso da mercadoria em território nacional, na medida em que tal aferição é pertinente ao crime de descaminho (STJ, AgRg no AREsp 517.207/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5^a T., DJe 21/09/2016).

A conduta engendrada pelo paciente – importação clandestina de cigarros – configura contrabando, e não descaminho. Precedentes. Desnecessária a constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa para configuração dos crimes de contrabando e descaminho. Precedentes (STF, HC 125.847 AgR/PR, Rel.^a Min.^a Rosa Webber, 1^a T., DJe 26/05/2015).

Classificação doutrinária

Crime comum; doloso; de forma livre; comissivo, ou omissivo próprio (uma vez que a ilusão no pagamento pode ser total ou parcial); formal; instantâneo, de efeitos permanentes; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (podendo, no entanto, ser considerado como não transeunte, se houver possibilidade de realização de perícia).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *contrabando*, haja vista que o tipo do art. 334-A do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *contrabando*.

O objeto material do delito é a mercadoria proibida.

Consumação e tentativa

O delito de contrabando se consuma quando da entrada (importação) ou saída (exportação) do território nacional da mercadoria proibida.

Conforme esclarece, com precisão, Rogério Sanches Cunha, “na importação ou exportação de mercadoria proibida com passagem pelos órgãos alfandegários, o delito se consuma quando transposta a barreira fiscal (liberada pela autoridade competente), mesmo que a mercadoria não tenha chegado ao seu destino. Já na hipótese de ingressar ou sair pelos meios ocultos (clandestinos), a consumação depende da transposição das fronteiras do país.

Se vier por navio é necessário que este atraque em território nacional. De igual maneira, se transportada a mercadoria por avião, exige-se o pouso”⁵⁹.

Tratando-se, como regra, de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

O contrabando de cigarros é crime plurifensivo, sendo irrelevante a fixação do valor do tributo eventualmente incidente e iludido, porque o delito se consuma com a simples entrada ou saída do produto proibido. Precedentes (STJ, AgRg no REsp 1.497.526/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 23/09/2016).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *contrabando*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente deverá conhecer todos os elementos que integram a figura típica em estudo, pois, caso contrário, poderá ser arguído o erro de tipo ou mesmo o erro de proibição. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese daquele que traz em sua bagagem, vindo do Estados Unidos, produto que havia ingressado recentemente na lista de mercadorias proibidas pelo Governo brasileiro, ingresso esse que ocorreu durante o tempo em que o agente permaneceu fora do Brasil. Nesse caso, poderá ser alegado o chamado erro de proibição, previsto pelo art. 21 do Código Penal, devendo-se verificar, contudo, se o erro era evitável ou inevitável, isentando o agente de pena ou fazendo que, se condenado, a pena possa ser diminuída de um sexto a um terço.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *importar* e *exportar* mercadoria proibida pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

Tal como ocorre com o delito de descaminho, de acordo com as lições de Fernando Galvão: É juridicamente impossível responsabilizar pelo crime em exame aquele que esteja na posição de garantidor e por omissão inobservar o seu dever de agir para evitar a ocorrência do *contrabando*. Para tal caso o Código Penal prevê o crime omissivo próprio de *facilitação de contrabando ou descaminho* (art. 318), que afasta a incidência da regra da omissão imprópria.⁶⁰

Modalidades assemelhadas de contrabando

O § 1º do art. 334 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, prevê cinco modalidades assemelhadas de contrabando ou descaminho, a saber: I) *pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando*;

[...].

Fato assimilado é aquele previsto pela 3, comparável ao contrabando, a exemplo do art. 39 do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, que considera como contrabando a saída de mercadorias da Zona Franca sem a autorização legal expedida pelas autoridades competentes; ou o art. 3º do Decreto-Lei nº 399, de 30 de dezembro de 1968, que diz ficarem incursos nas penas previstas no art. 334 do Código Penal os que, em infração às medidas a serem baixadas na forma do seu art. 2º, adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem qualquer dos produtos nele mencionados, vale dizer, fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira.

II) importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente

O art. 616 do Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, por exemplo, aduz: **Art. 616.** *Os organismos geneticamente modificados e seus derivados destinados a pesquisa ou a uso comercial só poderão ser importados ou exportados após autorização ou em observância às normas estabelecidas pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança ou pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, art. 14, inciso IX, art. 16, inciso III, e 29).*

A importação desses produtos, como se percebe, não está proibida. No entanto, somente será possível após a devida autorização do órgão público competente. Caso tenha sido levada a efeito sem ela, o fato importará no crime de contrabando.

III) reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com os cigarros destinados à exportação, conforme previsão constante do art. 603 do Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, *verbis*

Art. 603. *Os cigarros destinados à exportação não poderão ser vendidos nem expostos à venda no País, sendo o fabricante obrigado a imprimir, tipograficamente ou por meio de etiqueta, nas embalagens de cada maço ou carteira de vinte unidades, bem como nos pacotes e em outros envoltórios que as contenham, em caracteres visíveis, o número do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (Decreto-Lei nº 1.593, de 1977, art. 12, caput), com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 32).*

IV) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

[...].

Analizando essa situação, Fragoso, com precisão, preleciona: “Mal se comprehende a incriminação prevista no primeiro caso. Temos ali ações pelo próprio autor do contrabando [...], que representam um *exaurimento* do crime, e que constituiriam normalmente fato

posterior impunível. A hipótese se resolveria como concurso aparente de normas. Não é admissível que o legislador tenha pretendido punir o contrabandista duas vezes: uma pelo contrabando, e outra pela venda, exposição à venda, manutenção em depósito ou utilização, em proveito próprio, da coisa contrabandeada. A solução a ser adotada, a nosso ver, deve ser a de considerar a hipótese da primeira parte da letra c (atual inciso IV), norma especial em relação ao contrabando [...], de tal sorte que sua aplicação (nas situações de venda, exposição à venda, depósito ou utilização em proveito próprio) exclui a do crime previsto na cabeça do artigo”.⁶¹

A repercussão de ordem prática ao se aplicar ao autor do contrabando o inciso IV *sub examen* pode residir no fato de que, em algumas situações, a exemplo daquele que expõe à venda ou mantém em depósito, o delito deixaria de ser instantâneo, de efeitos permanentes, passando a ser considerado um crime permanente, podendo o agente, nesse caso, ser preso em flagrante, além de modificar a contagem do prazo prescricional.

Na segunda parte constante do inciso IV em estudo, estaríamos diante de um caso de receptação, ficando afastada, no entanto, a aplicação do art. 180 do Código Penal, em virtude da aplicação do princípio da especialidade.

O § 2º do art. 334-A do Código Penal equipara às atividades comerciais qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

V) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

Cuida-se, também aqui, de um delito de receptação, que foi especializado pelo inciso IV, do § 1º do art. 334-A do Código Penal.

Aplica-se, *in casu*, o § 2º do art. 334-A do citado diploma repressivo no que diz respeito à extensão do conceito de atividades comerciais.

Causa especial de aumento de pena

Diz o § 3º do art. 334-A do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, que a pena será aplicada em dobro, se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

O agente que utiliza qualquer dessas modalidades de transporte para a prática do contrabando incorre em maior juízo de censura, uma vez que dificulta, com esse comportamento, a ação das fiscalizadoras das autoridades competentes.

Para que ocorra a aplicação da majorante, faz-se necessário que o transporte por via aérea, marítima ou fluvial seja clandestino. Caso o agente, v.g, tenha se submetido regularmente à fiscalização aduaneira, na chegada da sua viagem ao Brasil, seja qual for o transporte utilizado

(áereo, marítimo ou fluvial), se trouxer em sua bagagem mercadoria proibida, não haverá possibilidade de aplicação da majorante em estudo, pois, caso contrário, seria ela aplicada à quase totalidade dos contrabandos, excepcionando-se, somente, o transporte terrestre.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de contrabando (*caput* e § 1º do art. 334-A do Código Penal) é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Competência para julgamento

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula nº 151, ratificou posição no seguinte sentido: *Súmula nº 151. A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens.*

Princípio da insignificância

Ao contrário do que ocorre com o crime de descaminho, nossos Tribunais Superiores têm resistência na aplicação do princípio da insignificância ao delito de contrabando. No entanto, somente a hipótese concreta é que poderá ditar essa impossibilidade. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese onde alguém traga do exterior um pistola de pressão (ar comprimido), muito parecida com uma pistola verdadeira.

A importação dessa mercadoria é, efetivamente, proibida, conforme se verifica pelo art. 26, da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que diz: *Art. 26. São vedadas a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir.*

No entanto, não vemos impedimento para a aplicação do raciocínio correspondente ao princípio da insignificância, mesmo a mercadoria proibida venha a ser apreendida e seu perdimento declarado, em face da sua impossibilidade de ingresso no território nacional.

Este Superior Tribunal firmou entendimento de que não se aplica o princípio da insignificância ao contrabando de cigarros. E isto porque a conduta não apenas implica lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas afeta, também, outros bens jurídicos tutelados pela norma penal, notadamente a saúde e a ordem públicas, bem como a moralidade administrativa (STJ, AgRg no AREsp 517.207/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 21/09/2016).

Conforme entendimento consolidado no âmbito do STJ, não se afigura viável a aplicação do princípio da insignificância ao crime de contrabando, em face do alto grau de reprovabilidade da importação irregular de medicamentos (STJ, AgRg no AREsp 654.319/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 02/06/2015).

A internação de arma de pressão, mercadoria de proibição relativa, sem a prévia autorização ou licença da autoridade administrativa, configura o delito contrabando, por tutelar não apenas interesse econômico, mas também a segurança e a incolumidade pública (AgRg no REsp nº 1.418.767/RS, Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/03/2015). É inaplicável o princípio da insignificância quando configurado o crime de contrabando, uma vez que, por se tratar de crime pluriofensivo, não há como excluir a tipicidade material do referido delito à vista apenas do valor da evasão fiscal (STJ, AgRg no REsp 1.418.887/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 14/05/2015).

No contrabando – importação ou exportação de mercadoria proibida –, mostra-se inviável, em regra, a aplicação do princípio da insignificância apenas em face do valor da evasão fiscal, tendo em vista que, além da lesão ao Fisco, tutela-se a moral, a saúde, a higiene e a segurança pública, restando configurado o interesse do Estado em impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional (STJ, EREsp 1.230.325/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, S3, DJe 05/05/2015).

Em se tratando de cigarros importados com elisão de impostos, não há apenas uma lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas a outros interesses públicos, configurando-se a conduta contrabando, e não descaminho. No caso, muito embora também haja sonegação de tributos, trata-se de produto sobre o qual incide proibição relativa. O alto grau de reprovabilidade da conduta impede o reconhecimento da atipicidade material pela incidência do princípio da insignificância. Precedentes do STJ e STF (STJ, AgRg. no AREsp. 459625/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 7/4/2014).

Perdimento da mercadoria de importação proibida

Diz o art. do Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, *verbis*: *Art. 692. As mercadorias de importação proibida na forma da legislação específica serão apreendidas, liminarmente, em nome e ordem do Ministro de Estado da Fazenda, para fins de aplicação da pena de perdimento* (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 26, *caput*).

Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência Art. 335. Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

Introdução

O art. 335 do Código Penal foi revogado pelos tipos penais constantes dos arts. 93 e 95 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, XXI, da Constituição Federal, e instituiu normas de licitações e contratos da Administração Pública.

Dessa forma, para efeito de comparação, faremos somente a transcrição dos artigos constantes da Seção III do Capítulo IV da referida Lei, sem, no entanto, tecer comentários, tendo em vista que adentraríamos no estudo de um diploma específico, fugindo à finalidade desta obra.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

A Lei de Licitações substituiu o art. 335 do Código Penal na tipificação da fraude, sendo que a adequação da conduta a um ou outro tipo depende do momento em que aquela foi cometida, antes ou depois da vigência da Lei nº 8.666/1993, em 21/06/1993 (STJ, HC 11840/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 22/10/2001, p. 336).

Inutilização de edital ou de sinal Art. 336. Rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário público; violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto:

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Introdução

O art. 336 do Código Penal contém diferentes objetos materiais. Na primeira parte do artigo, a conduta do agente é dirigida contra *edital*; na segunda, contra *selo* ou *sinal*.

Hungria, com precisão de detalhes, analisa a primeira parte do art. 336 do Código Penal dizendo: “O objeto de proteção é, aqui, o edital que, emanado de funcionário público (nos casos legais) e por ordem deste, se divulga mediante afixação em lugar acessível a *quidam de populo*. Pode ser judicial (edital de citação, edital de praça ou hasta pública, edital de casamento) ou administrativo (edital de concorrência pública, edital de concurso, edital de aviso ou convocação para qualquer outro determinado fim administrativo). O fato de rasgar,

inutilizar ou conspurcar o edital representa, antes de tudo, um menosprezo, uma desprestigiante irreverência para com a autoridade que o fez afixar, e, embora substituível o edital por outro, não deixa de ser, também, um embaraço, ainda que transitório, ao fim de ordem ou interesse público colimado por esse meio de publicidade oficial. O rasgamento (dilaceração) pode ser total ou parcial (com ou sem completo desprendimento do papel, podendo, ou não, ser reunidos os retalhos para reconstituição do edital). Inutilizar é tornar ilegível o edital, como, por exemplo, riscando-o, raspando-o, colocando outro papel por cima. Conspurcar é sujar, emporcalhar, ainda que não fique, de todo, prejudicada a leitura.”⁶²

Na segunda parte do art. 336 do Código Penal, a conduta é *violar* (utilizada no sentido de romper, profanar, devassar) ou *inutilizar* (compreendida como tornar inútil ou imprestável), selo ou sinal empregado por determinação legal ou por ordem de funcionário público, que deverá ter competência para o ato, utilizado para identificar ou cerrar qualquer objeto, seja ele móvel ou imóvel, a exemplo dos lacres, arames, fitas utilizadas pela polícia para evitar o ingresso de pessoas em determinados locais, papéis timbrados, que podem ou não ser assinados pela autoridade que determinou o fechamento de um local *etc.*

O fato típico em relação ao delito previsto no art. 336 do Código Penal – inutilização de edital ou de sinal –, está devidamente demonstrado nos autos. Princípio da consunção afastado. A conduta de romper o lacre das máquinas não se constitui em fase de preparação ou execução dos outros crimes praticados pelo réu. As condutas tutelam bens jurídicos diversos. Concurso formal relativamente aos delitos do art. 55 da Lei nº 9.605/1998 e do art. 2º da Lei nº 8.176/1991, e aplicação do concurso material entre estes e o delito do art. 336, do Código Penal (TRF, 2ª Reg., ACr. 2005.51.06.001530-1, 2ª T., Esp., Rel.^a Des.^a Fed. Liliane Roriz, DEJF2 23/8/2010).

O rompimento do lacre posto pela Anatel, em aparelho que estava operando sem autorização, é conduta que se amolda ao delito previsto no art. 336 do CP (TRF, 4ª R., ACr. 2004.71.07.007282-4/RS, 8ª T., Rel. Juiz Fed. Artur César de Souza, DEJF 4/8/2010, p. 682).

Descaracterização do crime do art. 336 do CP, quando seu cometimento teve como finalidade única a manutenção do funcionamento de rádio comunitária clandestina (artigo 183 da Lei nº 9.472/1998). Relação consuntiva reconhecida na hipótese. Absolvição (artigo 386, III, do CPP) (TRF, 4ª Reg., ACr. 2007.71.10.002234-0/RS,

8ª T., Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, DEJF 28/5/2010, p. 412).

Nos termos do art. 336 do Código Penal, duas as figuras descritas no tipo: a primeira, consistente em rasgar, inutilizar ou macular qualquer edital – seja este judicial, administrativo ou legislativo – emanado de funcionário público competente, e a segunda, caracterizada pela violação ou inutilização de selo ou sinal de qualquer espécie (lacre, chumbo, papel, arame), aposto de qualquer modo (amarrado, pregado, colado) que determine a identificação ou fechamento de qualquer objeto, desde que legalmente e, da mesma forma, emanada por funcionário público competente para o ato. Presente a vontade consciente do agente dirigida à violação do lacre afixado por ordem da autoridade competente, tem-se por irrelevante a finalidade específica de seu agir, pois que basta à configuração do delito em foco o dolo genérico (TRF, 4ª Reg., Processo 200171070008550, ACr./RS, Rel. Tadaaqui Hirose, 7ª T., j. 14/7/2004).

O rompimento do lacre e a retirada da placa de identificação de veículo automotor não caracterizam o delito do art. 311 do Código Penal, mas, sim, aquele definido no art. 336 do aludido Diploma – É cabível a

emendatio libelli no juízo de segundo grau, consoante se infere do disposto no art. 617 c/c o art. 383, ambos do Código de Processo Penal (TJMG, Processo 1.0000.00.277236-6/000[1], Rel.^a Jane Silva, pub. 6/11/2002).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

Sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *inutilização de edital ou de sinal*.

Objeto material do delito é o edital, referido na primeira parte do art. 336 do Código Penal, bem como o selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto.

Consumação e tentativa

Tratando-se de um crime de dano, o delito se consuma no momento em que o agente rasga, inutiliza ou conspurca o edital mencionado pela primeira parte do tipo do art. 336 do Código Penal. Da mesma forma, ocorrerá a consumação quando o agente vier a, efetivamente, violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto, não havendo necessidade de que o agente tenha tido conhecimento, por exemplo, do conteúdo da coisa por ele visada com a prática da violação ou inutilização do selo ou sinal.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *inutilização de edital ou de sinal*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas de *rasgar*, *inutilizar*, *conspurcar* e *violar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticadas via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *inutilização de edital ou de sinal* é de detenção, 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 336 do Código Penal.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Inutilização de edital ou de sinal oficial no Código Penal Militar

Vide art. 338 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Subtração ou inutilização de livro ou documento Art. 337. Subtrair, ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Introdução

O núcleo *subtrair* pode ser entendido tal como no delito de furto, vale dizer, no sentido de retirar o objeto material da esfera de disponibilidade do funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público, com o consequente ingresso na posse tranquila do agente. Conforme esclarece Luiz Regis Prado, “importa agregar que tanto a ocultação como a substituição são formas de subtração, pois também representam a retirada da coisa do seu lugar próprio”.⁶³

Inutilizar tem o significado de tornar inútil, imprestável, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento.

Livro oficial é aquele criado por lei, em sentido amplo, para determinada finalidade de registro; *processo* diz respeito a uma reunião concatenada, organizada de atos de qualquer natureza (administrativa, judicial, legislativa etc.), que se materializa naquilo que denominamos de *autos*; *documento* é todo escrito, de natureza pública ou privada.

Para que ocorra o delito em estudo, a conduta prevista pelo tipo deve ter tido como objeto material o livro oficial, o processo ou o documento que estava confiado à custódia de funcionário, em razão do ofício, ou seja, em razão do cargo por ele ocupado, ou a particular, que se encontrava no exercício de serviço público, pois, conforme esclarece Hungria, também “nesse último caso, como é claro, a custódia e o serviço público devem estar em relação de

efeito a causa (como, por exemplo, na hipótese de provas escritas de um concurso oficial confiadas a um examinador não funcionário público)”.⁶⁴

Não se vislumbra nenhuma ofensa ao princípio da especialidade, a corroborar a tese de desclassificação do crime previsto no art. 337 para o estatuído no art. 356, ambos do Código Penal, na medida em que o simples fato de o agente do delito ser advogado não tem o condão de afastar a incidência do disposto no art. 337 do Código Penal. Além disso, o art. 356 do Código Penal pressupõe que o agente receba os autos na qualidade de advogado, o que não ocorreu no caso (STJ, HC 34863/PR, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 20/6/2005, p. 303).

Art. 337 do Código Penal. Inutilização parcial de livro público. Folha rasgada onde constava mais de um assento de nascimento. Restauração do livro que não descaracteriza o delito (TJMG, Processo 1.0000.00.314285-8/000 [1], Rel. Gomes Lima, pub. 17/9/2003).

Inutilização de documento público. Caracterização. Réu que rasga o mandado de busca e apreensão entregue pelo oficial de justiça (TJRS, Ap. Crim. 696116797, 3^a Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 26/9/1996).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (no que diz respeito à conduta de inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento, podendo ser transeunte na hipótese de subtração, ficando inviabilizada a perícia).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado e, secundariamente, qualquer pessoa – física ou jurídica – prejudicada com a subtração ou inutilização, total ou parcial, de livro oficial, processo ou documento.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *subtração ou inutilização de livro ou documento*.

O objeto material do delito é o livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente subtrai, ou seja, retira o objeto material da esfera de disponibilidade da vítima, fazendo-o ingressar na sua posse tranquila, mesmo que por um curto período, tal como ocorre com o delito de furto, tipificado no art. 155 do Código Penal, bem como quando o inutiliza, total ou parcialmente.

A tentativa é admissível.

Aplicação do art. 337 do Código Penal. Subtração de folhas de livro oficial. Prisão em flagrante da agente no interior do cartório, encontrando-se ali numa pasta de sua propriedade as mencionadas folhas. Condenação por tentativa (STF, RE 94122/RJ, Rel. Min. Soares Munoz, 1^a T., DJ 22/5/1981, p. 4.740).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *subtração ou inutilização de livro ou documento*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas de *subtrair* e *inutilizar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticadas via omissão imprópria.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *subtração ou inutilização de livro ou documento* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Subtração ou inutilização de livro, processo ou documento no Código Penal Militar

Vide art. 337 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Sonegação de contribuição previdenciária (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco)

anos, e multa.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) § 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) I – (Vetado);

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) § 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) § 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.

(Incluído pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000.) Introdução

De acordo com a redação constante do *caput* do art. 337-A, os núcleos constantes do tipo penal em estudo são: *suprimir* e *reduzir*. A conduta de *suprimir* é praticada pelo agente, mediante qualquer dos comportamentos previstos nos incs. I a III e tem por finalidade eliminar, deixar de pagar a contribuição social previdenciária ou qualquer acessório; *reduzir* significa diminuir, efetuando, efetivamente, o pagamento em quantidade inferior à devida. Cuida-se de norma penal em branco, devendo o intérprete buscar o complemento na legislação previdenciária, principalmente na Lei nº 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, bem como no Decreto nº 3.048/1999, que a regulamentou.

Para que possa ser responsabilizado criminalmente, o agente deve dirigir finalisticamente sua conduta no sentido de: *I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços.*

Trata-se, portanto, de crime omissivo próprio, em que o agente deixa de levar a efeito aquilo que lhe é determinado pela norma. No caso em exame, o agente não inclui em folha de pagamento qualquer das pessoas elencadas pelo inc. I do art. 337-A (empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços), com a finalidade de suprimir ou reduzir a devida contribuição social previdenciária.

Com a sua omissão, o agente descumpre as determinações constantes dos incs. I e IV do art. 225 do Decreto nº 3.048/1999, que regulamentou a Lei nº 8.212/1991.

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços.

Tal como ocorre no inciso anterior, por mais uma vez houve a previsão de uma omissão própria, em que o agente não cumpre as determinações constantes da Lei nº 8.212/1991, bem como aquelas previstas pelo Decreto nº 3.048/1999.

De acordo com o inc. II do art. 225 do Decreto nº 3.048/1999, a empresa é também obrigada a *lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos*.

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

Cuida-se, também, de crime omissivo próprio. Dissertando sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci esclarece: “A receita é o faturamento da empresa ou do empregador, que significa o ganho bruto das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, não se integrando nesta o ‘valor do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal’ e o ‘valor das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente’ (art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991). A folha de salários já não servia de base única para a contribuição à seguridade social, pois a aceleração da substituição do homem pela máquina fez cair a folha de pagamentos. Surgem novas fontes de custeio, que são o faturamento e o lucro. Cabe à empresa fornecer fundos para a seguridade social porque provoca despesas com o exercício da sua atividade, que gera riscos para o trabalhador. Esses riscos implicam no pagamento de benefícios e na organização de vários serviços em benefício do trabalhador.”⁶⁵

Sem embargo, após a edição da Lei nº 11.457/2007, os débitos decorrentes de contribuições previdenciárias serão considerados como dívida ativa da União, atribuindo-se-lhes tratamento semelhante ao dos créditos tributários, apesar de o objeto jurídico tutelado, em crimes como o tipo penal previsto no art. 337-A do Código Penal – a nominada sonegação de contribuição previdenciária –, ser a seguridade social, patrimônio de todos que compõe o sistema previdenciário nacional, com reflexos nos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (STJ, AgRg no REsp 1.350.606/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 28/03/2016).

Pratica crime de sonegação de contribuição previdenciária aquele que omite, da folha de pagamento, segurado empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado (art. 337-A, inc. I, do Código Penal). O crime de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A), o Pleno desta Corte Regional, em diversas oportunidades, sufragou a tese de que o tipo subjetivo do injusto não se esgota no dolo genérico, sendo necessária a demonstração do especial fim de agir, ou seja, do dolo específico

de fraudar a Previdência Social, como elemento essencial do tipo penal, configurado na intenção de suprimir ou reduzir contribuição social, ou dela se apropriar o gestor público (Inq. 1645-PE, Des. Vladimir Souza Carvalho, julgado em 25 de junho de 2008, Inq. 970/PE, des. Napoleão Maia Filho, julgado em 15 de fevereiro de 2006, INQ 962/PE, des. José Maria Lucena, julgado em 18 de abril de 2007). Precedente desta Corte Regional Federal (TRF, 5^a R., ACR. 6880; Proc. 2002.81.00.000196-3/CE, 2^a T., Rel. Des. Fed. Barros Dias, DJETRF5 30/7/2010).

Nos crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária, por serem crimes formais (não exigem para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a previdência, restando caracterizado com a simples supressão ou redução do desconto da contribuição), o não esgotamento da via administrativa não é condição de procedibilidade, existindo, nesse caso, total independência das esferas administrativa e penal (STJ, HC 49035/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 14/5/2007, p. 336).

Ao serem omitidos, por longo período, dos livros contábeis os lançamentos referentes às quantias descontadas de segurados ou que sejam devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços, cuja obrigatoriedade é mensal, conforme estabelece o inc. II do art. 337-A do Código Penal, tem-se caracterizada a continuidade delitiva (art. 71 do CP) do crime de sonegação de contribuição previdenciária. O número de infrações perpetradas pelo acusado é fator a ser considerado para efeito de aumento da pena. Precedentes do STJ e do STF (TRF, 1^a Reg., ACr. 2001.37.00.008462-8/MA, Rel. Tourinho Neto, 3^a T., DJ 18/8/2006, p. 29).

Classificação doutrinária

Crime próprio com relação ao sujeito ativo, bem como ao sujeito passivo; doloso; de forma livre; material, omissivo próprio (haja vista que os comportamentos narrados pelo tipo penal em estudo importam em uma inação do agente); monossubjetivo; unissubsistente, transeunte.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o crime de sonegação previdenciária, descrito no art. 337-A do Código Penal, em razão de sua natureza material, somente se caracteriza após a constituição definitiva, na esfera administrativa, do crédito sonegado (STJ, AgRg. no AgRg. no HC 84573/DF, Rel.^a Min.^a Alderita Ramos de Oliveira, Des.^a convocada do TJ/PE) 6^a T., DJe 18/6/2013).

A sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, do CP) é crime material. A denúncia não fez prova do lançamento fiscal pelo INSS, não havendo, assim, que se falar em crime (TRF, 1^a Reg., CCR 2005.39.01.000943-9/PA, Rel. Olindo Menezes, 3^a T., DJ 6/10/2006, p. 64).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Conforme esclarece Luiz Regis Prado, os “*sujeitos ativos* do delito em análise tanto podem ser o empresário individual como aqueles que ocupam cargos administrativos ou técnico-contábil-financeiro nas sociedades empresariais, como os sócios-gerentes, os membros do Conselho de Administração, os diretores, os contadores, os gerentes de contabilidade, os gerentes administrativos e financeiros; os chefes do setor, de divisão ou de departamento de emissão de documentos fiscais de interesse do INSS etc.”⁶⁶

O *sujeito passivo* é o Estado ou, mais especificamente, o INSS.

O prefeito municipal pode, em tese, ser sujeito ativo do delito de sonegação de contribuição previdenciária (STJ, REsp 1.435.305/GO, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 06/05/2015).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *sonegação de contribuição previdenciária*.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito se consuma, conforme assevera Luiz Regis Prado, “no momento em que a guia de informação a que se refere o art. 225 do Decreto nº 3.048/99 é apresentada ao órgão previdenciário com omissão dos dados relevantes apontados pelo legislador”.⁶⁷ Tem sido afastada a possibilidade de reconhecimento da tentativa, em virtude da natureza monossubsistente do delito em estudo.

O delito previsto no art. 337-A do Código Penal consuma-se com a supressão ou redução da contribuição previdenciária e acessórios, sendo o objeto jurídico tutelado a Seguridade Social. A competência para processar e julgar o crime de sonegação de contribuição previdenciária é fixada pelo local da consumação do delito, conforme previsto no art. 70 do Código de Processo Penal (STJ, CC 105.637, Processo 2009/0107034-1/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJE* 29/3/2010).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *sonegação de contribuição previdenciária*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

É assente, neste Tribunal, o entendimento no sentido de que o crime previsto no art. 337-A do Código Penal não exige dolo específico para a sua configuração. Incidência do Enunciado nº 83 da Súmula do STJ (STJ, AgRg no AREsp 623.367/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 06/05/2015).

Pratica o delito previsto no art. 95, *d*, da Lei nº 8.212/1991 (hoje com Redação dada pela Lei nº 9.983/2000, que inseriu o art. 168-A no Código Penal brasileiro) o empregador que desconta contribuição previdenciária de seus empregados e deixa de recolhê-la aos cofres da Previdência. Omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações, previsto pela legislação previdenciária, segurados: empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado, que lhe prestem serviços, constitui crime perfeitamente enquadrado no art. 337-A, inc. I, do Código Penal. Dolo manifestado na vontade livre e consciente de não repassar as contribuições recolhidas dos contribuintes à Previdência Social. Desnecessidade de dolo específico (TRF, 1^a Reg., ACR 2004.34.00. 012708-5/DF, Rel. Cândido Ribeiro, 3^a T., *DJ* 29/9/2006, p.16).

Aos acusados foi imputada a prática do crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no art. 337-A do Código Penal. Mostram-se inconsistentes os elementos de prova, não tendo sido demonstrado o elemento subjetivo do tipo – o dolo – consubstanciado na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir contribuição social, lesando, de consequência, o Estado, particularmente a Seguridade Social (TRF, 1^a Reg., ACR. 2003.34.00.023350-9/DF, Rel. Hilton Queiroz, 4^a T., *DJ* 10/11/2006, p. 34).

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas previstas no tipo são características das chamadas omissões próprias,

devendo o agente responder pela sua inação.

O fato crime reclama conduta e resultado analisados do ponto de vista normativo. A responsabilidade penal (Constituição da República e Código Cenal) é subjetiva. Não há espaço para a responsabilidade objetiva. Muito menos para a responsabilidade por fato de terceiro. A conclusão aplica-se a qualquer infração penal. ‘Não recolhimento de contribuição previdenciária’ caracteriza crime omissivo próprio. A omissão não é simples não fazer, ou fazer coisa diversa. É não fazer o que a norma jurídica determina. O prefeito municipal, como regra, não tem a obrigação (sentido normativo) de efetuar os pagamentos do município; por isso, no arco de suas atribuições legais, não lhe cumpre praticar atos burocráticos, dentre os quais elaborar a folha e efetuar pagamentos. Logo, recolher as contribuições previdenciárias. O pormenor é importante, necessário por ser indicado na denúncia. Diz respeito a elemento essencial da infração penal. A ausência acarreta nulidade da denúncia. Não há notícia ainda de hipótese do concurso de pessoas (CP, art. 29) (STJ, REsp. 63986/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., RSTJ 76, p. 291).

Extinção da punibilidade

O § 1º do art. 337-A, cuidando a respeito da extinção da punibilidade, diz: *§ 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.*

Verifica-se, pela redação do mencionado dispositivo legal, que não há necessidade de que o agente leve a efeito o pagamento dos valores devidos, mas que tão somente *declare e confesse* as contribuições, importâncias ou valores e preste as informações devidas à previdência social, antes do início da ação fiscal, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a apropriação indébita previdenciária, que exige, para efeitos de extinção da punibilidade, que o agente não somente declare e confesse, mas que também efetue o pagamento devido, conforme se verifica pela redação constante do § 2º do art. 168-A do Código Penal.

Existe controvérsia doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito à possibilidade do pagamento efetuado após o início da ação fiscal, mas anteriormente ao recebimento da denúncia, ser considerado para efeitos de extinção da punibilidade, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que diz: *Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.*

Dissertando sobre o assunto, Fábio Zambitte Ibrahim, com precisão, aduz: “Embora não exista menção expressa aos tipos da Lei nº 9.983/2000, até porque posteriores, é defensável a aplicação da analogia *in bonam partem* ao caso. Assim, o pagamento, antes da denúncia, também excluiria a punibilidade.

Aqui, ao contrário da apropriação indébita previdenciária, entendo correta a analogia, pois

no tipo do art. 168-A do CP há regra precisa e específica sobre o momento exato do pagamento para que este tenha como efeito a extinção da punibilidade. Já no caso da sonegação de contribuição previdenciária, esta previsão inexiste, limitando-se à declaração e confissão antes da ação fiscal. Mas o que dizer do pagamento? Deve-se, nesta hipótese, adotar analogicamente o art. 34 da Lei nº 9.249/1995.

Quanto ao parcelamento, a questão é mais complicada. Quando feito antes de qualquer ação fiscal, a punibilidade é necessariamente excluída, pois o parcelamento implica a confissão da dívida. Entretanto, quando se trata de parcelamento posterior à ação fiscal, não há, *a priori*, exclusão da punibilidade. Esse entendimento é decorrente, inclusive, ao voto do inc. I do § 2º, o qual trazia justamente hipótese de perdão judicial para débitos parcelados, após o início da ação fiscal, mas antes da denúncia.

Deve-se ressaltar, contudo, divergência jurisprudencial a respeito, com diversos entendimentos, em especial do STJ, no sentido da exclusão da punibilidade, ainda que decorrente de parcelamento tardio, porém anterior à denúncia”.⁶⁸

Consoante o previsto no artigo 9º , § 2º , da Lei nº 10.684, de 31 de maio de 2003, extingue-se a punibilidade dos delitos de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária, previstos nos arts. 168-A e 337-A

do Código Penal, na hipótese do pagamento integral de débito oriundo da contribuição social devida. Precedentes do STF, do STJ e do TRF/1º região. II. Na espécie, o paciente efetuou o pagamento integral do débito previdenciário, no que toca a duas notificações fiscais de lançamento de débito e a um auto de infração, pelo que resulta extinta a punibilidade dos delitos previstos nos arts. 168-A (duas nfld) e 337-A (um auto de infração) do Código Penal, na forma do § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/2003, consoante a jurisprudência pacificada no âmbito do colendo STF e do egrégio STJ. A ausência de constituição definitiva do crédito tributário, em relação a uma das nflds e a um auto de infração, obsta a persecução penal dos crimes materiais contra a ordem tributária. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (*HC 81.611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, pleno, maioria, DJU de 13/5/2005,*

p. 84) e do Superior Tribunal de Justiça (Agrg. no REsp. 831.992/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5º T., unânime, *DJe 24/11/2008*). IV. As elementares constantes do *caput* do art. 168-A (deixar de repassar) e do art. 337-A (suprimir ou reduzir) do Código Penal permitem concluir que os fatos típicos, ali descritos, traduzem crime material, para cuja consumação é indispensável que, além da fraude à fiscalização tributária, da conduta resulte efetiva supressão ou redução de tributo, mediante o lançamento definitivo do crédito tributário, como justa causa para a instauração do inquérito policial. A ausência de constituição definitiva do crédito tributário, pelo lançamento, apurado mediante o procedimento administrativo-fiscal, constitui óbice ao prosseguimento do inquérito policial, por falta de justa causa, devido à ausência de materialidade (TRF, 1ª Reg., *HC 33283-97.2010.4.01.0000/BA, 3ª T.; Rel.ª Des.ª Fed. Assusete Dumont Reis Magalhães, DJF1 6/8/2010, p. 33*).

O art. 9º, §2º, da Lei nº 10.684/2003, possibilita a extinção da punibilidade a qualquer tempo, em virtude do pagamento integral do débito, ou a suspensão da pretensão punitiva, em virtude do parcelamento do débito tributário, dos crimes previstos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal Somente quando houver a quitação completa dos créditos tributários ocorrerá a extinção da punibilidade do crime e poder-se-á falar em absolvição da acusada, o que não é a hipótese dos autos, que trata somente de parcelamento (TRF, 1ª Reg., ACr. 2007.34.00.032344-3/DF, 3ª T., Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, *DJF1 18/6/2010, p. 152*).

Com a edição da Lei nº 10.684/2003, deu-se nova disciplina aos efeitos penais do pagamento do tributo, nos casos dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, e 168-A e 337-A do Código Penal. Comprovado o pagamento integral dos débitos oriundos de sonegação fiscal, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, mas anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, extingue-

-se a punibilidade, independentemente de ter se iniciado a execução penal, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003 (STJ, HC 123.969, Proc. 2008/0278215-1/CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJE 8/3/2010).

Há de ser declarada a extinção da punibilidade do agente se ocorreu o pagamento integral da dívida mesmo após o oferecimento da denúncia. Entendimento do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003 (TRF, 1ª Reg., RCCR 2005.41.00.007916-1/RO, Rel. Cândido Ribeiro, 3ª T., DJ 12/1/2007, p.14).

O art. 69 e seu parágrafo único, da Lei nº 11.941, de 2009, assevera, *verbis*: **Art. 69.** *Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.*

Parágrafo único. *Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.*

Perdão judicial e aplicação da pena de multa

Assevera o inc. II, do § 2º do art. 337-A do Código Penal, que é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que 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.

Causa especial de redução de pena e aplicação da pena de multa

Determina o § 3º do art. 337-A do Código Penal, que se o empregador não é pessoa jurídica e a sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de 1/3 (um terço) até a metade ou aplicar apenas a multa.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de sonegação de contribuição previdenciária é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

O juiz poderá deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que 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, de acordo com o disposto no § 2º do art. 337-A do Código Penal.

Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até metade ou aplicar apenas a de multa, sendo que aquele valor será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social, conforme dispõem os §§ 3º e 4º do art. 337-A do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Contribuições previdenciárias em questão são aquelas nomeadas patronais, não atingidas pela restrição oriunda do veto presidencial ao § 2º do art. 5º, do mesmo diploma legal, como tampouco pelas restrições contidas no art. 7º da Lei nº 10.666/03 e no art. 168-A, § 2º, do Código Penal (TRF, 2ª Reg., RSE 2006.51.01.532512-0, Rel. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJ 21/11/2007, p. 138).

Habeas corpus. Trancamento de ação penal. Sonegação de contribuição previdenciária. Parcelamento de débito. Lei nº 10.684/03. Suspensão da pretensão punitiva. Ocorrência. – Paciente denunciado por suposto crime previsto no art. 337-A do CP. Confessado e parcelado o débito previdenciário, estando a empresa em situação ativa e regular, a suspensão da pretensão punitiva estatal e do prazo prescricional é medida que se impõe. Precedentes dos E. STF, STJ e desta Corte Federal. Ordem parcialmente concedida para obstar o trâmite da ação penal, enquanto estiver em curso o parcelamento do débito (TRF, 2ª Reg., HC 2006.02.01.004842-8, Rel. Sérgio Feltrin Correa, DJ 19/10/2006, p. 97).

Dificuldades financeiras

A sonegação de contribuições previdenciárias e contribuições de terceiros mediante uma só ação ou omissão, na espécie omissão de informações e inserção de elementos inexatos em GFIP, configura concurso formal de crimes. Dificuldades financeiras fazem parte do risco da atividade empresarial e podem justificar o inadimplemento dos tributos, mas não a sonegação. Não preenchidos os requisitos legais, não há falar em estado de necessidade. A tese defensiva de exclusão da culpabilidade porque a conduta ilícita derivou de dificuldades financeiras não se aplica ao crime de sonegação fiscal, que não se restringe à mera falta do recolhimento dos tributos, mas decorre da omissão das informações fiscais obrigatórias ou de informações inverídicas, com vista à sonegação, ou seja, da fraude (TRF 4ª Região, Processo: 5026776-66.2011.404.7000, Rel. Des. Fed. Leandro Paulsen, DJe 21/07/2015).

Capítulo II-A – Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira

(Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.) Corrupção ativa em transação comercial internacional Art.

337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: *(Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.) Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.*

(Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.) Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

(Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.) Introdução

A *corrupção ativa em transação comercial internacional* contém elementos que a especializam comparativamente ao delito de *corrupção ativa*, tipificado no art. 333 do Código Penal.

Inicialmente, além dos núcleos *prometer* (que nós dá a entender que a entrega da vantagem indevida ocorreria no futuro) e *oferecer* (que diz respeito a uma proposta de entrega mais imediata da vantagem indevida), o art. 337-B do Código Penal incluiu o núcleo *dar*. Aqui, portanto, ao contrário do que ocorre com o art. 333 do Código Penal, se o agente, mesmo que solicitado por funcionário público estrangeiro, lhe dá, ou seja, faz a entrega da vantagem indevida, o delito restará configurado.

Assevera o tipo penal em estudo que o agente pode prometer, oferecer ou dar, *direta* (ou seja, pessoalmente, sem intermediários, expondo claramente seu propósito criminoso) ou *indirectamente* (isto é, por interposta pessoa, podendo valer-se de insinuações, agindo dissimuladamente etc.), vantagem indevida, tratando-se, outrossim, de um delito de forma livre.

A *vantagem indevida*, a exemplo do que ocorre nos delitos de concussão e corrupção ativa, pode ter qualquer natureza, isto é, econômica, moral, sexual *etc.*

A conduta deve ser dirigida a *funcionário público estrangeiro*, ou a *terceira pessoa*. O conceito de funcionário público estrangeiro encontra-se no art. 337-D do Código Penal.

Além disso, conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci, “enquanto no delito de corrupção ativa menciona-se apenas o funcionário público, neste caso há ainda a inclusão de *terceira pessoa*, abrindo a possibilidade de se punir alguém que consiga, mediante o oferecimento de uma quantia indevida qualquer, a atividade de sujeito não vinculado à Administração, mas que pode nela influir, para o fim de prejudicar ato de ofício inerente à transação comercial. Amplia-se, com isso, a possibilidade de punição, pois não é só o funcionário público estrangeiro que está habilitado a prejudicar a Administração Pública estrangeira, mas também outros que a ela tenham, de algum modo, acesso”.⁶⁹

Ao fazer a previsão, no tipo penal do art. 337-B, não só do funcionário público, mas também de *terceira pessoa*, a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, atendeu ao disposto no art. 1º, item 1, da Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais.

Tal como ocorre com o crime de corrupção ativa, tipificado no art. 333 do Código Penal, no delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional* a conduta do agente é dirigida no sentido de determinar ao funcionário público estrangeiro a *praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional*. Quando o tipo penal em exame utiliza o verbo *determinar*, o faz não com um sentido impositivo, mas, sim, com a conotação de *convencimento*. Isso significa que o corruptor não necessariamente exige que o funcionário pratique qualquer dos comportamentos mencionados pelo tipo, mas, sim, que a sua conduta o convence, o estimula a praticá-los.

Portanto, a finalidade do comportamento do corruptor é fazer com que o funcionário público estrangeiro pratique, omita ou retarde ato, no exercício de suas funções, relacionado à transação comercial internacional. Como esclarece Cesar Roberto Bitencourt: “Se o ato pretendido pelo sujeito passivo não se adequar ao rol daqueles que integram a atribuição do funcionário público estrangeiro corrompido, a conduta não se amolda ao descrito no tipo penal. Nada impede que referida conduta possa adequar-se a outro tipo penal, como, por exemplo, tráfico de influência.

Não se tipifica essa infração penal se o sujeito ativo promete, oferece ou dá vantagem a funcionário público estrangeiro para livrar-se de *ato ilegal* por esse praticado, já que, sendo ilegal, não satisfaz a exigência do elemento normativo *ato de ofício*.⁷⁰

Cuida-se de um tipo misto alternativo.

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica prejudicada na transação comercial internacional.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional* e, mais especificamente, a Administração Pública estrangeira.

O objeto material do delito é a vantagem indevida.

Consumação e tentativa

O delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional* se consuma no instante em que o agente *oferece ou promete* vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, com a finalidade de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional. A consumação ocorre, portanto, no momento do oferecimento ou da promessa da vantagem indevida, não havendo necessidade, para efeitos de seu reconhecimento, que o funcionário público, efetivamente, venha a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

O delito restará consumado ainda que o funcionário público estrangeiro recuse a indevida vantagem econômica oferecida ou prometida pelo agente.

Com relação à conduta de *dar* vantagem indevida, a consumação ocorre quando da sua entrega ao funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, devendo ser entendido, nessa hipótese, como um crime material.

A tentativa será admissível desde que, na hipótese concreta, se possa fracionar o *iter criminis*, embora seja de difícil configuração no que diz respeito aos comportamentos de *prometer* e *oferecer*, e mais comum quanto à conduta de *dar* vantagem indevida.

A possibilidade de reconhecimento da tentativa encontra-se também prevista na segunda parte do item 2 do art. 1º da Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, que diz que a *tentativa e a conspiração para subornar um funcionário público estrangeiro serão delitos criminais na mesma medida em que o são a tentativa e a conspiração para corrupção de funcionário público daquela Parte*.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional*, não havendo previsão, pois, para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *prometer, oferecer* e *dar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Em virtude do maior prejuízo causado à Administração Pública, o parágrafo único do art. 337-B do Código Penal diz que a pena é aumentada em um terço se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional* é de reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

A pena será aumentada de 1/3 (um terço) se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Tráfico de influência em transação comercial internacional (*Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.*) **Art. 337-C.** Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional: (*Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

(*Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.*) **Parágrafo único.** A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

(*Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.*) **Introdução**

Solicitar deve ser entendido no sentido de pedir; *exigir* significa impor, ordenar, determinar; *cobrar* é atuar no sentido de ser pago, de receber; *obter* importa em alcançar, conseguir.

Todos esses comportamentos devem ser dirigidos no sentido de que o agente obtenha, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem, que poderá ou não ter caráter econômico, podendo, também, tratar-se de uma prestação sexual, haja vista não haver qualquer limitação interpretativa para efeitos de seu reconhecimento. Como esclarece o dispositivo em estudo, não há necessidade de que o agente tenha, efetivamente, recebido a vantagem por ele solicitada, exigida ou cobrada, bastando, tão somente, que o sujeito a tenha prometido.

Assevera o tipo penal em estudo que o agente pode solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, *direta* (ou seja, pessoalmente, sem intermediários, expondo claramente seu propósito criminoso) ou *indiretamente* (isto é, por interposta pessoa, podendo usar, valer-se

de insinuações, agindo dissimuladamente etc.), vantagem ou promessa de vantagem, tratando-se, outrossim, de um delito de forma livre.

O sujeito atua, praticando qualquer dos comportamentos típicos, com a finalidade de obter vantagem ou promessa de vantagem de qualquer natureza, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro, no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional. A expressão *a pretexto de influir* demonstra que, na verdade, o agente age como verdadeiro estelionatário, procurando, através do seu ardil, enganar a vítima.

Dissertando a respeito do conceito de *transação comercial internacional*, esclarece Noronha: “Citado vocábulo (‘transação’), além de seu significado comum e primeiro que é de pacto, convenção ou ajuste, deve ser entendido em sua linguagem comercial que pode ser traduzida como ‘negociar, operar ou fazer uma transação mercantil’. Foi usada pelo legislador em seu sentido de ‘transacionar’. Logo, transação comercial internacional significa uma operação de natureza mercantil cujo pacto vai além-fronteiras.”⁷¹

Cuida-se de um tipo misto alternativo.

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que, de maneira secundária, foi prejudicado por um dos comportamentos praticados pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *tráfico de influência em transação comercial internacional* e, mais especificamente, a Administração Pública estrangeira.

O objeto material do delito é a vantagem perseguida pelo agente.

Consumação e tentativa

Não é preciso que o agente obtenha a vantagem ou mesmo a promessa de cumprimento da aludida vantagem, para efeitos de reconhecimento da consumação, pois que as condutas de *solicitar, exigir e cobrar* demonstram tratar-se de um crime formal, de consumação antecipada

Em sentido contrário, posiciona-se Noronha: “Dá-se a consumação no momento e no lugar em que o agente *obtém* a vantagem ou ela lhe é *prometida*, sendo indiferente à perfeição do delito a conduta posterior do agente, que, aliás, poderá transmudar o crime, na hipótese em que, por exemplo, ele resolve agir junto ao funcionário, corrompendo-o”.⁷²

Dependendo da hipótese concreta, visualizando-se a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*, será possível a tentativa. Quando os atos forem praticados de forma concentrada, em razão da sua natureza monossubsistente, ficará afastada a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *tráfico de influência em transação comercial internacional*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *solicitar*, *exigir*, *cobrar* e *obter* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

A pena será aumentada da metade, conforme determina o parágrafo único do art. 337-C do Código Penal, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *tráfico de influência em transação comercial internacional* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A pena será aumentada de metade, nos termos do parágrafo único do art. 337-C do Código Penal, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A Justiça Federal é competente, conforme disposição do inciso V do art. 109 da Constituição da República, quando se tratar de infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, como é caso do racismo, previsto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário, assim como nos crimes de guarda de moeda falsa, de tráfico internacional de entorpecentes, de tráfico de mulheres, de envio ilegal e tráfico de menores, de tortura, de pornografia infantil e pedofilia e corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais (STJ, CC 132.984/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, S3, DJe 02/02/2015).

Funcionário público estrangeiro (*Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.*) **Art. 337-D.** Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

(*Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.*) **Parágrafo único.** Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

(*Incluído pela Lei nº 10.467, de 11/6/2002.*) *Vide comentários ao art. 327 do Código Penal.*

Conforme observa Damásio de Jesus, “diversamente da regra estabelecida para os crimes funcionais típicos cometidos por funcionários públicos nacionais, o princípio inovador restringe o alcance da equiparação aos que se vinculam diretamente a empresas estatais controladas pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas não nacionais. Em face disso, não alcança profissionais ou empregados de empresas privadas estrangeiras, ainda que atuem em representação, por contrato ou convênio, de Estado estrangeiro. Considerou apenas a investidura em ‘entidades estatais’ ou ‘representações diplomáticas’ (*caput*) ou, quando ampliou o conceito (parágrafo único), embutiu apenas os que se acham vinculados a ‘empresas controladas’ ou em ‘organizações públicas internacionais’. Não incluiu, como o fez na regra do art. 327, § 1º, parte final, do CP, os particulares que exercem atividades típicas da Administração Pública e vinculados por contrato ou convênio ao Poder Público. A norma não prevê a equiparação de pessoa física vinculada a empresa privada internacional, ainda que, por contrato ou convênio, realize atividades típicas de entidades internacionais”.⁷³

Capítulo III – Dos Crimes contra a Administração da Justiça

Reingresso de estrangeiro expulso Art. 338. Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.

Introdução

O núcleo *reingressar* tem o sentido de ingressar novamente, voltar. Somente pode

reingressar aquele que, em algum momento, tiver saído. Dessa forma, não se amolda à figura típica em estudo a conduta do estrangeiro que, expulso, se recusa a sair do nosso território.

O reingresso deve ser em *território nacional*, ou seja, em todo espaço (aéreo, marítimo ou terrestre) onde o Brasil exerce sua soberania. No entanto, vale a advertência feita por Damásio de Jesus quando assevera que o delito em estudo cuida do fato do “estrangeiro reingressar em nosso território jurídico, alcançado pela nossa soberania, não abrangendo o chamado território por extensão (CP, art. 5º, § 1º). Assim, não constitui delito penetrar o estrangeiro expulso em navios ou aeronaves brasileiros de natureza militar ou navios particulares em alto-mar”.⁷⁴

O conceito de estrangeiro deve ser encontrado por exclusão, ou seja, aquele que não gozar do *status* de brasileiro, seja ele nato ou naturalizado, nos termos do art. 12 da Constituição Federal, é que poderá ser considerado estrangeiro.

Os arts. 65 a 75 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, cuidam, especificamente, da expulsão do estrangeiro do Brasil.

Não cabe ao magistrado avaliar se o decreto de expulsão do paciente do território nacional foi justo ou não, para caracterização de eventual tipificação do crime previsto no art. 338 do Código Penal. Precedente: HC 218.279/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 16/11/2011 (STJ, HC 290849/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, S1, DJe 20/06/2014).

De fato, referido delito se consuma quando do reingresso, ao território nacional, do estrangeiro anteriormente expulso, com características, entretanto, próprias de delito permanente. Com efeito, a consumação se persegue com a permanência do agente no território nacional, perdurando o ilícito e o estado de flagrância enquanto a situação assim se mantiver (TRF, 4ª Reg., HC 2008.04.00.040109-1, Rel. Amaury Chaves de Athayde, 7ª T., j. 3/11/2008).

Materialidade comprovada pelo auto de apresentação e apreensão de passaporte, pela cédula de identidade de estrangeiro, pelo Cadastro de Pessoa Física, protocolo SIAPRO, termo de expulsão e pelo Laudo de Perícia Papiloscópica. Autoria comprovada pelo interrogatório do réu e pelos depoimentos das testemunhas de acusação (TRF, 3ª Reg., ACR 2003.61.81.004424-0/SP, Rel. André Nekatschalow, 5ª T., DJU 21/2/2006, p. 276).

O simples fato do reingresso no território nacional do estrangeiro que dele foi expulso tipifica o crime do art. 338 do Código Penal (TRF, 1ª Reg., ACR. 95.01.05229-0/GO, Rel. Fernando Gonçalves, 3ª T., DJ 19/8/1996, p. 58.551).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); permanente; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Em sentido contrário: o crime previsto no art. 338 do Código Penal é unissubsistente, pelo que se caracteriza com o simples retorno do estrangeiro, após ter sido expulso do país por meio de decreto presidencial do qual estava ciente (TRF, 3ª Reg., ACR 2002.61. 81.003707-3/SP, Rel. Luiz Stefanini, 1ª T.,

DJU 10/1/2006, p.141).

Para a consumação do delito basta ao sujeito ativo reingressar em território nacional, ciente do ato de expulsão, que não pode estar revogado, mostrando--se irrelevante para fins penais a sua permanência em território nacional, em razão de que tal circunstância não protraí sua consumação no tempo, de modo que se trata de crime instantâneo, e não permanente (TRF, 4^a Reg., Ap. Crim. 2003.72.02.003503-9, Rel. Tadaaqui Hirose, 7^a T., j. 4/6/2008).

Sujeito ativo e sujeito passivo

De acordo com a redação típica, somente o *estrangeiro expulso* do território nacional é que poderá praticar o delito previsto pelo art. 338 do Código Penal, tratando-se, pois, de um crime próprio.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *reingresso de estrangeiro expulso* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o estrangeiro expulso, efetivamente, reingressa em território nacional.

A tentativa é admissível.

O delito de reingresso no território nacional de estrangeiro expulso, tipificado no art. 338 do CP é de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo. Tratando-se de crime permanente, enquanto não cessar a permanência, entende-se o agente em flagrante delito, a teor do art. 303 do CPP. Logo, cabível a prisão em flagrante, enquanto não cessar a permanência, pois a conduta do agente continua a ferir o bem jurídico protegido (TRF, 3^a Reg., HC 2005.03.00.077554-6/SP, Rel. Cecília Mello, 2^a T., *DJU 19/12/2005, p. 398*).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *reingresso de estrangeiro expulso*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *reingressar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometida via omissão imprópria.

Penal, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *reingresso de estrangeiro expulso* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Não é possível, em sede de processo criminal, a declaração acerca da injustiça da expulsão do condenado, uma vez que é de competência do Excelentíssimo Senhor Presidente da República eventual revogação do decreto expulsório, nos termos do previsto no art. 66 da Lei nº 6.815/80. O fato de o acusado possuir família no Brasil, sendo sua esposa e filhos dele dependentes, está vinculado à licitude do ato administrativo presidencial, não descharacterizando, porém, o crime em tela, se no momento do reingresso o decreto de expulsão não fora revogado pela autoridade competente. Desnecessária a conversão do julgamento em diligência, já que a prova visada pela parte está relacionada à justiça do ato administrativo de expulsão, que foge à esfera de competência nestes autos. E, ainda que assim não fosse, precluso restou o direito da defesa em fazer tal requerimento, posto que deixou de fazê-lo no momento oportuno, quer seja na fase do art. 499, quer seja em alegações finais. Sentença condenatória mantida (TRF, 3^a Reg., ACr. 2002.61. 81.003707-3/SP, Rel. Luiz Stefanini, 1^a T, DJU 10/1/2006, p.141).

Estrangeiro expulso do país, que nele reingressa, utilizando-se de fraude para concessão do ‘visto’. Fato típico. Não tem direito a liberdade provisória, com ou sem fiança, estrangeiro acusado de crime de reingresso irregular no país (TRF, 1^a Reg., HC 94.01.28824-0/MG, Rel. Eustáquio Silveira, 4^a T, DJ 3/11/1994, p. 62.661).

Competência da Justiça Federal

Vide art. 109, X, da Constituição Federal.

Denunciaçāo caluniosa Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (*Redação dada pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

Introdução

Dar causa à instauração é fazer com que seja iniciado, inaugurado. A conduta praticada pelo agente leva, portanto, à instauração de: **Investigaçāo policial**. Existe controvérsia sobre o que venha a ser a investigação policial capaz de configurar a denunciaçāo caluniosa. Hungria⁷⁵

posiciona-se no sentido de que uma simples investigação, mesmo que não revestida do formalismo do inquérito policial, já seria suficiente para efeitos de reconhecimento do delito tipificado no art. 339 do Código Penal. Portanto, aquelas investigações preliminares que são levadas a efeito pela autoridade policial, antes mesmo da instauração do inquérito policial, e que, em alguns lugares, são conhecidas por VPI, em virtude da expressão *verificada a procedência das informações*, constante do § 3º do art. 5º do Código de Processo Penal, poderiam fazer com que fosse reconhecida a denunciaçāo caluniosa. Em sentido contrário, assevera Guilherme de Souza Nucci que “a *investigação policial*, referida no tipo penal, necessita ser o inquérito policial – que é procedimento administrativo de persecução penal do Estado, destinado à formação da convicção do órgão acusatório, instruindo a peça inaugural da ação penal –, não se podendo considerar os meros atos investigatórios isolados, conduzidos pela autoridade policial ou seus agentes, proporcionados pelo simples registro de uma ocorrência”.⁷⁶

Apesar da força do raciocínio do renomado magistrado de São Paulo, entendemos que a razão se encontra com Hungria. Se, de alguma forma, com sua denunciaçāo caluniosa, o agente fez com que fosse deflagrado qualquer tipo de investigação, entendemos que o delito restará configurado, pois o agente, efetivamente, *deu causa à instauração* de investigação policial. Se a lei exigisse o inquérito policial, teria dito expressamente, principalmente após a modificação que ocorreu no art. 339 do Código Penal, introduzida pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000.

Processo judicial. Embora também exista controvérsia a respeito da natureza do aludido processo, vale dizer, se somente o *penal* estaria previsto no art. 339, ou se, além dele, poderíamos conceber também o de natureza *civil*, principalmente após a modificação ocorrida no *caput* do artigo em exame pela referida Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, que incluiu a instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade, não resta dúvida, agora, de que a expressão *processo judicial* abrange as duas grandes categorias – penal e civil –, uma vez que se a mera instauração de um inquérito civil já tem o condão de caracterizar a infração penal em estudo, que dirá o ajuizamento de uma ação civil pública com base no suposto crime praticado pelo agente.

Investigação administrativa. Luiz Regis Prado esclarece que “o processo administrativo tem por escopo o controle da conduta dos agentes da Administração Pública e a solução das controvérsias dos administrados. Uma de suas modalidades é o processo punitivo, que é todo aquele movido pela Administração para imposição de penalidade por infração administrativa ao administrado, ao servidor ou a quem eventualmente esteja vinculado à Administração por uma relação especial de hierarquia, como os militares, os estudantes e os demais frequentadores de estabelecimentos públicos sujeitos circunstancialmente à sua disciplina. O processo administrativo disciplinar constitui o meio pelo qual são apuradas e punidas as faltas

graves dos funcionários públicos e das demais pessoas sujeitas ao regime funcional da Administração Pública. Tem como pressuposto essencial a instauração da sindicância para investigação de irregularidades, denominada inquérito administrativo".⁷⁷

Não podemos nos esquecer de que a instauração da investigação administrativa deve ter sido motivada, sempre, pela denúncia caluniosa de uma infração penal (crime ou contravenção) inexistente, ou, se existente, que não tenha sido praticada por aquele a quem é imputada.

Inquérito civil. É aquele, de natureza inquisitiva, presidido pelo Ministério Público, que tem por finalidade investigar fatos ligados à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme o disposto no art. 129, III, da Constituição Federal, para que, se for o caso, sirva de sustentação ao oferecimento de uma ação civil pública.

Ação de improbidade administrativa. É aquela prevista na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

Embora o *caput* do art. 339 do Código Penal mencione, expressamente, a imputação de um crime, o § 2º do mesmo artigo amplia a denúncia caluniosa para a hipótese de imputação de contravenção, com a diferença de que, neste último caso, a pena aplicada ao agente será diminuída de metade.

A denúncia caluniosa pode ocorrer quando a infração penal atribuída a alguém nunca tiver existido, bem como quando, embora existente a infração penal, a pessoa a quem o agente imputa a sua prática não tenha sido o seu autor.

Finalmente, o agente deve saber que imputa um delito inexistente, ou mesmo aquele que efetivamente ocorreu, a alguém que *sabe ser inocente*. O agente deve ter, portanto, a certeza da inocência daquele a quem acusa ter praticado a infração penal. Se houver dúvida, o delito restará afastado.

Entende essa Corte que a instauração de investigação administrativa satisfaz o elemento objetivo do tipo em questão, ainda que no âmbito correcional, porquanto houve indevida mobilização da máquina policial (STJ, RHC 51.930/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 1º/08/2016).

Dispõe o art. 339 do Código Penal que incorre em denúncia caluniosa, crime previsto com pena de reclusão, de 2 a 8 anos, e multa, aquele que der "causa a instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente". Na lição de Nelson Hungria (*Comentários ao código penal*, v. IX, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, pp. 458-466), agora extensível às investigações de cunho administrativo, correcionais, e de caráter civil: [...] não é condição do crime a apresentação formal de denúncia ou queixa, bastando que se dê causa, mediante qualquer comunicação, por escrito ou oralmente, ainda

que a simples investigação policial (mesmo que não revista o formalismo de inquérito policial propriamente dito). Pratica, portanto, o crime de denúncia caluniosa pessoa, inclusive o advogado, que, tendo ciência da inocência da vítima, imputa a ela a prática de diversos crimes supostamente cometidos no decorrer de instrução criminal na qual não teve seus interesses e/ou de seus clientes atendidos, levando o caso a conhecimento dos órgãos de correição local e nacional, desprovido de mínimo lastro probatório (STJ, AgRg no HC 339.782/ES, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 12/05/2016).

No delito de denúncia caluniosa exige-se que haja por parte do agente a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática criminosa. Em outras palavras, deve o agente atuar contra a própria convicção, intencionalmente e com conhecimento de causa, sabendo que o denunciado é inocente (Precedentes) (STJ, RHC 43.131/MT, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJe 25/06/2015).

O crime de denúncia caluniosa tem como elemento objetivo do tipo a efetiva instauração de procedimento investigatório, seja em sede judicial, policial ou administrativa, e que tenha sido, diretamente ou indiretamente, causada, provocada, motivada e/ou originada pelo denunciante, porquanto o seu objeto jurídico é, primeiramente, o interesse da justiça e, de forma secundária, a honra da pessoa eventualmente ofendida (TJES, AC 038090044314, Rel^a Des^a Catharina Maria Novaes Barcellos, j. 12/3/2014).

Comete o delito previsto no art. 339 do CP o agente que imputa os crimes de violação de sigilo funcional e prevaricação a quem sabia inocente, dando causa a instauração de investigação administrativa. Condenação mantida (TJRS, AC 70042986778, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 19/1/2012).

Comete o delito previsto no art. 339 do CP o agente que induz menor a imputar os crimes de lesões corporais e abuso de autoridade a quem sabia inocente, dando causa a instauração de inquérito policial. Condenação mantida (TJRS, Ap. Crim. 70045335981, Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 19/1/2012).

O investigado ou o acusado pela prática de crime não tem o dever de dizer a verdade e confessar a sua culpa e não pode ser responsabilizado criminalmente se, em processo criminal ou administrativo, falta com a verdade em suas declarações defensivas, salvo nas estritas hipóteses dos arts. 307, 339, 340 e 341 do CP (TRF, 4^a Reg., RecCrSE 2007.71.10.006803-0/RS, Rel. Juiz Fed. Sérgio Fernando Moro, *DEJF* 20/8/2010, p. 830).

Pelo conjunto probatório contido nos autos ficou nitidamente provado que a apelante agiu com vontade livre e consciente de prejudicar a vítima, imputando a ela crime que sabia ser inocente, restando assim configurado o delito de denúncia caluniosa, tendo em vista que a apelante deu causa à instauração de inquérito policial (TJMT, APL 8204/2009, Rel. Des. Gerson Ferreira Paes, *DJMT* 13/8/2010, p. 43).

Aquele que, embora noticiando a ocorrência de fatos que, segundo seu entendimento, seriam ilícitos, dando causa à instauração de procedimento investigativo que não teve prosseguimento, tampouco maiores consequências, não há de se cogitar na prática do crime previsto no art. 339 (denúncia caluniosa), do Código Penal (TJMS, AC-Recl 2009.032634-1/0000-00, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, *DJEMS* 8/7/2010, p. 46).

Para a caracterização do crime de denúncia caluniosa (CP, art. 339), é imperiosa a prova de que o autor saiba ser falsa a acusação que redundou em investigação contra a vítima, bastando, para afastar o dolo a existência da verdade subjetiva, consubstanciada no simples relato dos fatos à autoridade competente, acreditando na sua efetiva ocorrência (TJSC, ACr 2009.064250-6, Rel.^a Des.^a Salete Silva Sommariva, *DJSC* 8/7/2010, p. 347).

Comprovado que o apelante imputou a prática de crime a pessoa que sabia inocente, dando causa à instauração de procedimento investigatório, resta configurado o delito previsto no art. 339 do Código Penal, não havendo que se falar em absolvição. Se o recorrente não só provocou a ação da autoridade em decorrência

de denúncia de um fato criminoso, como também deu causa à investigação policial, indicando o ilícito, em tese, praticado por sua ex-mulher, não há se falar em desclassificação do delito para o crime previsto no art. 340 do Código Penal, pois sua conduta se amolda perfeitamente ao tipo penal de denunciaçāo caluniosa (TJMG, APCr. 1.0344.07.037037-6/0011, Rel. Des. Pedro Vergara, DJEMG 3/2/2010).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que ficou prejudicado com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *denunciaçāo caluniosa* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a pessoa que foi vítima da imputação falsa de crime.

Consumação e tentativa

O delito restará consumado com a instauração da investigação policial, do processo judicial, da investigação administrativa, do inquérito civil ou da ação de improbidade administrativa.

Admite-se a tentativa.

Crime formal que se consuma no momento em que o agente motiva, desnecessariamente, a instauração de algum dos procedimentos previstos no art. 339 do Código Penal (TJSC, ACr 2010.026597-5, Rel. Des. Subst. Roberto Lucas Pacheco, DJSC 6/8/2010, p. 433).

Sendo indicadas e determinadas as pessoas contra as quais são imputadas a falsa prática de ilícito penal, tem-se configurado, em tese, o crime de denunciaçāo caluniosa e o de comunicação falsa de crime ou contravenção. Considera-se consumado o crime de denunciaçāo caluniosa no local onde foram iniciadas as investigações, ainda que preliminares, sobre o fato denunciado (STJ, S3, CC 32496/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 2/3/2005, p. 182).

Consuma-se o crime de denunciaçāo caluniosa [...] com a instauração de investigação policial (mesmo que não seja aberto inquérito) ou com a propositura de ação penal contra a vítima. Evidentemente, se chegou a ser aberto inquérito, somente após o seu arquivamento será possível qualquer iniciativa no sentido do processo por denunciaçāo caluniosa. Se houve ação penal, somente após o seu término, com a absolvição irrecorrível do acusado, que, por si só, não será decisiva para estabelecer a culpabilidade do denunciante, já que a absolvição pode não corresponder a uma declaração de inocência' (*Lições de direito penal*, São Paulo: Bushatsky, 1965,

v. 4) (STJ, EDcl no HC 16153/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 15/12/2003 p. 401).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa. Na verdade, o delito somente poderá ser praticado com *dolo direto*, conforme se extrai da expressão *de que o sabe inocente*.

Em relação à instauração de investigação ou processo judicial é que basta a ocorrência do dolo eventual. Ademais, a denunciação caluniosa exige que a imputação verse sobre fato definido como crime (NILO BATISTA, in: *O elemento subjetivo do crime de denunciação caluniosa*. Rio de Janeiro: Ed. Liber-Juris, 1975, p. 55) (STJ, RHC 43.131/MT, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 25/06/2015).

Demonstrado que o agente, com dolo específico, deu causa à instauração de inquérito policial ao imputar crime à pessoa que sabia ser inocente, recai na conduta descrita no art. 339, *caput*, do CP, não havendo falar em absolvição (TJSC, AC 2010.080066-9, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 14/2/2013).

Para caracterizar a denunciação caluniosa, é imprescindível que o agente tenha agido com dolo direto, que o agente tenha desejado o resultado, não bastando o dolo eventual. Precedente do eg. STJ, no sentido: ‘o autor da denunciação deve saber que a imputação do crime recaí sobre um inocente (TRF, 2ª Reg., ACr. 2007.50.01.011406-5, Rel. Des. Fed. André Fontes, DEJF2 10/8/2010).

Demonstrado que a acusada possuía fundadas dúvidas sobre a inocência da vítima, ao afirmar que esta lhe ameaçou de causar algum mal, resta afastado o elemento subjetivo do tipo do art. 339 do CP, o dolo direto (TJMG, APCr. 1378374-50.2008.8.13.0024, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, DJEMG 23/7/2010).

Para a caracterização do crime de denunciação caluniosa é necessário, primeiro, ter conhecimento da inocência do acusado e, segundo, dar ensejo à instauração ‘de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém’ (art. 339 do CP). No caso presente, a exordial acusatória, *prima facie*, não traz a indicação de má-fé ou de especial fim de agir das pacientes no sentido de imputar a alguém delito de que sabe ser ela inocente. Ao registrarem Boletim de Ocorrência, descreveram fatos ocorridos em 23/4/2001 sem, contudo, apontar, em sua manifestação perante a autoridade policial, a prática de qualquer crime a ser imputado à vítima, restringindo-se, tão somente, a delatar os fatos realmente ocorridos. Conforme orientação desta Corte Uniformizadora, a configuração do delito de denunciação caluniosa pressupõe, pelo autor, a descrição falsa de fato típico. Por outro lado, verifica-se que a simples lavratura de boletim de ocorrência, sem qualquer atribuição de ilícito penal, por si só, não é capaz de amoldar a conduta das pacientes ao fato típico previsto no art. 339, do Código Penal (STJ, HC 20770/GO, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª T., RT 813, p. 530).

Para a configuração do crime de denunciação caluniosa (CP, art. 339) é essencial a presença do elemento subjetivo consubstanciado na circunstância de ter o agente a certeza da inocência da vítima. Não constando da denúncia a descrição de tal circunstância, como na hipótese em que o agente se limita a denunciar que os presos de uma Delegacia sofreram sevírias e humilhações, fato real em que apenas se nega a autoria, a ação penal por denunciação caluniosa ressente-se de justa causa, impondo-se o seu trancamento (STJ, RHC 9765/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., RT 794, p. 543).

O tipo do art. 339 do Código Penal exige que a denunciação seja objetiva e subjetivamente falsa, caracterizando o dolo específico; o autor da denunciação deve saber que a imputação do crime recaí sobre um inocente (STJ, APn 489/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, j. 8/9/2008).

Modalidades comissiva e omissiva

A expressão *dar causa* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Nos termos do § 1º do art. 339 do Código Penal, a pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. Na primeira hipótese, o agente não se identifica; na segunda, utiliza um nome fictício como subterfúgio para não ser reconhecido.

Causa especial de diminuição de pena

Determina o § 2º do art. 339 do Código Penal que a pena é diminuída de metade se a imputação é de prática de contravenção, ou seja, aquela infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente, conforme o disposto no art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal) e na Lei das Contravenções Penais.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito de *denunciaçāo caluniosa* é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

A pena é aumentada de sexta parte, nos termos do § 1º do art. 339 do Código Penal, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção, conforme o disposto no § 2º do citado artigo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Autodefesa em inquérito ou processo judicial

Inexiste o crime de denunciaçāo caluniosa quando a falsa acusação é feita por um réu, em sua defesa, no curso do interrogatório do processo -crime ou do inquérito policial (TJSP, AC, Rel. Xavier Honrich, RT 504, p. 337).

Dolo subsequente e denunciaçāo caluniosa

Pode ocorrer, ainda, a hipótese em que o agente, ao levar a efeito a denunciaçāo, acredite, realmente, que a pessoa por ele apontada seja a autora da infração penal, no entanto, após o início das investigações, venha a tomar conhecimento da sua inocência. Nesse caso, se o agente se cala, ou seja, se não atua no sentido de levar esse fato ao conhecimento da autoridade encarregada da investigação, poderia ser responsabilizado pela denunciaçāo caluniosa em virtude do seu dolo subsequente? Fragoso, citando Carrara, responde a essa indagaçāo dizendo que não basta: “O dolo superveniente (apresentaçāo de queixa de boa fé e posterior verificação da inocência do acusado), mesmo que o agente se cale e não esclareça o seu

equívoco, pois o crime não pode ser praticado por omissão".⁷⁸

Apesar da autoridade do renomado autor, ousamos dele discordar. Isso porque, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, podemos entender que o agente, ao imputar a alguém a prática de um crime, que depois vem a saber ser inocente, cria para si a responsabilidade de impedir o resultado que, nesse caso, seria a sua condenação por um delito que não cometeu. Caso não atue, segundo nosso raciocínio, poderá ser responsabilizado pelo delito de denúncia caluniosa, via omissão imprópria, dada sua posição de garantidor.

Denúncia de crime cuja punibilidade já se encontrava extinta

O fato de o agente dar causa à instauração, por exemplo, de um inquérito policial cuja punibilidade da infração penal a ser apurada já se encontrava extinta, não importa no reconhecimento do delito de denúncia caluniosa. Ao agente não compete saber, por exemplo, se ocorreu, no caso concreto, qualquer hipótese que pudesse conduzir à extinção da punibilidade, bastando que o fato narrado seja verdadeiro e que a pessoa a quem ele imputa a sua prática seja, pelo menos em tese, a autora do delito.

O mesmo raciocínio se aplica quando estivermos diante de causas que afastem a ilicitude, ou mesmo a culpabilidade, a exemplo daquele que informa à autoridade policial a morte violenta de uma pessoa, imputando o delito de homicídio a alguém que teria agido em legítima defesa.

Lastro probatório mínimo

A acusação por crime de denúncia caluniosa deve conter um lastro probatório mínimo, no sentido de demonstrar que a instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa teve por única motivação o interesse de atribuir crime a uma pessoa que se sabe ser inocente (STF, Processo 85023, *RHC/TO*, Rel. Joaquim Barbosa, pub. 1º/2/2008).

Denúncia caluniosa e organização criminosa

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, as infrações penais correlatas, bem como o procedimento criminal a ser aplicado.

Na Seção I, do Capítulo I, cuidou da chamada *colaboração premiada*, possibilitando ao colaborado a concessão do perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade aplicada ou sua substituição por restritiva de direitos, conforme se verifica pela redação constante do art. 4º do referido diploma legal.

Pode, contudo, o agente, pertencente à organização criminosa, com o fim de se beneficiar indevidamente da colaboração premiada, preservando os demais membros do grupo, imputar falsamente a alguém infração penal que sabe ser inocente, ou mesmo revelar informações sobre estrutura de organização criminosa que sabe inverídica.

Para evitar essas situações, o art. 19 da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, criou uma modalidade de denunciação caluniosa, específica para as hipóteses de colaboração premiada, dizendo, *verbis*:

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Denunciação caluniosa contra mortos

Seria possível a denunciação caluniosa contra mortos?

Rogério Sanches Cunha, respondendo a essa indagação, corretamente, afirma que: “A lei pune a ofensa contra mortos somente na calúnia (art. 138, § 2º, do CP). Assim, no silêncio, vedada está a integração incriminadora (art. 1º do CP). Não bastasse, a elementar “de que o sabe inocente” indica tempo *presente* e *não passado*, o que impede, por si só, falar-se em denunciação caluniosa de pessoa morta.”⁷⁹

Denunciação caluniosa no Código Penal Militar

Vide art. 343 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Comunicação falsa de crime ou de contravenção Art. 340. Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Introdução

O núcleo *provocar* deve ser entendido no sentido de dar causa, promover, ensejar. A *autoridade* deve ser aquela encarregada da persecução penal em sentido amplo, aqui abrangida a autoridade policial, judiciária, bem como o Ministério Público.

Não há necessidade de que tenha sido formalizado inquérito policial, ou mesmo que tenha sido oferecida denúncia em juízo, pois que o tipo penal faz referência tão somente à *ação*, ou seja, qualquer comportamento praticado pela autoridade destinado a apurar a ocorrência do crime ou da contravenção penal, falsamente comunicado(a).

O agente comunica, portanto, à autoridade a ocorrência de um crime ou de uma contravenção penal que não ocorreu, fazendo com que o Estado pratique, em vão, qualquer ação no sentido de elucidar os fatos. Essa comunicação pode ser verbal, escrita, ou até mesmo

produzida anonimamente. A falsa infração penal comunicada poderá, ainda, ser dolosa, culposa, consumada, tentada *etc*. Também poderá haver a imputação da prática de uma infração penal a uma pessoa fictícia, imaginária; na hipótese de ser verdadeira a pessoa e falso o delito que se lhe imputa, o fato poderá ser entendido como *denunciaçāo caluniosa*.

Deverá, ainda, o agente, ter a certeza de que o crime ou a contravenção comunicado(a) à autoridade não se verificou, pois que, se houver dúvida quanto à sua existência, não se poderá cogitar da infração penal em estudo.

Não haverá o delito, por exemplo, se o agente comunica à autoridade policial a existência de um roubo quando, na realidade, ocorreu um furto, pois que essencialmente idênticos. Não se exige de qualquer pessoa um conhecimento técnico a ponto de fazer com que seja responsabilizada por uma capitulação equivocada da infração penal praticada, mas que, na sua essência, diz respeito àquela efetivamente cometida. Se o fato apontado for essencialmente diferente, haverá crime.

O investigado ou o acusado pela prática de crime não tem o dever de dizer a verdade e confessar a sua culpa e não pode ser responsabilizado criminalmente se, em processo criminal ou administrativo, falta com a verdade em suas declarações defensivas, salvo nas estritas hipóteses dos arts. 307, 339, 340 e 341 do CP (TRF, 4^a Reg., RecCrSE 2007.71.10.006803-0/RS, Rel. Juiz Fed. Sérgio Fernando Moro, *DEJF* 20/8/2010, p. 830).

Basta à concretização do delito de comunicação falsa de crime ou de contravenção fazer com que a autoridade policial aja sem qualquer motivo, perdendo tempo e comprometendo a administração da justiça, pois deixa de atuar em casos verdadeiramente importantes (TRF, 4^a Reg., ACr. 0005561-65.2006.404.7107, Rel.^a Juíza Fed. Cláudia Cristina Cristofani, *DEJF* 23/7/2010, p. 298).

Comete o delito previsto no art. 340 do CP o agente que comunica a ocorrência de um furto que sabia inexistente, provocando a ação da autoridade policial (TJRS, Ap. Crim. 70018821157, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 14/6/2007).

Para a configuração do art. 340 do Código Penal, é indispensável que o agente esteja ciente de que nenhum crime se verificou. Se o crime ocorreu, ainda que com a participação do agente, não se configura o crime de comunicação falsa (TRF, 1^a Reg., Processo 200501000677517, HC/MG, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, pub. 16/12/2005).

Hipótese em que o paciente teria solicitado a instauração de inquérito policial em desfavor de sua ex-esposa, imputando-lhe a prática de crime de falsidade ideológica. Pedido de instauração de inquérito que foi indeferido, sob o argumento de que a ex-esposa do paciente estaria em exercício de autodefesa, o que seria do conhecimento do mesmo. Denúncia que imputou ao paciente a prática, em tese, do delito de comunicação falsa de crime (STJ, HC 25999/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., *RSTJ* 181, p. 384).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (dependendo dos atos praticados pela autoridade, poderá ser considerado não

transeunte).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *comunicação falsa de crime ou de contravenção* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

Entendemos que o delito se consuma não com a mera *provocação*, mas, sim, quando a autoridade, efetivamente, pratica alguma *ação* no sentido de apurar o cometimento do crime ou da contravenção que lhe foi falsamente comunicado(a) pelo agente.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo (direto) é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal *sub examen*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *provocar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *comunicação falsa de crime ou de contravenção* é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Comunicação falsa de crime com finalidade de fraudar o seguro

Se o agente provoca ação de autoridade, comunicando falsamente a ocorrência, por exemplo, de um crime, com a finalidade de fraudar o seguro, não haverá concurso entre as

infrações previstas nos arts. 340 e 171, § 2º, V, do Código Penal, haja vista ter sido a comunicação falsa um crime-meio para a prática do delito-fim, que é o estelionato.

Em sentido contrário, posiciona-se Noronha, afirmando serem distintos os sujeitos passivos: “O Estado e a companhia de seguro; diverso o elemento subjetivo – fim de provocar a ação da autoridade e fim de lucro. Além disso, atente-se a que a *falsa comunicação à autoridade não é elemento do tipo* da fraude para recebimento de indenização ou valor do seguro, que pode muito bem ocorrer sem ela.”⁸⁰

A comunicação falsa de crime, no caso dos autos, restou absorvida pelo estelionato, uma vez que foi meio manejado pelo réu ao efeito de dar credibilidade à farsa do furto do veículo, não se constituindo, esse expediente (ação), em delito autônomo (TJRS, Ap. Crim. 70014 654990, 7ª Câm. Crim., Rel. Nereu José Giacomolli, j. 29/11/2006).

Comunicação falsa de crime no Código Penal Militar

Vide art. 344 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Autoacusação falsa Art. 341. Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Introdução

Quando a lei usa o termo *acusar-se*, significa que o próprio agente atribui falsamente a si mesmo a prática de um crime que não existiu ou que foi praticado por outrem. Se alguém, falsamente, atribui a outra pessoa um desses fatos, o delito será o de *denúncia caluniosa*.

Essa autoacusação deverá ser levada a efeito perante a *autoridade*. Na verdade, não é qualquer autoridade, mas, sim, aquela que tem os poderes necessários para verificar a existência do crime, vale dizer, as autoridades policial e judiciária, bem como o Ministério Público, pois cuida-se de um crime contra a administração da Justiça. Se o agente, por exemplo, atribui, falsamente, a si mesmo, a prática de um crime perante um prefeito municipal, entendemos que não haverá o delito em exame. Em sentido contrário, posiciona-se Luiz Regis Prado, quando diz que é imprescindível “que a autoacusação se realize perante autoridade – policial, judicial ou administrativa, desde que esta última tenha o dever de levar o fato ao conhecimento da autoridade competente”.⁸¹

A autoacusação diz respeito à prática de um crime inexistente, ficando afastado o delito, portanto, quando o agente se autoatribui o cometimento de uma contravenção penal.

Para a configuração do delito tipificado no art. 341 do CP é necessário que o agente assuma crime inexistente ou praticado por outrem, circunstâncias ausentes na espécie, porquanto o acusado era o responsável

pelo não repasse ao INSS das verbas previdenciárias dos empregados, sendo, inclusive, beneficiado pela atenuante da confissão espontânea (TRF, 4^a Reg., ACr. 2000.72.00.005414-3, Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, DEJF 19/9/2007, p. 878).

Ré que se apresentou na DP alegando, falsamente, estar na direção de veículo automotor que se envolveu em colisão com outro automóvel, advindo lesões em adolescentes, quando, na verdade, o veículo era dirigido por sua filha menor (com 16 anos), não habilitada. Prova farta e segura a ensejar um juízo condenatório (Rec. Crim. 71000823799, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel.^a Elaine Maria Canto da Fonseca, j. 23/6/2006).

Imprecisa a propriedade da arma, não se pode condenar, por esse delito, o corréu que disse ter adquirido a arma de um irmão, pois afastada estaria a falsidade (TJRS, Ap. Crim. 70008085847, 8^a Câm. Crim., Rel. Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, j. 28/9/2005).

Aplica-se à autoacusação falsa o § 2º do art. 342 do Código Penal, que diz não ser mais punível o fato se antes da sentença no processo onde ocorreu o ilícito o agente se retratar ou declarar a verdade. Tanto na falsidade testemunhal como na autoacusação falsa, é preciso que a falsidade apareça de modo escorreito, não podendo resultar de deficiências do aparelho policial no momento de tomar depoimentos prestados no inquérito (TJRS, Ap. Crim. 7000 6226799, 4^a Câm. Crim., Rel. Gaspar Marques Batista, j. 15/5/2003).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (pois que o delito pode ser praticado de diversas formas – verbal, escrita etc.); transeunte (dependendo da forma como o delito é praticado, haverá possibilidade de realização de perícia, passando, então, a ser considerado não transeunte).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *autoacusação falsa* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito se consuma no momento em que a autoacusação falsa é levada ao conhecimento da autoridade competente, independentemente de que esta última tenha tomado qualquer providência no sentido de apurar os fatos.

Dependendo da forma como o delito for praticado (escrita, verbal etc.), será possível ou não o reconhecimento da tentativa.

Para a consumação do delito do art. 341 do CP, basta que chegue ao conhecimento da autoridade a autoacusação falsa do cometimento de um ato em tese delituoso, que seja hábil a provocar a atividade policial ou judiciária (TJMG, Processo 1.0000.00. 263342-8/000[1], Rel. José Antonino Baía Borges, pub. 8/10/2002).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de autoacusação falsa, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de se *acusar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

Conforme preleciona Fernando Galvão:

“É possível responsabilizar o funcionário público por omissão, quando este inobservar o seu dever de impedir a movimentação da autoridade para apurar fato que sabe não ter se verificado. Nesse caso, a realização omissiva da *autoacusação falsa* dependerá sempre da existência de concurso de pessoas, sendo que o funcionário comete crime comissivo por omissão.”⁸²

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *autoacusação falsa* é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

O desvalor da conduta, no caso da autoacusação falsa, impede o reconhecimento da bagatela, via *habeas corpus* (TJRS, HC 700133 49436, 7ª Câm. Crim., Rel. Nereu José Giacomolli, j. 1º/12/2005).

O elemento subjetivo é o dolo genérico; vontade conscientemente dirigida à autoacusação de crime inexistente ou praticado por terceiro é o que ocorreu no presente caso, pois como já ficou provado, no Processo-Crime nº 085/92, que o acusado não era o proprietário da carga de maconha, mas, sim, tentou assumir a autoria, talvez, por motivo altruístico, crime este que pode ocorrer e tem ocorrido por várias motivações: ora por interesse pecuniário (isto é, mediante paga do verdadeiro culpado ou de quem por ele se interessa) (TJSC, AC 31.240, Rel. Rogério Domingos Farias Lemos, DJ 3/6/1994).

O delito de autoacusação falsa é punível sem atender-se para sua motivação ou grau de parentesco entre as pessoas envolvidas no caso. Haja espírito altruístico (para salvar criminoso verdadeiro que é seu amigo ou

parente querido) ou para assegurar-se com a prisão, abrigo, alimento etc., nada disso exclui a punibilidade do fato (*RT 457*, p. 328).

Autoacusação falsa no Código Penal Militar

Vide art. 345 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Falso testemunho ou falsa perícia Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (*Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28/8/2001.*) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da Administração Pública direta ou indireta.

(*Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28/8/2001.*) § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

(*Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28/8/2001.*) **Introdução**

A conduta prevista pelo tipo penal em estudo diz respeito ao fato de *fazer afirmação falsa*, isto é, que não condiz com a realidade, mentindo sobre determinado fato, *negar* um fato que ocorreu, não reconhecendo a sua veracidade, ou mesmo se *calar*, impedindo, com o seu silêncio, que os fatos cheguem ao conhecimento daquele que irá proferir o julgamento. Assevera Hungria: “Na primeira hipótese, temos a falsidade *positiva*, consistente na asseveração de um fato mentiroso; na segunda, a falsidade *negativa*, consistente na negação de um fato verdadeiro; na terceira, a *reticência*, isto é, o silêncio acerca do que se sabe ou a recusa em manifestá-lo (ocultação da verdade).”⁸³

O *caput* do art. 342 do Código Penal aponta aqueles que serão considerados como sujeitos ativos do delito e que poderão praticar um dos comportamentos anteriormente narrados. São eles: a testemunha, o perito, o contador, o tradutor e o intérprete.

Percebe-se, portanto, que, de um lado, temos o crime de *falso testemunho* e, de outro, o de *falsa perícia*. Na verdade, a qualidade de perito seria o gênero, de onde seriam suas espécies o perito (em sentido estrito, abrangendo, aqui todas as perícias que não dissessem respeito à contabilidade, tradução e interpretação), bem como o contador, o tradutor e o intérprete.

A conduta prevista pelo tipo penal deve ser levada a efeito em *processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral*. *Processo judicial* é aquele cuja

tramitação ocorre em juízo (cível ou criminal), competindo sua direção a um Juiz de Direito; *processo administrativo* diz respeito a todo aquele que ocorre no âmbito da Administração Pública, que não tenha cunho judicial; o *inquérito policial* é presidido pelo delegado de polícia, que tem por finalidade produzir as provas necessárias a fim de justificar o oferecimento da denúncia, permitindo, assim, o início da *persecutio criminis in judicio*; *juízo arbitral* é aquele capaz de dirimir extrajudicialmente os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos constantes da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem.

A mãe e representante legal da vítima menor de idade não tem legitimidade ativa para cometer o injusto do art. 342 do Código Penal e, por consequência, não pode figurar como objeto do delito do art. 343 do mesmo estatuto, por não se inserir no conceito de testemunha previsto nos dispositivos (STJ, REsp 1.549.417/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T, DJe 08/09/2016).

O falso, que afasta a autoincriminação, não caracteriza o delito tipificado no art. 342 do Código Penal (STJ, HC 47125/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T, DJ 5/2/2007, p. 389).

É irrelevante a formalidade do compromisso para a caracterização do crime de falso testemunho. Precedentes do STF. Nos termos de recente precedente do STF, o crime de falso testemunho não se configura quando com a declaração da verdade o depoente assume o risco de ser incriminado (HC 73.035/DF, DJ 19/12/1996, p. 51.766).

Classificação doutrinária

Crime de mão própria; doloso; formal; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal), ou omissivo próprio (na hipótese em que o agente, por exemplo, se cala sobre a verdade); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; monossubsistente; não transeunte.

É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o crime de falso testemunho é de natureza formal, consumando-se no momento da afirmação falsa a respeito de fato juridicamente relevante. Mesmo que o testemunho não houvesse influído no resultado do julgamento restaria configurada a prática do crime do art. 342 do CP, pois a ação que viola a lei é o próprio depoimento prestado com o fim de subverter a verdade dos fatos, causando dano à Justiça (STJ, HC 238395/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T, DJe 1º/8/2012).

Falso testemunho é delito formal, como tal, prescindível de resultado, bastando, aos fins, a sua configuração, tendo em conta a suficiência da potencialidade lesiva na espécie (TRF, 4ª Reg., Processo 2007.71.00.031354-2, RSE/RS, Rel. Fernando Quadros da Silva, j. 30/6/2009).

O crime de falso testemunho é formal, ou seja, não é necessário que a conduta venha a produzir qualquer resultado danoso para o processo, bem como para qualquer das partes litigantes (TRF, 1ª Reg., Processo 2005340000 34112, ACR./DF, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, pub. 27/4/2007).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Os *sujeitos ativos* do delito tipificado no art. 342 do Código Penal são a testemunha, o perito, o contador, o tradutor e o intérprete.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que foi prejudicado com o comportamento

levado a efeito pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falso testemunho ou falsa perícia* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a declaração, bem como o laudo falsos.

Consumação e tentativa

O delito de falso testemunho se consuma no momento em que o juiz encerra o depoimento, sendo o momento consumativo da falsa perícia, como adverte Luiz Regis Prado, o da “entrega do laudo pericial, da tradução, ou com a realização da interpretação falsa. Faz-se mister que o depoimento seja efetivamente concluído – reduzido a termo e devidamente assinado (art. 216, CPP). Até então, pode ele ser retificado ou alterado pelo depoente, o que poderá impedir a consumação da falsidade. Note-se, ainda, que somente o depoimento findo pode pôr em perigo o bem jurídico protegido, vale dizer, pode ser utilizado pela autoridade como meio de prova”.⁸⁴

Não há necessidade, para efeito de reconhecimento do delito de falso testemunho, de que o julgador tenha se valido do depoimento falso em sua decisão, bastando, tão somente, a comprovação da falsidade. Nesse sentido, tem entendido o Supremo Tribunal Federal que o crime de falso testemunho é de natureza formal e se consuma com a simples prestação do depoimento falso, sendo de todo irrelevante se influiu ou não no desfecho do processo.⁸⁵

Embora haja divergência, a maioria da doutrina não admite a tentativa na infração penal em exame, posição com a qual concordamos.

O crime de falso testemunho é formal, sendo desnecessário que o depoimento prestado tenha influenciado na decisão da respectiva causa, bastando sua potencialidade lesiva, como caracterizado na presente hipótese. Inexistência, ademais, de retratação (TJSP, APL 993.07.125785-0, Ac. 4445552, Rel. Des. Paulo Rossi, DJESP 30/7/2010).

O delito de falso testemunho consuma-se com o encerramento do depoimento prestado, quando se faz a afirmação falsa, embora o Código de Processo Penal admita que a retratação seja efetivada até a prolação da sentença no feito em que o ilícito teria sido cometido. A eventual absolvição do réu pelo Tribunal não afasta a consumação do delito, mesmo que tal testemunho não tenha influído no resultado do julgamento, pois a ação que viola a lei é o próprio depoimento prestado com o fim de subverter a verdade dos fatos, causando dano à Justiça (STJ, HC 73059/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 29/6/2007, p. 678).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo do art. 342 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Sendo imprescindível para a configuração do falso testemunho, como elemento subjetivo do crime, a vontade livre e consciente dirigida à afirmação sabidamente falsa, exclui o delito a hipótese de atuação mediante coação, onde o vício volitivo – em razão da ausência de liberdade da vontade – afasta o dolo e, por consequência, a própria tipicidade (TJMG, AC 1.0000.00.305701-5/000, Rel. Des. Tibagy Salles, DJ 13/5/2003).

Modalidades comissiva e omissiva

O delito de falso testemunho ou falsa perícia pode ser praticado tanto comissiva quanto omissivamente, dependendo do comportamento levado a efeito pelo agente.

Causa especial de aumento de pena

Determina o § 1º do art. 342 do Código Penal, com a nova redação determinada pela Lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001, que *as penas aumentam-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.*

É desinfluente à configuração do delito previsto no art. 342, § 1º, do Código Penal que a afirmação falsa prestada por médico oficial tenha se dado mediante ofício, e, não, por intermédio de laudo médico. Tratando-se de delito praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa e sendo as circunstâncias pessoais favoráveis ao agente a indicar a suficiência da medida, é de rigor a substituição da pena privativa de liberdade não superior a 4 anos por duas restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal) (STJ, REsp. 303202/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 5/2/2007, p. 403).

Retratação

O § 2º do art. 342 do Código Penal, com a nova redação determinada pela Lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001, assevera que *o fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.*

Nos crimes de falso testemunho ou falsa perícia, o legislador entendeu configurar causa extintiva da punibilidade do agente o fato de ele retratar-se (ou dizer a verdade) em juízo, antes de proferida a sentença (STJ, RHC 52.539/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 06/04/2015).

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *falso testemunho ou falsa perícia* é de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

As penas aumentam-se de um sexto a um terço, nos termos do § 1º do art. 342 do Código Penal, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da Administração Pública direta ou indireta.

O fato deixa de ser punível, de acordo com o § 2º do art. 342 do Código Penal, se, antes da

sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A prolação de sentença no processo em que ocorreu o falso testemunho não é condição de procedibilidade da ação penal pelo referido delito contra a Administração da Justiça. A decisão acerca do falso depoimento, todavia, é que não pode preceder a do feito no qual ocorrerá o eventual ilícito (STJ, HC 16013/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJ 2/9/2002, p. 210).

Compromisso de dizer a verdade

Como este não é elementar do delito tipificado no art. 342 do Código Penal, a outra conclusão não podemos chegar a não ser pelo reconhecimento do delito de falso testemunho em qualquer situação, ou seja, haja ou não a testemunha assumido o compromisso de falar a verdade do que souber e lhe for perguntado.

Estamos, portanto, com Hélio Tornaghi, quando, com autoridade, preleciona: “Não se pense, portanto, que só têm obrigação de dizer a verdade as testemunhas que prometem fazê-lo; que o dever de veracidade só existe para quem tem dever de prometer. Não! A obrigação de dizer a verdade independe da obrigação de prometer! Da primeira, a lei não dispensa ninguém; da outra, isto é, da de prometer, estão *dispensados* (Código de Processo Penal, art. 208).”⁸⁶

Comprovando-se que a testemunha devidamente compromissada deliberadamente fez falsa afirmação em Juízo para o fim de produzir prova em processo penal, impõe-se a condenação nos termos do artigo 342, § 1º do Código Penal (TJDF, Rec. 2007.03.1.009077-9, Rel. Des. João Egmont, DJDFTE 13/8/2010, p. 167).

A testemunha que não presta compromisso legal, por possuir íntima amizade com o réu, não tem o dever de dizer a verdade, não podendo, em razão de eventual mentira afirmada em juízo, responder pelo crime de falso testemunho (TJRS, ACR. 70034672519, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, DJERS 14/7/2010).

A impetrante foi denunciada por ter, como testemunha, supostamente mentido em processo criminal no qual figura como réu seu marido. A Turma entendeu que, para a caracterização do crime de falso testemunho, não é necessário o compromisso da testemunha. Porém, no caso, como a testemunha possui fortes laços afetivos com o réu (esposa), não se pode exigir que ela diga a verdade, justamente em desfavor da pessoa pela qual nutre afeição, colocando em risco até mesmo a própria unidade familiar. Assim, por não haver ilicitude na conduta, a Turma concedeu a ordem para trancar a ação penal. Precedentes citados: HC 20.924-SP, DJ 7/4/2003, e REsp 198.426-MG, DJ 5/11/2001. HC 92.836-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 27/4/2010. Informativo nº 432 do STJ.

A amásia, ao prestar depoimento como testemunha, não deve ser compromissada, dada a impossibilidade de se libertar da influência afetiva decorrente da sua relação íntima com o acusado. É difícil ver como atribuir um crime de falso testemunho a alguém que é ouvido como testemunha em ação penal ajuizada contra o próprio marido ou concubino. Inteligência dos arts. 206 do CPP e 226, § 3º, da Constituição Federal (TJMG, AC 1.0000.00.305701-5/000, Rel. Des. Tibagy Salles, DJ 13/5/2003).

Não incide na letra do art. 342, § 1º, do Código Penal – Falso testemunho – A irmã do acusado, em depoimento no Plenário do Júri, ainda que sob compromisso, buscando obter prova favorável ao irmão. Neste caso, significativo o vínculo familiar. Não se pode exigir, humanamente, e, por isso, também pelo Direito, que a irmã deponha contra o irmão. Cumpre ponderar a fraternidade (STJ, REsp. 198426/MG, Rel. Min. Luiz

Vicente Cernicchiaro, 6^a T, *LEXSTJ 150*, p. 345).

Vítima que presta depoimento falso

Não comete o delito de falso testemunho, pois sua situação não se amolda ao conceito de testemunha, exigido pelo tipo do art. 342 do Código Penal.

Falso testemunho em Comissão Parlamentar de Inquérito

Se o delito de falso testemunho ou falsa perícia for praticado em Comissão Parlamentar de Inquérito, deverá ser aplicado o inc. II do art. 4º da Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, que diz: *Art. 4º Constitui crime:*

I – [...];

II – fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito:

Pena – a do art. 342 do Código Penal.

Note-se que no mencionado art. 4º não existe previsão para o delito praticado pelo contador, nos termos da nova redação constante do art. 342 do Código Penal, que foi dada pela Lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001.

Concurso de pessoas no crime de falso testemunho

Doutrinariamente, tem-se afirmado que o *falso testemunho* é um delito de mão própria, isto é, de atuação personalíssima, de execução intransferível, indelegável. Em virtude dessa natureza jurídica, ou seja, em sendo o falso testemunho um crime de mão própria, seria possível o concurso de pessoas? A resposta, na verdade, deverá ser desdobrada, fazendo-se, de um lado, o raciocínio relativo à coautoria e, do outro, o correspondente à participação.

Assim, podemos afirmar não ser admissível a coautoria em crimes de mão própria. Nilo Batista, com precisão, esclarece: “Se duas pessoas, no mesmo processo – e até na mesma assentada – praticam falso testemunho (art. 342 CP), há dois delitos e dois autores, sendo irrelevante que se houvessem posto de acordo sobre o procedimento adotado. Os crimes de mão própria não admitem coautoria nem autoria mediata na medida em que o seu conteúdo de injusto reside precisamente na pessoal e indeclinável realização da atividade proibida.”⁸⁷

No entanto, será perfeitamente possível o reconhecimento da participação, na hipótese em que a testemunha, por exemplo, é induzida ou instigada por alguém a prestar um depoimento falso.

O informante também pratica o crime de falso testemunho. O advogado que instrui a testemunha ou o informante a mentir responde, na condição de partícipe, pelo crime de falso testemunho. Precedentes do STF (*RHC 81327/SP; HC 75037/SP; RHC 74395/SP*) (TRF, 1^a Reg., *HC 38519/MT*. Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, 4^a T,

j. 15/1/2008, pub. 29/1/2008, *DJ*, p. 54).

Não podemos, tecnicamente, confundir as duas situações, vale dizer, a coautoria com a participação, razão pela qual entendemos como equivocadas, as seguintes decisões: O advogado que orienta a testemunha de processo penal para falsear a verdade dos fatos em favor de seu cliente/constituinte comete o crime de falso testemunho em coautoria com ela (TJMG, Ap. Crim. 1.0388.02.000751-3/001[1], Rel. Adilson Lamounier, j. 3/6/2008).

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Advogado. Crime de falso testemunho. Participação por induzimento. A jurisprudência e a doutrina autorizadas proclamam o entendimento de que no crime de falso testemunho é admissível a coautoria do advogado que induz o depoente a proclamar a falsa afirmação. Precedente (REsp. nº 200.785/SP, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 21/8/2000, p. 159) (HC 19479/SP, HC 2001/0176480-0, Rel. Min. Vicente Leal, j. 2/4/2002, *DJ* 6/5/2002, p. 326).

Advogado que instrui testemunha a apresentar falsa versão favorável à causa que patrocina. Posterior comprovação de que o depoente sequer estava presente no local do evento. Entendimento desta Corte de que é possível, em tese, atribuir a advogado a coautoria pelo crime de falso testemunho (STF, HC/SP, Processo 75037, Rel. Marco Aurélio, pub. 20/4/2001).

Verifica-se, portanto, a confusão havida na ementa entre coautoria e participação. No caso, em razão da natureza jurídica do crime de falso testemunho, vale frisar, pelo fato de ser um crime de mão própria, não podemos cogitar de coautoria, mas tão somente de participação.

É possível a participação no delito de falso testemunho (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). A retratação de um dos acusados, tendo em vista a redação do art. 342, § 2º, do Código Penal, estende-se aos demais coréus ou partícipes (HC 36287/SP, HC 2004/0087500-0, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/5/2005, *DJ* 20/6/2005, p. 305).

A doutrina e a jurisprudência vêm sendo uníssonas em afirmar sobre a possibilidade de se admitir a participação, por induzimento ou instigação, no crime de falso testemunho – art. 342, § 1º, CP. Precedentes (STJ, REsp. 287151/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., *DJ* 17/6/2002, p. 290).

Os crimes de mão própria não admitem a autoria mediata. A participação, via induzimento ou instigação, no entanto, é, ressalvadas exceções, plenamente admissível. A comparação entre os conteúdos dos injustos previstos nos arts. 342 e 343 do Código Penal não conduz à uma lacuna intencional quanto à participação no delito de falso testemunho (STJ, REsp. 200785/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., *RT* 784, p. 579).

Retratação no júri

Na hipótese de julgamento pelo Tribunal do Júri, entendemos que o agente, caso queira retratar-se, deverá fazê-lo antes da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, e não somente até a pronúncia, pois, conforme assevera Guilherme de Souza Nucci, “o ápice é a decisão em sala secreta tomada pelos jurados. Se a decisão de mérito somente será proferida pelo Conselho de Sentença, não há cabimento para se levar em consideração a decisão de pronúncia, que simplesmente julga admissível a acusação”.⁸⁸

Prisão em flagrante no crime de falso testemunho

Quando a testemunha, por algum motivo, na presença do juiz, se recusa a prestar suas declarações, não vemos óbice à prisão em flagrante, pois ela tem a obrigação de responder sobre aquilo que lhe perguntarem.

No entanto, se o julgador, durante a inquirição de uma testemunha, vier a se convencer de que suas declarações são falsas ou de que nega a verdade, é sinal de que, antecipando o seu julgamento, entendeu que as demais provas, que até aquele momento foram trazidas para os autos, eram verdadeiras.

Trata-se, portanto, de uma valoração perigosa, principalmente se ainda existirem outras provas a produzir.

Por isso, entendemos que a prisão em flagrante de alguém pela prática do delito de falso testemunho poderá, em algumas situações, conduzir até mesmo à suspeição do julgador, pelo fato de que, com ela, já terá manifestado a sua valoração, entendendo como verdadeira a prova que serviu de parâmetro a fim de concluir pela falsidade testemunhal.

Falso testemunho e início da ação penal

Pode ocorrer a hipótese de alguém ser denunciado pelo delito de falso testemunho, enquanto tramita a ação na qual o delito foi, em tese, praticado. Nesse caso, os Tribunais Superiores já firmaram entendimento no seguinte sentido: [É possível a propositura da ação penal para se apurar o crime de falso testemunho antes de ocorrer a sentença no processo em que o crime teria ocorrido, desde que fique sobrestado seu julgamento até a outra sentença ou decisão \(STJ, REsp. 596500/DF, REsp. 2003/0171653-8,](#)

[Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5^a T., j. 21/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 377\).](#)

Afirmação de fato falso irrelevante

[A afirmação de fato, falso, mas irrelevante para o deslinde da causa, constitui meio absolutamente ineficaz para a configuração do crime de falso testemunho, tendo em vista a impossibilidade de lesar o bem jurídico referente à Administração da Justiça \(TJDFT, Processo 20030110526989, APR/DF, Rel. Vaz de Mello, pub. 2/4/2008\).](#)

Falso testemunho ou falsa perícia no Código Penal Militar

Vide art. 346 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou

interpretação: (*Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28/8/2001.*) Pena – reclusão, de 3 (três) a 4 (quatro) anos, e multa.

(*Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28/8/2001.*) **Parágrafo único.** As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da Administração Pública direta ou indireta.

(*Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28/8/2001.*) **Introdução**

O núcleo *dar* significa entregar; *prometer* nos dá a entender que a entrega do dinheiro ou outra vantagem indevida ocorrerá no futuro; e *oferecer* diz respeito a uma proposta de entrega mais imediata.

O agente dá, oferece ou promete dinheiro (cédulas ou moedas aceitas como meio de pagamento) ou qualquer outra vantagem (que deverá, obrigatoriamente, possuir natureza econômica, tendo em vista que devemos levar a efeito uma interpretação analógica, considerando o dinheiro como a fórmula exemplificativa, e a outra vantagem como a fórmula genérica, que deverá possuir a mesma natureza).

O suborno deve ser dirigido finalisticamente a fazer com que a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete faça afirmação falsa, negue ou cale a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação. Caso esses últimos, em virtude do suborno, venham a praticar o crime de falso testemunho ou falsa perícia, deverão ser responsabilizados de acordo com o tipo do art. 342 do Código Penal, enquanto o corruptor ativo praticará a infração penal prevista no art. 343 do mesmo estatuto, razão pela qual se conclui ter havido quebra da teoria monista ou unitária, lembrando-se de que a lei penal considerou mais grave o comportamento do corruptor em oferecer dinheiro ou outra vantagem, do que o falso testemunho ou a falsa perícia, tendo em vista ser a pena cominada ao art. 343 (reclusão, de 3 a 4 anos, e multa) superior àquela prevista no art. 342 (reclusão, de 2 a 4 anos, e multa).

A conduta ativa prevista no art. 343, *caput*, do CP tem como alvo apenas os sujeitos taxativamente nele descritos (testemunha, contador, tradutor ou intérprete), no processo (judicial, administrativo ou mesmo policial) em que a afirmação falsa será prestada, dentre os quais não se situa a vítima do caso em questão, sendo juridicamente impossível o uso da analogia para abranger situação jurídica não elencada na norma incriminadora (TJES, AC 047120024758, Rel. Des. Adalto Dias Tristão, j. 23/7/2014).

Para a caracterização do delito do artigo 343 do Estatuto Repressivo é preciso que a pessoa a quem foi concedida, oferecida ou prometida a vantagem de qualquer natureza assuma, no momento da ação denunciada, a qualidade de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete. Caso em que, não obstante a prática processual trabalhista tenha se direcionado para a dispensa da exigência de prévio arrolamento, tal proceder não tem o condão de conferir o status de testemunha, em seu sentido técnico-jurídico, à pessoa chamada, informalmente, por uma das partes a depor em seu favor, sob pena de interpretação extensiva da Lei Penal em desfavor do denunciado, em desconformidade ao princípio da taxatividade da Lei Penal (*nullum crimen sine lege scripta et stricta*), como aspecto material do princípio da

reserva legal (TRF, 4^a Reg.; RecCrSE 2006.72.00.012016-6, Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, *DEJF* 16/7/2010, p. 321).

Comete o crime de corrupção ativa de testemunha, que é espécie do crime de falso testemunho, quem dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, a fim de que se faça afirmação falsa (TRF, 2^a Reg., Processo 200051 015319270, ACr./RJ, Rel. Messod Azulay Neto, pub. 12/3/2008).

É de rigor a manutenção da r. sentença absolutória se não restar demonstrado, pelo conteúdo probatório, que o acusado prometeu vantagem indevida à testemunha, não restando configurado, assim, o delito previsto no art. 343 do CP. Réu-colaborador não se confunde com testemunha (elementar necessária à configuração do tipo previsto no art. 343 do CP) (TRF, 1^a Reg., ACr. 2002.30.00.001528-8/AC, Rel. Hilton Queiroz, 4^a T, *DJ* 12/1/2007, p. 27).

Para a configuração do tipo do art. 343, *caput*, do CPB, é necessário que a vítima possua condição atual de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete. Ou seja, a oferta de dinheiro, ou de qualquer outra vantagem, deve ser feita contemporaneamente à instauração do processo judicial ou administrativo. Caso em que a oferta se deu à pessoa que somente potencialmente poderia ser testemunha no momento da ação. Absolvição do réu que se impõe, com base no art. 386, inc. III, do CPP (TJRS, Ap. Crim. 70012542833, 6^a Câm. Crim. Rel. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 11/5/2006).

Cometem o crime previsto no art. 343 do CP os agentes que oferecem recompensa às testemunhas para que estas prestem declarações falsas em processo cível. Condenação mantida (TJRS, Ap. Crim. 70013499504, 4^a Câm. Crim. Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 26/1/2006).

Apenas saber do teor de declarações falsas não configura o crime previsto no art. 343 do Estatuto Penal, cuja conduta importa em ‘dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação’ (STJ, HC 34834/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5^a T, *DJ* 1º/2/2005, p. 585).

O ordenamento jurídico pátrio adotou, no concernente à natureza jurídica do concurso de agentes, a teoria unitária ou monista, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a ele cominadas (art. 29, do CP). Entretanto, exceções pluralísticas há em que o próprio Código Penal, desmembrando as condutas, cria tipos diferentes. É, por exemplo, o caso do falso testemunho, hipótese em que a testemunha que faz afirmação falsa responde pelo delito do art. 342 e quem dá, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem para que aquela cometa o falso no processo penal incide nas penas do art. 343. Precedente da Corte (STJ, REsp. 169212/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6^a T, *RSTJ* 130, p. 486).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito é praticado, havendo ou não possibilidade de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquele que de alguma forma foi prejudicado com a conduta praticada pela testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete.

O delito previsto no art. 343 do CP somente se configura se o dinheiro for oferecido à pessoa que ostenta a condição de testemunha, não se caracterizando em relação àquela que depõe como informante, não prestando compromisso (TJRS, Ap. Crim. 70017763822, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 15/2/2007).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 343 do Código Penal ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a testemunha, o perito, o contador, o tradutor ou o intérprete.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, tradutor, contador ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação.

A possibilidade de tentativa deverá ser analisada caso a caso, dependendo da forma como o delito for praticado.

O delito previsto no art. 343 do CP é formal e se consuma com o mero oferecimento da vantagem para a mentira. Comprovado que o réu ofereceu vantagem pecuniária a testemunha para que prestasse falso depoimento, com o intuito de obter benefício econômico em demanda judicial perante a Justiça do Trabalho, deve ser mantida sua condenação (TRF, 4^a R., ACr 2004.71.00.046570-5, Rel. Juiz Fed. Marcos Roberto Araujo dos Santos, DEJF 20/8/2010, p. 855).

O delito de suborno (art. 343 do CP) tem momento consumativo diverso, anterior, quando, então, a eventual instigação, sem maiores consequências, se mostra, aí, inócuia e penalmente destituída de relevante desvalor de ação. Cometido o falso testemunho (art. 342 do CP), a participação se coloca no mesmo patamar das condutas de consumação antecipada (art. 343 do CP), merecendo, também, censura criminal (art. 29, *caput*, do CP) (STJ, REsp. 200785/SP, 5^a T., Rel. Min. Felix Fischer, RSTJ 135, p. 583).

Corrupção ativa de testemunha. Possibilidade de ajuizamento anterior à sentença do processo em que foi o delito cometido. Crime que se consuma com a simples oferta ou promessa de remuneração ou recompensa, independentemente de aceitação da vantagem indevida (TJSP) (RT 665, p. 287).

Corrupção ativa de testemunha. Ignorado o dia e o mês da consumação do crime, mas conhecido seu ano, considera-se como consumado no dia 1º de janeiro, para não prejudicar quanto à prescrição (TJRS, Ap. Crim. 70014000509, 4^a Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 23/3/2006).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas *dar, oferecer e prometer* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticadas via omissão imprópria.

Causa de aumento de pena

As penas aumentam-se de um sexto a um terço, nos termos do parágrafo único do art. 343 do Código Penal, se o crime é cometido com ofício de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da Administração Pública direta ou indireta.

Pena e ação penal

A pena cominada ao delito tipificado no art. 343 do Código Penal é de reclusão, de 3 (três) a 4 (quatro) anos, e multa.

De acordo com o parágrafo único do art. 343 do Código Penal, as penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da Administração Pública direta ou indireta.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Perito, contador, tradutor ou intérprete oficial

Se o agente dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem a perito, contador, tradutor ou intérprete oficial, o fato se subsumirá ao tipo constante do art. 333 do Código Penal, que prevê o delito de *corrupção ativa*, tendo em vista a qualidade de funcionário público desses últimos.

Corrupção ativa de testemunha, perito ou intérprete no Código Penal Militar

Vide art. 347 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Coação no curso do processo Art. 344. Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Introdução

A utilização da violência ou da grave ameaça deve ser dirigida finalisticamente no sentido de obter algum favorecimento de interesse próprio ou alheio que esteja sendo considerado em

processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

A conduta do agente é dirigida contra *autoridade* (juiz de direito, promotor de justiça, delegado de polícia, defensor público etc.), *parte* (autor e réu), ou contra qualquer pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral, a exemplo do que ocorre com os peritos, escrivães, escreventes, oficiais de justiça, jurado etc.

O processo judicial pode ter qualquer natureza (civil ou penal). Embora pela redação do art. 344 do Código Penal sejamos levados a acreditar na existência de um “processo policial”, na verdade, refere-se o artigo em exame ao *inquérito policial*. *Processo administrativo*, conforme assevera Hungria, “é o que se destina à apuração de ilícito administrativo ou disciplinar, para ulterior julgamento na própria órbita da chamada *jurisdição administrativa*”.⁸⁹ *Juízo arbitral* é aquele capaz de dirimir extrajudicialmente os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos constantes da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem.

Pratica coação no curso do processo o agente que, utilizando-se de ameaças de morte e violência física, obriga detento sob sua custódia a gravar vídeo, a fim de favorecer um colega, investigado em inquérito policial por facilitar a fuga de presos (TJ-DFT, Processo: 20111210055206APR, Rel. Des. Souza e Avila, DJe 20/06/2016).

Devidamente comprovado que o réu, visando favorecer a interesse próprio, efetuou grave ameaça à testemunha de procedimento administrativo para que esta não prestasse depoimento, está caracterizada a prática do crime de coação no curso do processo, tipificado no art. 344 do CP (TJSC, AC 2012.091203-2, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 30/7/2013).

O agente que, no curso da ação de execução de alimentos provisionais ajuizada contra ele, mediante grave ameaça, coage a vítima, com o fim de favorecer interesse próprio, pratica o crime previsto no art. 344 do Código Penal (TJSC, AC 2012.059366-7, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 21/5/2013).

Para a caracterização do delito do art. 344 do Código Penal é necessário que, no curso do processo, pessoalmente ou por terceiro, o agente ameace testemunha e que tal intimidação seja capaz de amedrontar (TJSC, AC 2013.001248-3, Rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 9/4/2013).

Caracterizado está o delito previsto no artigo 344, do Código Penal, quando comprovado que o apelante usou de ameaça, de causar mal injusto e grave à vítima, objetivando que esta afastasse sua responsabilidade em processo (TJD, Rec. 2009.03.1.019475-2, Rel. Des. João Timóteo de Oliveira, DJDFTE 16/8/2010, p. 425).

Agente que da prisão onde se encontra escreve à ex-companheira exigindo que mude declarações prestadas em juízo, dizendo que em caso contrário irá retirar-lhe os filhos e colocar seus familiares na prisão. Grave ameaça não configurada, pois as ações que o réu afirma perpetrar, não dependem unicamente de sua vontade, mas de ação judicial, ficando afastado o tipo penal contido no art. 344 do CP, impositiva a absolvição (TJRS, ACR 70035400951, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, DJERS 16/8/2010).

Comete o delito previsto no art. 344 do CP o agente que, por intermédio de terceira pessoa, profere grave ameaça contra testemunha de processo criminal a que responde como réu, dizendo que “eu sei onde tu mora e que agora vai ficar ruim para ti”, visando a atemorizá-la, com o intuito de beneficiar-se (TJRS, ACR 70035021088, Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo,

Descaracterização do crime de coação no curso do processo em face da inexistência da tipicidade objetiva (não houve ameaça, houve uma visita, uma conversa) e de tipicidade subjetiva (não houve comportamento apto a incutir temor no coacto, direcionado a constrangê-lo a modificar seu depoimento) (TRF, 4ª Região, Ap. Crim. 2004.71.04.007129-5, Rel.^a Cláudia Cristina Cristofani, 8^a T., j. 28/1/2009).

Não há que ser reconhecida a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada contra os pacientes em virtude de suposta atipicidade da conduta, pois o fato narrado na inicial acusatória, qual seja, coagir, mediante grave ameaça, servidores e ex-servidores municipais a assinarem procuração em branco para fins de desistência de reclamação trabalhista, adequa-se, em princípio, ao tipo penal descrito no art. 344 do Estatuto Repressor. Os pacientes, na condição de gestores da Prefeitura de Bonito de Santa Fé/PB, constrangeram pessoas que ajuizaram reclamação contra o Município, mediante ameaça de suspensão de salários e demissão, a assinar instrumento de mandato em branco, que serviu, então, para constituir advogado que, posteriormente, desistiu do feito (STJ, HC 69930/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 25/6/2007, p. 268).

O art. 344 do Cód. Penal incrimina e pena a coação no curso do processo feita mediante violência ou grave ameaça, ou seja, o tipo legal pressupõe uma das duas formas. Se não há, na denúncia, informação do uso de violência ou grave ameaça, é lícito entender como não configurado o crime (STJ, HC 35675/MG, Rel. Min. Nilson Naves, 6^a T., DJ 6/3/2006, p. 446).

No caso em apreço, a ameaça foi praticada de modo velado, insinuada por via sub-reptícia, mas facilmente percebida pela vítima que, por todos os elementos envolvidos, sentiu-se seriamente ameaçada, como qualquer ‘homem médio’ se sentiria, tanto que procurou auxílio da autoridade policial. A alegação de ausência de ameaça foi rechaçada pelas instâncias ordinárias, que a considerou efetiva e apta a intimidar a testemunha, razão pela qual não há falar em omissão (STJ, HC 39284/SC, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 19/12/2005, p. 447).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que foi vítima da violência ou grave ameaça praticada pelo sujeito ativo.

O rito previsto para apuração de crimes de responsabilidade dos funcionários públicos só é aplicável aos delitos previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, não incidindo, portanto, em relação aos crimes comuns, como na espécie, em que o paciente foi condenado pela prática de coação no curso do processo, na qual, embora o agente passivo seja, em primeiro plano, o Estado, e em segundo lugar, a pessoa que sofreu o constrangimento reputado ilegal, o agente ativo pode ser qualquer pessoa (STJ, HC 91228/RS, Rel.^a Min.^a Jane Silva [Des. convocada do TJ/MG], 5^a T., j. 20/11/2007).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *coação no curso do processo* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a pessoa contra quem foi praticada a violência ou dirigida a grave ameaça.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, utiliza a *vis absoluta*, ou seja, a violência física, ou a *vis compulsiva*, vale dizer, a grave ameaça, com a finalidade de favorecer interesse próprio ou alheio contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

Tratando-se de crime formal, de consumação antecipada, não há necessidade de que o agente, efetivamente, consiga o favorecimento de seu interesse que, se vier a ocorrer, deverá ser considerado como mero exaurimento do crime.

A tentativa é admissível.

O crime de coação no curso do processo é formal. Sua consumação independe de resultado naturalístico, bastando a simples ameaça praticada contra qualquer pessoa que intervenha no processo, seja autoridade, parte ou testemunha. É irrelevante que a conduta produza o resultado pretendido. A conduta foi praticada quando o processo se encontrava em curso, o que atende à descrição típica do art. 344 do Código Penal (STF, RHC 124.487 AgR/ES, Rel. Min. Roberto Barroso, 1^a T., DJe 1º/07/2015).

Por se tratar de crime formal, é irrelevante para a consumação do crime de coação no curso do processo que a grave ameaça utilizada pelo agente possa causar efetivo temor na vítima. Precedentes (TJSC, AC 2012.091203-2, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 30/7/2013).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O delito de coação no curso do processo exige como elemento subjetivo específico a finalidade de obter favorecimento a interesse próprio ou alheio em processo judicial, policial ou administrativo ou juízo arbitral. Quando a conduta delitiva do agente visa atingir somente a vítima, não se evidencia o crime do art. 344 do Código Penal, pois o objeto jurídico tutelado é a administração da Justiça (STJ, CC 109.022/RS, 3^a Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 28/6/2010).

Demonstrado o dolo do apelante de conscientemente ameaçar a vítima para intimidá-la em razão de ação cível ajuizada por esta contra aquele, resta caracterizado o delito de coação no curso do processo (TJRS, Ap. Crim. 70027671759, 4^a Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 28/5/2009).

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta narrada no tipo penal – *usar de violência ou grave ameaça* – pressupõe um

comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Concurso de crimes

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 344 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso formal impróprio, previsto na segunda parte do art. 70 do Código Penal, aplicando-se a regra do cômulo material entre os crimes de *coação no curso do processo* e aquele resultante da violência.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *coação no curso do processo* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

A existência de um procedimento em curso – seja processo judicial, administrativo, ou mesmo inquérito policial – configura o elemento do tipo descrito no art. 344 do Código Penal. Diante da existência de inquérito policial em andamento no momento em que a vítima sofreu a ameaça – fato posteriormente tipificado como coação no curso do processo –, não há que se falar em ausência de justa causa para a ação penal (STJ, *RHC 14619/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 24/5/2004, p. 288*).

Coação no Código Penal Militar

Vide art. 342 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Exercício arbitrário das próprias razões Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Introdução

Fazer justiça pelas próprias mãos tem o significado de agir por si mesmo, de acordo com a sua própria vontade, não solicitando a intervenção do Estado, responsável pela aplicação da Justiça ao caso concreto.

O agente atua no sentido de, ele próprio, satisfazer uma *pretensão*. Conforme esclarece Noronha, “esta é o *pressuposto do delito*. Sem ela, este não tem existência, incidindo o fato em

outra disposição legal. A pretensão, por sua vez, se assenta em um *direito* que o agente tem ou julga ter, isto é, pensa de boa-fé possuí-lo, o que deve ser apreciado não apenas quanto ao direito *em si*, mas de acordo com as circunstâncias e as condições da pessoa. Consequentemente, a pretensão pode ser *ilegítima* – o que a lei deixa bem claro: ‘embora legítima’ – desde que a pessoa razoavelmente assim não a julgue”.⁹⁰

É necessário que a pretensão a que alude o art. 345 do Código Penal possa ser apreciada pela Justiça, pois, caso contrário, não se poderá cogitar da infração penal em estudo, a exemplo daquele que fizer justiça pelas próprias mãos a fim de satisfazer-se com o pagamento de uma dívida já prescrita ou, mesmo, uma dívida de jogo.

A pretensão a ser satisfeita pode ser do próprio agente, ou mesmo de terceira pessoa, desde que legítima, como vimos.

Restando provado que a subtração dos objetos não se deu porque a acusada pretendia satisfazer pretensão legítima ou que, ao menos, lhe parecesse legítima, descabe a caracterização do crime previsto no art. 345 do CP (TJMG, APCr. 1.0024.07.791858-9/0011, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJEMG 27/1/2010).

Para a configuração do crime de exercício arbitrário das próprias razões é necessário que a pretensão seja legítima, o que não ocorre se o agente, mediante o uso de violência e grave ameaça, subtrai bens e exige o pagamento de juros oriundos do crime de usura (STJ, REsp. 1101831/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., j. 16/4/2009).

Para a configuração do exercício arbitrário das próprias razões, faz-se necessária a comprovação da legitimidade da pretensão a ser satisfeita, e a vontade do autor de empregar a fraude com o único fim de satisfazer tal pretensão, o que não ocorreu no caso (TRF, 2^a Reg., Processo 20035101508 1370, ACr./RJ, Rel.^a Maria Helena Cisne, pub. 20/2/2008).

Tratando-se de um delito de forma livre, o agente poderá valer-se de diversos meios para satisfazer sua pretensão, podendo usar violência, ameaça, fraude *etc.* O importante é que ele mesmo faça a sua própria justiça, não chamando o Estado para intervir na questão.

Não haverá a infração penal em estudo, conforme ressalva a última parte do art. 345 do Código Penal, quando a própria lei admite a possibilidade de atuação pessoal do agente, a exemplo do que ocorre quando pratica o fato em legítima defesa, exercício regular de direito, *etc.* Nesses casos, o estudo da causa de justificação é antecipado para o próprio tipo penal. A conduta, portanto, será considerada atípica. Veja-se o exemplo do direito de retenção, disposto nos arts. 319 e 1.219 do Código Civil, ou, ainda, do direito de corte de raízes e ramos de árvore, previsto no art. 1.283 do mesmo diploma civil *Aquele que profere ameaças contra pessoa a qual entende ser a devedora de valores trabalhistas comete o crime de exercício arbitrário das próprias razões, ainda que ilegítima a cobrança, uma vez evidenciado que o autor da conduta acreditava na sua legitimidade* (TJSC, AC 2012.067396-5, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 21/5/2013).

Não se reconhece o crime de exercício arbitrário das próprias razões na conduta do agente que, ainda que motivado pelo fato da vítima não lhe ter pagado os serviços prestados, mediante o emprego de arma de fogo e

o concurso de outro agente, domina a vítima e seus familiares e subtrai bens superiores ao que entendia ter direito, além de procurar ocultar sua identidade, usando máscara e luvas (TJRS, AC 70041224767, Rel. Des. Danúbio Edon Franco, j. 21/3/2012).

Se dos elementos de convicção colhidos ao longo da instrução criminal, se extrai que o acusado, ao perpetrar a ação ilícita, tinha manifesta consciência da ilegitimidade de sua pretensão, agindo com manifesto *animus furandi*, não há como desclassificar sua conduta para a de exercício arbitrário das próprias razões, descrita no art. 345 do CP (TJMG, Processo 1.0433.06.185907-3/001[1], Rel. Antônio Armando dos Anjos, j. 12/5/2009).

Advogado que levantou quantia resultante de êxito em demanda judicial, depositada para o pagamento de sua constituinte, sob a alegação de que o valor, correspondente a 10% (dez) por cento do total da condenação, equivale aos honorários advocatícios. O paciente tinha em mãos um título executivo privilegiado na falência – a sentença condenatória – que lhe assegurava honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor apurado em liquidação. Incumbia-lhe habilitar-

-se no Juízo Universal da Falência, nos termos do disposto no art. 24 do Estatuto da Advocacia, e não levantar, por conta própria, o montante correspondente à primeira parcela depositada para o pagamento da empresa. Conduta que poderá vir a ser enquadrada, em tese, tanto no tipo penal correspondente à apropriação indébita (art. 168 do CP) quanto no atinente ao exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). Presença de justa causa para instauração do inquérito policial (STF, HC 89753/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2^a T., DJ 16/2/2007, p. 86).

O delito tipificado no art. 345 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões) exige, para sua configuração, que o sujeito seja titular de uma pretensão legítima, que, no caso, não restou demonstrada pela sentença (STF, HC 82476/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2^a T., DJ 29/8/2003, p. 36).

Se a vantagem é legítima o crime não é de extorsão mediante sequestro, mas este é o de exercício arbitrário das próprias razões – Sequestro praticado como meio executório de outro crime, não subsiste como crime autônomo *in casu*, o exercício arbitrário das próprias razões (TJMG, Processo 1.0000.00.102897-6/000 [1], Rel. Paulo Medina, j. 1º/3/2000).

O exercício arbitrário das próprias razões refere-se a um direito que o agente tem ou supõe possuir, ou seja, a vontade livre e consciente de concretizar um fim determinado (STJ, HC 9444/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5^a T., DJ 20/9/1999, p. 72).

Exercício arbitrário das próprias razões: inexistência: manutenção pelo agente de sua posse contra quem – conforme sentença civil transitada em julgado – jamais a detivera. Constitui elemento normativo do tipo do exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345) o não enquadra-se o fato numa das hipóteses excepcionais em que os ordenamentos modernos, por imperativos da eficácia, transigem com a autotutela de direitos privados, que, de regra, incriminam: o exemplo mais frequente de tais casos excepcionais de licitude da autotutela privada está na defesa da posse, nos termos admitidos no art. 502 do Código Civil. Desse modo, saber quem detinha a posse no momento do fato constitui questão prejudicial heterogênea da existência daquele crime atribuído ao agente que pretende ter agido em defesa da sua posse contra quem jamais a tivera (STF, HC 75169/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1^a T., DJ 22/8/1997, p. 38.763).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente;

transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele prejudicado com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *exercício arbitrário das próprias razões* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a pessoa ou a coisa contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, fazendo justiça com as próprias mãos, consegue satisfazer sua pretensão.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A simulação de dívida objetivando alcançar de imediato a meação de certo bem configura não o crime de falsidade ideológica, mas o do exercício arbitrário das próprias razões. A simulação, a fraude ou outro qualquer artifício utilizado corresponde a meio de execução, ficando absorvido pelo tipo do art. 345 do Código Penal no que tem como elemento subjetivo o dolo específico, ou seja, o objetivo de satisfazer pretensão, legítima ou ilegítima (STF, HC 74672/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 2^a T., DJ 11/4/1997, p. 12.190).

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *fazer justiça pelas próprias mãos* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Concurso de crimes

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 345 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso formal impróprio, previsto na segunda parte do art. 70 do Código Penal, aplicando-se a regra do cômulo material entre os crimes de *exercício arbitrário das próprias razões* e aquele resultante da violência.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *exercício arbitrário das próprias razões* é de detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

A ação penal, como regra, será de iniciativa privada, passando a ser de natureza pública incondicionada se houver o emprego de violência contra a pessoa, vale dizer, a chamada *vis absoluta*, conforme preconiza o parágrafo único do art. 345 do Código Penal.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

No crime de exercício arbitrário das próprias razões, a petição inicial é a queixa (Código Penal, art. 345, parágrafo único). Por essa razão, a ação penal decorrente de denúncia oferecida pelo Ministério Público deve ser anulada (STF, HC 83761/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 1^a T., RTJ 191-01, p. 247).

Constatado o acerto da desclassificação do delito para exercício arbitrário das próprias razões, assiste, em parte, razão ao representante do Ministério Público, uma vez que sua ocorrência só pode ser aventureada mediante queixa, quando for praticado sem violência. Se inexistente esta nos autos, opera-se a extinção da punibilidade do réu pela decadência (TJMG, Processo 1.0145. 03.056468-9/001[1], Rel. Walter Pinto Rocha, pub. 8/8/2007).

Princípio da consunção

Tendo em vista a incidência do princípio da consunção, adequada a absorção do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/2003) pelo delito de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no art. 345, *caput*, do Código Penal. Consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal, o princípio da consunção pressupõe que haja um delito-meio ou fase normal de execução do outro crime (crime-fim), sendo que a proteção de bens jurídicos diversos e a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade não são motivos para, *de per si*, impedirem a referida absorção (Súmula nº 83/STJ) (STJ, AgRg no REsp 1.472.834/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6^a T., DJe 18/05/2015).

Art. 346. Tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Introdução

Tirar tem o sentido de subtrair, retirar; *suprimir* significa fazer com que desapareça; *destruir* importa em eliminar; *danificar* diz respeito a estragar, deteriorar. Essas condutas devem ter como objeto material a *coisa própria*, vale dizer, a coisa móvel pertencente ao agente, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção.

Conforme esclarece Romeu de Almeida Salles Júnior, “a posse por terceiro deve ser legítima, seja ele credor ou não do agente. Ocorrerá nas hipóteses de penhor ou anticrese, ou de direito de retenção; quando houver ordem judicial ou contrato (depositário de coisa

penhorada ou arrestada, locatário, comodatário, comprador com reserva de domínio do vendedor [...]. O delito é uma variante mais grave do crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). Só que no art. 346 não existe pretensão alguma, seja legítima ou supostamente legítima, a fazer valer por parte do agente”.⁹¹

Para configuração do tipo pretendido, imprescindível que a coisa arrebatada fosse de propriedade do inculpado, o que não ocorre na espécie, porquanto, ao emitir os títulos, a propriedade destes passa a ser do portador ou do beneficiário. No momento em que repassada a cédula para terceiro, opera-se a tradição, com o que o subscritor deixa de ser proprietário dela. Autonomia dos títulos de crédito (TJRS, ACR. 70029603396, Rel.^a Des.^a Fabianne Breton Baisch, DJERS 5/8/2010).

Não há que se falar em constitucionalidade da parte final do artigo 346 do Código Penal, por que não importa em prisão por dívida, sendo o objeto jurídico tutelado a boa administração da justiça, que possui dignidade penal (STJ, HC 128.937/SP, 6^a T.; Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJE 3/8/2009).

Classificação doutrinária

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (podendo, no entanto, em algumas situações ser considerado como não transeunte, quando o agente, por exemplo, destrói ou danifica coisa própria que se acha em poder de terceiro por determinação judicial, tendo em vista a necessidade de comprovação do fato através da prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o proprietário da coisa que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção é que pode ser considerado *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 346 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que foi prejudicado com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal em exame ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a coisa pertencente ao agente que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção, que foi tirada, suprimida, destruída ou danificada.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, tira, suprime, destrói ou danifica coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *tirar*, *suprimir*, *destruir* e *danificar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 346 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Tratando-se de crime tipificado no art. 346 do Código Penal, procede-se mediante ação pública incondicionada, sendo, portanto, o Ministério Público a parte legítima para intentá-la (STF, *RHC 58641/SP*, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 98-01, p.118).

Fraude processual Art. 347. Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito: Pena – detenção, de 3 (três) meses a (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

Introdução

Inovar artificiosamente é valer-se de um artifício, de um ardil, com a finalidade de enganar, iludir, modificando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa. Como esclarece Hungria, “a fraude opera-se com a artifiosa inovação (alteração, modificação, substituição, deformação, subversão) relativamente ao ‘estado de lugar, de coisa ou de pessoa’ (enumeração taxativa). Inova-se artificiosamente: o estado de lugar, quando, por exemplo, se abre um caminho, para inculcar uma servidão *itineris*; o estado de coisa, quando, v.g., se eliminam os vestígios de sangue numa peça indiciária da autoria de um homicídio, ou se coloca um revólver

junto a uma vítima de homicídio, para fazer crer em suicídio; o estado (físico) de pessoa, quando, *in exemplis*, se suprimem, mediante operação plástica, certos sinais característicos de um indivíduo procurado pela justiça".⁹²

Há necessidade, ainda, que já esteja em curso, isto é, que já tenha sido iniciado o processo judicial de natureza civil, bem como o processo administrativo. Neste último caso, em virtude dos elementos que integram a figura típica, bem como da impossibilidade de nos valermos do recurso à analogia *in malam partem*, não podemos incluir no conceito de *processo administrativo* as sindicâncias que lhe são anteriores.

Tratando-se da seara penal, nos termos preconizados pelo parágrafo único do art. 347 do Código Penal, a inovação artifiosa poderá ocorrer tanto na pendência de processo penal quanto na fase que lhe é anterior, vale dizer, enquanto pendente o inquérito policial.

A conduta praticada pelo agente deve ser dirigida finalisticamente no sentido de induzir a erro o juiz ou o perito. Assim, tanto o julgador como o perito poderão chegar a conclusões equivocadas em razão do comportamento levado a efeito pelo agente, colocando em risco a correta aplicação da lei.

A modificação de vídeo gravado não é apenas alteração de dado eletrônico, mas efetivo registro físico, enquadrável na categoria jurídica coisa, como também o seria uma fotografia (e o vídeo nada mais é do que uma sucessão de fotos), assim passível de adulteração, nos termos do art. 347 do Código Penal (STJ, *RHC 45164/DF*, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., *DJe* 3/6/2014).

O parágrafo único do art. 347 do CPB é autônomo em relação ao seu *caput*. Embora reflita uma causa de aumento de pena, o faz especificamente para o caso de a inovação artifiosa ocorrer em processo penal, sendo desnecessária a instauração de qualquer procedimento civil ou administrativo, para a sua caracterização. O delito de fraude processual não se confunde com o outro crime que esteja em apuração (neste caso, o de homicídio qualificado); é diverso o bem jurídico cogitado nesse tipo penal (a administração da Justiça), resguardando-se a atuação dos agentes judiciários contra fatores estranhos, capazes de comprometer a lisura da prova ou a correção do pronunciamento judicial futuro, estorvando ou iludindo o seu trâmite. A fraude processual é crime comum e formal, não se exigindo para a sua consumação, que o Juiz ou o perito tenham sido efetivamente induzidos a erro, bastando que a inovação seja apta, num primeiro momento, a produzir tal resultado, podendo o crime ser cometido por qualquer pessoa que tenha, ou não, interesse no processo. O direito à não autoincriminação não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime, inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificiosamente outra realidade, levar peritos ou o próprio Juiz a erro de avaliação relevante (STJ, *HC 137.206/SP*, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJE* 1º/2/2010).

A substituição do motor de veículo já periciado não caracteriza o delito de fraude processual porquanto a inovação não tem o condão de alterar situação preexistente (TJRS, Ap. Crim. 70019 396464, 4ª Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 28/6/2007).

A preexistência de processo em andamento não é requisito necessário à configuração do delito descrito no parágrafo único do art. 347 do Código Penal, na medida em que o próprio dispositivo prevê aumento de pena para os casos em que o processo ainda não tenha iniciado. Desnecessária qualquer interpretação do dispositivo legal quanto à questão. Embora a conduta seja idêntica à prevista no tipo do *caput*, não é necessário que se

tenha iniciado o processo, sendo possível sua caracterização ainda na fase de investigações, independentemente até da instauração do inquérito policial (STJ, AgRg. nos EDcl. no Ag. 711502/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5^a T., DJ 10/4/2006, p. 278).

A gratuidade de justiça deve ser concedida mediante a simples afirmação de necessidade. Mas não pode servir a fraude processual. Gratuidade de justiça pedida apenas quando do recurso, como evidente forma de fugir da sucumbência. Caso em que, de resto, os indícios apontam para a ausência de necessidade. Decisão mantida (TJRS, Ag. Inst. 700 00716548, 20^a Câm. Cív., Rel. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 28/3/2000).

Na hipótese, ainda que reste comprovado que algum dos Pacientes assinou a ata de audiência a que não estivera presente, essa conduta é absolutamente irrelevante para o Direito Penal, porquanto conforme consignado pelo Juízo Cível, não acarretou nenhum efeito jurídico, tendo em vista que a presença ou a ausência da parte seria indiferente, a teor do art. 320, inc. I, do Código de Processo Civil (STJ, HC 30796/RJ, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., RDR 33, p. 425).

Classificação doutrinária

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo, bem como quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (tendo em vista a necessidade de comprovação da inovação através da prova pericial).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que foi de alguma forma prejudicado com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *fraude processual* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é o lugar, a coisa ou a pessoa sobre a qual recai a conduta praticada pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma com a *inovação artifiosa*, independentemente do fato de ter o agente conseguido alcançar sua finalidade, que era a de induzir a erro o juiz ou o perito.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de *inovar artificiosamente* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

Determina o parágrafo único do art. 347 do Código Penal que *se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro*.

A conduta, em tese, perpetrada pelo ora Paciente – policial civil que enxerta na cena do crime talão de cheques objeto de furto, na clara tentativa de ajudar outros colegas policiais que cometem brutal homicídio contra vítima inocente – é grave, mormente tendo-se em consideração, como destacou o *Parquet*, a sua condição de agente público, cujo cargo traz consigo o dever de zelar pela investigação criminal. Desrespeitou, assim, o dever inerente às suas funções, elevando o grau de reprovabilidade da conduta. Motivação idônea. A circunstância funcional do ora Paciente, levada em conta pelo *Parquet*, não integra o tipo penal em tela (art. 347, parágrafo único, do Código Penal) (STJ, HC 40511/RS, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., DJ 13/2/2006, p. 833).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *fraude processual* é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Natureza subsidiária do crime de *fraude processual* Se o agente, por exemplo, na pendência de processo civil, penal, ou administrativo, vier a inovar artificiosamente um documento, falsificando-o, não deverá responder pelas duas infrações penais em concurso material de crimes, pois que o delito mais grave (o crime de falso) absorverá o menos grave (a fraude processual).

O suposto homicida que, para ocultar o cadáver, apaga ou elimina vestígios de sangue, não pode ser denunciado pela prática, em concurso, dos crimes de fraude processual penal e ocultação de cadáver, senão apenas deste, do qual aquele constitui mero ato executório (STF, HC 88733/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2^a T., DJ 15/12/2006, p.110).

Direito à autodefesa

Se o réu, por exemplo, com a finalidade de se defender, vier a inovar artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito,

entendemos que o fato deverá ser entendido como fazendo parte do seu direito à autodefesa, não podendo ser responsabilizado pela infração penal em exame.

Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997)

Art. 312. Inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz:

Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo, ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere.

Estatuto de Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003)

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – [...];

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

[...].

Favorecimento pessoal Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

§ 1º Se ao crime não é cominada pena de reclusão: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa.

§ 2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

Introdução

O núcleo *auxiliar* significa ajudar, socorrer. Essa ajuda, essa prestação de auxílio, deve ser dirigida no sentido de fazer com que alguém se subtraia à ação de autoridade pública, ou seja, aquela que, de alguma forma, seja a legitimada a determinar ou a proceder à captura do autor do crime, a exemplo do delegado de polícia, promotor de justiça, juiz de direito.

Pressuposto para o cometimento do *favorecimento pessoal* é a prática de um crime anterior pela pessoa a quem o agente auxilia a subtrair-se à ação da autoridade pública.

Não prospera o intento de desclassificação do delito de roubo para o crime de favorecimento pessoal ou real, uma vez que os tipos penais dos artigos 348 e 349, ambos do Código Penal, referem-se a atos posteriores ao cometimento do delito e, no caso, a prova demonstra que o apelante prestou auxílio desde a preparação dos atos que antecederam o delito (TRF, 4^a Reg., ACr. 2008.70.07.000404-4; Rel. Juiz Fed. Guilherme Beltrami, DEJF 19/3/2010, p. 462).

Afastada a tese desclassificatória, pois o delito previsto no art. 348 do Código Penal caracteriza-se pelo apoio prestado ao autor de crime a que é cominado pena de reclusão, a fim de subtrair-se aquele à ação da autoridade pública. Ao levar os co-réus e esperar por estes enquanto praticavam o assalto, ele aderiu à conduta dos comparsas e assegurou o êxito da empreitada criminosa, diferentemente do que seria apenas auxiliar os autores do crime a furtarem-se da ação policial (TJRS, ACr. 70029626629, Rel.^a Des.^a Isabel de Borba Lucas, DJERS 5/1/2010, p. 56).

A conduta descrita na denúncia não se amolda ao tipo penal descrito no art. 348 do Código Penal: o auxílio prestado pelo paciente ao suposto assaltante não objetivava sua fuga, mas sim para que recebesse atendimento médico (STJ, HC 46209/BA, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6^a T., RT 853, p. 526).

Comete o delito previsto no art. 348 do CP o agente que auxilia condenado por crime de reclusão e com mandado de prisão expedido, concedendo-lhe abrigo em sua residência, com o fim de ocultá-lo das autoridades policiais. Condenação mantida (TJRS, Ap. Crim. 70022123889, 4^a Câm. Crim., Rel. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 6/3/2008).

Favorecimento pessoal. Art. 348 do CP. Delito que não subsiste se a pessoa favorecida pelo agente foi absolvida e a decisão foi mantida em sede de recurso (TJRS, Rec. Crim. 71000821728, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, j. 24/1/2006).

Para caracterizar o crime de favorecimento pessoal (art. 348 do CP), não é preciso, sequer, que, no momento, a autoridade esteja procurando o criminoso, pois ‘basta que, mais cedo ou mais tarde, o favorecido tenha de ser alcançado pela autoridade como criminoso’ (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. IX, p. 500) (STJ, RHC 2824/MG, Rel. Min. Edson Vidigal, 6^a T., DJ 11/10/1993, p. 21.341).

Há favorecimento e não receptação quando o objetivo é auxiliar o autor do crime e não proveito próprio ou de terceiro (TACrim./SP, Ap. 498.749, Rel. Dias Tatit, j. 23/6/1988).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *favorecimento pessoal* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, presta o auxílio necessário para que o autor de crime se subtraia à ação da autoridade pública, sendo necessário o sucesso do referido auxílio, pois, caso contrário, o delito poderá ser reconhecido como tentado.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Agente que oculta arma de fogo utilizada em crime anterior não pratica o delito previsto no art. 348 do Código Penal, qual seja, o favorecimento pessoal, mas incorre nas penas previstas no art. 14 da Lei nº 10.826/03, tendo em vista a ausência de dolo para o favorecimento pessoal do assaltante (TJMG, Processo 1.0079.04.122295-5/001[1], Rel. Sérgio Braga, pub. 25/4/2007).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo auxiliar pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Modalidade privilegiada

Diz o § 1º do art. 348 do Código Penal que se ao crime não é cometida pena de reclusão, a pena será de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa.

Inexigibilidade de conduta diversa

A lei fez previsão expressa de uma causa de exclusão da culpabilidade ao argumento da inexigibilidade de conduta diversa, dizendo, no § 2º do art. 348 do Código Penal, *verbis*: § 2º *Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.*

A excludente supralegal de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa apenas se verifica quando flagrantemente evidenciado que não seria exigível do agente qualquer outra conduta de acordo com o Direito (TJMG, AC 6809298-54.2009.8.13.0024, Rel. Des. Cássio Salomé, DJe 6/7/2012).

Auxiliar alguém à subtrair-se da ação policial, quando precede este auxílio do cometimento de ilícito penal, configura o tipo penal denominado favorecimento pessoal. Desclassificação operada em favor da acusada Sueli Bender. Direito Penal contempla a analogia *in bonam partem*, autorizando a isenção de pena da acusada pela circunstância de manter união estável com o codenunciado, a quem favorecera, com base no § 2º, do art. 348, CP (TJRS, Ap. Crim. 70016566796, 5ª Câm. Crim., Rel. Aramis Nassif, j. 18/4/2007).

Não se pode exigir outra conduta de quem retira, apressadamente, do local do crime o parente que acabara de cometê-lo, transportando-o para longe dos acontecimentos (TJSP, Ap. 40.067-3, Rel. Silva Leme, j. 24/3/1986).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada para a modalidade prevista no *caput* do art. 348 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

Para a modalidade privilegiada, tipificada no § 1º do art. 348 do Código Penal, está prevista uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa.

Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena, nos termos do § 2º do citado artigo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *favorecimento pessoal*.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Por se tratar de crime de menor potencial ofensivo e por ter a ação observado o rito da Lei dos Juizados Especiais Criminais, compete à Turma Recursal Criminal o conhecimento e julgamento da presente apelação. Competência declinada (TJRS, Ap. Crim. 70013 180039, 4ª Câm. Crim., Rel. José Eugênio Tedesco, j. 24/11/2005).

Diferença entre favorecimento pessoal e participação no crime

Para que ocorra o delito de favorecimento pessoal, aquele a quem o agente auxilia já deverá ter consumado o crime anterior.

Se o auxílio, não importando sua natureza, for oferecido anteriormente à prática do crime, o agente deverá responder a título de participação no delito praticado por aquele a quem supostamente auxiliaria, e não por favorecimento pessoal.

Diferença entre favorecimento pessoal e favorecimento real

A diferença entre o favorecimento pessoal e o real está em que o segundo assegura o proveito do crime (por amizade ou em obséquio ao criminoso), ao passo que o primeiro assegura a fuga, escondimento ou dissimulação do autor do crime (TACrim./SP, Ap. 349.411-1, Rel. Albano Nogueira, j. 13/3/1984).

Favorecimento pessoal no Código Penal Militar

Vide art. 350 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Só há crime de favorecimento pessoal, definido pelo Código Penal Militar, quando se imputa ao favorecido um crime militar (STJ, S3, CC 10250/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 30/10/1995, p. 36.706).

Favorecimento real Art. 349. Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

Introdução

Prestar auxílio significa ajudar, socorrer. O agente, portanto, auxilia o autor da infração penal, que o artigo denomina de *criminoso*, a preservar, a conservar o proveito do crime. *Proveito*, esclarece Hungria, “no sentido em que é empregado o vocábulo no texto legal, é toda vantagem ou utilidade, material ou moral, obtida ou esperada em razão do crime anterior, seja direta ou indiretamente: tanto o *produto* do crime (ex.: a *res furtiva*) ou o *resultado* dele (ex.: a posse de menor raptada), quanto a coisa que venha a substituir a que foi objeto material do crime (ex.: o ouro resultante da fusão das joias subtraídas, ou a coisa que veio a ser comprada com o dinheiro furtado), ou, finalmente, o *preium criminis*. Os *instrumenta sceleris* não são proveito do crime: sua guarda clandestina ou ocultação, porém, se praticada com o fim de despistar a perseguição do criminoso, será favorecimento real”.⁹³

Para que ocorra o favorecimento real, não poderá o agente ter, de alguma forma, concorrido para o crime anterior, que culminou com seu proveito. Assim, embora o art. 349 mencione o termo *coautoria*, na verdade, quer significar *concurso de pessoas*, abrangendo suas duas modalidades, isto é, a coautoria e a participação. O Código Penal utiliza o termo coautoria porque o mencionado artigo ainda faz parte daqueles que foram criados pelo Código de 1940, sendo que o Título IV de sua revogada Parte Geral cuidava do concurso de pessoas sob a denominação de *coautoria*. Dessa forma, a coautoria seria o gênero, do qual seriam suas espécies a coautoria, em sentido estrito, e a participação.

Não poderá o agente, portanto, ter concorrido, de qualquer modo, para o crime anterior.

O partícipe ou coautor do crime anterior, de natureza patrimonial, diante do natural interesse de se favorecer ocultando o produto do delito, não pode postular a desclassificação para o crime de favorecimento real (TJRJ, Ap. Crim. 2006.050.06605, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 13/3/2007).

Também menciona o citado art. 349 que não poderá ter havido receptação.

Merce ser ressaltado, ainda, que o art. 349 do Código Penal vale-se da expressão *proveito do crime*, ficando afastado do tipo penal em estudo qualquer proveito que diga respeito, por exemplo, à prática de contravenção penal.

Afigura-se inviável imputar a prática do crime de furto duplamente qualificado (CP, art. 155, 4º, I e IV) ao

agente que não participou ativamente na execução do crime, porquanto sua conduta limitou-se à cessão de sua residência para o infratores pernoitarem, bem como permitiu que a *res furtiva* fosse escondida em sua propriedade, de modo a restar caracterizado o crime de favorecimento real (CP, art. 349), que consiste na prestação de auxílio ao criminoso para tornar seguro o proveito do crime (TJSC, ACR. 2009.044835-5, Rel.^a Des.^a Salete Silva Sommariva, DJSC 3/8/2010, p. 286).

Para a configuração do delito previsto no artigo 349 do CP é imprescindível que o favorecimento prestado ou prometido aconteça após, e não durante, a prática do crime que lhe deu origem, o que significa dizer que o sujeito ativo deste delito jamais poderá ser um dos corréus ou partícipes do crime anterior, o que torna impossível a desclassificação da prática de homicídio para o delito de favorecimento real nos casos em que o agente teve participação efetiva no evento (TJRO, RSE 0081043-43.2009.8.22.0005, Rel. Des. Valter de Oliveira, DJERO 23/6/2010).

O agente que dá cobertura ao companheiro para que este realize a subtração não executa o delito previsto no art. 349 CP, mas é partícipe do crime patrimonial (TJRS, Ap. Crim. 70020855748, 8^a Câm. Crim., Rel. Mario Rocha Lopes Filho, j. 17/10/2007).

Responde por favorecimento real aquele que, sem participar da subtração, após a consumação do furto, é surpreendido ao transportar a *res furtiva*, prestando auxílio ao criminoso como forma de tornar seguro o proveito do crime (TJMG, Processo 1.0145.03.108340-8/001[1], Rel. Adilson Lamounier, j. 23/9/2008).

Pratica o delito de favorecimento real o agente que guarda em sua residência objetos furtados, ainda mais quando isso ocorre de madrugada, já que pelas circunstâncias, sabia que os mesmos tinham procedência ilícita, pois além do furtador não ter condições de possuir tais bens, a hora e a forma como estes chegaram à sua residência, era forte indicativo que se tratava de produto de furto e, mesmo assim consente em guardá-los, prestando efetiva ajuda para assegurar o proveito do furto (TJMG, Processo 1.0331.07.003514-1/001[1], Rel. Antônio Armando dos Anjos, j. 4/11/2008).

Aquele que, ciente da origem criminosa da coisa, é surpreendido ao efetuar o seu transporte não responde pelo delito antecedente, já que é inadmissível o concurso de agentes após a consumação, enquadrando-se essa conduta, porém, na figura do favorecimento real (TJMG, Processo 1.0699.05.044248-1/001[1], Rel. William Silvestrini, pub. 12/6/2006).

Para que se configure o delito de favorecimento real é necessário que o agente que presta o auxílio não tenha sido coautor ou partícipe do delito anterior, ou seja, se ele prometeu auxílio antes ou durante a prática delituosa, responderá como partícipe do crime antecedente e não por favorecimento real (TJMG, Processo 2.0000.00.332589-9/000 [1], Rel. Alexandre Victor de Carvalho, pub. 29/6/2002).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *favorecimento real* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é o proveito do crime.

Consumação e tentativa

O delito se consuma, como adverte Fragoso, “no momento e no lugar em que o auxílio idôneo for prestado pelo agente, ainda que a pessoa beneficiada não tenha conseguido o objetivo visado”.⁹⁴

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O elemento subjetivo do crime de favorecimento real é o dolo específico consistente na vontade conscientemente dirigida ao auxílio do criminoso, para o fim de lhe assegurar o proveito do crime. Entretanto, tratando-se de objeto material, basta o dolo eventual. E age com dolo eventual o agente que, na dúvida a respeito de um dos ou mais elementos do tipo, se arrisca em concretizá-lo, pois quem age na dúvida assume o risco da prática da conduta típica (TJMG, Processo 1.0035.04.038 993-0/001[1], Rel. Paulo Cézar Dias, pub. 25/8/2005).

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de prestar auxílio importa em um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *favorecimento real* é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *favorecimento real*.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Favorecimento real e receptação

As figuras do favorecimento real e da receptação dolosa, embora mantenham certas semelhanças, diferem no tocante ao dolo. Para a receptação é preciso que o auxílio praticado o seja no sentido de conseguir vantagem para si ou para outrem que não seja o criminoso. No favorecimento, o agente não visa a um proveito econômico, mas tão somente beneficiar o criminoso (TJPR, ACr. 0402370-3,

5^a Câm. Crim., Rel. Lauro Augusto Fabrício de Melo, j. 27/3/2008).

Restando comprovado nos autos que o agente guardou o bem proveniente de roubo, sabendo de sua origem ilícita, para assegurar o proveito do próprio sujeito ativo do delito antecedente, não há falar em receptação, mas em favorecimento real, cujo núcleo do tipo consiste em beneficiar o criminoso (TJMG, Processo 2.0000.00.504550-1/000 [1], Rel. Vieira de Brito, pub. 18/2/2006).

Favorecimento real e furto

Tratando-se de transporte de bem em benefício do autor do furto, sem que haja nos autos prova do intuito de lucro do agente, impõe-se a desclassificação para o crime de favorecimento real, nos termos do art. 349, CP (TJMG, Processo 1.0433.05.143081-0/001[1], Rel. Hélcio Valentim, pub. 9/6/2006).

Advogado

Advogado que, no exercício da profissão, é denunciado por receptação dolosa e favorecimento pessoal e real (arts. 180, 348 e 349 do Código Penal), em virtude de haver recebido, a título de honorários advocatícios, parte do produto do roubo, propiciando ainda aos autores da infração fuga para outro Estado. Improcedência da alegada atipicidade penal dos fatos, que constituem, em tese, os crimes capitulados na denúncia (STF, *RHC 56143/RJ*, Rel. Min. Cunha Peixoto, 1^a T., *RTJ* 92-03, p. 1.090).

Ato infracional

É indiferente para a caracterização do crime de favorecimento real que ocorra imputabilidade no delito antecedente (TJRJ, Ap. [EAC] 2005.100.00088, Rel^a. Fátima Clemente, j. 3/5/2005).

Favorecimento real no Código Penal Militar

Vide art. 351 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.

(Incluído pela Lei nº 12.012, de 06/08/2009.) Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

(Incluído pela Lei nº 12.012, de 06/08/2009.) **Introdução**

Em tese, a pena tem por finalidade a reprovação e a prevenção do crime. Dentre as finalidades preventivas, destaca-se a chamada prevenção especial negativa, que diz respeito ao fato de que com o cumprimento da pena, o Estado, momentaneamente, segregá o agente do convívio em sociedade, impedindo, assim, que venha a praticar novos crimes.

Esse raciocínio, no Brasil, tem sido pulverizado. Isso porque, dada a corrupção no sistema prisional, temos presenciado, através dos meios de comunicação, o fato de que os condenados, mesmo dentro de suas celas, continuam a praticar infrações penais, a exemplo do uso e tráfico

de drogas, estupros, lesões corporais, homicídios, extorsões *etc.*

Os condenados, embora segregados do convívio em sociedade, muitas vezes continuam a praticar as mesmas infrações penais que cometiam quando estavam em liberdade. Para que isso ocorra, a comunicação *extra muros* é de fundamental importância. Mesmo que possam, ainda, se valer das cartas redigidas à mão, a tecnologia permite que esse contato se dê com mais rapidez, através do uso, por exemplo, de rádios ou de aparelhos celulares.

Para que esses aparelhos possam chegar, ilegalmente, às mãos do preso, existem somente dois caminhos. O primeiro deles, que sejam fornecidos por alguém que trabalhe no próprio estabelecimento prisional, que, como regra, responderá pelo delito de corrupção passiva, dependendo da hipótese concreta, pois que, normalmente, essa entrega somente ocorre após o funcionário público receber alguma vantagem indevida. A segunda forma de fazer com que esses aparelhos cheguem até os presos é por meio de alguém, de fora do sistema prisional.

Quando esses aparelhos de comunicação são colocados, sem autorização legal, à disposição dos presos, uma série de infrações penais são cometidas, desde extorsões, onde simulam, para as famílias das vítimas, o sequestro de seus parentes, e exigem o depósito de determinado valor em dinheiro, ou mesmo créditos para ligações telefônicas, até o comando do crime organizado.

Por isso, a repressão ao comportamento daquele que, de alguma forma, faz com que esses aparelhos de comunicação cheguem até o interior do estabelecimento prisional torna-se necessária.

Visando, portanto, impedir que o preso tenha, indevidamente, acesso a esses aparelhos de comunicação, a Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009, inseriu o art. 349-A ao Código Penal, com a seguinte redação, *verbis*: *Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.*

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Ingressar significa fazer com que efetivamente ingresse, entre no estabelecimento prisional; *promover* diz respeito a diligenciar, tomado as providências necessárias para a entrada; *intermediar* é interceder, intervir, servindo o agente como um intermediário entre o preso que deseja possuir o aparelho de comunicação e um terceiro, que se dispõe a fornecê-lo; *auxiliar* é ajudar de alguma forma; *facilitar* é remover os obstáculos, as dificuldades, permitindo a entrada do aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal.

Todos esses comportamentos proibidos pelo tipo penal em estudo têm por finalidade impedir a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel (celulares), de rádio (*walkie-*

talkies etc.) ou similar (*pgers*, aparelhos que permitem o acesso à *internet* etc.) sem autorização legal, em estabelecimento prisional.

Por estabelecimento prisional podemos entender as penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, enfim, qualquer estabelecimento que seja destinado ao recolhimento de presos, sejam eles provisório ou definitivamente condenados.

Conforme preleciona Rogério Sanches Cunha, “com a novel incriminação, na esteira do art. 319-A do CP, o tipo quer proibir não a *comunicabilidade* do preso com o mundo exterior, mas a *intercomunicabilidade*, isto é, a transmissão de informações entre pessoas (sendo, pelo menos uma, habitante prisional)”.⁹⁵

A criatividade daqueles que desejam fazer com que esses aparelhos de comunicação cheguem até os presos não tem limite. Todos os recursos são utilizados com essa finalidade. Muitas mulheres, nos dias de visita, introduzem partes de aparelhos telefônicos móveis em suas partes íntimas (vagina e ânus); parentes e amigos levam bolos, tortas, pães “recheados” com telefones celulares; até mesmo pombos-correios são utilizados para fazer chegar esses aparelhos até os presos.

É importante ressaltar que, embora, à primeira vista, o tipo penal tenha por destino aqueles que não fazem parte do sistema penitenciário, vale dizer, que não exercem qualquer função dentro do sistema prisional, não será impossível a sua aplicação a algum funcionário público que, sem receber qualquer vantagem com isso, de alguma forma facilite, por exemplo, a entrada desses aparelhos, ou mesmo que faça a intermediação entre o preso e alguém que se encontra fora do sistema.

No entanto, caso o funcionário público receba alguma vantagem indevida para, por exemplo, fazer chegar às mãos do preso – provisório ou definitivo – algum aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, o fato se subsumirá ao tipo do art. 317 do Código Penal, que prevê o delito de corrupção passiva, cuja pena é significativamente maior do que aquela prevista para o delito em análise.

Para que ocorra o delito em análise, as condutas deverão ser levadas a efeito sem que, para tanto, haja *autorização legal*. Em havendo a mencionada autorização, o fato será considerado atípico.

Pela situação topográfica do artigo, podemos entendê-lo como uma modalidade especial de favorecimento real.

Inconstitucionalidade. A proibição de ingresso com aparelho de telefonia móvel em estabelecimento prisional, instituída pela Lei nº 12.012/2009, tem por bem juridicamente protegido a administração da justiça e caracteriza delito de perigo abstrato. É ingênuo desconsiderar a potencialidade lesiva que um aparelho de telefonia celular representa em um estabelecimento prisional, assim como soa simplista a tese de que a instituição deste crime fere a Convenção Americana de Direitos Humanos, no ponto em que, no art. 13,

protege a liberdade de manifestação do pensamento. Não há que se falar em derrogação de norma penal por presumível constitucionalidade reflexa. Prejudicial de constitucionalidade do tipo penal que se rejeita. Favorecimento real. Incide nas penas do art. 349-A do Código Penal o agente que ingressa em estabelecimento prisional com aparelho de telefonia celular (TJ-DFT, Processo: 20160110159664APJ, Rel. Des. Aiston Henrique de Sousa, DJe 08/09/2016).

Evidenciado, pelo conjunto probatório, que o réu arremessou celulares para dentro do presídio, impositiva a manutenção da condenação pelo crime do art. 349-A do CP. Recurso improvido, por maioria (TJRS, AC 70060129665, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, j. 21/8/2014).

Classificação doutrinária

Crime comum, tendo em vista que o tipo penal não exige qualquer qualidade ou condição especial para o sujeito ativo; doloso; comissivo (no que diz respeito às condutas de ingressar, promover, intermediar, auxiliar e facilitar) e omissivo próprio (pois o núcleo facilitar permite os dois raciocínios); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente; não transeunte (haja vista a necessidade de ser apreendido o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do delito tipificado no art. 349-A do Código Penal, tendo em vista que o tipo penal não exige qualquer qualidade ou condição especial.

Mercece ser frisado o fato de o próprio preso, que se encontra dentro do estabelecimento prisional, poder levar a efeito um dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo. Renato Marcão, com a precisão que lhe é peculiar, adverte: “Não se pode excluir a possibilidade de algum preso, por exemplo, quando do gozo de permissão de saída (art. 120 da LEP) ou de saída temporária (art. 122 da LEP), ao retornar praticar uma das condutas reguladas.

Mesmo estando preso, dentro dos limites de estabelecimento prisional fechado, é possível que o agente venha a *promover, intermediar ou auxiliar* a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, naquele estabelecimento prisional em que se encontrar ou em outro”.⁹⁶

Sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo constante do art. 349-A do Código Penal e, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando, após a prática de qualquer das condutas previstas no tipo do art. 349-A do Código Penal (*ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar*), o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar chega, sem autorização legal, às mãos de alguém que se encontra preso no estabelecimento prisional.

Em sentido contrário, Rogério Sanches Cunha assevera que: “O crime é de mera conduta, consumando-se com a prática de qualquer um dos núcleos, independentemente se o aparelho chegou até seu destinatário.”⁹⁷

Tratando-se de um delito plurissubstancial, torna-se admissível a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Embora não haja essa orientação expressa no tipo, as condutas previstas devem ser praticadas no sentido de fazer com que o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar chegue às mãos daquele que se encontra preso no interior do estabelecimento prisional.

Assim, por exemplo, se alguém, mesmo que contrariando as normas expressas do sistema prisional, vier a fazer uma visita a alguém portando seu aparelho de telefone celular, como a finalidade do agente não era a de entregá-lo a algum detento que ali se encontrava encarcerado, o fato deverá ser considerado atípico, mesmo que, aparentemente, se amolde à figura constante do art. 349-A do Código Penal.

Da mesma forma, aquele que, por descuido, pelo fato de portar mais de um aparelho celular, embora, durante uma visita ao sistema penitenciário, tivesse deixado um deles aos cuidados da administração prisional, mas conseguisse, por uma falha na revista, nele ingressar com um segundo aparelho, não poderia responder pelo delito em estudo.

Como se percebe, para que alguém possa ser responsabilizado pelo delito em estudo, faz-se mister a demonstração de seu dolo, mesmo que não se consiga apontar, no caso concreto, quem seria o beneficiado com a entrada do aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar no estabelecimento prisional.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *ingressar, promover, intermediar e auxiliar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, enquanto que a conduta de *facilitar* pode ser entendida tanto comissiva, quanto omissivamente.

Assim, por exemplo, imagine a hipótese em que um agente penitenciário, encarregado de

fazer a revista nos dias de visita aos presos de um determinado estabelecimento penitenciário, percebendo que alguém trazia consigo, escondido, costurado na bainha de sua calça jeans, um aparelho de telefone celular, nada faz para impedir a entrada do mencionado aparelho, sabendo que seria entregue a um dos detentos, que comandava, o crime organizado, de dentro daquele local.

Nesse caso, podemos, inclusive, visualizar o concurso de pessoas entre o agente, o preso, bem como aquele que ingressou no estabelecimento prisional com o telefone celular, mesmo que, por hipótese, os demais não soubessem que a entrada do aludido aparelho havia sido dolosamente facilitada pelo servidor público.

Como o núcleo facilitar pode ser entendido em um sentido amplo, entendemos que, *in casu*, esse comportamento, quando praticado omissivamente por aquele que tinha o dever de impedir o resultado, importará em uma omissão própria, já que o comportamento está expressamente previsto no tipo penal, não se cuidando, assim, de um delito comissivo por omissão (ou omissivo impróprio).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito tipificado no art. 349-A do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Tendo em vista a pena máxima cominada em abstrato, competirá, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal, o processo e julgamento do delito em exame.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Falta grave

O inc. VII, acrescentado ao art. 50 da Lei de Execução Penal, assevera que comete falta grave o condenado a pena privativa de liberdade que tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Súmula nº 533 do STJ – Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado (DJe 15/06/2015) *Súmula nº 534 do STJ – A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração (DJe 15/06/2015).*

Súmula nº 535 do STJ – A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto (DJe 15/06/2015).

A Terceira Seção desta Corte, examinando recurso representativo da controvérsia (REsp nº 1.364.192/RS, DJe 17/09/2014), firmou o entendimento de que a prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime – acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo –, não havendo a interrupção para fins de obtenção de livramento condicional, indulto e comutação de pena, salvo disposição expressa em contrário no decreto presidencial. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, a prática de falta grave pela apenada no curso da execução penal – no caso, a fuga do estabelecimento prisional – constitui motivo suficiente para denegar a concessão do livramento condicional, por ausência do preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 83 do Código Penal (STJ, HC 285.687/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 09/06/2015).

Posse, pelo apenado, de aparelho celular no interior da casa prisional caracteriza falta grave, consoante previsão contida no art. 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal, e enseja a perda de dias remidos (LEP, artigo 127). A alteração da data-base para a concessão de futuros benefícios para o dia do cometimento da falta grave decorre do sistema progressivo adotado na legislação (LEP, art. 112), com o que, efetivada a regressão, dessa resulta a renovação do termo inicial para a contagem de prazo para obtenção ulteriores benefícios. Agravo desprovido (TJRS, Agravo 70059590489, Rel. Des. Honório Gonçalves da Silva Neto, j. 11/6/2014).

Apenado que, mesmo em regime fechado, sai para realizar trabalhos na horta do presídio e retorna portando celular, com chip, embaixo da palmilha do sapato. Nesse contexto, há que se fazer uma necessária analogia entre a falta disciplinar e as previsões do Código Penal, concluindo-se pela impossibilidade da prática de falta grave na espécie. Tanto a ação prevista como delito (posse de drogas) quanto a ação prevista como falta grave são tipificáveis e, por essa semelhança, ambas podem resultar em condutas não consumadas, tendo em vista a ineficácia absoluta do meio empregado. Para retornar ao estabelecimento prisional, o apenado teria que, invariavelmente, se submeter à rigorosa revista, o que evidencia a ineficácia absoluta do meio utilizado. Não havendo possibilidade de entrada do celular no estabelecimento prisional, impossível a comunicação do apenado com outros presos ou com o ambiente externo (TJRS, Agravo 70059210146, Rel. Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, j. 5/6/2014).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça manifesta-se no sentido que, ainda que o aparelho celular não possua bateria e/ou chip, continua configurada a falta grave, mormente após a edição da Lei nº 11.466/2007. Falta grave reconhecida, fato que enseja a regressão de regime e alteração da data-base, no caso concreto (TJRS, Agravo 70049675127, Rel. Des. Julio Cesar Finger, j. 5/9/2012).

Posse de ‘chip’ de aparelho de telefone celular. Falta de natureza grave. A posse de ‘chip’ de aparelho celular foi admitida pelo apenado, em audiência de justificação, alegando, apenas, que o esquecera no interior da carteira de cigarros, onde o guardara quando retornava para o albergue, sem explicar, contudo, por quais motivos não o deixara acoplado ao aparelho respectivo, porquanto sabedor que quaisquer deles tinham trânsito proibido no interior do estabelecimento prisional. Falta grave bem reconhecida, nos termos do inc. VII do art. 50 da LEP. Desimporta que o ‘chip’ estivesse desacompanhado do aparelho de telefone, naquele momento, porquanto a intenção da lei é impedir que tais apetrechos adentrem na casa prisional, mesmo que de forma fracionada, conforme já assentado pelo E. STJ. Regressão de regime que decorre da aplicação do art. 50, VII c/c art. 118, I, ambos da LEP. Não violação a quaisquer princípios constitucionais (TJRS, Agravo 70049018203, Rel.^a Des.^a Fabianne Breton Baisch, j. 13/6/2012).

O paciente foi surpreendido, em 25/10/2008, na posse de componente de aparelho de telefonia celular que, segundo o impetrante, seria uma placa. A Turma negou a ordem ao entender que, com o advento da Lei nº 11.466/2007, que incluiu o inc. VII ao art. 50 da Lei de Execução Penal, a referida conduta passou a ser considerada típica após 28/3/2007, data de sua entrada em vigor. Após tal data, este Superior Tribunal firmou o entendimento de que não só a posse do aparelho de telefonia celular como também o de acessório essencial a seu funcionamento ensejam o reconhecimento de falta grave. Precedentes citados do STF: HC 99.896/RS, DJe

1º/2/2011; RHC 106.481/MS, DJe 3/3/2011; do STJ: HC 154.356/SP, DJe 18/10/2010; HC 139.789/SP, DJe 3/11/2009; e HC 133.986/RS, DJe 21/6/2010 (STJ, HC 188.072/SP, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., j. 31/5/2011, Informativo nº 475).

Concurso de pessoas Embora, à primeira vista, o art. 349-A do Código Penal seja dirigido a pessoas que não estejam nos estabelecimento prisionais, entendemos que se o preso – provisório ou definitivo – houver solicitado o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, deverá ser responsabilizado pelo mencionado delito, aplicando-se, outrossim, a regra relativa ao art. 29 do Código Penal.

Omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar Caso o diretor de penitenciária e/ou agente público deixe de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, deverão ser responsabilizados pelo delito tipificado no art. 319-A do Código Penal.

Devemos ressaltar que o diretor e o agente público não podem ter contribuído para o ingresso dos referidos aparelhos no sistema penitenciário, pois, caso contrário, responderão pelo delito previsto pelo art. 349-A do Código Penal.

Exercício arbitrário ou abuso de poder Art. 350. Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o funcionário que: I – ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança; II – prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade; III – submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; IV – efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

Introdução

O art. 350 do Código Penal foi revogado pelos tipos penais constantes dos arts. 3º e 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regulou o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade.

Apesar de alguma controvérsia, como esclarece Rui Stoco, “tem a jurisprudência reiteradamente entendido que o art. 350 do CP foi absorvido pela Lei nº 4.898/1965”.⁹⁸

Dessa forma, deixaremos de tecer comentários sobre a mencionada legislação especial, tendo em vista que adentraríamos no estudo de um diploma específico, fugindo à finalidade desta obra.

Há duas correntes jurisprudenciais, uma que entende pela revogação do art. 350 do CP pela Lei nº 4898/1965 e outra que vê a permanência desse crime na disciplina do Código Penal (STJ, HC 94168/MG, Rel. Min. Jane Silva [Des. convocada do TJ/MG], 6^a T., DJ 22/4/2008, p. 1).

O abuso de autoridade com fundamento na incolumidade física da vítima está absorvido pelo delito lesões corporais, quando há ação penal em trâmite na justiça castrense. Precedentes da Turma Recursal Criminal (*HC 71001322494*, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais do RS, Rel. Alberto Delgado Neto, j. 13/8/2007).

É direito do advogado examinar, em qualquer repartição dos Poderes da República, autos de inquérito ou de processo, findos ou não, ainda que sem procuração, e deles tirar cópias, em face do que dispõem o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4/7/1994, e o inc. LXIII do art. 5º da Constituição Federal, sob pena de o indeferimento do pedido, caracterizar crime de abuso de autoridade. Os atos que ainda estão sendo processados sob segredo de justiça, como quebra de sigilos fiscal e telefônico, não poderão ser dados conhecimento à defesa, sob pena de serem prejudicadas as investigações. Mas os atos já realizados, estes o advogado tem o direito de ler e tirar cópia (TRF, 1ª Reg., *HC 2006.01.00.012791-1/BA*, Rel. Tourinho Neto, *DJ* 2/6/2006, p. 69).

Não se aplica o prazo a que se refere o art. 514 do Código de Processo Penal quanto aos crimes de abuso de autoridade porque o mesmo tem procedimento especial previsto na Lei nº 4.898/65 (TRF, 3ª Reg., *HC 2005.03.00.080573-3/SP*, *DJU* 28/3/2006, p.180).

O juiz, na condução da causa, pode praticar tanto abuso de autoridade quanto crime contra a honra, já que no ambiente processual transitam vários sujeitos (partes, testemunhas, advogados, serventuários) e a conduta pode atingi-los de forma intencional diversa, ou seja, a objetividade jurídica da ação pode ser enquadrada em mais de um tipo penal (STJ, REsp. 684532/DF, José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., *DJ* 14/3/2005, p. 421).

Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança Art. 351.

Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 2º Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência.

§ 3º A pena é de reclusão, de um a quatro anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado.

§ 4º No caso de culpa do funcionário incumbido da custódia ou guarda, aplica-se a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Introdução

*Promover a fuga, assevera Hungria, “é levá-la a efeito, praticando todos os atos necessários à sua execução, haja, ou não, prévia ciência do beneficiário. Facilitar a fuga é prestar auxílio à executada pelo próprio preso ou internado, como, por exemplo, fornecendo instrumentos (limas, serras, escadas, cordas etc.) ou meios de disfarce, ou instruções úteis. Não há confundir o auxílio prestado para a fuga-libertação (art. 351) e o prestado a criminoso em liberdade, para eximi-lo à ação da autoridade pública, pois, neste último caso, o que se apresenta é o crime de favorecimento pessoal (art. 348)”.*⁹⁹

As condutas devem ser dirigidas em benefício de pessoa *legalmente* presa ou submetida a medida de segurança detentiva.

A prisão de natureza penal poderá ser *cautelar* (prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária)¹⁰⁰ ou *definitiva* (quando o agente já goza do *status* de condenado, após o trânsito em julgado da decisão condenatória), podendo estar sendo cumprida ou efetivada em qualquer estabelecimento carcerário (penitenciárias, delegacias de Polícia etc.).

Poderá, também, o sujeito estar preso *intra* ou *extramuros*, ou seja, dentro ou mesmo fora de um estabelecimento penal, a exemplo daquele que se encontra no interior de uma viatura policial, após ter sido preso em flagrante delito.

Medida de segurança detentiva é aquela que é cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, conforme o disposto no art. 96, I, do Código Penal, aplicável, como regra, ao inimputável e, excepcionalmente, ao semi-imputável, de acordo com os arts. 97 e 98 do mesmo diploma repressivo.

Assim, somente aquele que atua no sentido de promover ou facilitar a fuga daquele que se encontra internado nos mencionados estabelecimentos, por determinação judicial, constante de um processo criminal, é que deverá ser responsabilizado pelo delito em estudo, pois que estaremos diante de uma medida de segurança. Com isso queremos afirmar que se o agente, por exemplo, facilitar a fuga de alguém que havia sido internado em um hospital psiquiátrico por determinação de um juízo cível, que não diz respeito à aplicação de medida de segurança, o fato não se subsumirá ao tipo penal do art. 351.

Não comprovado o dolo das agentes de facilitar a fuga do preso, impossível a condenação pelo crime do art. 351, § 1º, do CP (TJDF, Rec. 2007.01.1.087792-9, Rel.ª Des.ª Sandra de Santis, DJDFTE 1º/3/2010, p. 133).

Não há que se falar em mera cogitação do crime, posto que foram iniciados os primeiros atos executórios (chamada ‘tocaia’) ao estabelecimento prisional para o ataque aos policiais, não atingindo seu fim somente porque houve pronta abordagem do serviço de inteligência da polícia militar e do disque denúncia. De acordo com a denominada teoria objetivo-individual, os atos executórios não se restringem àqueles que dão início à ação de ataque ao bem jurídico, mas também os praticados imediatamente antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor, ou seja, deve-se buscar prova da intenção e objetivo (plano concreto) do autor, tornando-se penalizada, nesta ótica, a ação do agente que é detido após a reunião de todos os meios necessários ao implemento da conduta criminosa e a prova produzida demonstrar de forma clara e inequívoca que este tinha a vontade de alcançar seu intento criminoso, não conseguindo por atos externos e alheios a sua vontade, como ocorreu *in casu* (TJES, ACr 100090019520, Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas, DJES 14/12/2009, p. 53).

Guarda que aceita vantagem e facilita a fuga de preso comete só o crime do art. 351 do CP e não também o de corrupção passiva, em vista do princípio da especialidade (TJMG, AC 1.0611.02. 001369-8/001, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, DJ 3/5/2007).

Deve ser reconhecida a falta de justa causa para a ação penal, instaurada para a apuração do delito de facilitação da fuga de preso, se evidenciado que o acusado, carcereiro policial, agiu em obediência a uma ordem judicial, ainda que não se conduzindo com a cautela necessária, pois deixou de verificar se o custodiado

estaria também recolhido devido a outra prisão cautelar – ressaltando-se que tal atribuição não seria de sua alcada, mas, sim, de responsabilidade do administrador do estabelecimento prisional, e que o r. réu efetivamente não fugiu, mas, na realidade, foi posto em liberdade (STJ, *RHC 9770/SP*, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., *RTJ 789*, p. 559).

Por pessoa legalmente presa (CP, art. 351) devem ser entendidos também os menores inimputáveis, privados de sua liberdade ambulatorial, por força de ordem judicial (STJ, *RHC 9374/MG*, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., *LEXSTJ 130*, p. 312).

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (quanto às condutas de *promover* e *facilitar*), omissivo próprio (pois que o núcleo *facilitar* pode ser entendido como omissivo próprio) ou, ainda, comissivo por omissão, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar que o sujeito promova ou facilite a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida à medida de segurança detentiva; instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente (como norma); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

Sujeito passivo é o Estado.

O crime tipificado no art. 351 do Código Penal – promoção ou facilitação da fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva – constitui infração penal comum, que não requer sujeito ativo especial. Pode, assim, ser cometido por qualquer pessoa penalmente imputável. Nada impede, em consequência, que outro detento incida nesse mesmo tipo penal, desde que, agindo isoladamente ou em concurso com mais de uma pessoa, venha a promover ou a facilitar a fuga de alguém que se encontre legalmente privado de sua liberdade individual. Somente o beneficiário da fuga, ainda que instigue ou induza terceiro a promover-lhe ou a facilitar-lhe a evasão, e que não responde pelo delito em causa, ressalvada, no entanto, a hipótese tipificada no art. 352 do Código Penal (STF, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª T., *RTJ 142-03*, p. 889).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança*, ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é pessoa presa ou submetida a medida de segurança detentiva.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o preso ou aquele sujeito a medida de segurança detentiva consegue, efetivamente, fugir, ou seja, sair do local onde se encontrava sob a custódia do Estado por um espaço razoável de tempo.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança*.

Modalidades comissiva e omissiva

Entendemos que o núcleo *promover* só pode ser praticado comissivamente, no entanto, a conduta de *facilitar* pode ser concebida tanto comissiva quanto omissivamente, tratando-se, neste último caso, de crime omissivo próprio.

Poderá o delito, ainda, ser praticado via omissão imprópria.

Modalidades qualificadas

Os §§ 1º e 3º do art. 351 do Código Penal preveem duas modalidades qualificadas do delito de *fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança, verbis*: § 1º *Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.*

§ 3º *A pena é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado.*

O carcereiro que enseja a libertação de preso sem a pesquisa necessária de antecedentes penais, tal qual determinado pela autoridade policial, realiza conduta que se ajusta ao tipo do art. 351, § 3º, do Código Penal (STJ, HC 40274/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., pub. 4/8/2008).

Modalidade culposa

Como regra geral, não prevê a lei penal a modalidade culposa para o delito de *fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança*.

No entanto, o fato ganha relevo quando quem atua culposamente é o funcionário incumbido da custódia ou guarda daquele que estava legalmente preso ou submetido à medida de segurança detentiva, sendo punido, nos termos do § 4º do art. 351 do Código Penal, com uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Segundo o entendimento desta Corte, o *escrevão de polícia* que, *in casu*, exerceu função de ordem meramente administrativa, não pode ser responsabilizado por delito de facilitação culposa, pois não detinha o dever de custódia e guarda exigido pelo tipo penal descrito na exordial acusatória (STJ, RHC 16188/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 16/8/2004, p. 271).

O ajudante de delegado adjunto que, *in casu*, exerceu função de auxílio ao Delegado Adjunto nas funções relativas à Equipe de Plantão, não pode ser responsabilizado por delito de facilitação culposa, pois não detinha o dever de custódia e guarda exigido pelo tipo penal descrito na denúncia (STJ, HC 17679/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., LEXSTJ 149, p. 372).

Caracteriza-se a manifesta culpa do agente, que, na função de carcereiro, não cumpriu com os seus deveres regulamentares deixando, por omissão das cautelas devidas, aberta a porta de uma das celas do xadrez, facilitando, assim, a fuga de pessoas que se encontravam sob sua guarda e vigilância (TJMG, Processo 1.0713.04.044124-6/001[1], Rel.^a Beatriz Pinheiro Caires, j. 7/8/2008).

Concurso de crimes

Se houver o emprego de violência contra pessoa, será aplicada também a pena correspondente à violência, nos termos previstos pelo § 2º do art. 351 do Código Penal, em concurso material de crimes.

É certo que a disposição do § 2º do art. 351 do Código Penal caracteriza concurso material *ex vi legis*, a determinar que o juiz, para além da pena prevista para o ilícito de promoção ou facilitação de fuga de pessoa presa, imponha, em cúmulo material, as penas correspondentes à violência contra pessoa, empregada como meio de execução daquele delito. Nada impede, no entanto, não se procedendo à cumulação de pena, que a violência contra pessoa, devidamente comprovada, funcione como circunstância judicial da individualização da resposta penal, salvo quando o concurso material mostrar-se mais benéfico ao réu, questão única a se decidir, já que não pode pretender a defesa alegar nulidade por não reconhecimento do concurso de crimes havido e, a título de um abuso de poder, tornar defeso ao Poder Judiciário que o considere como circunstância influente no estabelecimento da pena, de modo que as instâncias recursais e excepcionais não possam senão reduzir a pena ou determinar que o façam as instâncias inferiores (STJ, HC 33515/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T, DJ 1º/8/2005, p. 565).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena prevista para o *caput* do art. 351 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Se o crime for praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, conforme determina o § 1º do art. 351 do Código Penal.

Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência, nos termos do § 2º do mesmo artigo.

O § 3º do art. 351 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda esteja o preso ou o internado.

No caso de culpa do funcionário incumbido da custódia ou guarda, aplica-se a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, nos termos do § 4º do art. 351 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da infração penal constante do *caput*, bem como do § 4º do art. 351 do Código Penal.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo para os delitos previstos no *caput* e §§ 3º e 4º do art. 351 do Código Penal.

O julgamento do delito de auxílio na fuga de pessoa presa, cometido por servidores públicos militares (art. 351, § 4º, do Código Penal) deve ser realizado perante o Juizado Especial Criminal (STJ, REsp. 686363/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 7/3/2005, p. 342).

Fuga de preso ou internado no Código Penal Militar

Vide art. 178 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Súmula nº 75 do STJ

Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal.

Evasão mediante violência contra a pessoa Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência.

Introdução

A legislação penal brasileira não pune a evasão, ou mesmo a simples tentativa de evasão do preso ou do indivíduo submetido à medida de segurança detentiva. O fato somente passa a ter relevo para o Direito Penal quando, para fugir, o agente utiliza violência contra a pessoa, conforme o disposto no art. 352 do Código Penal.

O mencionado artigo, no entanto, elevou ao *status* de crime consumado a mera tentativa de evasão, desde que empregada violência contra a pessoa. Assim, o evadir ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido à medida de segurança detentiva terão a mesma resposta penal, desde que praticados com o emprego de violência contra a pessoa.

Não haverá a infração penal em estudo se a violência for praticada contra coisa, na hipótese em que um preso, por exemplo, vier a destruir as grades da cela em que se encontrava recolhido, podendo, neste caso, ser responsabilizado pelo crime de dano qualificado, nos termos do art. 163, parágrafo único, inc. III, do Código Penal. Da mesma forma, em obediência ao princípio da legalidade, não poderá ser responsabilizado pelo delito de *evasão mediante violência contra pessoa* o preso que, ameaçando o agente penitenciário, fazendo-o crer que poderia determinar a morte de toda sua família, dele consegue as chaves necessárias para poder evadir-se daquele estabelecimento penal.

A evasão ou tentativa violenta de evasão poderá ocorrer *intra* ou *extramuros*.

A diferença entre a evasão e a tentativa de evasão deverá ser levada a efeito no momento da aplicação da pena. Não que a tentativa deva ser reconhecida como causa obrigatória de redução de pena, pois que o delito em exame se amolda à ressalva constante do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. No entanto, na fixação da pena-base, no momento de avaliação das circunstâncias judiciais, a efetiva evasão deverá ensejar punição maior do que a mera tentativa de evasão, embora as duas tenham recebido idêntico tratamento pelo art. 352 do Código Penal.

A grave ameaça não é suficiente para caracterizar o tipo penal previsto no art. 352, do CP, o qual exige para a sua configuração que a evasão ou a sua tentativa ocorra mediante violência física contra a pessoa (TJPA, CNC 20103002707-8, Rel.^a Des.^a Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha, DJPA 9/7/2010).

Evasão mediante violência contra a pessoa. Configuração. Detido que se evade, agredindo e ferindo o guarda que o escoltava, quando era conduzido em visita à mãe enferma. Revisão parcialmente deferida para o cancelamento do aumento de pena relativo à violência – Inteligência do art. 352 do CP (RT 534, p. 340).

Classificação doutrinária

Crime próprio tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso, comissivo (podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva é que poderá ser considerado *sujeito ativo* do delito de *evasão mediante violência contra pessoa*.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *evasão mediante violência contra a pessoa* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a pessoa que foi vítima da violência.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente consegue evadir-se ou, pelo menos, dá início à execução de sua fuga, usando violência contra a pessoa.

A tentativa receberá, *ab initio*, a mesma pena correspondente ao crime consumado.

O crime previsto no art. 352 do CP se configura quando a fuga de estabelecimento prisional se dá com violência contra a pessoa, bastando, para tanto, que esta se exerçite na forma de vias de fato. Recurso

improvido (TJMG, Processo 1.0363.07.027388-5/001[1], Rel. Hélcio Valentim, j. 3/3/2009).

Consuma-se o crime de evasão com a violência contra a pessoa, sendo a tentativa elementar do tipo penal do art. 352 do Código Penal (TJMG, AC 1.0000.00. 186082-4/000, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, DJ 31/8/2000).

Evasão mediante violência contra a pessoa. Simples tentativa de fuga que se equipara à infração consumada. Suficiência do uso da violência física para a caracterização do delito, independentemente da produção ou não de lesão corporal na vítima. Inteligência do art. 352 do CP (RT 664, p. 294).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *evasão mediante violência contra a pessoa*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Comprovadas as elementares da grave ameaça e da violência praticadas contra o detetive vítima (que foi algemado e trancafiado em uma das celas da carceragem) e restando igualmente demonstrada a intenção patrimonial na subtração dos armamentos e munições, além da viatura utilizada na fuga, impossível é a desclassificação para a figura delitiva prevista no art. 352 do CP (TJMG, AC 1.0024.03. 022840-7/001, Rel. Des. Eduardo Brum, DJ 1º/8/2006).

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *evadir* e *tentar evadir* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, o delito ser praticado via omissão imprópria.

Concurso de crimes

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 352 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso material entre os crimes de *evasão mediante violência contra a pessoa*, e aquele resultante da violência.

Concurso material. Subtração de arma de policial e evasão mediante violência contra a pessoa. Ocorrência. Absorção do roubo pelo crime de fuga mediante violência. Impossibilidade. Presença de *animus furandi* consistente na pretensão de assenhorear-se do bem. Crime autônomo (TJSP, Ap. Crim. 854.125-3/4, Guarulhos, 13ª Câm. do 7º Grupo da Seção Criminal, Rel. Rene Ricupero, 8/6/2006, v.u., Voto 10.234).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *evasão mediante violência contra a pessoa* é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da infração penal em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

É competente a Justiça Federal para processar e julgar os crimes de evasão mediante violência contra a

pessoa (art. 352 do Código Penal), corrupção ativa (art. 333) e roubo (art. 157), quando conexos, se houver interesse da União na persecução penal dos réus que se evadiram de penitenciária estadual. Inteligência do art. 109, IV, da Constituição da República (TRF, 5^a Reg., Processo 200405000307 381, ACr/PE, Rel. Des. Fed. Ricardo César Mandarino Baretto, pub. 28/3/2008).

Evasão de preso ou internado no Código Penal Militar

Vide art. 180 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Inexistência do direito à fuga

Evasão mediante violência contra a pessoa. Caracterização. Tentativa de fuga, acompanhada de qualquer modalidade de violência contra a pessoa. Inexistência do direito à fuga, apenas constituindo irrelevância jurídica o fato de o encarcerado escapar ou tentar evasão. Inteligência do art. 352 do CP (RT 769, p. 600).

Arrebatamento de preso Art. 353. Arrebatar preso, a fim de maltratá-lo, do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, além da pena correspondente à violência.

Introdução

Arrebatar significa tomar das mãos, arrancar, tirar. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente no sentido de arrebatar *preso*, isto é, aquele que já se encontra sob a custódia ou guarda do Estado.

Trata-se de crime formal, de consumação antecipada, não havendo necessidade de que o agente, efetivamente, consiga maltratar o preso, bastando, no entanto, que aja com essa finalidade.

Conforme lições de Hungria, “os *maus tratos* têm variada casuística, indo desde as vias de fato vexatórias até o extremo do *linchamento* (que ultimamente tem ocorrido com certa e alarmante frequência)”.¹⁰¹

Para que ocorra o delito em estudo, é necessário que o preso esteja sob a custódia ou guarda do Estado, podendo o fato acontecer *intra* ou *extramuros*, ou seja, dentro ou fora de um estabelecimento prisional, a exemplo do sujeito que quer arrancar do interior de uma viatura policial alguém que havia estuprado uma criança, e que tinha sido preso em flagrante delito, com a finalidade de agredi-lo.

Note-se que o art. 353 do Código Penal somente faz menção ao *preso*, e não ao indivíduo submetido à medida de segurança detentiva, sendo essa uma falha que não pode ser reparada pelo recurso da analogia, pois que utilizada *in malam partem*.

Classificação doutrinária

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso, comissivo (podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como o preso que foi arrebatado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *arrebatamento de preso* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é o preso que foi arrebatado com a finalidade de ser maltratado.

Consumação e tentativa

O delito se consuma com o efetivo arrebatamento, ou seja, com a retirada do preso do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda, independentemente do fato de ter o agente conseguido maltratá-lo, uma vez que se cuida de um crime formal.

A tentativa é admissível.

O delito de arrebataamento de preso *consuma-se no momento em que o preso é tirado, com violência, da esfera de vigilância da escolta, da guarda ou do carcereiro*. Assim, ainda que a vítima consiga evadir--se, fugindo das mãos de seus agressores, não há que se falar em delito tentado (TJMG, Ap. 42.947-2, Rel. José Arthur, RT 734, p. 716).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo do art. 353 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *arrebatar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Concurso de crimes

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 353 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso material entre os crimes de *arrebataamento de preso* e aquele resultante da violência.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *arrebatamento de preso* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, além da pena correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Arrebatamento de preso ou internado no Código Penal Militar

Vide art. 181 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Motim de presos Art. 354. Amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou disciplina da prisão: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.

Introdução

O núcleo *amotinar* tem o sentido de revolta, alvoroço, agito. O art. 354 do Código Penal usa no plural a palavra *preso*, querendo significar, com isso, que estamos diante de um crime de concurso necessário, de condutas convergentes, isto é, praticadas com a mesma finalidade. Assim, para que ocorra a infração penal em estudo, será preciso que o motim seja praticado, no mínimo, por dois presos, embora, dificilmente, o motim possa ocorrer com um número tão insignificante de pessoas.

Não existirá o delito se o motim ocorrer entre pessoas que não gozem do *status* de preso, seja ele provisório ou definitivo, a exemplo do que ocorre com aqueles sujeitos à medida de segurança detentiva.

A conduta praticada pelos presos amotinados deve perturbar a *ordem* ou a *disciplina* da prisão. A prisão, como já deixamos antever, diz respeito a qualquer estabelecimento prisional, isto é, não há necessidade de que o motim ocorra no interior de uma penitenciária, podendo ser levado a efeito em delegacias de polícia, ou mesmo no interior de um ônibus, cuja finalidade seja realizar o transporte de presos.

O inc. IV do art. 39 da Lei de Execução Penal (LEP) diz que se constitui um dever do condenado, ou mesmo do preso provisório, ter uma conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina, fatos esses que, se levados a efeito, importarão em falta grave, nos termos preconizados pelos incs. I e II do art. 50 do mesmo diploma legal.

O crime de motim, previsto no art. 354 do CP, consiste no comportamento comum de levante, rebeldia, desordem e indisciplina de detentos com emprego de violência, pouco importando se há motivo para tanto (TJRO, APL 100.601.2007.011075-4, Rel. Juiz Rinaldo Forti da Silva, DJERO 17/6/2009, p. 103).

É de ser mantido o reconhecimento da falta grave, uma vez que se trata de motim de presos, com destruição de paredes e celas do presídios, inclusive com colocação de fogo em presos, com resultado morte (TJRS, Ag. 700193 00516, 6ª Câm. Crim., Rel. Nereu José Giacomolli, j. 14/6/2007).

Motim de presos. Delito que se caracteriza pelo comportamento comum de levante, rebeldia, desordem e indisciplina de detentos, com vontade livre e consciente de contrariar o poder constituído. Irrelevância de se tratar de reivindicação justa ou não. Mera participação espontânea na rebelião que é suficiente para a condenação. Inteligência do art. 354 do CP (TJMG) (RT 823, p. 651).

Não configura motim a revolta coletiva de detidos em xadrez policial diante de condições desumanas e atentatórias à sua dignidade, rebelando-se contra as violações de seus direitos naturais e reivindicando melhor tratamento. Para a caracterização do crime de que cuida o art. 354 do CP, há que se ter em conta a liceidade do recolhimento em estabelecimento prisional como tal definido na LEP, com violência a pessoas e às instalações carcerárias, vale dizer, contra guardas, funcionários ou contra outros detentos não solidarizados com as atitudes amotinadas de seus companheiros de infortúnio (TJRJ, HC 2001. 059.01120, Rel. Eduardo Mayr, j.12/6/2001).

Classificação doutrinária

Crime próprio tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo ou omissivo próprio (dependendo do modo como o crime é praticado); de forma livre; permanente; plurissubjetivo (pois exige o concurso de mais de uma pessoa para que possa se configurar); monossubsistente ou plurissubsistente (pois poderá ou não haver o fracionamento do *iter criminis* no caso concreto).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente os presos podem ser *sujeitos ativos* do delito tipificado no art. 354 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado e, eventualmente, alguém que for vítima da violência praticada durante o motim.

O crime de motim admite coautoria de pessoas que não somente os presos (HC, 261.988-3/SP, 3ª Câm. Crim. Rel. Walter Guilherme, 18/8/1998, v.u.).

Motim de presos. Concurso necessário de mais de duas pessoas. Irrelevância de inexistir número expressivo de agentes se concorreram ao mínimo três pessoas. Inteligência do art. 354 do CP (RT 653, p. 310).

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *motim de presos*, ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando, com o motim dos presos, ou seja, com a reunião tumultuária,

ocorre a efetiva perturbação da ordem ou disciplina da prisão.

Embora seja difícil a sua ocorrência, será possível o reconhecimento da tentativa, haja vista tratar-se de crime plurissubsistente.

Resta configurado o delito de motim, previsto no artigo 354 do CPB, quando presos, com o intuito de entrar em conflito com a ordem vigente, perturbam a ordem ou a disciplina da prisão (TJMG, Processo 1.0480.99.014696-5, Rel. Armando Freire, pub. 11/3/2005).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de se amotinar pode ser praticada tanto comissivamente quanto omissivamente, pois, conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, “embora o verbo *amotinar-se* tenha significado predominantemente comissivo, é perfeitamente possível uma rebelião passiva, caso os presos resolvam não sair de suas celas ou não desocupar o prédio interno, onde tomam banho de sol”.¹⁰²

Concurso de crimes

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 354 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso material entre os crimes de *motim de presos* e aquele resultante da violência.

Absorção do delito de cárcere privado pelo de motim de presos inadmissível, vez que ambos têm e tiveram motivações diferentes, caracterizando-se a autonomia do dolo (TJSP, Ap. Crim. 266. 620-3, Bauru, 3ª Câm. Crim. Rel. Walter Guilherme, 4/5/1999, v.u.).

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *motim de presos* é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 354 do Código Penal.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Falta grave

A Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011, alterou o art. 127 da LEP para prever que, em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, o prazo prescricional para aplicação de sanção administrativa disciplinar decorrente do cometimento de falta grave é de três anos, consoante o disposto no art. 109, inciso VI, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/2010, contados entre o cometimento da falta e a decisão judicial que homologou o procedimento administrativo instaurado para sua apuração. Precedentes. A caracterização da falta grave justifica a regressão de regime prisional, a interrupção do lapso temporal para obtenção de benefícios, exceto para o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena, bem como a perda dos dias remidos. Precedentes (STJ, HC 312.180/RS, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 18/06/2015).

A Terceira Seção desta Corte, examinando recurso representativo da controvérsia (REsp nº 1.364.192/RS, DJe 17/09/2014), firmou o entendimento de que a prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime – acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo –, não havendo a interrupção para fins de obtenção de livramento condicional, indulto e comutação de pena, salvo disposição expressa em contrário no decreto presidencial. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, a prática de falta grave pela apenada no curso da execução penal – no caso, a fuga do estabelecimento prisional – constitui motivo suficiente para denegar a concessão do livramento condicional, por ausência do preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 83 do Código Penal (STJ, HC 285.687/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5^a T., DJe 09/06/2015).

Súmula nº 533 do STJ – *Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado* (DJe 15/06/2015).

Súmula nº 534 do STJ – *A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração* (DJe 15/06/2015).

Súmula nº 535 do STJ – *A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto* (DJe 15/06/2015).

Amotinamento no Código Penal Militar

Vide art. 182 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Patrocínio infiel Art. 355. Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Patrocínio simultâneo ou tergiversação

Parágrafo único. Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias.

Introdução

O núcleo trair importa no comportamento daquele que é infiel, que quebrou a confiança

que nele havia sido depositada. No artigo em exame, o autor da traição é o *advogado*, isto é, o bacharel em Direito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, que atendeu às exigências constantes do art. 8º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, bem como o *procurador*, isto é, aquele, segundo Ney Moura Telles, “admitido a procurar em juízo, o provisionado, o estagiário ou o defensor nomeado, em circunstâncias especiais, para promover a defesa em juízo”.¹⁰³ Há necessidade, para efeito de reconhecimento do delito de *patrocínio infiel*, que a conduta do agente cause prejuízo ou, pelo menos, tenha sido dirigida finalisticamente no sentido de causá-lo, quando, então, neste caso, poderá ser reconhecida a tentativa.

O prejuízo poderá ser de qualquer natureza – moral ou material –, devendo, no entanto, referir-se a interesse legítimo, pois, como adverte Noronha, “contrariar pretensão ilícita ou ilegal não é causar prejuízo. Poderá haver, entretanto, falta de ética profissional”.¹⁰⁴

O interesse prejudicado deve ter sido levado a *juízo* e patrocinado pelo agente. Aqui, não importa que o seu mandato tenha sido materializado numa procuração escrita, ou que tenha recebido os poderes verbalmente; se o seu patrocínio era oneroso ou gratuito; se foi indicado voluntariamente pelo interessado ou designado judicialmente.

Não importa, ainda, a natureza do juízo a que é submetido o interesse que fora prejudicado pelo patrocínio infiel do agente, podendo tanto dizer respeito à Justiça Penal quanto à Justiça Civil (aqui entendida como gênero, abrangendo a Justiça Trabalhista).

Se o comportamento do advogado ou do procurador, que causa prejuízo a interesse de seu patrocinado, for extrajudicial, não ocorrerá a figura típica em estudo, podendo, por exemplo, se for o caso, ser responsabilizado pelos delitos de *divulgação de segredo* ou *violação do segredo profissional*, previstos, respectivamente, nos arts. 153 e 154 do Código Penal.

O consentimento do ofendido no sentido de permitir que o advogado ou procurador pratique comportamentos que vão prejudicar seu interesse em juízo afasta a ilicitude do fato, eliminando, consequentemente, a própria infração penal. No entanto, vale a ressalva feita por Noronha quando diz que “o consentimento do interessado exclui a ilicitude do fato, somente quando se tratar de interesse disponível, o que não ocorre na defesa criminal: o acusado não pode validamente consentir em ser condenado ou, de qualquer maneira, prejudicado, pois não está em jogo apenas interesse seu, mas também público ou da justiça, como é o da defesa penal”.¹⁰⁵

O crime de tervigeração ou patrocínio simultâneo (art. 355, parágrafo único, do CP) implica que o advogado ou procurador judicial defenda na mesma causa, simultaneamente ou sucessivamente, as partes contrárias (STJ, AgRg. no CC 113687/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, S3, DJe 1º/8/2012).

Trata-se de *habeas corpus* em que se pretende o trancamento de ação penal referente ao crime de patrocínio infiel imputado ao paciente. Para tanto, alega-se a atipicidade da conduta ao fundamento de que não há

procurações nos autos constituindo o paciente como defensor dos réus contra os quais teria sido praticado tal crime, tampouco existe liame de confiança entre eles, além de não haver registro de prejuízo para os mencionados réus em decorrência da conduta imputada ao paciente. A Turma, por maioria, denegou a ordem ao entendimento de que os fatos narrados na peça acusatória revelam indícios suficientes para justificar a apuração mais aprofundada do suposto crime. Observou-se que, embora fossem pagos por outros denunciados os honorários advocatícios do acusado, este figurava como advogado dos referidos réus, uma vez que havia entre eles um liame de confiança que se estabelece entre o advogado e seus clientes, sendo que o paciente utilizou essa confiança para induzi-los por diversas vezes ao erro e a atitudes que lhes trouxeram grandes prejuízos no decorrer do processo. Desse modo, o acusado quebrou o dever de lealdade que a condição de advogado lhe impunha, visto que, na realidade, defendia os interesses de outros em detrimento dos interesses dos aludidos réus, sobretudo no momento em que os orientou a assumir toda a responsabilidade criminal. Assim, consignou-se que, no caso, além da descrição do fato típico, há indícios suficientes da autoria e materialidade, não sendo possível descartar de plano o cometimento do patrocínio infiel, bem como não existe motivo que justifique o arquivamento prematuro do processo (STJ, HC 135.633/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 3/3/2011, *Informativo* nº 465).

O crime de patrocínio infiel, para sua caracterização, exige que o advogado traia o dever profissional, prejudicando o interesse de seu constituinte, em juízo. Em outras palavras, exige que o advogado, com sua conduta, no processo, provoque um prejuízo ao seu constituinte, prejudicando o interesse que deveria na verdade defender, por força de seu dever profissional (TRF, 3ª Reg., ACr. 28006, Rel. Juiz Conv. Márcio Mesquita, *DEJF* 17/3/2009, p. 95).

O advogado que reclamando contra a morosidade judicial, num rasgo de desassombro, talvez de estratégia imprudente, chega a sugerir ao juiz a extinção do processo sem julgamento de mérito para que, recorrendo, possa buscar decisão mais rápida, não comete crime de patrocínio infiel. (CP, art. 355) (STJ, *RHC* 3714/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., *RT* 709, p. 386).

Patrocínio infiel. Delito atribuído a advogado. Não configuração sequer em tese. Ausência de dolo – Profissional que teria sido, quando muito, imprudente ou negligente. Modalidades de culpa indiferentes, porém, à figura em epígrafe. Inteligência dos arts. 355 do CP e 648, I, do CPP (*RT* 556, p. 325) Demonstrado que o advogado patrocinou simulada causa do reclamante para atender aos interesses exclusivos do reclamado, apresentando proposta desvantajosa ao seu cliente e sem sequer com ele manter contato, tem-se configurado o crime do patrocínio infiel (art. 355 do CP). (TRF, 4ª Reg., Ap. Crim. 2005.72.06.001389-1, Rel. Marcos Roberto Araújo dos Santos, 7ª T., j. 22/7/2008).

Hipótese em que o paciente, advogado, deixou de praticar ato processual que lhe competia, mesmo depois de intimado a fazê-lo por diversas vezes, tendo sido, por isso, requisitado pelo Juiz da causa a instauração de inquérito policial para averiguar a prática do crime de patrocínio infiel. Juntou-se ao *habeas corpus* prova que permitiu concluir de plano que o prejuízo foi evitado com a realização do ato que cabia ao advogado. Provado de plano a inexistência de prejuízo para a parte patrocinada pelo advogado desidioso, afasta-se de imediato o crime de patrocínio infiel, não havendo razões para o prosseguimento do inquérito policial, que deverá ser trancado por atipicidade de conduta (STJ, HC 104007/MS, Rel.ª Min.ª Jane Silva [Des.ª convocada do TJ/MG], 6ª T., j. 26/5/2008).

O crime de patrocínio infiel previsto no art. 355 do Código Penal, por estar enquadrado no rol dos Crimes contra a Administração Pública, tem como objeto jurídico tutelado justamente o funcionamento regular da justiça, tratando-se, destarte, de uma figura criminosa na qual a conduta infiel causa, primeiramente, um prejuízo ao estado-juiz, atingindo apenas em segundo lugar o interesse da parte traída pelo patrocinador. Nada

obstante, por ser crime próprio, somente pode ser praticado por advogado, que, de acordo com o art. 133 da Constituição Federal, é indispensável à Administração da Justiça (TRF, 3^a Reg., HC 2005. 61.03.000833-4/SP, Rel.^a Suzana Camargo, 5^a T., DJU 22/11/2005 p. 647).

Para configuração do delito de patrocínio infiel descrito no art. 355, *caput*, do Código Penal, é necessária a existência de dano efetivo a interesse legítimo da vítima. A descrição do delito de patrocínio infiel a ser realizada na denúncia deve indicar razoavelmente o prejuízo supostamente experimentado pela vítima, sob pena de rejeição (TRF, 3^a Reg., RCCr.R 2001.61. 06.002064-1/SP, Rel. André Nekatschalow, 1^a T., DJU 14/9/2004, p. 392).

Patrocínio infiel. Não caracterização. Ausentes os pressupostos de traição e prejuízo existentes no art. 355 do Código Penal. Inexistência, ademais, de simultaneidade no patrocínio das causas (TJSP, Ap. Cív. 229.702-1/SP, Rel. Mattos Faria, 7/5/1994).

A desistência do pedido de exame médico-legal – por defensor que afirma ter pretendido a redução da pena – tendo em vista idêntico pedido da acusação, porém com outro fundamento, não implica patrocínio infiel nem prejuízo para a defesa, a ser amparado por *habeas corpus* (STF, HC 69816/SP, Rel. Min. Paulo Brossard, 2^a T., DJ 18/12/1992, p. 24.379).

Classificação doutrinária

Crime próprio com relação ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo ou omissivo (podendo a traição acontecer tanto por ação, quanto por inação do agente); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

O tipo penal previsto no art. 355, *caput*, do Código Penal é crime próprio, material, doloso, de forma livre, comissivo ou omissivo, instantâneo e plurissubsistente. Tem como objetividade jurídica a Administração da Justiça e por sujeito passivo primário o Estado e secundário o particular prejudicado. No caso concreto, os recorridos, na qualidade de advogados [...], como constituintes do reclamante e do reclamado, ajuizaram ação trabalhista para que em Juízo fosse homologado acordo que já havia sido firmado em data pretérita e em valor inferior ao descrito na petição inicial a fim de que incidisse a coisa julgada sobre outras verbas a que faria jus o reclamante, pessoa humilde que não pretendia exercer seu direito de ação. O efetivo prejuízo ao reclamante somente não ocorreu porque o Juízo trabalhista percebeu o ardil e julgou o processo extinto sem julgamento de mérito e porque aquele recebera a quantia pretendida a título de verbas trabalhistas diretamente de seu empregador. Todavia, isto não enseja a atipicidade da conduta porque o patrocínio infiel é crime material e, portanto, admite tentativa, perfeitamente descrita na denúncia. Não se pode olvidar que o crime do art. 355, *caput*, do Código Penal atenta também contra a Administração da Justiça, ou seja, contra direitos indisponíveis, e sob esta perspectiva o crime está consumado, na medida que há documentos nos autos do recurso que demonstram que a ação trabalhista foi efetivamente proposta, a despeito da preexistência de acordo entre reclamante e reclamado – com manifesta ausência de interesse de agir, ao menos lícito. Portanto, a atuação jurisdicional foi provocada desnecessariamente, inclusive com a prolação de sentença, em razão do conluio de agentes investidos, constitucionalmente, no dever de colaborar para a sua correta prestação (TRF, 3^a Reg., RCCr. 2002.61.06.007108-2/SP, Rel. Johonsom Di Savio, 1^a T., DJU 20/9/2005, p. 221).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Crime próprio, somente o *advogado* ou o *procurador* pode figurar como *sujeito ativo* do delito de *patrocínio infiel*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele prejudicado pelo patrocínio infiel.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *patrocínio infiel*, ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é pessoa que tem seu interesse prejudicado em virtude do comportamento praticado pelo agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando, após a traição praticada pelo agente, ocorre o prejuízo.

A tentativa é admissível.

O crime de patrocínio simultâneo, previsto no parágrafo único do art. 355 do CP, é formal, consumando-se quando o agente pratica qualquer ato processual relativo a patrocínio simultâneo de partes contrárias. Por outro lado, são irrelevantes os motivos e o fim do agente (STF, *RHC 58.841-7/MG Rel. Min. Décio Miranda, 2^a T., DJ 28/8/1981, p. 8.263*).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *trair* pode ser entendido tanto comissiva quanto omissivamente. O advogado ou procurador pode, portanto, prejudicar interesse de seu patrocinado seja fazendo ou, mesmo, deixando de fazer alguma coisa.

Patrocínio simultâneo ou tergiversação

Conforme esclarece Fragoso, “na forma de patrocínio simultâneo, o agente contemporaneamente defende interesses opostos (por si ou através de terceiros, que serão coautores). No patrocínio *sucessivo* (tergiversação), o agente passa de um lado ao outro, assumindo o patrocínio da parte adversária”.¹⁰⁶

O delito se consuma no momento em que o agente pratica qualquer ato, em Juízo, que importe em defesa da parte contrária a quem vinha patrocinando, devendo ser ressaltado que, ao contrário da infração penal tipificada no *caput* do art. 355 do Código Penal, o parágrafo único não exige a ocorrência de qualquer prejuízo, para efeitos de reconhecimento do *summatum opus*.

Não se pode descartar a possibilidade de tentativa no delito de *patrocínio simultâneo ou tergiversação*, embora seja de difícil ocorrência.

Patrocínio infiel. Delito caracterizado em tese. Defesa sucessiva de interesses contrários. Ações de alimentos e de reajustamento de pensão alimentícia. Defesa, na primeira, dos interesses da exequente e, na

segunda, do executado – justa causa para a ação penal. Inteligência dos arts. 355 do CP de 1940 e 648, I, do CPP (RT 603, p. 339).

O crime de patrocínio simultâneo ou tergiversação pressupõe partes contrárias e interesses antagônicos, o que não se caracteriza quando o advogado, em nome das partes, peticiona em reclamação trabalhista a homologação de acordo firmado extrajudicialmente pelos contendores, tendo em vista que na hipótese os objetivos são comuns, inexistindo parte contrária. Não pode existir patrocínio infiel simultâneo quando as partes consentem na atuação do mesmo profissional, em questão de interesse comum (TRF, 1^a Reg., Processo 20050 1000058560, HC/PA, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes, pub. 17/6/2005).

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada aos delitos de *patrocínio infiel* e *patrocínio simultâneo ou tergiversação* é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Patrocínio infiel perante a Justiça do Trabalho. Código Penal, art. 355. O bem jurídico primacialmente é a administração da Justiça. Crime praticado em detrimento de serviços e interesses da União. Competência da Justiça Federal. CF, art. 109, IV. Se a suposta ação delituosa, ocorrida em reclamação trabalhista, atingiu a Justiça do Trabalho, à Justiça Federal compete processar e julgar a ação penal. Precedentes (STF, RE 328168/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2^a T., DJ 14/6/2002, p.159).

Sonegação de papel ou objeto de valor probatório Art. 356. Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador: Pena – detenção, de 6 (seis) a 3 (três) anos, e multa.

Introdução

Inutilizar significa tornar inútil, imprestável, danificar. Essa inutilização pode ser total ou parcial, isto é, o objeto material pode perder completamente a sua utilidade, ou passar a servir somente em parte. *Deixar de restituir* tem o sentido de não devolver, reter, sonegar. As condutas devem ser dirigidas finalisticamente a inutilizar ou deixar de devolver *autos, documento ou objeto de valor probatório*. Os *autos* dizem respeito a um conjunto ordenado de peças constantes de um processo, sendo, no caso do artigo em exame, um processo judicial, tendo em vista que o art. 356 do Código Penal se encontra inserido no capítulo relativo aos crimes contra a administração da justiça. *Documento*, de acordo com a lição de Hungria, “é o papel escrito especial ou eventualmente destinado à prova de fato juridicamente relevante. *Objeto de valor probatório* é todo aquele que serve ou se pretende que possa servir de elemento de convicção acerca dos fatos em que qualquer das partes, no processo, funda sua pretensão”.¹⁰⁷

Para que ocorra o delito em estudo, determina o art. 356 do Código Penal que o agente tenha recebido os autos, documento ou objeto de valor probatório, na qualidade de advogado ou procurador.

Pratica o crime contemplado no art. 356 do CP a advogada que deixa de restituir processo que retirou em carga, apesar de devida e reiteradamente intimada para tanto (TJRS, ACr 70037236809, Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, *DJERS* 16/8/2010).

Para a ocorrência do delito capitulado no artigo 356 do Código Penal, basta apenas que, depois de devidamente intimado, o indivíduo se recuse a restituir os autos que recebeu na qualidade de advogado ou procurador, o que ocorreu *in casu* (TJMG, HC 0107796-67.2010.8.13.0000, Rel. Des. Eduardo Machado, *DJEMG* 10/5/2010).

Trata-se o crime previsto no artigo 356 do Código Penal de delito formal, cujo bem jurídico tutelado é a administração da justiça e que se consuma com a simples omissão consciente do advogado em não restituir os autos do processo (TRF, 4^a R., ACr. 2007.72.07.001551-0/SC, Rel. Juiz Fed. Luiz Carlos Canalli, *DEJF* 19/3/2010, p. 451).

Na hipótese, a exordial acusatória trouxe elementos suficientes para a caracterização do delito de sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356 do CPB), porquanto o paciente, atuando em causa própria em ação de reparação de danos movida contra ele, reteve os autos por 7 meses, sem autorização para tanto, pois indeferido pedido de vista dos autos fora de cartório exatamente em vista de comportamento semelhante em outras oportunidades, e, determinada a busca e apreensão em sua residência, esta restou infrutífera (STJ, HC 137.420/RJ, 5^a T., Rel. Min. Napoleão Nunes Filho, *DJE* 22/2/2010).

Por incidência do princípio da especialidade, comete o crime do art. 356 do Código Penal, e não o do art. 305 do mesmo diploma legal, o agente que, após receber carga dos autos, na qualidade de advogado da parte, retira folha de petição que anteriormente protocolara, já integrante dos autos de processo cível, substituindo-a por outra contendo requerimento diverso do original, para que, caso não haja a retratação judicial pretendida, o pedido seja recebido como agravo (STJ, HC 32468/MS, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a T., *RSTJ* 193, p. 625).

O crime de retenção de autos, previsto no art. 356 do Código Penal, cuja objetividade jurídica é a tutela da Administração da Justiça, exige, para sua caracterização, a vontade deliberada e consciente de sonegar ou inutilizar autos, documentos ou objetos de valor probante, sendo descabida a acriminação de mera conduta negligente, consubstanciada em atraso ou retardamento na devolução de autos ao cartório (STJ, *RHC* 4794/RS, Rel. Min. Vicente Leal, 6^a T., *Rev. Jur.* 225, p. 104).

A exordial acusatória trouxe elementos suficientes para a caracterização do delito de sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356 do CPB), porquanto a paciente, então advogada da empresa ré em ação ordinária de indenização, reteve os autos por mais de 60 dias, sem autorização para tanto, e, após determinada a busca e apreensão em sua residência, constatou-se a supressão de documentos, tudo a demonstrar estarem preenchidos os requisitos legais constantes do art. 41 do CPP (STJ, HC 85912/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Mais Filho, 5^a T., j. 16/9/2008).

O fato de ter havido a devolução dos autos antes da denúncia, porém, fora do prazo legal demarcado na intimação judicial, sem apresentação de justificativa plausível para o retardamento da adoção de tal providência, não tem o condão de eliminar o dolo e, por conseguinte, o cabimento da ação penal (STJ, HC 39231/CE, Rel. Min. Laurita Vaz, 5^a T., *DJ* 28/3/2005, p. 300).

Não se tipifica o delito do art. 356 do Código Penal se os documentos tidos por suprimidos dos autos por

advogada não tem valor probatório, sendo reproduzidos por cópia (STJ, *RHC 11403/CE*, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T., *DJ* 10/6/2002, p. 269).

O procedimento mediante o qual advogado subtrai de processo peça nele contida, inutilizando-a, enquadra-se no art. 356 do Código Penal, considerado o princípio da especialidade (STF, *HC 75201/RS*, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., *DJ* 20/3/1998, p. 5).

Classificação doutrinária

Crime próprio com relação ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (no que diz respeito à conduta de *inutilizar*) ou omissivo (quando o agente *deixa de restituir*); instantâneo (na modalidade *inutilizar*) e permanente (quanto ao fato de *deixar de restituir*); de forma livre; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da possibilidade, no caso concreto, de ser fracionado o *iter criminis*); transeunte.

O delito previsto no art. 356 do CP, de sonegação de papel ou objeto de valor probatório, é crime formal, na modalidade deixar de restituir, sendo desnecessária a prova da ocorrência de prejuízo concreto. Apelação defensiva parcialmente provida, para reduzir a multa (TJRS, Ap. Crim. 70048112320, Rel. Gaspar Marques Batista, j. 30/8/2012).

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o advogado ou o procurador pode figurar como *sujeito ativo* do delito de *sonegação de papel ou objeto de valor probatório*.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquele prejudicado pela conduta praticada pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *sonegação de papel ou objeto de valor probatório* ou, mais especificamente, a administração da justiça. O objeto material são os autos, o documento ou objeto de valor probatório.

Consumação e tentativa

De acordo com as lições de Damásio de Jesus, “na inutilização, o crime atinge o momento consumativo quando o objeto material perde o seu valor probatório (total ou parcial). Na forma de sonegação de autos, a consumação ocorre quando o sujeito, regularmente intimado, de acordo com a legislação processual, nega-se a devolvê-los. Na sonegação de documento ou objeto, consumase o crime quando o sujeito, legalmente solicitado à restituição, deixa de devolvê-lo por um lapso temporal juridicamente relevante”.¹⁰⁸

Tem-se entendido pelo reconhecimento da tentativa quando a conduta do agente diz respeito à inutilização, total ou parcial, de autos, documento ou objeto de valor probatório, haja vista, *in casu*, ser possível o fracionamento do *iter criminis*, ao contrário do que ocorre

quando o agente deixa de restituí-los, inviabilizando a tentativa, tendo em vista tratar-se de omissão própria.

Não poderia o Ministério Público, após reconhecer que o inquérito policial não logrou obter nenhum indício de que o advogado foi intimado para a devolução dos autos, oferecer denúncia em seu desfavor pela prática do crime previsto no art. 356 do Código Penal. É imprescindível para a configuração do tipo penal a intimação do advogado para restituir os autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador, não se podendo punir o sujeito ativo por mera negligência ou a título de culpa (STJ, *RHC 29172/BA*, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, 5^a T., *DJe* 3/4/2012).

O art. 356 do CP encerra duas condutas típicas: uma comissiva; outra omissiva. Nesta, a consumação ocorre quando o agente não cumpre a obrigação jurídica – deixa de restituir os autos (no prazo legal). Desnecessário, por isso, prévia intimação judicial. Esta é apenas útil para evidenciar o fato, notadamente o elemento subjetivo (STJ, *RHC 3912/PR*, Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, 6^a T., *RT* 712, p. 470).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo do art. 356 do Código Penal, não tendo sido prevista a modalidade de natureza culposa.

O tipo inscrito no art. 356 do Código Penal consuma-se com a recusa do agente em restituir os autos, depois de intimado a devolvê-los na forma prevista na legislação processual. Patente, assim, a necessidade de que haja a vontade consciente de deixar de restituir os autos, e que o elemento subjetivo do tipo é o dolo e que não se pune a forma culposa (TJMG, Processo 1.0702.06.302710-7/00[1], Rel. Maria Celeste Porto, j. 3/2/2009).

O tipo inscrito no art. 356 do Código Penal consuma-se com a recusa do agente em restituir os autos, depois de intimado a devolvê-los na forma prevista na legislação processual. Patente, assim, a necessidade de que haja a vontade consciente de deixar de restituir os autos, e que o elemento subjetivo do tipo é o dolo e que não se pune a forma culposa. Colhendo-se das informações que a devolução dos autos se deu espontaneamente, independentemente de qualquer providência judicial, houve, no máximo, conduta negligente, consubstanciada em atraso ou retardamento na devolução do feito em cartório, que, porém, não constitui crime (TJMG, Processo 1.0000.08.468665-8/000 [1], Rel. Maria Celeste Porto, pub. 12/4/2008).

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *inutilizar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, ao passo que a conduta de *deixar de restituir* importa em uma omissão própria, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *sonegação de papel ou objeto de valor probatório* é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Inutilização, sonegação ou descaminho de material probante no Código Penal Militar

Vide art. 352 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Exploração de prestígio Art. 357. Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de 1/3 (um terço), se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas neste artigo.

Introdução

Solicitar deve ser entendido no sentido de pedir, requerer; *receber* tem o significado de aceitar. Ambas devem ter como objeto dinheiro (cédulas e moedas aceitas como meio de pagamento) ou qualquer outra utilidade (que deve ter uma natureza econômica, haja vista que, *in casu*, deverá ser procedida uma interpretação analógica, tendo o dinheiro como fórmula exemplificativa e a utilidade como fórmula genérica).

O agente atua, segundo a doutrina dominante, com uma finalidade especial, qual seja, a de influir em *juiz* (em qualquer grau de jurisdição), *jurado* (aquele que exerce uma função pública perante o Tribunal do Júri), *órgão do Ministério Público* (promotores e procuradores de justiça), *funcionário de justiça* (aquele que exerce suas funções perante o Poder Judiciário), *perito* (o *expertus* em determinado assunto ou matéria, que materializa o seu parecer através de laudos), *intérprete* (pessoa que serve de tradutor ou de intermediário para fazer compreender indivíduos que falam idiomas diferentes) ou *testemunha* (aquele que viu, ouviu, ou tem conhecimento de algum fato que deva ser trazido ao crivo do Poder Judiciário).

Apontando a palavra segura das testemunhas que o advogado patrocinador da causa solicita e recebe dinheiro a título de pagamento a magistrado, alegando ser necessária a quantia para liberação do preso, resta caracterizado o delito previsto no art. 357, parágrafo único, do CP, não havendo falar em fragilidade da prova. Apelo não provido (TJMG, Ap.Crim. 1.0390.05.010709-8/001[1], Rel. Ediwal José de Moraes, j. 12/9/2007).

O comportamento fraudulento do delito previsto no art. 357 do CP está compreendido na expressão ‘a pretexto’. É necessário, portanto, que a solicitação ou recebimento de dinheiro se dê a pretexto de influir, de qualquer modo, junto às autoridades ou pessoas que vão atuar no processo, ou seja, é necessário que haja uma venda de influência (*venditio fumi, marché de néant*), e isto não ocorreu no presente caso (TJMG, Processo 1.0000.00.249747-7/000 [1], Rel. Odilon Ferreira, pub. 31/10/2002).

Merece firme repulsa o crime de exploração de prestígio praticado por advogado, porquanto referido profissional, ao invés de tentar desprestigar o magistrado e o próprio Poder Judiciário, deveria envidar esforços na busca de melhor prestação jurisdicional (TJMG, Rel. Roney de Oliveira, Processo 1.0000.00.156384-0/000 [1], pub. 7/2/2001).

Classificação doutrinária

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito é praticado); transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *exploração de prestígio*, ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Objeto material é o dinheiro ou qualquer outra utilidade.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, *solicita* dinheiro ou qualquer outra utilidade, independentemente do seu recebimento; na modalidade *receber*, somente quando houver a entrega do dinheiro ou qualquer outra utilidade ao agente é que se poderá concluir pela consumação.

Dependendo da forma como for praticado o delito, poderá ser reconhecida a tentativa.

O crime de exploração de prestígio se *consuma* com a efetiva solicitação, ainda que seja rejeitada ou recebida, e exige o dolo, qual seja, a vontade livre e consciente de solicitar e receber, a pretexto, ou seja, com a desculpa de que irá influenciar alguma das pessoas enumeradas no art. 357 do Código Penal. Não existindo provas de que o acusado tivesse dito antes de receber o dinheiro que ele se destinava a influenciar a juíza, e se, posteriormente, ele fez tal afirmação, a sua conduta, ainda que reprovável, não constitui crime (TJMG, Rel. Antônio Carlos Cruvinel, Processo 1.0105.01.037718-9/001[1], pub. 11/1/2006).

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *solicitar* e *receber* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometidos via omissão imprópria.

Causa especial de aumento de pena

As penas aumentam-se de um terço, conforme determina o parágrafo único do art. 357 do

Código Penal, se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas no *caput* do mencionado artigo.

Comete o delito de tráfico de influência, na sua forma qualificada, o agente que solicita dinheiro a pretexto de influir no comportamento do funcionário público no exercício de sua função, afirmado que o numerário seria a este destinado. Restando comprovado que a apelante recebeu dinheiro da vítima a pretexto de influir na decisão do juiz, passando-se por advogada e esposa do magistrado, incensurável a sua condenação pelo delito de exploração de prestígio (TJMG, Rel. Antônio Armando dos Anjos, Processo 1.0145.00.015975-9/001[1], pub. 6/7/2007).

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *exploração de prestígio* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

De acordo com o parágrafo único do art. 357 do Código Penal, as penas aumentam-se de um terço se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas no *caput* do mencionado artigo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, desde que não incida a majorante prevista no parágrafo único do art. 357 do Código Penal.

Exploração de prestígio no Código Penal Militar

Vide art. 353 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Violência ou fraude em arrematação judicial Art. 358. Impedir, perturbar ou fraudar arrematação judicial; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem: Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Introdução

Impedir significa obstruir, impossibilitar; *perturbar* tem o sentido de atrapalhar, tumultuar, embaraçar; *fraudar* importa em enganar, iludir, ludibriar. Todas essas condutas devem ser dirigidas à *arrematação judicial*, que diz respeito à venda, em hasta pública, levada a efeito pelo Poder Judiciário. Vicente Greco Filho preleciona: “A arrematação é o ato que consuma a expropriação de bens do devedor mediante alienação em hasta pública. A alienação pública de imóveis é feita mediante *praça*; a dos demais bens mediante *leilão*, ressalvada a competência de corretores da Bolsa de Valores, onde se faz a alienação de títulos da dívida pública. A arrematação é uma forma de transferência coativa da propriedade como ato público de

império.”¹⁰⁹

A segunda parte do art. 358 do Código Penal prevê a conduta de *afastar* (eliminar, colocar de lado, tirar do caminho) ou *procurar afastar* (tentar eliminar, tentar colocar de lado, tentar tirar do caminho) concorrente ou licitante, isto é, aquele que participa de um processo de licitação em sentido amplo, haja vista ser a concorrência uma das suas modalidades previstas no art. 22 da Lei nº 8.666/1993.¹¹⁰

Para tanto, o agente vale-se do emprego de violência (*vis absoluta*, física), grave ameaça (*vis compulsiva*, moral), fraude (ardil, engodo), oferecimento de vantagem (que poderá possuir qualquer natureza – patrimonial, moral, sexual etc.).

Perturbar arrematação judicial, ameaçando o arrematante e impedindo a concretização da hasta pública. Conduta que se amolda ao tipo definido no art. 358 do Código Penal (TRF, 5ª Reg.; ACr. 7243; Proc. 0000483-30.2007.4.05.8303/PE, Rel. Des. Fed. Lázaro Guimarães, DJETRF5 16/7/2010).

Classificação doutrinária

Crime comum tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que, de alguma forma, vier a ser prejudicado com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *violência ou fraude em arrematação judicial* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material poderá ser o concorrente ou licitante contra o qual recai a conduta do agente.

Consumação e tentativa

O delito se consuma, na sua primeira parte, quando o agente, efetivamente, impede, perturba ou frauda arrematação judicial; na segunda parte, ocorre a consumação quando do emprego da violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento da vantagem.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Fraude em arrematação judicial. Dolo genérico integrante do tipo. Irrelevância dos motivos determinantes do agir (STF) (*RT* 615, p. 391).

O dolo, que integra a composição do tipo definido no art. 358 do CP, é o genérico, consistente na simples vontade conscientemente dirigida ao impedimento, perturbação ou fraude da arrematação, sem qualquer relevância para os motivos que levaram o agente a assim proceder (TACrim./SP, *HC* 153.038, Rel. Canguçu de Almeida, j. 21/8/1986).

Modalidades comissiva e omissiva

As condutas de *impedir*, *perturbar* e *fraudar* arrematação judicial e a de *afastar* ou *procurar afastar* concorrente ou licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometidas via omissão imprópria.

Concurso de crimes

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 358 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso formal impróprio, previsto na segunda parte do art. 70 do Código Penal, aplicando-se a regra do cômulo material entre os crimes de *violência ou fraude em arrematação judicial* e aquele resultante da violência.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *violência ou fraude em arrematação judicial* é de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa, além da pena correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito

Art. 359. Exercer função, atividade, direito, autoridade ou munus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Introdução

Embora a lei penal use o verbo *exercer*, utilizado, em geral, para demonstrar habitualidade, entendemos ser instantânea a infração penal em estudo, uma vez que a proibição diz respeito à prática de qualquer ato que importe em desobediência à decisão judicial que tenha suspenso ou privado o sujeito do exercício de: “*função*, encargo derivado de lei, convenção ou decisão judicial; *atividade*, que encerra as espécies de profissão, ofício ou ministério; *direito*, como o pátrio poder,¹¹¹ autoridade parental, político etc.; *autoridade*, que é o desempenho de funções em que há competência para impor suas decisões; e *múnus*, derivado de lei ou de decisão judicial, como as de jurado, defensor dativo etc.”¹¹²

Não se configura na infração penal em estudo a desobediência à decisão de natureza administrativa, podendo, se for o caso, configurar-se no delito tipificado no art. 330 do Código Penal.

A Lei nº 11.340/2006 prevê consequências jurídicas próprias e suficientes a coibir o descumprimento das medidas protetivas, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 359 do Código Penal, situação que evidencia, na espécie, a atipicidade da conduta. Precedentes (STJ, AgRg no HC 298.202/RS, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 12/09/2016).

A Lei Maria da Penha prevê, dentre outras medidas, a decretação de prisão preventiva para o caso de descumprimento de medidas protetivas. Havendo sanção própria prevista para o descumprimento de medida protetiva, caso fosse possível a condenação pela prática do delito de desobediência, o acusado seria apenado duas vezes pela mesma conduta. Inadmissível. A conduta daquele que descumpre medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha, não caracteriza o crime previsto no art. 359 do Código Penal. Princípio da Especialidade. Decisão combatida que se mantém na forma em que foi proferida (TJ-RJ, RSE 0003652-76.2012.8.19.0203, Rel. Des. Paulo Rangel, DJe 10/03/2015).

O descumprimento das medidas protetivas emanadas no âmbito da Lei Maria da Penha admite requisição de auxílio policial e também a decretação da prisão, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal, com o objetivo de garantir a execução da ordem da autoridade, afastando, desse modo, a caracterização do delito de desobediência. Precedentes. Na espécie, o paciente foi denunciado pelo crime de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, porque teria descumprido medida protetiva consistente na proibição de se aproximar de sua ex-companheira, a uma distância mínima de 50m, bem como de sua residência, conduta que não configura, de forma autônoma, o crime tipificado no art. 359 do Código Penal (STJ, HC 285.959/RS, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, Desembargador convocado do TJ-SP, 5ª T., DJe 26/11/2014).

A desobediência à ordem de suspensão da posse ou a restrição do porte de armas, de afastamento do lar, da proibição de aproximação ou contato com a ofendida, bem como de frequentar determinados lugares, constantes do artigo 22 da Lei 11.340/2006, se enquadra com perfeição ao tipo penal do artigo 359 do Estatuto Repressivo, uma vez que se trata de determinação judicial que suspende ou priva o agente do exercício de alguns de seus direitos. O artigo 359 do Código Penal é específico para os casos de desobediência de decisão judicial, motivo pelo qual deve prevalecer sobre a norma contida no artigo 330 da Lei Penal (STJ, HC 220392/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 10/3/2014).

Aumento da pena base. O acusado confessou que exercera direito de que fora suspenso por decisão judicial, ao se aproximar da vítima e perturbar-lhe a tranquilidade. Assim, a conduta do réu amoldou-se perfeitamente ao tipo previsto pelo art. 359 do Código Penal, sendo correta a aplicação da pena de detenção ao acusado (TJDF, Rec. 2008.03.1.033384-9, Rel. Des. Mario Machado, DJDFTE 17/8/2010, p. 303).

O crime definido no art. 359 do Código Penal pressupõe decisão judiciária de natureza penal (TRF, 4^a Reg.; ACr. 2005.72.07.007128-0, Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, DEJF 30/4/2009, p. 686).

Crime de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito. Atipicidade. Caracterização. Suposta desobediência a decisão de natureza civil. Proibição de atuar em nome de sociedade. Delito preordenado a reprimir efeitos extrapenais. Inteligência do art. 359 do Código Penal. Precedente. O crime definido no art. 359 do Código Penal pressupõe decisão judiciária de natureza penal, e, não, civil (STF, HC 88572/RS, Rel. Min. Cesar Peluso, DJ 8/9/2006, p. 62).

Classificação doutrinária

Crime próprio tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente aquele que teve sua função, atividade, direito, autoridade ou múnus suspenso ou privado por decisão judicial é que pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

Consumação e tentativa

Consuma-se o delito em exame com o efetivo exercício de função, atividade, direito, autoridade ou múnus de que foi suspenso ou privado o agente por decisão judicial. Tratando-se de um crime instantâneo, para efeitos de consumação, basta que o sujeito tenha praticado um único ato que importe no exercício daquilo para o qual havia sido suspenso ou privado por decisão judicial.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo constante do art. 359 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *exercer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito* é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Desobediência a decisão sobre perda ou suspensão de atividade ou direito no Código Penal Militar

Vide art. 354 do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar).

Capítulo IV – Dos Crimes contra as Finanças Públicas

(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) Contratação de operação de crédito Art. 359-A.
Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa: *(Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.)* Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

(Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.) Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo: *(Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.) I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.) II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.*

(Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.) Introdução

Ordenar tem o sentido de determinar, mandar que se faça; *autorizar* deve ser entendido como permitir que se faça; *realizar* importa em tornar real, efetivo, concretizar. Os comportamentos devem ser dirigidos à operação de crédito, cujo conceito se encontra previsto no inc. III do art. 29 da Lei Complementar nº 101/2000, que diz ser ela o *compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título*,

aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros. Deve ser ressaltado, ainda, que o § 1º do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal ainda equipara à operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências constantes dos seus arts. 15 e 16.

Operação de crédito interno é aquela realizada no âmbito nacional; externa é a operação levada a efeito no exterior, devendo-se lembrar, nos termos do inc. IV do § 1º do art. 32 da Lei Complementar nº 101/2002, sobre a necessidade de autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo.

As condutas de ordenar, autorizar e realizar operação de crédito, interno ou externo, somente poderão ser consideradas como típicas se não houver a necessária e prévia autorização legislativa. Conforme assevera Cezar Roberto Bitencourt, “esse elemento normativo – autorização legislativa anterior – constitui uma espécie de condição de procedimento administrativo do agente público, sem o qual sua conduta não pode ser realizada, sob pena de cometer crime. Em outros termos, a existência de autorização legislativa torna o fato atípico”.

E continua o renomado professor gaúcho dizendo: “Autorização legislativa não se confunde com autorização legal. Alguns órgãos públicos não têm seus atos condicionados a autorização legislativa, como autarquias, empresas públicas ou o Poder Judiciário, o Ministério Público etc. Essas instituições, órgãos ou entidades públicas, em regra, têm suas atividades, atos e ações disciplinados em lei e não apenas em autorização legislativa.”¹¹³

Trata-se de tipo misto alternativo, em que a prática de mais de uma conduta importará em infração penal única.

O parágrafo único do art. 359-A do Código Penal assevera que incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo: *I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal.*

II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

Esclarecem Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini: “No primeiro, a preocupação refere-se à não observância de limites, condição ou montante previamente estabelecidos, seja em lei, seja em resolução do Senado Federal. O segundo refere-se à possibilidade de o agente público praticar qualquer das ações mencionadas no *caput* quando o montante da dívida consolidada ultrapassar o valor máximo autorizado para a sua realização. Esta, nos termos do inc. I do art.

29 da LRF, corresponde ao montante das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de lei, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses”.¹¹⁴

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito pode figurar como *sujeito ativo* do delito de *contratação de operação de crédito*.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de *contratação de operação de crédito* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a operação de crédito.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa, ou com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal, ou quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *ordenar*, *autorizar* e *realizar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *contratação de operação de crédito* é de reclusão, de 1

(um) a 2 (dois) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Crimes de responsabilidade do Presidente da República

Vide Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.

Crimes de responsabilidade do Prefeito Municipal

Vide inc. XX do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000.*) **Art. 359-B.** Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei: (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000.*) Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000.) Introdução

Ordenar tem o sentido de determinar, mandar que se faça; *autorizar* deve ser entendido como permitir que se faça. De acordo com o art. 36 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, *consideram-se restos a pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas*.

O *empenho de despesa*, conforme esclarece o art. 58 da mencionada Lei nº 4.320/1964, é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição, o qual não pode exceder o limite dos créditos concedidos (art. 59), sendo vedada a realização de despesa sem prévio empenho (art. 60). Para cada empenho será extraído um documento denominado “nota de empenho” que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria (art. 61).

Assim, conforme conclui Guilherme de Souza Nucci, “veda este artigo que o agente público ordene ou autorize a inscrição em restos a pagar [...] de despesa que ainda não foi empenhada ou que, apesar de ter sido, excedeu o limite estabelecido na lei. Logo, evita-se

deixar para o ano seguinte e, principalmente, para outro administrador, despesas que já não constem expressamente como devidas e cujo pagamento há de se estender no tempo, especialmente se não houver recursos para o pagamento".¹¹⁵

Cuida-se de norma penal primariamente remetida (em branco), haja vista que o intérprete deverá, obrigatoriamente, conhecer o limite estabelecido em lei, para saber se houve ou não a prática do delito em estudo.

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público competente para ordenar ou autorizar a inscrição de despesa pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-B do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de *inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar* tem por finalidade proteger as finanças públicas, e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a despesa inscrita.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena ou autoriza a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *ordenar* e *autorizar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do

agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar* é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura

(Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.) Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa: *(Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.)* Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

(Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.) Introdução

Com a criação do tipo penal em estudo, cuja redação em muito se assemelha àquela constante do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, procurou-se evitar que o agente, no final do seu mandato ou legislatura, vale dizer, nos oito últimos meses, contraia obrigações que não poderão por ele ser quitadas até o final daquele seu último exercício financeiro, ou que, na hipótese de restar alguma parcela a ser paga no exercício seguinte, o que não é incomum, não tenha levado a efeito a reserva de caixa.

De acordo com as lições de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, “tipifica, assim, o legislador, a passagem desses passivos (encargos e despesas já compromissadas e que devam ser honradas até o final do exercício) para o mandatário seguinte, cominando sanção de natureza penal àquele que não respeitar os prazos e condições legais de pagamento.

A Lei, nesse dispositivo, ocupa-se em prever que atos de gestores públicos não venham a comprometer, por falta de recursos, o mandato de seus sucessores. Tratam-se das denominadas heranças fiscais, ‘que imobilizam os governos no início do mandato, por terem de pagar dívidas e/ou assumir compromissos financeiros deixados pelo antecessor’.

Outra preocupação também subsiste: *equilíbrio das contas públicas*".^{[116](#)}

Classificação doutrinária

Crime próprio tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossustentante ou plurissustentante (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público competente para ordenar ou autorizar a assunção de obrigação pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-C do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de *assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a obrigação assumida.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena ou autoriza a assunção de obrigação, nos últimos dois quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa.

Admite-se a tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

Os núcleos *ordenar* e *autorizar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticados via omissão imprópria.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Ordenação de despesa não autorizada (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) **Art. 359-D.** Ordenar despesa não autorizada por lei: (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

(*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) **Introdução**

O delito de *ordenação de despesa não autorizada* encontra-se tipificado no art. 359-D do Código Penal. Cuida-se de norma penal em branco, cujo complemento poderá ser encontrado nos arts. 15, 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, portanto, será utilizada como complemento necessário para a interpretação e aplicação do art. 359-D do Código Penal.

O art 359-D do Código Penal, segundo o qual é crime ‘ordenar despesa não autorizada por Lei’, consiste em norma penal em branco, uma vez que o rol das despesas permitidas e das não-autorizadas se dá por acréscimo de normas legais diversas (TRF, 4ª Reg., ACr. 2007.72.12.000241-4, Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro, *DEJF* 23/4/2010, p. 856).

Reajuste de subsídios de vereadores realizado com amparo em Lei Municipal em vigor, ainda que de duvidosa constitucionalidade, não há caracteriza o crime capitulado no art. 359-D, do CP (TJPI, APN 2009.0001.002685-5, Rel. Des. Erivan José da Silva Lopes, *DJPI* 11/1/2010, p 5).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público competente para ordenar despesa pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-D do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de *ordenação de despesa não autorizada* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a despesa não autorizada por lei.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena despesa não autorizada por lei.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

O núcleo *ordenar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *ordenação de despesa não autorizada* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Prestação de garantia graciosa (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) **Art. 359-E.** Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei: (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

(*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) **Introdução**

Presta garantia aquele que a concede. A concessão de garantia, de acordo com a definição constante do inc. IV do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal, significa o *compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada*. *Operação de crédito*, conforme explicação contida no inc. III do mencionado artigo, diz respeito ao *compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com uso de derivativos financeiros*.

O art. 40 da Lei Complementar nº 101/2000, serve de complemento ao art. 359-E do Código Penal.

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público competente para prestar garantia em operação de crédito pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-E do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de *prestaçāo de garantia grāciosa* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a operação de crédito levada a efeito pelo agente, sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, presta a garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *prestaçao de garantia graciosa* é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Não cancelamento de restos a pagar (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) **Art. 359-F.** Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei: (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

(Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.) Introdução

Aqui, o agente se omite quando deveria agir com a finalidade de ordenar, autorizar ou de promover o cancelamento de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei.

O art. 36 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e o Controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, esclarece o conceito de restos a pagar, dizendo: *Art. 36. Consideram-se restos a pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.*

Conforme esclarecem Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, “para que se possa punir a conduta daquele que pratica a ação descrita no artigo em tela, há necessidade de que ele não tenha nenhuma responsabilidade (a título de dolo) em relação à inscrição, pois, do contrário, já estaria incorso nas penas previstas no art. 359-B, antes mencionado.

Preocupa-se a lei com a lisura administrativa, de forma que, percebendo o agente público que o valor inscrito em restos a pagar é superior ao permitido em lei, deve, de plano, providenciar, para que ocorra o cancelamento. Não o fazendo, incorre no disposto no tipo penal *sub examen*.

O valor permitido em lei representa a suficiente disponibilidade financeira que permita o

pagamento integral das despesas dentro dos dois últimos quadrimestres, ou a disponibilidade de caixa existente para o exercício seguinte. Disponibilidade de caixa consiste no montante remanescente após a execução contábil dos encargos e despesas compromissadas a serem honradas até o final do exercício financeiro”.¹¹⁷

Trata-se de tipo misto alternativo.

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; omissivo próprio; de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente; não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei é que pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-F do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de *não cancelamento de restos a pagar* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a inscrição de restos a pagar.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, dolosamente, deixa de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei.

Tratando-se de crime monossubsistente, não será possível o reconhecimento da tentativa.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidade comissiva

A conduta de deixar de ordenar, de autorizar ou de promover importa em um delito omissivo próprio.

Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *não cancelamento de restos a pagar* é de detenção, de 6

(seis) meses a 2 (dois) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) **Art. 359-G.**
Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura: (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

(Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.) Introdução

Ordenar tem o sentido de determinar, mandar que se faça; *autorizar* deve ser entendido como permitir que se faça; *executar* significa realizar, levar a efeito. O agente, portanto, com o seu comportamento, pratica ato que acarreta aumento de *despesa total com pessoal*, definida pelo art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O art. 359-G também se coaduna com o parágrafo único do art. 22 da mencionada Lei de Responsabilidade Fiscal, que diz ser *nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.*

Trata-se de tipo misto alternativo.

A comprovação de que o Decreto-Lei nº 2.137/2004, ordenado pela apelante na condição de ex-prefeita, redundou em aumento de despesa com pessoal nos cento e oitenta dias que antecederam o final do seu mandato, ensejam a responsabilização criminal por infração ao art. 359-G do Código Penal. O Decreto-Lei sendo o ato administrativo principal, inquinado como ilegal, caracteriza o crime, sendo que as portarias expedidas com base no Decreto não se revelam como novos delitos autônomos continuados, motivo pelo qual deve ser afastada a majorante do art. 71 do Código Penal (TJRO, ACr. 1001936-57.2005.8.22.0009, Rel.^a Des.^a Ivanira Feitosa Borges, DJERO 19/1/2010).

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito é praticado); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura é que pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-G do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de *aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura* tem por finalidade proteger as finanças públicas, e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é o ato que faz com que haja o aumento de despesa total com pessoal, de acordo com a proibição temporal prevista pelo art. 359-G do Código Penal.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena, autoriza ou executa o ato que acarreta aumento de despesa total com pessoal, nos 180 dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de ordenar, autorizar ou executar pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Oferta pública ou colocação de títulos no mercado (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) **Art. 359-H.** Ordenar, autorizar ou promover a

oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia: (*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

(*Incluído pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000.*) **Introdução**

Os núcleos, já estudados, são: *ordenar, autorizar e promover* (que têm o sentido de efetuar, fomentar) e dizem respeito à *oferta pública* ou à colocação no mercado financeiro de *títulos da dívida pública*, sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia.

Conforme esclarecem Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, “os títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, dos estados e dos municípios, constituem, nos termos do inc. II do art. 29 da LRF, a dívida pública mobiliária.

A preocupação do legislador, neste tipo penal, é com o *controle legislativo do orçamento e das contas públicas*, visto que a colocação no mercado de títulos da dívida pública exige prévia criação legal, bem como, posteriormente, registro no sistema centralizado de liquidação e de custódia. Com isso, busca-se que, com o controle exercido, não venham as ações promovidas por administradores (no caso, colocação no mercado de títulos da dívida pública) a causar prejuízo ao erário e/ou desequilibrar futuros orçamentos”.¹¹⁸

Classificação doutrinária

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossustentante ou plurissustentante (dependendo da forma como o delito é praticado); não transeunte.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Somente o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública é que pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-H do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado.

Objeto material e bem juridicamente protegido

O tipo penal que prevê o delito de *oferta pública ou colocação de títulos no mercado* tem por finalidade proteger as finanças públicas, e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material são os títulos da dívida pública.

Consumação e tentativa

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena, autoriza ou promove a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia.

A tentativa é admissível.

Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Modalidades comissiva e omissiva

A conduta de ordenar, autorizar ou promover pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticada via omissão imprópria.

Pena, ação penal e suspensão condicional do processo

A pena cominada ao delito de *oferta pública ou colocação de títulos no mercado* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 224.

² HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 353.

³ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 354

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 982.

⁵ GALVÃO, Fernando. *Direito penal – crimes contra a Administração Pública*, p. 87.

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 377.

⁷ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 355-356.

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. II, p. 406.

⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 361.

¹⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 141.

¹¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 315.

¹² MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, p. 313.

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 403-404.

¹⁴ OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*, p. 52.

¹⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, p. 633.

¹⁶ No que diz respeito ao jurado, o art. 445 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, diz, textualmente, que o jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que são os juízes togados.

¹⁷ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 368-369.

¹⁸ Com o advento da Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, os delitos de *descaminho* e *contrabando* foram desmembrados, permanecendo o primeiro no tipo penal do art. 334 e o segundo no art. 334-A, ambos do Código Penal.

- 19 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 374.
- 20 FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Lições de direito penal*, v. II, p. 426.
- 21 O art. 43 do Código de Processo Penal foi Revogado pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, e substituído pelo art. 395, que passou a prever as causas de rejeição da denúncia ou queixa.
- 22 GALVÃO, Fernando. *Direito penal – crimes contra a Administração Pública*, p. 199.
- 23 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 815.
- 24 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 383.
- 25 GALVÃO, Fernando. *Direito penal – crimes contra a Administração Pública*, p. 222.
- 26 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 453-454.
- 27 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 283.
- 28 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 391.
- 29 Conforme Guilherme de Souza Nucci (*Código penal comentado*, p. 1.000), que entende ser o cargo público o objeto material do delito em estudo.
- 30 FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 439.
- 31 Conforme Guilherme de Souza Nucci. (*Código penal comentado*, p. 1.002), que entende ser a *função pública* o objeto material do delito em estudo.
- 32 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 396.
- 33 Além dessas, a Lei federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), no parágrafo único do art. 54 e nos arts. 55 a 58, inovou ao inserir em nosso ordenamento jurídico duas novas modalidades de licitação para a aquisição de bens e serviços, vale dizer, a chamada “consulta” (apenas para as Agências Reguladoras) e o “pregão”. Posteriormente, a nova modalidade “pregão” foi estendida para todas as esferas da Administração Pública por meio da Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, que foi convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. *Pregão*, de acordo com o art. 1º da referida lei, é a modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns, entendidos como tais aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.
- 34 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 297.
- 35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 362.
- 36 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 147.
- 37 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*, p. 2408.
- 38 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 835/836.
- 39 CALHAU, Lélio Braga. *Desacato*, p. 69.
- 40 Confome Guilherme de Souza Nucci (*Código penal comentado*, p. 1.020), que entende que o objeto material do delito de desobediência é a ordem dada.
- 41 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 420.
- 42 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 424.
- 43 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 424.
- 44 CALHAU, Lélio Braga. *Desacato*, p. 45.
- 45 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 319-320.
- 46 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 425.
- 47 FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 462.
- 48 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 325.
- 49 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 327.
- 50 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal – Parte especial*, v. 3, p. 366-367.
- 51 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 585.
- 52 SILVA, Ivan Luiz da. *Curso de direito penal – Parte especial*, v. 2, p. 1.011.
- 53 GALVÃO, Fernando. *Direito penal – crimes contra a administração pública*, p. 325.
- 54 SILVA, Ivan Luiz da. *Curso de direito penal – Parte especial*, v. 2, p. 1.015.
- 55 MASSON, Cleber. *Código penal comentado*, p. 1.176
- 56 SILVA, Ivan Luiz da. *Curso de direito penal – Parte especial*, v. 2, p. 1.012.
- 57 MASSON, Cleber. *Código penal comentado*, p. 1.171.
- 58 Vide Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.
- 59 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal – Parte especial*, p. 861-862.
- 60 GALVÃO, Fernando. *Direito penal – crimes contra a administração pública*, p. 343.
- 61 FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Lições de Direito Penal*, v. 2, p.482-483.
- 62 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 444.
- 63 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 585.
- 64 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 448.
- 65 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.039.
- 66 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 594.

- 67 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 595.
- 68 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*, p. 382-383.
- 69 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.045.
- 70 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 505-506.
- 71 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 329.
- 72 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 327.
- 73 JESUS, Damásio E. de. *Conceito penal de funcionário público estrangeiro por equiparação*. Disponível em: <http://cjdj.damasio.com.br/?page_name=art_015_2002&category_id=34>. Acesso em: 12 nov. 2010.
- 74 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 244.
- 75 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 461.
- 76 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.056.
- 77 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 621.
- 78 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 505.
- 79 CUNHA, Sanches Rogério. *Manual de direito penal – parte especial*, volume único, p. 895.
- 80 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 375.
- 81 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 641.
- 82 GALVÃO, Fernando. *Direito penal – crimes contra a administração pública*, p. 447.
- 83 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 475.
- 84 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 659-660.
- 85 HC 81951-SP, 1ª Turma, Rel.^a Ministra Ellen Grace, publicado no *DJ* em 30/4/2004.
- 86 TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*, v. 3, p. 890.
- 87 BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 97.
- 88 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.075.
- 89 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 477.
- 90 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 392.
- 91 SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Código penal interpretado*, p. 956.
- 92 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 501.
- 93 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 510.
- 94 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 535.
- 95 CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma penal de 2009 e a convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 31.
- 96 MARCÃO, Renato. *Lei no 12.012, de 6 de agosto de 2009: ingresso de aparelho de telefonia celular em estabelecimento penal*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/41374>. Acesso em: 18 ago. 2009.
- 97 CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma penal de 2009 e a convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 32.
- 98 STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 2, p. 36.
- 99 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 518.
- 100 A prisão em virtude de sentença penal condenatória recorrível e a prisão em virtude de sentença de pronúncia, que também se encontravam no rol das prisões de natureza cautelar, foram revogadas, respectivamente, pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, e pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.
- 101 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 521.
- 102 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.093.
- 103 TELLES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 3, p. 539.
- 104 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 429.
- 105 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 429.
- 106 FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 554.
- 107 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 528.
- 108 JESUS, Damásio. E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 340.
- 109 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 82.
- 110 Art. 22. São modalidades de licitação: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso; V – leilão.
- 111 Hoje, reconhecido pelo Código Civil como poder familiar.
- 112 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*, p. 2.651.
- 113 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*, v.4, p. 607.
- 114 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 41.
- 115 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.106.
- 116 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 46.
- 117 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 52-53.
- 118 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 55.

Disposições Finais

Art. 360. Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário.

Art. 361. Este Código entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República.

GETÚLIO VARGAS

Francisco Campos

Obras Citadas e Pesquisadas

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2006.
- ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- AMARAL, Cláudio do Prado. Princípios penais – Da legalidade à culpabilidade. *Revista do IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, 2003.
- AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- AMISY NETO, Abrão. *Estupro, estupro de vulnerável e ação penal*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13404>>. Acesso em: 30 ago. 2009.
- ANDRADE, Eloberg Bezerra. Coexistência de princípios constitucionais: direito à vida e liberdade de crença religiosa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 42, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/26029/16326>>. Acesso em: 14 mar. 2015.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale – Parte generale*. Milano: Giuffrè, 1955.
- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. São Paulo: Freitas Bastos, 1955.
- ARAÚJO, Gustavo Garcia. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*. Belo Horizonte, n. 31, nov. 2002.
- ARRAIS, Gerson Santana. *Homicídio simples praticado a partir de atividade de extermínio considerado como hediondo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14711/homicidio-simples-praticado-a-partir-de-atividade-de-extermínio-considerado-como-hediondo#ixzz27t0tXHHg>>. Acesso em: 29 set. 2012.
- ARÚS, Francisco Bueno. *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Navarra: Aranzadi, 2005.
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito*: Resolução n. 433/2008 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, p. 34. Disponível em: <<http://www.marcelofreixo.com.br/site/upload/relatoriofinalportugues.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2012.
- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.
- BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Astrea, 1974.
- _____. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1994.
- _____. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969. v. V.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BARBOSA, Aldeleine Melhor e outros. *Curso de direito penal – parte especial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. v. 2.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I.
- BARROS, Francisco Dirceu. *Código penal – Parte geral*. Niterói: Impetus, 2004.
- _____. *Crimes contra a dignidade sexual para concursos*. São Paulo: Campus, 2010.
- _____. *Direito penal – Parte especial*. Rio de Janeiro: Campus, 2007. v. I.
- _____. *Feminicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em: <<http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 14 mar. 2015.
- _____. *Os agentes passivos do homicídio funcional*: Lei n. 13.142/2015. A controvérsia da terminologia autoridade e o filho adotivo como agente passivo do homicídio funcional. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41302/os-agentes-passivos-do-homicidio-funcional-lei-n-13-142-2015>>. Acesso

em: 5 ago. 2015.

- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- _____. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BEJERANO GUERRA, Fernando. John Howard: inicio y bases de la reforma penitenciaria. In: VALDÉS, García (Dir.). *Historia de la prisión*: teorías economicistas: critica. Madrid: Edisofer, 1997.
- BERENGUER, Enrique Orts. *Comentários al código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. v. I.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BETANHO, Luiz Carlos. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000.
- _____. *Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. I.
- BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BÍBLIA DE ESTUDOS GENEbra. São Paulo: Cultura Cristã, 1999.
- BÍBLIA SAGRADA. *Nova tradução na linguagem de hoje*. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2001.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos--penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____; FERNANDES LIMA, Walberto. *Comentários à lei de tortura – Aspectos penais e processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Assédio sexual: contribuição jurídico-normativa da globalização. In: *Assédio sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Erro jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Lições de direito penal – Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- _____. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I.
- _____. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II.
- _____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III.
- _____. *Tratado de direito penal – parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. IV.
- _____. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. PRADO, Luiz Regis. *Código penal anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de drogas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1982.
- BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría e participación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BRAGA, Vera Regina de Almeida. *Pena de multa substitutiva no concurso de crimes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BRANQUINHO, Wesley Marques. *O novo divórcio – Emenda Constitucional n. 66*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16997/o-novo-divorcio-emenda-constitucional-n-66>>.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Especializada. *Regulação médica das urgências*. Brasília: Ed. do Ministério da Saúde, 2006. Módulo II (Série A. Normas e Manuais Técnicos).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário: dispositivo da lei de contravenções penais é incompatível com a Constituição. Notícias STF, Brasília, 3 out. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=25005>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha. *Notícias do STF*, 9 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?...>>.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho com redução do homem a condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes>>.
- BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- _____. *Direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- _____. *Direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. II.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte especial 1*. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1999. v. II.
- _____. *Leciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997. v. I.
- _____. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *A Lei n. 11.923/09 e o famigerado sequestro-relâmpago*. – Afinal, que raio de crime é esse? Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12760>>. Acesso em: 29 ago. 2009.
- _____. *Homicídio e lesões corporais de agentes de segurança pública e forças armadas: alterações da Lei 13.142/15*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40830/homicidio-e-lesoes-corporais-de-agentes-de-seguranca-publica-e-forcas-armadas-alteracoes-da-lei-13-142-15>>. Acesso em: 5 ago. 2015.
- CABRAL NETTO, Joaquim. *Instituições de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CALDERÓN, Ángel; CHOCLÁN, José Antonio. *Derecho penal – Parte especial*. 2. ed. Madrid: Bosch, 2001, v. II.
- CALHAU, Lélio Braga. *Desacato*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- _____. *Vítima e direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CALLEGARI, André Luis. *Imputação objetiva – Lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- CAMARGO, A. L. Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.
- CAPARRÓS, José E. Sáinz-Cantero. *La codelinquencia en los delitos imprudentes en el código penal de 1995*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- CAPEZ, Fernando. *Arma de fogo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

- _____. *Curso de direito penal* – Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Curso de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- _____. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
- CARMONA SALGADO, C.; GONZÁLEZ RUS, J. J.; MORILLAS CUEVA, L.; POLAINO NAVARRETE, M. *Manual de derecho penal* – Parte especial. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América/Bosch, 1950. v. II.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal* – Parte geral. Campinas: LZN, 2002. v. 2.
- _____. *Programa de derecho criminal* – Parte especial. Bogotá: Temis, 1973. v. 1-2.
- _____. *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Temis, 1991. v. VI.
- _____. *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Temis, 1988. v. III.
- CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IV.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias* – Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- _____; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Tráfico de pessoas*: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, Ministério da Justiça, 2007.
- CASTILLO JIMENEZ, Cinta. *Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información*. 2001. Huelva: Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. v. 1: Derecho y conocimiento.
- CASTRO, Viveiros de. *A nova escola penal*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1913.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.971/2014*, que alterou o Código de Trânsito Brasileiro. 2014. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/comentarios-lei-129712014-que-alterou-o.html>>. Acesso em: 19 mai. 2014.
- CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL. *Cartilha de segurança*. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/malware/>>. Acesso em: 10 dez. 2012.
- CEREZO, Ángel Calderón; MONTALVO, José Antonio Choclán. *Derecho penal*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2001. t. II.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español* – Parte general. Madrid: Tecnos, 2001. v. II e III.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 (Tradução da 2. ed. espanhola).
- CHAMPLIN, Russell Norman; BENTES, João Marques. *Enciclopédia de bíblia, teologia e filosofia*. São Paulo: Candeia, 1997. v. 6.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal* – Parte general. Velencia: Tirant lo Blanch, 1999.

- COÊLHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*. São Paulo: Atlas, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Artigo Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/assuntos-fundiarios-trabalho-escravo-e-trafico-de-pessoas/trafico-de-pessoas>>. Acesso em: 09 out. 2016.
- CONTRERAS, Guillermo Portilla. *La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal – La defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales (Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo – El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt)*. Cuenca: Editiones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- COPELLO, Patricia Laurenzo. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- CORDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Ariel, 1989.
- CORRAL, José Luis. *Historia de la pena de muerte*. Madrid: Aguilar, 2005.
- COSTAJÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I.
_____. *Agressões à intimidade – O episódio Lady Dy*. São Paulo: Malheiros, 1997.
_____. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. vol. 1, 2 e 3.
_____. *Direito penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
_____. *Nexo causal*. São Paulo: Malheiros, 1996.
_____. *O crime aberrante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- COSTA, Marco Aurélio Rodrigues da. *Crimes de informática*. Jus Navegandi, Teresina, ano 1, n. 12, mai. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1826>>. Acesso em: 20 jan. 2009.
- COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CHAMPLIN, Russell Norman; BENTES, João Marques. *Enciclopédia de bíblia, teologia e filosofia*. São Paulo: Candeia, 1997. v. 6.
- CUERDA RIEZU, Antonio. *El legislador y el derecho penal (una orientación a los orígenes)*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991.
- CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de La. *Tipicidad e imputación objetiva*. Argentina: Cuyo, 1998.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2008.
_____. *Manual de direito penal – Parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2013.
_____. *Manual de direito penal – parte especial, volume único*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
_____. *Lei 13.330/16: breves comentários*. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/lei-1333016-breves-comentarios>>. Acesso em: 19 out. 2016.
_____. *Nova Lei 13.142/15: breves comentários*. Disponível em: <<http://www.portalcarreirajuridica.com.br/noticias/nova-lei-13-142-15-breves-comentarios-por-rogerio-sanches-cunha>>. Acesso em: 5 ago. 2015.
_____. PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado – Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n. 12.850/2013*, Salvador: Juspodivm, 2013.
- _____. PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O que é um princípio*. GRAU, Eros Roberto (Coord.). In: *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal – Parte general*. Santiago: Jurídica de Chile, 1992.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. *A tradição do pendura*. Disponível em: <<http://>

www.novomilenio.inf.br/festas/pendura.htm>.

- DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.
- DEL-CAMPO, Eduardo Roberto. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Derechos fundamentales y protección de datos*. Madrid: Dykinson, 2004.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.
- _____ ; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- DIAS, Maria Berenice. *O fim da separação judicial – Um novo recomeço*. Disponível em: <<http://www.mariaberencice.com.br>>.
- DÍAZ, Gerardo Landrove. *La moderna victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008. t. I: Fundamentos – Teoría de la ley penal.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- DOUGLAS, William; CALHAU, Lélio Braga; KRYMCHANTOWSKY, Abouch V. DUQUE, Flávio Granado. *Medicina legal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. *Aspectos concernentes à responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Disponível em: <<http://www.netflash.com.br/justicavirtual>>.
- EMILIO SARRULE, Oscar. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal* (Abolicionismo ou justificación). Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción al derecho penal*. San Vicente del Raspeig: Universidad de Alicante, 2002.
- ESTEFAM, André. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.
- _____. *Crimes sexuais – Comentários à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FALCÓN Y TELLA, María José. FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FALEIROS, Eva T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. Renata Maria Coimbra Libório e Sônia M. Gomes Sousa (Orgs.). Casa do Psicólogo. Editora da ACG, 2004.
- FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro* (comentado). Rio de Janeiro: Record, 1961. v. V e VI.
- FÁVERO, Flamínio. *Medicina legal*. São Paulo: Martins, 1980. v. 1-2.
- FERNANDES GOMES, Abel; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.
- FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2001.
- _____. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2000

(Série de Teoria Jurídica y Filosofia del Derecho, n. 15).

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A codelinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FERREIRADACOSTA, Elder Lisbôa. *Curso de direito criminal – Parte geral*. Belém: Unama, 2007.

_____. *Direito criminal constitucional – uma visão sociológica e humanista*. Parte geral. Belém: Editora Paka-Tatu, 2012.

_____. *Compêndio teórico e prático do tribunal do júri*. Campinas: Jurídica Mizuno, 2004.

FERREIRA, Fernando José Araújo. Processo seletivo vestibular nas universidades e faculdades particulares e a nova LDB (Lei n. 9.394/96). *Revista Eletrônica PRPE*, out. 2003.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de direito penal – Parte geral*, 1992.

FERRI, Enrico jurista. *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Bologna: Zanichelli, 1881.

FEU ROSA, Antônio José Miguel. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FEUERBACH, Johann Paul Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemaior. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIERRO, Guillermo Julio. *Ley penal y derecho internacional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge e ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FLETCHER, George P. *Las victimas ante el jurado*. Valencia Tirant lo Blanch, 1997.

FONSECA NETO, Alcides da. *O crime continuado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1953.

_____. *Misión de garantía del derecho penal*. Buenos Aires: De Palma, 1950.

_____. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969. v. IV-V.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

FRAGOSO, Héleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: Bushatsky, 1961.

_____. *Lições de direito penal – Parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Lições de direito penal – Parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Crimes omissivos por comissão* (?). Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/11339/10904>>. Acesso em: 3 ago. 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos de medicina legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

_____. *Medicina legal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANCO, Alberto Silva. LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: IBDEF, 2000.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FURLANETO NETO, Mário; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. Crimes na internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional. *Revista CEJ*, Brasília, n. 20, jan./mar. 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio – Primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.pabrostolze.com.br>>.

- GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- _____. *Direito Penal – crimes contra a administração pública*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2015.
- _____. *Direito penal – crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Direito penal – Parte geral*. Niterói: Impetus, 2004.
- _____. *Direito penal – Parte geral*. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- _____. Imputação objetiva nos delitos omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 33, mar. 2001.
- _____. *Noções elementares sobre a teoria do crime*. Viçosa: Imprensa Universitária, 1993.
- _____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____; GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- GALVETE, Javier. *Fragmentos y ensayos: apuntes biográficos sobre John Howard*. Madrid: Librería Naval y Extranjera, 1876.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, t. 1.
- GARCIA ENTERRIA, Eduardo de. *La lengua de los derechos – La información del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Civitas, 2001.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. 4. ed. atual., corr. e aum. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- GAROFALO, Raphaele. *Criminologia*. Lisboa: Clássica, 1916.
- GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- GIRÃO, Rubia Mara Oliveira Castro. *Crime de assédio sexual*. São Paulo: Atlas, 2004.
- Global Report on Trafficking in Persons, 2014, Undoc – United Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf>. Acesso em: 9 out. 2016.
- GOMES, José Jairo. *Teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. *Crimes previdenciários*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Delito de bagatela, princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato*. 18 abr. 2004. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008145549539p&mode=print>. Acesso em: 8 ago. 2011.
- _____. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2, 1993.
- _____. *O princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. BIANCHINI, Alice; CUNHA Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova lei de drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o direito dos tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito Penal – parte geral*, v. 2. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2007.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Verdugo; ZAPATERO, Luis Arroyo; OLIVÉ, Juan Carlos Ferre; PIEDECASAS, José Ramón Serrano; RIVAS, Nicolas García. *Lecciones de derecho penal* – Parte general. 2. ed. Barcelona: Editorial Práxis, 1999.

GONZÁLEZ PARRA, Ricardo. Jeremy Bentham: el utilitarismo y su influencia en la reforma del sistema penitenciario In: VALDÉS, García (Dir.). *Historia de la prisión* – Teorías economicistas: critica. Madrid: Edisofer, 1997.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Control electrónico y sistema penitenciario*. VIII Jornadas penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 1994.

GRANDINETTI, Luiz Gustavo; BATISTA, Nilo; MELLO, Adriana Ramos de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PRADO, Geraldo. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito processual civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 3.

GRECO, Luís. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral, volume 1*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

_____. *Curso de direito penal: parte especial*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. II _____. *Curso de direito penal: parte especial*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. III _____. *Curso de direito penal: parte especial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. IV

_____. *Curso de direito penal: parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015

_____. *Direito penal do equilíbrio* – Uma visão minimalista do direito penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. *Os absurdos da Lei 12.971, de 9 de maio de 2014*. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/786/os-absurdos-da-lei-n-12971-de-9-de-maio-de-2014>>.

_____. *Sistema prisional* – Colapso atual e soluções alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUILLERMO LUCERO, Pablo; ANDRÉS KOHEN, Alejandro. *Delitos informáticos*. Buenos Aires: Ediciones D & D, 2010.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mariluz. *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 1996.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objeção de consciência e direito penal* – Justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HIRECHE, Gamil Föppel El. *Análise criminológica das organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

HOWARD, John. *The state of the prisons in England and Wales*: with preliminary observations, and an account of some foreign prisons. Toscana, 1777.

HULSMAN, Louk; BERNART DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas – O sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. I e II.

_____. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. V.

_____. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII.

_____. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI.

_____. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. VII.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos, coordinado por Santiago A. Bello Paredes, Alfonso Murillo Villar, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM. *Boletim de Jurisprudência* n. 37, jan. 1996.

International Labour Organisation, ‘ILO 2012 Global estimates of forced labour’, jun. 2012 (covering the period 2002-2011).

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Derecho penal – Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madri: Marcial Pons, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Barcelona: Bosch, 1981. v. I.

JESUS, Damásio E. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1 e 2.

_____. *Crimes de porte de arma de fogo e assemelhados*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

_____. *Direito penal* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

_____. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Violência doméstica*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, ago. 2004. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

JIMENEZ, Cinta Castillo. *Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información*. Huelva: Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Derecho y Conocimiento. v. 1.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1964. t. 1.

_____. *Principios de derecho penal – La ley e el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

JORIO, Israel Domingos. *Latrocínio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JÚNIOR, Romeu de Almeida Salles. *Código penal interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996.

LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso sobre las penas*. Cádiz: Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 2001.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Teoria e aplicação da lei penal*. São Paulo: Saraiva, 1981.

LIEBMANN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

- _____. *Legislação criminal especial comentada*. Niterói: Impetus, 2013.
- _____. *Legislação criminal especial comentada*. 4^a ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- LINHARES, Marcello Jardim. *Contravenções penais*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. II.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José. *Intimidad informática y derecho penal: derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- LOPES, Jair Leonardo. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Curso de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo: 1999.
- _____. *Princípio da legalidade penal – Projeções contemporâneas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Como julgar, como defender, como acusar*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.
- LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*. Sevilla: VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucia, Consejería de Gobernación, 1994.
- _____. *Enciclopedia penal básica*. 16. ed. Granada: Comares, 2002.
- LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Compêndio de direito penal – Parte geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. II.
- _____. *Como julgar, como defender, como acusar*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A estrutura jurídica da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1971. v. I.
- _____. *Derecho penal*. 5. ed. Bogotá: Temis, 1971. v. IV.
- _____. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1972. v. II.
- _____. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1972. v. III.
- MANUAL MERCK DE MEDICINA. 16. ed. São Paulo: Roca, 1995.
- Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal*, da Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito – Unodc, Nações Unidas, New York, 2010.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MARCÃO, Renato. *Comentários à lei de imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Curso de execução penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Curso de execução penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. In: _____. *Lei 11.106/2005: novas modificações ao código penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.com.br>>.
- _____. *Lei 11.106/2005 – Novas modificações ao código penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.com.br>>.
- _____. *Lei n. 12.012, de 6 de agosto de 2009: ingresso de aparelho de telefonia celular em estabelecimento penal*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41374>>. Acesso em: 18 ago. 2009.
- _____. *Tóxicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, n. 13, mar. 2001.
- MARQUES, Daniela Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. II.
- _____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Millenium, 1997. v. I e II.
- _____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Millenium, 1999. v. III e IV.
- _____. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: BookSeller, 1997, v. 1.
- MARREY, Adriano; SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTÍNEZ, Olga Sánchez. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004.
- MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado - parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013. v. 1.
- _____. *Direito penal esquematizado - Parte especial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013. v. 2.
- _____. *Direito penal esquematizado – Parte especial*. 3. ed. São Paulo: Gen-Método, 2013. v. 3.
- MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal – Concepto y principios constitucionales*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal – parte general*. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. v. 1.
- _____. ZIPF, Heinz. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994. v. 1.
- MAZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais – Parte especial do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal*. São Paulo: Grupo Editorial Nacional e Editora Método, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. *Manual de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.
- _____. *Teoria elementar do direito criminal*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1990.
- MEZGER, Edmundo. Tratado de derecho penal. Tradução de José Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid, *Revista de derecho privado*, 1946, t. I; 1949, t. II.
- MILLER, Jacques-Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. In: BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. 2. ed. Tomaz Tadeu (Org.). Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – Parte general*. 4. ed. Barcelona, 1996.
- _____. *Direito penal – Fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: IBDEF, 2006.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. I-II.
- _____; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2.
- MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. 3. ed. São Paulo: RT.
- MIRANDA, Nilmário. *A ação dos grupos de extermínio no Brasil*. DHnet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes_nilmariNilma_rio_dossieextermínio.html>. Acesso em: 29 set. 2012.
- MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes contra a previdência social*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Crimes hediondos*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MORAES, Flávio Queiroz de. *Delito de rixa*. São Paulo: Saraiva, 1944.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável – A Lei n. 12.015/99*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=91630>. Acesso em: 27 ago. 2009.
- MORENO CASTILLO, María Asunción. Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria en la evolución del aparato punitivo. In: VALDÉS, García (Dir.). *Historia de la prisión – Teorías economicistas: critica*. Madrid: Edisofer, 1997.
- MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da cocalpabilidade no direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MUNHOZ NETTO, Alcidez. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal – Parte especial*. 14. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- _____. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- _____. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____. *Teoría general del delito*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- _____; BITENCOURT, César Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre o uso de comunicações eletrônicas em contratos internacionais*. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/Traducao_convencao_comunicacoes_Eletronicas.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994.
- NASSIF, Aramis. *O novo júri brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NEUMANN, Ulfrid. *Alternativas al derecho penal – Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo – El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Editiones de la Universidade de Castilla-La Mancha, 2003.
- NOGUEIRA, Ataliba. *Pena sem prisão*. São Paulo: Saraiva, 1956.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Das súmulas vinculantes (Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NOGUEIRA, Sandro D'Amato. *Crimes de informática*. Leme: Editora BH, 2009.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: parte geral*. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1 e 2.
- _____. *Direito penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.
- _____. *Direito penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.
- _____. *Do crime culposo*. São Paulo: Saraiva, 1957.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Organização criminosa – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2013.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *El delito intentado*. Madrid: Colex, 2003.

O GLOBO. *Brasil tem 20 mil trabalhadores em condição análoga à escravidão*. 27 maio 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/05/27/brasil-tem-20-mil-trabalhadores-em-condicao-analog-a-escravidao-924549388.asp>>.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Adonde va el derecho penal*. Madrid: Thomson; Civitas, 2004.

_____. *Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo* (Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo – El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt). Cuenca: Editiones de la Universidade de Castilla-La Mancha, 2003.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2006.

OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro – Aprisão virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ONASSIS, Elena Florencia. *Trata de personas: la esclavitud del siglo XXI*. Córdoba: Lerner Editora, 2011.

ORTEGA, Juan José López. *Intimidad informática y derecho penal*. Derecho a la intimidad y nuevas tecnologias. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2004.

PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PALMA, Maria Fernanda. *Da tentativa possível em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PARMA, Carlos. *Culpabilidad*. Mendoza: Cuyo, 1997.

_____. *La tentativa*. Argentina: Cuyo, 1996.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em história*. Nova Friburgo: Imagem Virtual, 2002.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. IV.

PEREIRA, Jeferson Botelho. *Breves apontamentos sobre a Lei n. 13.104/2015, que cria o crime de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobre-a-lei-n-13-104-2015-que-cria-de-crime-feminicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. *Morte de Policiais – Uma lei que tenta inibir a ação contra o Estado*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40770/morte-de-policiais-uma-lei-que-tenta-inibir-a-acao-contra-o-estado>>.

Acesso em: 5 ago. 2015.

PESSINA, Enrique. *Elementos de derecho penal*. 2. ed. Madrid: Hijos de Reus, editores, 1913.

PESSINI, Léo. *Distanásia: até quando investir sem agredir*. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/411996/dist.htm>>.

PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia – Evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Códigos penais do Brasil – Evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.

_____. *Da tentativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Manual de direito penal brasileiro – Parte especial (arts. 121 a 234)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- PRADO, Geraldo; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro – Parte especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.
- _____; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- QUEIROZ, Narcélio de. *Teoria da “actio libera in causa” e outras teses*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- QUEIROZ, Paulo. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, dez. 2000.
- _____. *Direito penal – Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Direito penal – Parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____; et al. *Curso de direito penal – parte especial*, v. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- QUERALT, Joan J. *Derecho penal español*. Barcelona: Bosch. 1987, v. 2.
- RAMAYANA, Marcos. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *O processo penal e a violência urbana: uma abordagem crítica construtiva à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I.
- _____. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- REYES ECHANDÍA, Afonso. *Antijuridicidad*. Bogotá: Temis, 1997.
- REZENDE, Jorge de. O parto. In: _____ et al. (Coord.). *Obstetrícia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- _____. O puerpério In: _____ et al. (Coord.). *Obstetrícia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- _____. Operação cesariana. In: _____ et al. (Coord.). *Obstetrícia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- _____. Prenhez ectópica. In: REZENDE, Jorge de et al. (Coord.). *Obstetrícia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- _____; MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa; BARCELLOS, José Maria. Abortamento. In: REZENDE, Jorge de et al. (Coord.). *Obstetrícia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- RODRIGUES DA COSTA, Marco Aurélio. Crimes de informática. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 1, n. 12, maio de 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1826>>. Acesso em: 20 jan. 2009.
- RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *A embriaguez e o crime*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- RODRIGUEZ, Laura Zúñiga. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001.
- RODRIGUEZ NUÑEZ, Alicia. *Elementos básicos de investigación criminal*. Disponível em: <http://iugm.es/uploads/txt_iugm/LIBROelementosbasicos_ok.pdf>.
- ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

- ROSSINI, Augusto. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I.
- _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- _____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução e Introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986. (Coleção Veja Universidade.)
- _____. *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- _____; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona: Ariel, 1989.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Código penal interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Inquérito policial e ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *La dogmática de la teoria del deito – Evolución científica del sistema del delito*. 1. reimpr. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- SANMARTÍN, Jose. *Inquérito policial e ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *La violencia y sus claves*. Barcelona: Ariel, 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- _____. *Teoria do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Ensaios críticos sobre direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- SANZO BRODT, Luis Augusto. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SARRULE, Oscar Emilio. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal – Abolicionismo o justificación*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da prescrição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SCHELB, Guilherme. *Segredos da violência – Estratégias para a solução e prevenção de conflitos com crianças e adolescentes*. Brasília: Thesaurus, 2008.
- SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. *Crimes contra a vida*. São Paulo: Memória Jurídica, 2009.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. I, t. I e II.
- _____. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVA JÚNIOR, José. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. II.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Medio siglo de dogmática penal alemana – Un punto de vista iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013 (Cuadernos de Conferencias y artículos, n. 46).
- SILVA, Evandro Lins e. *De Beccaria a Filippo Gramatica: uma visão global da história da pena*. Edição do autor, 1991.

- SILVA, Justino Adriano Farias da. *Direito funerário penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- SILVESTRONI, Mariano H. *Teoria constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- SLAIB FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOARES Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SODRÉ, Moniz. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951. v. II.
- _____. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1976. v. III.
- SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de. *A nova lei antidrogas*. Niterói: Impetus, 2006.
- STOCO, Rui. *Código de trânsito brasileiro – Disposições penais e suas incongruências*. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 5, n. 61, p. 9, dez. 1997.
- _____. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.
- _____. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – Parte general I*. Navarra: Thomson; Civitas, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n. 97, mar. 2005, p. 180.
- SZNICK, Valdir. *Crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 1992.
- TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-American de Cooperação Penal, 1996.
- _____. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número especial de lançamento, São Paulo, 1992.
- _____. *Direito penal da negligência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. *Teorias do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C de. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- TELES, Ney Moura. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.
- _____. *Direito penal*. Parte especial. São Paulo: Atlas, 2004. v. 3.
- _____. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Editora de Direito, 1996. v. I e II.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. I.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. v. II.
- _____. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. III.
- TORRES, Sergio Gabriel. Características y consecuencias del derecho penal de emergencia: la emergencia del miedo. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul; FERRAJOLI, Luigi; BASÍLICO, Ricardo Angel. *La Emergencia del Miedo*. Buenos Aires: Ediar, 2012.

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I.
- _____. *Manual de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. IV.
- _____. *Prática de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Jalovi.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais federais cíveis e criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>>. Acesso em: 15 out. 2016.
- TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: UFMG, 1997.
- _____. *Instituições de direito penal – Parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. t. I.
- _____. *Instituições de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. II.
- _____. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. VI.
- VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VILCHEZ GUERRERO, Hermes. *Do excesso em legítima defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho penal – Parte especial*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1889. t. I.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Peréz. Chile: Jurídica de Chile, 1987.
- _____. *O novo sistema jurídico-penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WESSELS, Johannes. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: De Palma, 1980.
- _____. *Direito penal – Parte geral*. Porto Alegre: Fabris, 1976.
- YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura basica del derecho penal*. 1. reimpr. Buenos Aires: Ediar, 2011.
- _____. *Manual de derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- _____. *Tratado de derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. I, II, III e IV.
- _____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- _____; PIERANGELI, J. Henrique. *Da tentativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____; _____. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Índice Remissivo

A

Abandono de cargo no Código Penal Militar [1](#)

Abandono de função [1](#)

Abandono de incapaz [1](#)

Abandono de serviço eleitoral [1](#)

Abandono intelectual [1](#)

abandono material [1](#)

abandono moral [1](#)

Abandono por um integrante da associação criminosa depois de formada [1](#)

aberratio causae [1, 2](#)

aberratio criminis [1, 2](#)

aberratio delicti [1](#)

aberratio ictus [1](#)

Aberratio ictus com unidade complexa [1](#)

Aberratio ictus com unidade simples [1](#)

Aberratio ictus e dolo eventual [1](#)

abigeato [1](#)

abolitio criminis [1](#)

Abolitio criminis [1](#)

Abolitio criminis e corrupção de menores tipificada pelo art. 218 do Código Penal, anteriormente à modificação trazida pela Lei no 12.015, de 7 de agosto de 2009 [1](#)

Abolitio criminis e princípio da continuidade normativo-típica [1](#)

Abolitio criminis temporalis [1](#)

Abortamento por redução embrionária [1](#)

Aborto [1](#)

Aborto econômico [1](#)

Aborto eugenésico [1](#)
Aborto legal [1](#)
Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento [1](#)
Aborto provocado por terceiro [1](#)
Absorção da contravenção penal de vias de fato [1](#)
Abuso [1](#)
abuso de autoridade [1](#)
Abuso de autoridade, na modalidade violação de domicílio [1](#)
Abuso de confiança [1](#)
Abuso de incapazes [1](#)
Abuso de pessoa no Código Penal Militar [1](#)
abuso de poder [1](#)
Abuso na prática da aviação [1](#)
Ação de improbidade administrativa [1](#)
Ação Penal [1](#)
Ação penal de iniciativa privada personalíssima [1](#)
Ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública [1](#)
Ação penal no crime complexo [1](#)
Aceleração de parto [1](#)
Actio libera in causa [1](#)
Adequação típica [1](#)
adoção ilegal [1](#)
Adulteração de sinal identificador de veículo automotor [1](#)
Advertência sobre o crime de desobediência [1](#)
Advocacia administrativa [1](#)
Advocacia administrativa da Lei de Licitações [1](#)
Advogado [1, 2](#)
Advogado e excesso verbal [1](#)
Advogado e segredo profissional [1](#)
Advogado que se recusa a prestar informações sobre fatos que importarão em prejuízo para seu cliente [1](#)
Afirmação de fato falso irrelevante [1](#)
Agente que constrange a vítima, com a finalidade de praticar atos libidinosos, sem que tenha conhecimento de que se amolda a uma das situações previstas no caput, bem como no § 1º do art. 217-A [1](#)
Agente que é o titular da função, mas que se encontra temporariamente suspenso por decisão judicial [1](#)
Agente que é surpreendido depois da prática dos atos de constrangimento, mas ainda sem se encontrar em estado de ereção peniana [1](#)
Agente que falsifica os papéis [1](#)
Agente que finge ser funcionário sem praticar, efetivamente, qualquer ato [1](#)
Agente que, mesmo usando preservativo, engravidou ou transmite doença sexualmente transmissível à vítima [1](#)
Agente que silencia com relação à sua identidade ou não nega a falsa identidade a ele atribuída [1](#)
Agente que viola sepultura com o fim de subtrair pertences enterrados com o morto [1](#)
Agentes não identificados [1](#)
Agraviação pelo resultado [1](#)

Agressão a mulher sabidamente grávida [1](#)
Agressão a vítima em zonas sexuais, com o fim de humilhá-la [1](#)
Algolagnia [1](#)
Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional [1](#)
Aliciamento para o fim de emigração [1](#)
Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria [1](#)
Alteração de limites [1](#)
Alteração de limites, usurpação de águas e invasão de propriedade (esbulho possessório) no Código Penal Militar [1](#)
Alteração de local especialmente protegido [1](#)
Alteração de placa de identificação do veículo com fita adesiva [1](#)
Alternatividade entre reclusão e detenção [1](#)
ameaça [1](#)
Ameaça de mal futuro [1](#)
Ameaça e Lei Maria da Penha [1](#)
Ameaça e palavra da vítima [1](#)
Ameaça no Código de Defesa do Consumidor [1](#)
Ameaça no Código Penal Militar [1](#)
Ameaça proferida em estado de embriaguez [1](#)
Ameaça proferida em estado de ira ou cólera [1](#)
Ameaça reflexa [1](#)
Ameaça supersticiosa [1](#)
Amotinamento no Código Penal Militar [1](#)
Anafrodisía [1](#)
Anencefalia [1](#)
animais [1](#)
Animal sem qualquer marcação [1](#)
animus rem sibi habendi [1](#)
anistia [1](#)
anistia comum [1](#)
anistia especial [1](#)
anistia restrita [1](#)
Antecedentes [1](#)
Anterioridade da lei [1](#)
antijuridicidade [1](#)
A opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar [1](#)
aparelho telefônico de comunicação móvel [1](#)
Aplicação da lex mitior durante o período de vacatio legis [1](#)
Aplicação da pena [1](#)
Aplicação da pena no concurso de crimes [1](#)
Aplicação do art. 9º da Lei no 8.072/1990 aos fatos ocorridos anteriormente à Lei no 12.015, de 7 de agosto de 2009 [1](#)
Aplicação ilegal de verba ou dinheiro no Código Penal Militar [1](#)

Aplicação retroativa do art. 217-A [1](#)

Apologia ao crime e “Marcha da maconha” [1](#)

Apologia de crime e Lei de Segurança Nacional [1](#)

Apologia de crime ou criminoso [1](#)

Apologia de mais de um fato criminoso ou de mais de um autor de crime [1](#)

Aposição, supressão ou alteração de marca no Código Penal Militar [1](#)

Apresentação do documento pelo agente [1](#)

Apropriação de coisa achada [1](#)

Apropriação de coisa achada e estelionato [1](#)

Apropriação de coisa havida acidentalmente, apropriação de coisa achada no Código Penal Militar [1](#)

Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza [1](#)

Apropriação de tesouro [1](#)

Apropriação indébita [1](#)

Apropriação indébita de uso [1](#)

Apropriação indébita e Sistema Financeiro Nacional [1](#)

Apropriação indébita no Código Penal Militar [1](#)

Apropriação indébita no Estatuto do Idoso [1](#)

Apropriação indébita por procurador legalmente constituído [1](#)

Apropriação indébita previdenciária [1](#)

Armas químicas [1](#)

Arrebatamento de preso [1](#)

Arrebatamento de preso ou internado no Código Penal Militar [1](#)

Arremesso de artefato explosivo em direção a torcedores em estádio de futebol [1](#)

Arremesso de projétil [1](#)

Arremesso de projétil no Código Penal Militar [1](#)

Arrependimento do partícipe [1](#)

arrependimento eficaz [1](#)

Arrependimento eficaz [1](#)

Arrependimento posterior [1, 2](#)

Arrependimento posterior e crime culposo [1](#)

Arrependimento posterior e crimes não patrimoniais [1](#)

asfixia [1](#)

Assédio sexual [1](#)

associação criminosa [1](#)

Associação para o tráfico ilícito de drogas [1](#)

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura [1](#)

Atendimento humanizado às vitimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS) [1](#)

Atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual [1, 2, 3](#)

Atentado contra a liberdade de associação [1](#)

Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta [1](#)

Atentado contra a liberdade de trabalho [1](#)

Atentado contra a segurança de outro meio de transporte [1](#)

Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública [1](#)

Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública por motivação política e Lei de Segurança Nacional [1](#)

Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo [1](#)

Atentado contra instalação nuclear [1](#)

Atentado contra serviço de utilidade militar no Código Penal Militar [1](#)

Atentado contra transporte no Código Penal Militar [1](#)

Atentado contra viatura ou outro meio de transporte no Código Penal Militar [1](#)

Atentado violento ao pudor e abolitio criminis [1](#)

Atipicidade no que diz respeito à conduta de dar a vantagem solicitada pelo funcionário público [1](#)

Ato infracional [1](#)

Ato obsceno [1](#)

À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido [1](#)

Atualidade e iminência da agressão [1](#)

Audiência admonitória [1](#)

Audiência de justificação [1](#)

Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura [1](#)

aumento do risco permitido [1](#)

Ausência de conduta [1](#)

Ausência de dolo [1](#)

Ausência de motivo [1](#)

autoaborto [1](#)

Autoacusação falsa [1](#)

Autoacusação falsa no Código Penal Militar [1](#)

Autodefesa em inquérito ou processo judicial [1](#)

Auto de resistência e homicídio decorrente de intervenção policial [1](#)

Autor de determinação [1](#)

autoria colateral [1](#)

Autoria de escritório [1](#)

autoria desconhecida [1](#)

Autoria direta [1](#)

autoria incerta [1](#)

autoria indireta [1](#)

Autoria mediata [1](#)

Autoria mediata e crimes de mão própria [1](#)

Autoria mediata e crimes próprios [1](#)

Autoria por convicção [1](#)

autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública [1](#)

Autor intelectual [1](#)

B

Beijo lascivo [1](#)

Bens amparados pela legítima defesa [1](#)

Bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista [1](#)

Bestialidade ou zoofilia [1](#)

Bigamia [1](#)

Bis in idem [1](#)

C

Cálculo da pena [1](#)

Calendário gregoriano [1](#)

Calúnia [1](#)

Calúnia contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do STF [1](#)

Calúnia contra os mortos [1](#)

Calúnia, difamação e injúria praticadas contra funcionário público, em razão de suas funções [1](#)

Calúnia, difamação e injúria praticadas contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro [1](#)

Calúnia implícita ou equívoca e reflexa [1](#)

Calúnia no Código Eleitoral [1](#)

Calúnia no Código Penal Militar [1](#)

Calúnia proferida no calor de uma discussão [1](#)

Casa de prostituição [1](#)

Casa vazia ou desabitada e casa habitada, com ausência momentânea do morador [1](#)

Caso do jato executivo Legacy [1](#)

Casos de impunibilidade [1](#)

Causas impeditivas da prescrição [1](#)

Causas interruptivas da prescrição [1](#)

Causas suspensivas da prescrição [1](#)

Certidão de óbito falsa [1](#)

Certidão ou atestado ideologicamente falso [1](#)

Certidão ou atestado ideologicamente falso no Código Penal Militar [1](#)

Charlatanismo [1](#)

Cheque sem fundos [1](#)

Circulação de moeda falsa [1](#)

Circunstância atenuante inominada [1](#)

Circunstâncias [1, 2, 3](#)

Circunstâncias incomunicáveis [1](#)

circunstâncias judiciais [1](#)

Circunstâncias judiciais [1](#)

Ciúmes e motivo fútil [1](#)

Ciúmes e motivo torpe [1](#)

Classificação dos tipos penais [1](#)

Cleptomania [1](#)

Coação irresistível [1, 2](#)

Coação irresistível praticada por mulher [1](#)

Coação no Código Penal Militar [1](#)

Coação no curso do processo [1](#)

Coação resistível [1](#)

[Coautoria](#) [1](#)

[Coautoria e crimes próprios](#) [1](#)

[Coautoria em crimes de mão própria](#) [1](#)

[Coautoria em crimes omissivos](#) [1](#)

[Coautoria em delitos culposos](#) [1](#)

[Coautoria em homicídio culposo](#) [1](#)

[Coautoria sucessiva](#) [1](#)

[Coculpabilidade](#) [1](#)

[Código de Trânsito Brasileiro](#) [1](#)

[Código Eleitoral](#) [1](#)

[Código Penal Militar](#) [1](#)

[Coisa julgada e justiça militar](#) [1](#)

[Colaboração premiada](#) [1, 2](#)

[Cola eletrônica](#) [1, 2](#)

[Combinação de leis](#) [1](#)

[comércio carnal](#) [1](#)

[Compensação e concorrência de culpas](#) [1](#)

[competência ou capacidade da vítima](#) [1](#)

[Competência para a aplicação da lex mitior](#) [1](#)

[Competência para a execução da pena de multa](#) [1](#)

[Competência para homologação da sentença estrangeira](#) [1](#)

[Competência para julgamento da falsificação quando se tratar de Caderneta de Inscrição e Registro \(CIR\) ou de Carteira de Habilitação de Arrais-Amador \(CHA\), ambas expedidas pela Marinha do Brasil](#) [1](#)

[Competência para julgamento do delito de uso de passaporte falso](#) [1](#)

[Competência para julgamento do homicídio doloso](#) [1](#)

[Competência para julgamento do uso de documento falso quando se tratar de Caderneta de Inscrição e Registro \(CIR\) ou de Carteira de Habilitação de Arrais-Amador \(CHA\), ambas expedidas pela Marinha do Brasil](#) [1](#)

[Comportamento da vítima](#) [1](#)

[Compra de produtos falsos em banca de camelô](#) [1](#)

[Compromisso de dizer a verdade](#) [1](#)

[Comunicação falsa de crime com finalidade de fraudar o seguro](#) [1](#)

[Comunicação falsa de crime no Código Penal Militar](#) [1](#)

[Comunicação falsa de crime ou de contravenção](#) [1](#)

[Conceito analítico de crime](#) [1](#)

[Conceito de ação](#) [1](#)

[Conceito de ação – causal, final e social](#) [1](#)

[Conceito de crime](#) [1](#)

[Conceito de erro](#) [1](#)

[Conceito extensivo de autor](#) [1](#)

[Conceito legal de casa](#) [1](#)

[Conceito restritivo de autor](#) [1](#)

[Conceitos formal e material de crime](#) [1](#)

[Concurso de Agentes](#) [1](#)

Concurso de agravantes e atenuantes [1](#)
Concurso de crimes [1, 2](#)
Concurso de infrações [1](#)
Concurso de pessoas [1, 2](#)
Concurso de pessoas como qualificadora ou majorante de outro crime [1](#)
Concurso de pessoas no crime de falso testemunho [1](#)
Concurso de pessoas no delito de aborto [1](#)
Concurso entre o constrangimento e o estupro de vulnerável [1](#)
Concurso entre os crimes de moeda falsa e petrechos para falsificação de moeda [1](#)
Concurso entre rufianismo e favorecimento da prostituição [1](#)
Concurso eventual de pessoas e associação criminosa [1](#)
concurso formal [1, 2](#)
Concurso formal homogêneo e heterogêneo [1](#)
concurso formal impróprio ou imperfeito [1](#)
concurso formal próprio ou perfeito [1](#)
concurso material [1](#)
concurso material benéfico [1](#)
Concurso material benéfico [1, 2, 3](#)
Concurso material e continuidade delitiva [1](#)
concurso material heterogêneo [1](#)
concurso material homogêneo [1](#)
Concurso público [1](#)
Concussão [1](#)
Concussão, excesso de exação e desvio no Código Penal Militar [1](#)
Concussão praticada por jurados [1](#)
Condescendência criminosa [1](#)
Condescendência criminosa no Código Penal Militar [1](#)
Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial [1](#)
Condições da ação [1](#)
Condições para o cumprimento do livramento condicional [1](#)
Condições sursitárias [1](#)
Conduta [1](#)
Conduta praticada por pessoa jurídica [1](#)
Conduta social [1](#)
Confissão qualificada [1](#)
Conflito aparente de normas [1](#)
Conflito de leis penais no tempo [1](#)
Conhecimento prévio de impedimento [1](#)
Conjunção carnal e prática conjunta de outros atos libidinosos [1](#)
Consciência profana do injusto [1](#)
Consciência real e consciência potencial sobre a ilicitude do fato [1](#)
Conselho Penitenciário [1](#)

Consentimento da(o) ofendida(o) [1](#)
consentimento da pessoa [1](#)
Consentimento do ofendido [1, 2, 3, 4, 5, 6, 7](#)
Consequências do crime [1](#)
Consequências do erro de tipo [1](#)
Consolidação das Leis do Trabalho [1](#)
Constituição de Milícia Privada [1](#)
Constrangimento exercido para impedir a prática de um crime [1](#)
Constrangimento ilegal [1](#)
Constrangimento ilegal e Estatuto do Idoso [1](#)
Constrangimento ilegal no Código de Defesa do Consumidor [1](#)
Constrangimento ilegal no Código Penal Militar [1](#)
Consumação [1](#)
Contagem do prazo decadencial [1](#)
Contexto da injúria [1](#)
contrabando [1](#)
Contrabando [1](#)
contrabando de migrantes [1](#)
contrabando impróprio [1](#)
Contratação de operação de crédito [1](#)
Contravenção penal de emissão de fumaça, vapor ou gás [1](#)
Contribuição de funcionário público para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado [1](#)
Conversão das penas restritivas de direitos [1](#)
Correspondência comercial [1](#)
Corrupção ativa [1](#)
Corrupção ativa desportiva [1](#)
Corrupção ativa de testemunha, perito ou intérprete no Código Penal Militar [1](#)
Corrupção ativa e Código Eleitoral [1](#)
Corrupção ativa em transação comercial internacional [1, 2](#)
Corrupção ativa no Código Penal Militar [1](#)
corrupção de menores [1, 2](#)
Corrupção de menores [1](#)
Corrupção de menores no Código Penal Militar [1](#)
Corrupção de menores no estatuto da criança e do adolescente (Lei no 8.069/1990) [1](#)
Corrupção ou poluição de água potável [1](#)
Corrupção passiva [1](#)
Corrupção passiva desportiva [1](#)
Corrupção passiva no Código Penal Militar [1](#)
Corrupção passiva praticada por jurados [1](#)
criação de um risco juridicamente relevante [1](#)
criança [1](#)
crime acessório [1](#)
Crime a prazo [1](#)

Crime complexo [1](#)

Crime comum [1](#)

Crime consumado [1](#)

crime continuado [1, 2](#)

Crime continuado [1](#)

Crime Continuado [1](#)

Crime continuado e novatio legis in pejus [1](#)

Crime continuado e reiteração criminosa [1](#)

crime continuado qualificado [1](#)

crime continuado simples [1](#)

Crime contra a economia popular [1, 2](#)

Crime contra a ordem tributária [1](#)

crime culposo [1, 2](#)

Crime culposo [1](#)

Crime culposo e tipo aberto [1](#)

Crime de bagatela [1](#)

Crime de dano [1](#)

Crime de ímpeto [1](#)

Crime de mão própria [1](#)

Crime de mera conduta [1](#)

Crime de perigo [1](#)

Crime doloso [1, 2](#)

Crime eleitoral [1](#)

Crime exaurido [1](#)

Crime falho [1](#)

Crime formal [1](#)

Crime funcional contra a ordem tributária [1](#)

Crime habitual [1](#)

Crime hediondo [1](#)

Crime impossível [1, 2, 3, 4, 5](#)

Crime impossível e impotência coeundi [1](#)

Crime instantâneo [1](#)

Crime instantâneo de efeitos permanentes [1](#)

Crime material [1](#)

Crime multitudinário [1](#)

Crime passional [1](#)

Crime permanente [1](#)

Crime político [1](#)

Crime preterdoloso [1](#)

Crime principal [1](#)

Crime progressivo [1](#)

Crime próprio [1](#)

Crime putativo [1](#)

[Crimes aberrantes](#) [1, 2](#)

[Crimes à distância, crimes plurilocais](#) [1](#)

[Crimes ambientais](#) [1](#)

[Crimes assimilados ao de moeda falsa](#) [1](#)

[Crimes comissivos](#) [1](#)

[Crimes condicionados](#) [1](#)

[Crimes conexos](#) [1, 2](#)

[Crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado](#) [1](#)

[Crimes de acumulação](#) [1](#)

[Crimes de atentado ou de empreendimento](#) [1](#)

[crimes de dano cumulativo](#) [1](#)

[Crimes de ensaio ou de experiência \(flagrante preparado ou provocado\)](#) [1](#)

[Crimes de forma livre](#) [1](#)

[crimes de forma vinculada](#) [1](#)

[Crimes de opinião](#) [1](#)

[Crimes de responsabilidade](#) [1](#)

[Crimes de responsabilidade do Prefeito Municipal](#) [1](#)

[Crimes de responsabilidade do Presidente da República](#) [1](#)

[crimes de subjetividade passiva dupla](#) [1](#)

[Crimes de subjetividade passiva única](#) [1](#)

[Crimes de trânsito](#) [1](#)

[Crimes emergentes](#) [1](#)

[crimes em trânsito](#) [1](#)

[Crimes falimentares](#) [1](#)

[Crimes funcionais](#) [1](#)

[crimes funcionais impróprios](#) [1](#)

[crimes funcionais próprios](#) [1](#)

[Crimes hediondos](#) [1](#)

[Crime simples](#) [1](#)

[crimes incondicionados](#) [1](#)

[Crimes internacionais](#) [1](#)

[Crimes militares próprios e impróprios](#) [1](#)

[Crimes monossubjetivos](#) [1](#)

[crimes não transeuntes](#) [1](#)

[crimes omissivos](#) [1](#)

[Crimes omissivos impróprios, comissivos por omissão ou omissivos qualificados](#) [1](#)

[Crimes omissivos por comissão](#) [1](#)

[Crimes omissivos próprios, puros ou simples](#) [1](#)

[Crimes permanentes e continuados](#) [1](#)

[crimes pluriofensivos](#) [1](#)

[crimes plurissubjetivos](#) [1](#)

[crimes preterdolosos](#) [1](#)

[Crimes privilegiados](#) [1](#)

[Crimes qualificados](#) [1](#)

[Crimes qualificados pelo resultado](#) [1](#), [2](#)

[Crimes remetidos](#) [1](#)

[Crimes societários](#) [1](#)

[Crimes subsidiários](#) [1](#)

[Crimes transeuntes](#) [1](#)

[Crimes uniofensivos](#) [1](#)

[Crimes unissubsistente \(ou monossubsistente\) e crimes plurissubsistente](#) [1](#)

[Crimes vagos](#) [1](#)

[crime tentado](#) [1](#), [2](#)

[Crime único](#) [1](#)

[Croprolagnia](#) [1](#)

[Culpabilidade](#) [1](#), [2](#)

[culpa consciente](#) [1](#)

[Culpa imprópria](#) [1](#)

[culpa inconsciente](#) [1](#)

[Culpa presumida](#) [1](#)

[Cumplicidade necessária](#) [1](#)

[Cumulação da sanção penal por desobediência com sanção de natureza administrativa](#) [1](#)

[Curador](#) [1](#)

[Curandeirismo](#) [1](#)

D

dano [1](#)

Dano [1](#)

Dano culposo [1](#)

Dano e Lei de Segurança Nacional [1](#)

Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico [1](#)

Dano no Código Penal Militar [1](#)

Dano praticado por meio de desabamento ou desmoronamento [1](#)

dano qualificado [1](#)

Dano qualificado e princípio da insignificância [1](#)

Debilidade permanente de membro, sentido ou função [1](#)

Decadência [1, 2](#)

declaração de ausência [1](#)

Declaração de extinção da punibilidade [1](#)

Declaração de nascimento inexistente [1](#)

Declaração de pobreza [1](#)

Declaração falsa para efeitos de instrução de pedido de remição [1](#)

Defesa de direito próprio ou de terceiro [1](#)

deficiência [1](#)

deficiência mental [1](#)

Deflagração perigosa, queima de fogos e soltura de balões acesos [1](#)

Deformidade permanente [1](#)

Defraudação de penhor [1](#)

Delação premiada [1, 2](#)

Delação premiada e Lei no 11.343/06 [1](#)

Delito de intenção [1](#)

Delito putativo por erro de tipo [1](#)

Delito subsidiário [1](#)

Denunciação caluniosa [1](#)

Denunciação caluniosa contra mortos [1](#)

Denunciação caluniosa e organização criminosa [1](#)

Denunciação caluniosa no Código Penal Militar [1](#)

Denunciação de crime cuja punibilidade já se encontrava extinta [1](#)

dependência econômica [1](#)

Depositário judicial [1](#)

Desabamento de construção [1](#)

Desabamento ou desmoronamento [1](#)

Desabamento ou desmoronamento como meio para prática do delito de homicídio [1](#)

Desabamento ou desmoronamento no Código Penal Militar [1](#)

Desacato [1](#)

Desacato no Código Penal Militar [1](#)

Desacato praticado por advogado e o § 2º do art. 7º do Estatuto de OAB [1](#)

Desastre ferroviário [1](#)

Descaminho [1](#)

Descaminho e perda de bens [1](#)

Desconhecimento da lei [1](#)

Descriminalização [1](#)

Desriminantes putativas [1](#)

Descumprimento a ordem judicial protetiva [1](#)

Desenvolvimento mental incompleto ou retardado [1](#)

Desinternaçāo [1](#)

Desistência voluntária [1, 2, 3](#)

Desnecessidade de prévio esgotamento da via administrativa para efeitos de configuração do descaminho [1](#)

Desobediēcia [1](#)

Desobediēcia a decisão judicial [1](#)

Desobediēcia a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito [1](#)

Desobediēcia a decisão sobre perda ou suspensão de atividade ou direito no Código Penal Militar [1](#)

Desobediēcia a ordem de parada, emanada por Policiais Militares [1](#)

Desobediēcia à ordem que implicaria autoincriminação ou em prejuízo para o sujeito [1](#)

Desobediēcia e Estatuto do Idoso [1](#)

Desobediēcia e Lei da Ação Civil Pública [1](#)

Desobediēcia no Código Penal Militar [1](#)

Desobediēcia praticada por funcionário público – Ministério Público e delegado de polícia [1](#)

Desobediēcia praticada por prefeito [1](#)

Destreza [1](#)

Destruīção ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa [1](#)

Destruīção, subtração ou ocultação de cadáver [1](#)

desvio do crime [1](#)

Desvio e circulação antecipada [1](#)

desvio subjetivo de conduta [1](#)

detenção [1](#)

Detração [1](#)

Dever legal de enfrentar o perigo [1](#)

Difamação [1](#)

Difamação contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do STF [1](#)

Difamação dirigida à vítima [1](#)

Difamação no Código Eleitoral [1](#)

Difamação no Código Penal Militar [1](#)

Difamador sem credibilidade [1](#)

Diferença entre a calúnia e a difamação [1](#)

Diferença entre a organização criminosa e a constituição de milícia privada [1](#)

diferença entre apropriação indébita e estelionato [1](#)

Diferença entre arrependimento posterior e arrependimento eficaz [1](#)

Diferença entre associação criminosa e a constituição de milícia privada [1](#)

Diferença entre a tentativa de latrocínio e o roubo qualificado pelas lesões graves [1](#)

Diferença entre atos preparatórios e atos de execução [1](#)

Diferença entre calúnia e denunciação caluniosa [1](#)

Diferença entre calúnia e injúria [1](#)

Diferença entre concussão e corrupção passiva [1](#)

Diferença entre concussão e extorsão [1, 2](#)

Diferença entre crime impossível e crime putativo [1](#)

Diferença entre culpa consciente e dolo eventual [1](#)

Diferença entre epidemia, endemia e pandemia [1](#)

Diferença entre estupro e importunação ofensiva ao pudor [1](#)

Diferença entre exercício arbitrário das próprias razões e extorsão [1](#)

Diferença entre favorecimento pessoal e favorecimento real [1](#)

Diferença entre favorecimento pessoal e participação no crime [1](#)

Diferença entre furto com fraude e estelionato [1](#)

Diferença entre o delito de ato obsceno e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor [1](#)

Diferença entre o rufião e o proxeneta [1](#)

Diferença entre os crimes de corrupção passiva e omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar [1](#)

Diferença entre os crimes de peculato e os previstos no art. 1º do Decreto-Lei no 201/67 [1](#)

Diferença entre princípio da legalidade e princípio da reserva legal [1](#)

Diferença entre roubo e extorsão [1](#)

Diferença entre rufianismo e favorecimento da prostituição com intuito de lucro [1](#)

Dificuldades financeiras [1](#)

Difusão de doença ou praga [1](#)

diminuição do risco [1](#)

Direito à assistência religiosa [1](#)

Direito à autodefesa [1](#)

Direitos do internado [1](#)

Direitos do preso [1](#)

Direitos e deveres do preso [1](#)

diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembleia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte [1](#)

diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer [1](#)

diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade [1](#)

diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade [1](#)

diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite [1](#)

diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios [1](#)

diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembleia geral [1](#)

Diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS) [1](#)

Discussão acalorada [1](#)

Disparo de arma de fogo em via pública [1](#)

Disposição de coisa alheia como própria [1](#)

Dispositivos de segurança em veículo [1](#)

Dissimulação [1](#)

distanásia [1](#)

Divulgação de imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso [1](#)

Divulgação de segredo [1](#)

Divulgação de Segredo no Código Penal Militar [1](#)

Divulgação ou propalação da difamação [1](#)

Documento que é encontrado em poder do agente [1](#)

Doença mental [1](#)

Dolo [1](#)

dolo de ímpeto [1](#)

Dolo de propósito [1](#)

dolo específico [1](#)

dolo eventual [1](#)

Dolo eventual e qualificadoras [1](#)

Dolo genérico [1](#)

Dolo geral (hipótese de erro sucessivo) [1](#)

Dolo normativo (dolus malus) [1](#)

Dolo subsequente (dolus subsequens ou dolo consecutivo) [1](#)

Dolo subsequente e denunciaçāo caluniosa [1](#)

Domínio funcional sobre o fato [1](#)

D.S.T. [1](#)

DST (doenças sexualmente transmissíveis) [1](#)

D.S.T. (Doenças Sexualmente Transmissíveis) [1](#)

Duplicata simulada [1](#)

Duração da pena restritiva de direitos [1](#)

E

Edipismo [1](#)

Efeitos civis da legítima defesa [1](#)

Efeitos civis do estado de necessidade [1](#)

Efeitos da abolitio criminis [1](#)

Efeitos específicos da condenação [1](#)

Efeitos genéricos da condenação [1](#)

Eficácia da sentença estrangeira [1](#)

Ejaculação precoce [1](#)

Elementares [1](#)

Elemento subjetivo na legítima defesa [1](#)

Elemento subjetivo no estado de necessidade [1](#)

emboscada [1](#)

Emboscada [1](#)

Embriaguez [1, 2](#)

Embriaguez alcoólica [1](#)

Embriaguez e motivo fútil [1](#)

Embriaguez involuntária [1](#)

Embriaguez involuntária incompleta [1](#)

embriaguez preordenada [1](#)

Embriaguez voluntária [1](#)

emergência [1](#)

Emissão de título ao portador sem permissão legal [1](#)

Emissão irregular de conhecimento de depósito ou warrant [1](#)

Emoção [1](#)

Empregadas domésticas [1](#)

Emprego de chave falsa [1](#)

Emprego de gás tóxico ou asfixiante no Código Penal Militar [1](#)

Emprego de processo proibido ou de substância não permitida [1](#)

Emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum [1](#)

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas [1](#)

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas e crime de responsabilidade de prefeito [1](#)

Endosso em cheque sem suficiente provisão de fundos [1](#)

Enfermidade incurável [1](#)

enfermidade mental [1](#)

Entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada [1](#)

Entrega de filho menor a pessoa inidônea [1](#)

Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal [1](#)

Epidemia [1, 2](#)

Epidemia no Código Penal Militar [1](#)

Erotismo [1](#)
Erofobia [1](#)
Erotomania [1](#)
Erro de pessoa para pessoa [1](#)
erro de proibição [1](#)
Erro de proibição direto [1](#)
Erro de proibição e vítima já prostituída [1](#)
Erro de proibição indireto [1](#)
Erro de subsunção [1](#)
erro de tipo [1](#)
Erro de tipo [1, 2](#)
erro de tipo acidental [1](#)
Erro de tipo essencial [1](#)
Erro de tipo quanto à idade da vítima [1](#)
erro do agente [1](#)
Erro in judicando [1](#)
Erro mandamental [1](#)
Erro na execução [1](#)
erro na execução (aberratio ictus) [1](#)
Erro sobre a ilicitude do fato [1](#)
erro sobre a pessoa (error in persona) [1](#)
Erro sobre elementos do tipo [1](#)
Erro sobre elementos normativos do tipo [1](#)
erro sobre o objeto (error in objecto) [1](#)
Esbulho de imóvel do Sistema Financeiro de Habitação [1](#)
Esbulho possessório [1](#)
Escalada [1](#)
escravas brancas [1](#)
Escrito ou objeto obsceno [1](#)
escusas absolutórias [1](#)
esfera de proteção da norma como critério de imputação [1](#)
Espécies de aborto [1](#)
Espécies de ação penal [1](#)
Espécies de ação penal de iniciativa privada [1](#)
Espécies de dolo [1](#)
Espécies de legítima defesa [1](#)
Espécies de medida de segurança [1](#)
Espécies de penas [1](#)
Espécies de penas restritivas de direitos [1](#)
Espécies de prescrição [1](#)
Estabelecimento comercial com vigilância eletrônica [1](#)
Estabelecimento comercial com vigilante [1](#)
Estabelecimento penal federal de segurança máxima [1](#)

Estado de necessidade [1](#)

Estado de necessidade defensivo e agressivo [1](#)

Estado de necessidade e dificuldades econômicas [1](#)

Estado de necessidade e exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica [1](#)

estado de necessidade exculpante [1](#)

Estado de necessidade justificante [1](#)

Estado de necessidade próprio e de terceiros [1](#)

Estado de necessidade putativo [1](#)

Estagiário em autarquia [1](#)

Estatuto da Criança e do Adolescente [1, 2](#)

Estatuto de Desarmamento [1](#)

Estatuto do idoso [1](#)

Estatuto do índio [1](#)

Estatuto do Índio [1](#)

Estatuto do Torcedor [1](#)

Estelionato [1](#)

Estelionato e apropriação indébita [1](#)

Estelionato e crime contra o Sistema Financeiro Nacional [1](#)

Estelionato e curandeirismo [1](#)

Estelionato e Estatuto do Idoso [1](#)

Estelionato e Estatuto do Torcedor [1](#)

Estelionato e falsidade documental [1](#)

Estelionato e furto de energia elétrica [1](#)

Estelionato e furto mediante fraude [1](#)

Estelionato e inimputabilidade da vítima [1](#)

Estelionato e jogo de azar [1](#)

Estelionato no Código Penal Militar [1](#)

Estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico [1](#)

Estrito cumprimento de dever legal [1](#)

estupro [1, 2](#)

Estupro [1](#)

Estupro com a finalidade de transmitir o vírus HIV [1](#)

Estupro de transexuais [1](#)

Estupro de vulnerável [1](#)

Estupro e a Lei no 8.072/1990 [1](#)

Estupro e atentado violento ao pudor no Código Penal Militar [1](#)

Estupro praticado contra mulher no âmbito doméstico e familiar [1](#)

Estupro praticado mediante inseminação artificial forçada [1](#)

Estupro praticado por uma mulher, tendo como vítima outra mulher [1](#)

Estupro praticado por vários agentes ao mesmo tempo [1](#)

eutanásia [1](#)

Evasão de preso ou internado no Código Penal Militar [1](#)

Evasão do condenado [1](#)

Evasão mediante violência contra a pessoa [1](#)
exame de cessação de periculosidade [1](#)
Exceção da verdade [1, 2](#)
Exceção de notoriedade [1, 2](#)
Excepcionalidade do crime culposo [1](#)
Excesso de exação [1](#)
Excesso exculpante [1](#)
Excesso intensivo e excesso extensivo [1](#)
Excesso na causa [1](#)
Excesso na legítima defesa [1](#)
Excesso punível [1](#)
Exclusão de ilicitude [1](#)
Execução da pena de multa [1](#)
Execução da pena restritiva de direitos [1](#)
Execução provisória [1](#)
Exercício arbitrário das próprias razões [1](#)
Exercício arbitrário ou abuso de poder [1](#)
Exercício de atividade com infração de decisão administrativa [1](#)
Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado [1](#)
Exercício funcional ilegal no Código Penal Militar [1](#)
Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica [1](#)
Exercício ilegal de profissão ou atividade [1](#)
Exercício regular de direito [1](#)
Exibicionismo [1](#)
Exigência de ânimo calmo e refletido [1](#)
Exigibilidade de conduta diversa [1](#)
Exigibilidade de conduta diversa e agente infiltrado [1](#)
Exigibilidade de conduta diversa e o tribunal do júri [1](#)
Exploração de prestígio [1, 2](#)
Exploração de prestígio no Código Penal Militar [1](#)
exploração sexual [1, 2](#)
Explosão [1](#)
Explosão no Código Penal Militar [1](#)
Explosão provocada por motivação política [1](#)
explosivo [1](#)
Exposição ou abandono de recém-nascido [1](#)
Extinção da punibilidade [1](#)
Extorsão [1](#)
Extorsão e Lei de Segurança Nacional [1](#)
Extorsão indireta [1](#)
Extorsão mediante sequestro [1](#)
Extorsão mediante sequestro no Código Penal Militar [1](#)
extorsão mediante sequestro qualificado pelo resultado morte [1](#)

Extorsão no Código Penal Militar [1](#)

Extradição [1](#)

Extraterritorialidade [1](#)

extraterritorialidade condicionada [1](#)

Extraterritorialidade incondicionada [1](#)

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento [1](#)

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento no Código Penal Militar [1](#)

F

- Fabrico, fornecimento, aquisição posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante [1](#)
- Facilitação de contrabando ou descaminho [1](#)
- falsa identidade [1](#)
- Falsa identidade [1](#)
- Falsa identidade e autodefesa [1](#)
- Falsa identidade e furto [1](#)
- Falsa identidade no Código Penal Militar [1](#)
- Falsa indicação em folhetos ou catálogos informativos [1](#)
- Falsidade de atestado médico [1](#)
- Falsidade ideológica [1](#)
- Falsidade ideológica de circunstância incompatível com a realidade [1](#)
- Falsidade ideológica e corrupção passiva [1](#)
- Falsidade ideológica e crimes ambientais [1](#)
- Falsidade ideológica e crimes contra o sistema financeiro [1](#)
- Falsidade ideológica e estelionato [1](#)
- Falsidade ideológica e sonegação fiscal [1](#)
- Falsidade ideológica para fins eleitorais [1](#)
- Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais [1](#)
- Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios [1](#)
- Falsificação de documento no Código Penal Militar [1, 2](#)
- Falsificação de documento particular [1](#)
- Falsificação de documento particular e crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo [1](#)
- Falsificação de documento particular e estelionato [1](#)
- Falsificação de documento particular para fins eleitorais [1](#)
- Falsificação de documento público [1](#)
- Falsificação de documento público e estelionato [1](#)
- Falsificação de documento público para fins eleitorais [1](#)
- falsificação de papéis públicos [1](#)
- Falsificação de selo ou sinal público [1](#)
- Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins [1](#)
- Falsificação grosseira [1, 2, 3](#)
- Falsificação ideológica no Código Penal Militar [1](#)
- Falsificação ou adulteração na escrituração do livro de registro de duplicatas [1](#)
- Falsificação ou alteração do documento e uso pelo próprio agente [1](#)
- Falso reconhecimento de firma ou letra [1](#)
- Falso reconhecimento de firma ou letra com fins eleitorais [1](#)
- Falso testemunho e início da ação penal [1](#)
- Falso testemunho em Comissão Parlamentar de Inquérito [1](#)
- Falso testemunho ou falsa perícia [1](#)

Falso testemunho ou falsa perícia no Código Penal Militar [1](#)

Falta grave [1](#)

Falta Grave em Execução Penal [1](#)

Falta Grave e Prescrição [1](#)

Falta grave pela posse e utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar [1](#)

Família que vive em barracos ou outra residência precária [1](#)

Farmacêutico que aumenta a dose, agindo como animus necandi [1](#)

Fases de evolução do tipo [1](#)

Fases de realização da ação [1](#)

favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável [1](#)

Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (nova rubrica dada pela Lei no 12.978, de 21 de maio de 2014) [1](#)

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual [1](#)

Favorecimento pessoal [1](#)

Favorecimento pessoal no Código Penal Militar [1](#)

Favorecimento real [1](#)

Favorecimento real e furto [1](#)

Favorecimento real e receptação [1](#)

Favorecimento real no Código Penal Militar [1](#)

feminicídio [1, 2](#)

Feminicídio [1](#)

Fetichismo [1](#)

Feto natimorto [1](#)

Finalidade das penas [1](#)

Finalidade de atingir pessoa determinada [1](#)

Finalidade de dano e perigo de desastre ferroviário [1](#)

Finalidade de praticar contravenções penais [1](#)

Fixação da pena [1](#)

Fixação da pena de multa [1](#)

Fixação legal do regime inicial de cumprimento de pena [1](#)

Flagrante esperado [1, 2](#)

fogo [1](#)

Folha em branco e abuso no seu preenchimento [1](#)

Formas qualificadas de crime de perigo comum [1](#)

Fórmula de Frank [1](#)

Fotocópia não autenticada [1](#)

Fotocópias não autenticadas [1](#)

Fraude [1, 2](#)

Fraude a credores e recuperação de empresas e falência [1](#)

Fraude à execução [1](#)

Fraude de lei sobre estrangeiro [1](#)

Fraude grosseira [1](#)

Fraude na entrega de coisa [1](#)

Fraude no comércio [1](#)

Fraude no pagamento por meio de cheque [1](#)

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro [1](#)

Fraude por meio da Internet. Hacker que altera sistema bancário [1](#)

Fraude processual [1](#)

Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações [1](#)

Fraudes em certames de interesse público [1](#)

Frigidez [1](#)

Frustraçāo de direito assegurado por lei trabalhista [1](#)

Frustraçāo de lei sobre a nacionalização do trabalho [1](#)

Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança [1](#)

Fuga de preso ou internado no Código Penal Militar [1](#)

Funcionário de nível inferior [1](#)

funcionário público [1](#)

Funcionário público [1, 2](#)

Funcionário público estrangeiro [1](#)

Fundamentos da prescrição [1](#)

Fundamentos do parecer contrário à sanção do art. 218-b do projeto que culminou com a edição da Lei no 12.015, de 7 de agosto de 2009 [1](#)

Furto [1](#)

Furto com fraude e saque em terminal eletrônico [1](#)

furto de animais [1](#)

Furto de automóveis e a qualificadora do rompimento de obstáculo [1](#)

Furto de cadáver [1](#)

Furto de coisa comum [1](#)

Furto de energia [1](#)

Furto de pequeno valor e subtração insignificante [1](#)

Furto de sinal de TV em canal fechado [1](#)

Furto de talão de cheques [1](#)

Furto de uso [1](#)

Furto e roubo impróprio [1](#)

Furto famélico [1](#)

Furto no Código Penal Militar [1](#)

Furto qualificado e princípio da insignificância [1](#)

Furto qualificado-privilegiado [1](#)

G

garantidor [1](#)

Gasto indevido do dinheiro público [1](#)

genocídio [1](#)

Genocídio [1](#)

Gerontofilia [1](#)

Gestante que morre ao realizar o aborto, sendo que o feto sobrevive [1](#)

Gestante que perde o filho em acidente de trânsito [1](#)

Gestante que tenta o suicídio [1](#)

Gestantes [1](#)

graça [1](#)

Gravação de conversa [1](#)

Grave ameaça [1](#)

gravidez [1](#)

Greve de fome [1](#)

Grupos opostos [1](#)

Guarda de selo falso [1](#)

H

Habitualidade [1](#), [2](#), [3](#)

Hierarquia [1](#)

Homicídio culposo [1](#)

Homicídio decorrente de intervenção policial [1](#)

Homicídio no Código Penal Militar [1](#)

homicídio piedoso [1](#)

Homicídio praticado com o emprego de explosivo [1](#)

Homicídio praticado contra mulher grávida [1](#)

Homicídio praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio [1](#)

Homicídio praticado por policial militar [1](#)

homicídio privilegiado [1](#)

Homicídio privilegiado [1](#)

homicídio qualificado [1](#)

Homicídio qualificado [1](#)

Homicídio qualificado pelo emprego de gás asfixiante [1](#)

homicídio qualificado-
-privilegiado [1](#)

Homicídio qualificado-privilegiado [1](#)

homicídio simples [1](#)

I

idade da vítima [1](#)

Identificação do perfil genético [1, 2](#)

Identificação do perfil genético como efeito da condenação [1](#)
idoso [1](#)

Ilicitude [1](#)

Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária [1](#)

Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência [1](#)

imperícia [1](#)

Imprescritibilidade [1](#)

Imprudênci [a](#)

Impunibilidade da participação [1](#)

imputabilidade [1](#)

Imputabilidade (capacidade de culpabilidade) [1](#)

Imputação alternativa [1](#)

Imunidade parlamentar [1](#)

Imunidades penais absolutas [1](#)

Imunidades penais relativas [1](#)

Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias [1](#)

Incapacidade permanente para o trabalho [1](#)

Incêndio [1](#)

Incêndio com a finalidade de causar a morte da vítima [1](#)

Incêndio e crime ambiental [1](#)

Incêndio e estelionato para recebimento de indenização ou valor do seguro [1](#)

Incêndio no Código Penal Militar [1](#)

Incêndio provocado por motivação política [1](#)

Incidente de falsidade documental [1](#)

Incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional [1](#)

Incitação ao crime [1](#)

Incitação ao crime e Lei de Segurança Nacional [1](#)

Incitação ao Genocídio [1](#)

Incitação e concurso de pessoas [1](#)

Incitamento no Código Penal Militar [1](#)

Indiciado ou acusado que se recusa a comparecer em juízo ou na delegacia de polícia a fim de prestar suas declarações [1](#)

Indignação e desacato [1](#)

indisponibilidade [1](#)

Individualização da pena [1](#)

indivisibilidade [1](#)

Indução de prostituta à satisfação da lascívia alheia [1](#)

indulto [1](#)

indulto coletivo [1](#)
indulto individual [1](#)
Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento [1, 2](#)
Induzimento à especulação [1](#)
Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes [1](#)
Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio [1](#)
Inexigibilidade de conduta diversa [1](#)
Inexistência do direito à fuga [1](#)
Infanticídio [1](#)
Infanticídio com vida intrauterina [1](#)
Infração de medida sanitária preventiva [1](#)
Infração de menor potencial ofensivo [1](#)
Ingresso de pessoa portando aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização, em estabelecimento prisional [1](#)
Início da contagem do prazo decadencial [1](#)
Inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado [1](#)
Inimputabilidade por imaturidade natural [1](#)
Inimputáveis [1](#)
Inimputáveis como integrantes da associação criminosa [1](#)
Injúria [1](#)
injúria eleitoral [1](#)
Injúria no Código Eleitoral [1](#)
Injúria no Código Penal Militar [1](#)
Injusta agressão [1](#)
Injusto penal (injusto típico) [1](#)
Inobservância de regra técnica [1](#)
Inquérito civil [1](#)
Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar [1](#)
Inserção de dados falsos em sistema de informação e falsidade ideológica [1](#)
Inserção de dados falsos em sistema de informações [1](#)
Instalação de aparelhos clandestinos [1](#)
Interceptação de correspondência de presos [1](#)
interesse de agir [1](#)
Internação cautelar [1](#)
Internação do inimputável [1](#)
Internet [1](#)
Interrupção da execução da pena [1](#)
Interrupção ou perturbação de comunicação entre pessoas determinadas [1](#)
Interrupção ou perturbação de serviço ou meio de comunicação no Código Penal Militar [1](#)
Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública [1](#)
intranscendência [1](#)
Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia [1](#)

Inumação ou exumação de cadáver [1](#)

Inundação [1](#)

Inundação com o fim de causar a morte de alguém [1](#)

Inundação no Código Penal Militar [1](#)

Inutilização de edital ou de sinal [1](#)

Inutilização de edital ou de sinal oficial no Código Penal Militar [1](#)

Inutilização ou sonegação praticada por advogado ou procurador [1](#)

Inutilização, sonegação ou descaminho de material probante no Código Penal Militar [1](#)

Invasão de dispositivo informático [1](#)

Invasão de dispositivo informático e quebra de sigilo bancário [1](#)

Invasão de dispositivo informático e violação de correspondência eletrônica [1](#)

Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola [1](#)

Inventariante [1](#)

Investigação administrativa [1](#)

Invólucro ou recipiente com falsa indicação [1](#)

Irretratabilidade da representação [1](#)

Irretroatividade da lex gravior e medidas de segurança [1](#)

Isenção de pena na Lei Antidrogas [1](#)

Iter criminis [1](#)

J

justa causa [1](#)

Justa causa [1](#)

L

laranja [1](#)

Lastro probatório mínimo [1](#)

latrocínio [1, 2](#)

Legalidade formal [1](#)

legalidade material [1](#)

Legítima defesa [1](#)

legítima defesa autêntica [1](#)

Legítima defesa contra a multidão [1](#)

Legítima defesa e aberratio ictus [1](#)

Legítima defesa e agressão de inimputáveis [1](#)

Legítima defesa e o crime de ameaça [1](#)

legítima defesa no crime de rixa [1](#)

Legítima defesa preventiva [1](#)

legítima defesa putativa [1](#)

Legítima defesa putativa versus legítima defesa autêntica (real) [1](#)

Legítima defesa recíproca [1](#)

Legítima defesa sucessiva [1](#)

Legítima defesa versus estado de necessidade [1](#)

legitimidade das partes [1](#)

Lei Antidrogas [1, 2](#)

Lei de Segurança Nacional [1, 2](#)

Lei excepcional [1](#)

Lei intermediária [1](#)

Lei Maria da Penha [1](#)

Lei penal no tempo [1](#)

Lei temporária [1](#)

lenocínio [1](#)

Lenocínios qualificados [1](#)

Lesão corporal culposa [1](#)

Lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor [1](#)

Lesão corporal grave [1](#)

Lesão corporal gravíssima [1](#)

lesão corporal leve [1](#)

Lesão corporal na Lei de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento [1](#)

Lesão corporal no Código Penal Militar [1](#)

Lesão corporal seguida de morte [1](#)

LGBT [1](#)

liberação condicional [1](#)

Liberdade desvigiada. Diferença entre a apropriação indébita e furto [1](#)

Líderes espirituais [1](#)

Limitação das penas [1](#)

Limitação de fim de semana [1](#)

Limite das penas [1](#)

Limites da coautoria sucessiva [1](#)

Limites das penas [1](#)

Linha de desdobramento físico [1](#)

liquidante [1](#)

livramento condicional [1](#)

Livramento condicional [1](#)

Livramento condicional e execução provisória da sentença [1](#)

Lugar do crime [1](#)

M

mães presas [1](#)

Magna Carta Inglesa [1](#)

Majorantes nos crimes culposos de perigo comum [1](#)

Mandado de segurança e crime de desobediência [1](#)

Marco civil da internet [1](#)

Marco inicial da contagem do prazo prescricional [1](#)

Marido como sujeito ativo do estupro [1](#)

Maus-tratos [1](#)

Maus-tratos à criança e/ao adolescente [1](#)

Maus-tratos contra idoso [1](#)

Maus-tratos e crime de tortura [1](#)

Maus-tratos no Código Penal Militar [1](#)

Mazoquismo [1](#)

mediação para servir a lascívia de outrem [1](#)

Medicamento em desacordo com receita médica [1](#)

Médico conveniado ao SUS [1](#)

Médico credenciado pelo SUS [1](#)

Médico, dentista ou farmacêutico suspenso das suas atividades [1](#)

Médico que é funcionário público [1](#)

Médico que prescreve medicamento com dose excessiva [1](#)

Médico que realiza exame de toque na vítima com intenção libidinosa [1](#)

Medida de segurança [1](#)

Medida de segurança substitutiva [1](#)

medidas de segurança [1](#)

meio insidioso [1](#)

meios crueis [1](#)

Meios de realização do aborto [1](#)

Meios necessários [1](#)

Menor de 14 (catorze) anos que é induzido a presenciar cenas pornográficas através da Internet [1](#)

mera legalidade [1](#)

Mixocospia [1](#)

Modalidade especial de abandono material [1](#)

Modalidades assemelhadas ao descaminho [1](#)

Modalidades de participação [1](#)

Moderação no uso dos meios necessários [1](#)

Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações [1](#)

Moeda Falsa [1](#)

Moeda que não possui curso legal utilizada pelo agente [1](#)

monitoramento eletrônico [1](#)

Monitoramento eletrônico [1](#)

Morte de fetos gêmeos [1](#)

Morte do agente [1](#)

Morte do ofendido [1](#)

Motéis [1](#)

Motim de presos [1](#)

motivo de relevante valor social ou moral [1](#)

Motivo de relevante valor social ou moral [1](#)

Motivo fútil [1](#)

motivo fútil ou torpe [1](#)

Motivos [1](#)

Motivos determinantes [1](#)

Motivo torpe [1](#)

Mulher que constrange o homem à prática da conjunção carnal [1](#)

Mulher que constrange um homem a com ela manter conjunção carnal, caso venha a engravidar, poderá o filho indesejado pela vítima requerer pensão de alimentos e ter direitos sucessórios? [1](#)

Mulher que percebe o erro durante o ato sexual [1](#)

multa [1, 2](#)

Multiplicidade de golpes [1](#)

N

- Não cancelamento de restos a pagar [1](#)
- Natureza da prescrição [1](#)
- Natureza jurídica da abolitio criminis [1](#)
- Natureza jurídica da prescrição [1](#)
- Natureza subsidiária do crime de fraude processual [1](#)
- Naufrágio [1](#)
- Necessidade de contato físico [1](#)
- Necessidade de notificação prévia do funcionário público [1](#)
- Necrofilia ou vampirismo [1](#)
- negligência [1](#)
- Negligência médica [1](#)
- Negociação de voto [1](#)
- nexo causal [1](#)
- novatio legis in mellius [1](#)
- Novatio legis in mellius [1](#)
- Novatio legis in mellius e Constituição de Milícia Privada [1](#)
- Novatio legis in pejus [1](#)
- Novatio legis in pejus e crimes permanentes e continuados [1](#)
- nullum crimen nulla poena sine lege certa [1](#)
- nullum crimen nulla poena sine lege praevia [1](#)
- nullum crimen nulla poena sine lege scripta [1](#)
- nullum crimen nulla poena sine lege stricta [1](#)
- Número necessário à caracterização do crime de milícia privada [1](#)

O

obediência hierárquica [1](#)

Objecção de consciênciia [1](#)

Obrigatoriedade e indivisibilidade da ação penal [1](#)

obrigatoriedade ou legalidade [1](#)

O conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício [1](#)

Ofendículos [1](#)

Ofensa dirigida a funcionário que não se encontra presente [1](#)

Ofensa irrogada contra o juiz da causa [1](#)

Ofensa irrogada contra o Ministério Público [1](#)

Ofensa irrogada pelo juiz da causa [1](#)

Ofensa irrogada pelo Ministério Público, que atua na qualidade de custos legis [1](#)

Oferecimento de pequenos agrados [1](#)

Oferecimento de vantagem indevida após a prática do ato [1](#)

Oferta pública ou colocação de títulos no mercado [1](#)

oficialidade [1](#)

Omissão como causa do resultado [1](#)

Omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar [1](#)

Omissão de notificação de doença [1](#)

Omissão de notificação de doença no Código Penal Militar [1](#)

Omissão de notificação de doença versus violação do segredo profissional [1](#)

Omissão de socorro [1](#)

Omissão de socorro no Código de Trânsito brasileiro [1](#)

Omissão de socorro no estatuto do idoso [1](#)

omissão por parte daquele que tinha o dever de vedar ao preso o acesso indevido a aparelho telefônico, de rádio ou similar [1](#)

Onanismo [1](#)

Ordem judicial para a realização do aborto legal [1](#)

Ordenação de despesa não autorizada [1](#)

O reconhecimento da prostituição exige contato físico? [1](#)

organização criminosa [1](#)

Organização criminosa [1](#)

Organização Criminosa [1](#)

Ortotanásia [1](#)

Outras fraudes [1](#)

Outras substâncias nocivas à saúde pública [1](#)

P

Pagamento do tributo e extinção da punibilidade [1](#)

Paga ou promessa de recompensa [1](#)

Pais que tomam banho juntamente com seus filhos [1](#)

paixão [1](#)

Palavra da vítima [1](#)

pandemia [1](#)

Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime [1](#)

Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime [1](#)

Paralisação de trabalho de interesse coletivo [1](#)

Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem [1](#)

Parteiras [1](#)

Participação [1](#)

Participação de menor importância [1](#)

participação de participação [1](#)

Participação em cadeia [1](#)

Participação em crime menos grave [1](#)

Participação em crimes culposos [1](#)

Participação em crimes omissivos [1](#)

participação material [1](#)

participação moral [1](#)

Participação na rixa [1](#)

participação no crime de rixa [1](#)

Participação por omissão [1](#)

Participação sucessiva [1](#)

Parto alheio como próprio [1](#)

Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido [1](#)

Patrocínio indébito no Código Penal Militar [1](#)

Patrocínio infiel [1](#)

Patrocínio simultâneo ou tergiversação [1](#)

Peculato [1](#)

peculato-apropriação [1](#)

peculato culposo [1](#)

peculato-desvio [1](#)

Peculato de uso [1](#)

Peculato e princípio da insignificância [1](#)

peculato-furto [1](#)

peculato impróprio [1](#)

Peculato mediante aproveitamento de erro de outrem no Código Penal Militar [1](#)

Peculato mediante erro de outrem [1](#)

Peculato no Código Penal Militar [1](#)
peculato próprio [1](#)
Pedido de explicações [1](#)
Pedido de revogação [1](#)
Pedofilia [1](#)
Pena de multa [1](#)
Pena de multa na Lei no 11.343/2006 [1](#)
Penas de interdição [1](#)
penas privativas de liberdade [1](#)
Penas privativas de liberdade [1](#)
penas restritivas de direitos [1](#)
Penas restritivas de direitos [1](#)
Perda de bens e valores [1](#)
perdão aceito nos crimes de ação privada [1](#)
Perdão do ofendido [1](#)
perdão judicial [1](#)
Perdão judicial [1, 2, 3, 4, 5, 6, 7](#)
Perdão judicial e a Lei de Organização Criminosa (Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013) [1](#)
Perdão judicial e aplicação da pena de multa [1](#)
Perdão judicial na Lei no 9.503/1997 [1](#)
Perdão judicial na Lei no 9.807/1999 [1](#)
Perdão judicial na Lei no 10.409/2002 [1](#)
Perdão judicial no Código de Trânsito brasileiro [1](#)
Perda ou inutilização de membro, sentido ou função [1](#)
Perdimento da mercadoria de importação proibida [1](#)
Perempção [1](#)
perigo comum [1](#)
Perigo de contágio de moléstia grave [1](#)
Perigo de contágio venéreo [1](#)
Perigo de desastre ferroviário [1](#)
Perigo de desastre ferroviário e a
interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico previstos pelo art. 266 do Código Penal [1](#)
Perigo de desastre ferroviário no Código Penal Militar [1](#)
Perigo de inundação [1](#)
Perigo de inundação no Código Penal Militar [1](#)
Perigo de vida [1](#)
Perigo para a vida ou saúde de outrem [1](#)
Perito, contador, tradutor ou intérprete oficial [1](#)
Personalidade do agente [1](#)
Pesca mediante a utilização de explosivos [1](#)
Pessoa jurídica como sujeito passivo da difamação [1](#)
Pessoa portadora de deficiência [1](#)
Pessoas desonradas [1](#)

Petrechos de falsificação [1](#)

Petrechos de falsificação de selo, fórmula de franqueamento ou vale-postal [1](#)

Petrechos para falsificação de moeda [1](#)

Pichação [1](#)

Pigmalionismo [1](#)

plágio [1](#)

Pluralidade de funcionários ofendidos [1](#)

Polícia Federal [1](#)

Poligamia [1](#)

política de enfrentamento do tráfico de pessoas [1](#)

Política de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas [1](#)

Ponte de Ouro de Franz von Liszt [1](#)

Possibilidade de ser o estupro evitado pela própria mulher [1](#)

possibilidade jurídica do pedido [1](#)

potencial consciência sobre a ilicitude do fato [1](#)

Prática da conjunção carnal e outro ato libidinoso com a mesma vítima [1](#)

Prática de delito pelo grupo, sem o conhecimento de um de seus integrantes [1](#)

Prática do crime com o fim de lucro [1](#)

Prazo de cumprimento da medida de segurança [1](#)

Prazo penal [1](#)

prazo processual penal [1](#)

prescrição [1](#)

Prescrição antes de transitar em julgado [1](#)

Prescrição da multa [1](#)

Prescrição da pena de multa [1](#)

Prescrição das medidas socioeducativas [1](#)

Prescrição das penas restritivas de direitos [1](#)

Prescrição e consumo de drogas [1](#)

Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional [1](#)

Prescrição pela pena em perspectiva (ideal, hipotética ou pela pena virtual) [1](#)

Prescrição retroativa [1](#)

Preso ou condenado que danifica cela para fugir da cadeia ou penitenciária [1](#)

Prestação de garantia graciosa [1](#)

Prestação de serviços à comunidade [1](#)

Preterdolo [1](#)

Prevaricação [1](#)

Prevaricação no Código Penal Militar [1](#)

Prevaricação praticada por jurados [1](#)

primariedade [1](#)

Primariedade e pequeno valor da coisa furtada [1](#)

Princípio da adequação social [1](#)

princípio da confiança [1](#)

Princípio da consunção [1, 2, 3, 4](#)

princípio da continuidade normativo-típica [1](#)
Princípio da culpabilidade [1, 2](#)
Princípio da dignidade da pessoa humana [1](#)
Princípio da especialidade e a Lei no 8.072/90 [1](#)
Princípio da especialidade e Lei Maria da Penha [1](#)
Princípio da extra-atividade da lei penal [1](#)
Princípio da extraterritorialidade [1](#)
Princípio da fragmentariedade [1](#)
Princípio da individualização da pena [1](#)
Princípio da insignifânci[a](#) [1](#)
Princípio da insignificância [1, 2, 3, 4, 5](#)
Princípio da Insignificância [1](#)
Princípio da insignificância e a Lei no 11.343/2006 [1](#)
Princípio da insignificância e ato infracional [1](#)
Princípio da insignificância e bem de pequeno valor no furto [1](#)
Princípio da insignificância e circulação de moeda falsa [1](#)
Princípio da insignificância e crime militar [1](#)
Princípio da Insignificância e Lei no 10.826/2003 [1](#)
Princípio da insignificância e reiteração delitiva [1, 2](#)
Princípio da insignificância e roubo [1](#)
Princípio da intervenção mínima [1](#)
princípio da legalidade [1](#)
Princípio da lesividade [1](#)
Princípio da limitação das penas [1](#)
Princípio da proporcionalidade [1, 2](#)
princípio da reserva legal [1](#)
Princípio da responsabilidade pessoal [1](#)
Princípio da territorialidade [1](#)
princípio da tipicidade [1](#)
princípio de estrita legalidade [1](#)
Princípio do ne bis in idem [1](#)
Princípios informadores da ação penal de iniciativa privada [1](#)
Princípios informadores da ação penal de iniciativa pública [1](#)
prioridade de tramitação [1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10](#)
Prisão-albergue domiciliar [1](#)
Prisão em flagrante [1](#)
Prisão em flagrante no crime de falso testemunho [1](#)
Prisão em flagrante quando da entrega da vantagem indevida [1](#)
Prisão especial [1](#)
Prisão por inadimplemento de obrigação alimentícia e detração penal [1](#)
Procedimento previsto para os crimes praticados por funcionário público [1](#)
Processo hipotético de eliminação de Thyrén [1](#)
Processo judicial [1](#)

Produto de primeira necessidade [1](#)

Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores [1](#)

Programas de computador [1](#)

Progressão e regressão de regime [1](#)

Proibição de frequentar determinados lugares [1](#)

Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos [1](#)

proibição de regresso [1](#)

Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo [1](#)

Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou de autorização do Poder Público [1](#)

projétil [1](#)

Promover a fundação de sociedade por ações fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo [1](#)

prostituição [1, 2](#)

Prostituta como sujeito passivo do delito [1](#)

Prostituta como vítima do estupro [1](#)

Prostituta que tem relações sexuais com alguém que prometeu pagá-la após o ato [1](#)

Protético que exerce funções de dentista [1](#)

Prova da idade da vítima [1, 2](#)

Prova da menoridade [1](#)

Provocar incêndio em imóvel afastado da cidade [1](#)

Proxenetismo mercenário [1, 2](#)

proxenitismo [1](#)

Puerpério [1](#)

Punibilidade [1](#)

Punibilidade no concurso de pessoas [1](#)

R

Racha [1](#)

rádio [1](#)

Reabilitação [1](#)

Receita prescrita por dentistas e parteiras [1](#)

Recepção culposa [1](#)

recepção de animal [1](#)

Recepção de talão de cheques e de cartão de crédito [1](#)

Recepção e concurso de pessoas no delito anterior [1](#)

Recepção em cadeia [1](#)

Recepção no Código Penal Militar [1](#)

Recepção qualificada [1](#)

recepção simples [1](#)

Reclusão [1](#)

reconhecimento da prescrição [1](#)

Reconhecimento retroativo de crime único ou de continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor [1](#)

Recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação [1](#)

Redução a condição análoga à de escravo [1](#)

Redução da maioridade penal [1](#)

Redução de pena na Lei Antidrogas [1](#)

Redução dos prazos de prescrição [1](#)

Regime aberto e recurso em liberdade [1](#)

Regime especial [1](#)

Regimes de cumprimento de pena [1](#)

Registro de nascimento inexistente [1](#)

Registro do diploma [1](#)

Regras do regime aberto [1](#)

Regras do regime fechado [1](#)

Regras do regime semiaberto [1](#)

Rei João Sem Terra [1](#)

Reincidência [1, 2](#)

Reincidência e Ato Infracional [1](#)

Reincidência e maus antecedentes [1](#)

Reincidência específica [1](#)

Reincidência na Lei das Contravenções Penais [1](#)

Reingresso de estrangeiro expulso [1](#)

Reinternaçao [1](#)

relação de autoridade [1](#)

Relação de causalidade [1](#)

relação de parentesco [1](#)

Relação entre professor(a) e aluno(a) [1](#)
relações domésticas [1](#)
Relevância da omissão [1](#)
Religião e curandeirismo [1](#)
remição [1](#)
remição de pena [1](#)
Remição pelo estudo [1](#)
remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo [1](#)
Renúncia ao direito de queixa [1](#)
Renúncia expressa [1](#)
Renúncia tácita [1](#)
repouso noturno [1](#)
Representação [1](#)
Representação criminal [1](#)
representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos nos I e II, ou dá falsa informação ao Governo [1](#)
repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio [1](#)
Reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica [1](#)
requisição do Ministro da Justiça [1](#)
Requisitos do livramento condicional [1](#)
Requisitos para o concurso de pessoas [1](#)
Requisitos para reabilitação [1](#)
Resistência [1](#)
Resistência da vítima [1](#)
Resistência e crime militar [1](#)
Resistência e desacato [1](#)
Resistência e desobediência [1](#)
Resistência e embriaguez [1](#)
Resistência e fuga [1](#)
Resistência e porte de arma [1](#)
Resistência e roubo impróprio [1](#)
Resistência mediante ameaça ou violência no Código Penal Militar [1](#)
resistência passiva [1](#)
Responsabilidade penal da pessoa jurídica (Sistema ou teoria da dupla imputação) [1](#)
Resultado diverso do pretendido [1](#)
resultado diverso do pretendido (aberratio criminis) [1](#)
Retratação [1, 2](#)
Retratação do agente [1](#)
Retratação no júri [1](#)
Retroatividade [1](#)
Retroatividade da jurisprudência [1](#)
retroatividade da lei penal [1](#)
Revelação das informações sobre as quais dispõe a Lei no 8.021 [1](#)

Revelação de segredo e Lei de Segurança Nacional [1](#)
Revelação de segredo particular [1](#)
Revista pessoal em empregados e constrangimento ilegal [1](#)
Revogação da primeira parte do caput do art. 270, bem como de seu § 1º, pelo art. 54 da Lei no 9.605/1998 [1](#)
Revogação da reabilitação [1](#)
Revogação do livramento condicional [1](#)
Revogação do sursis [1](#)
Revogação parcial do art. 253 do Código Penal pelo Estatuto do Desarmamento [1](#)
Revogação tácita do art. 259 do Código Penal pelo art. 61 da Lei no 9.605/1998 [1](#)
rição superveniente ou intercorrente [1](#)
risco permitido [1](#)
Rixa [1](#)
Rixa no Código Penal Militar [1](#)
Rixa simulada [1](#)
Roubo [1](#)
Roubo com arma de brinquedo [1](#)
Roubo com emprego de arma e associação criminosa [1](#)
Roubo de uso [1](#)
Roubo e bem ilícito [1](#)
Roubo e Lei de Segurança Nacional [1](#)
roubo impróprio [1](#)
Roubo no Código Penal Militar [1](#)
roubo próprio [1](#)
Roubo qualificado pela lesão corporal grave e pela morte [1](#)
Rufianismo [1](#)

S

sabotagem [1](#)

Sabotagem com finalidade política [1](#)

Sadismo [1](#)

Sadomazoquismo [1](#)

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente [1](#)

Se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior [1](#)

Se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância [1](#)

secularização [1](#)

Semi-imputabilidade [1](#)

semovente [1](#)

semovente domesticável de produção [1, 2](#)

Sentença absolutória imprópria [1](#)

Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade [1](#)

Sepultura ou urna funerária sem cadáver ou restos mortais [1](#)

sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos [1](#)

sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas [1](#)

Sequestro e cárcere privado [1](#)

Sequestro e cárcere privado e a novatio legis in pejus [1](#)

Sequestro e cárcere privado na Lei de Segurança Nacional [1](#)

Sequestro e cárcere privado no Código Penal Militar [1](#)

Sequestro e cárcere privado no Estatuto da Criança e do Adolescente [1](#)

Sequestro e lesão corporal [1](#)

Sequestro Relâmpago [1](#)

Será possível o aborto da autora do estupro, que engravidou da vítima? [1](#)

ser humano vivo [1](#)

servidão [1](#)

Sigilo dos documentos públicos [1](#)

Simulação da qualidade de funcionário público [1](#)

Simulação de autoridade para celebração de casamento [1](#)

Simulação de casamento [1](#)

Simulação de perigo [1](#)

Síndico [1](#)

Síndrome da mulher de Potifar (verossimilhança da palavra da vítima) [1](#)

Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo (modalidade qualificada) [1](#)

sistema auburniano [1](#)

Sistema de dias-multa [1](#)

sistema pensylvânico [1](#)

sistema progressivo [1](#)

Sistemas prisionais [1](#)

Situação econômica do réu e isenção do pagamento da multa [1](#)

sob a influência de violenta emoção [1](#)
Sob a influência do estado puerperal [1](#)
Sob o domínio de violenta emoção [1](#)
Sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima [1](#)
Sócio que furta da pessoa jurídica [1](#)
Sonegação de contribuição previdenciária [1](#)
Sonegação de estado de filiação [1](#)
Sonegação de papel ou objeto de valor probatório [1](#)
Sonegação ou destruição de correspondência e violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica [1](#)
suborno [1](#)
subsistência [1](#)
Substância destinada à falsificação [1](#)
Substituição da pena e Tráfico de Drogas [1](#)
Substituição da pena privativa de liberdade [1](#)
Subtração de cadáver [1](#)
Subtração de incapazes [1](#)
Subtração de incapazes e Estatuto da Criança e do Adolescente [1](#)
Subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior [1](#)
Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento [1](#)
Subtração, ocultação ou inutilização de material de socorro no Código Penal Militar [1](#)
Subtração ou inutilização de livro ou documento [1](#)
Subtração ou inutilização de livro, processo ou documento no Código Penal Militar [1](#)
Subtração por arrebatamento [1](#)
subtração privilegiada de semovente domesticável de produção [1](#)
Subtração sem que ocorra exposição a perigo comum [1](#)
Sucessão de complementos da norma penal em branco [1](#)
Sucessão de leis no tempo [1](#)
Sucessão de leis temporárias ou excepcionais [1](#)
Suicídio [1](#)
Suicídio conjunto (pacto de morte) [1](#)
superior hierárquico [1](#)
Superveniência de doença mental [1](#)
Supressão de documento [1](#)
Supressão de documento e crime contra a ordem tributária [1](#)
Supressão de documento no Código Penal Militar [1](#)
Supressão ou alteração de marca em animais [1](#)
sursis [1, 2, 3](#)
Sursis e concurso de crimes [1](#)
Sursis e crime militar [1](#)
Sursis e prisão domiciliar [1](#)
sursis especial [1](#)
Sursis etário [1](#)

Sursis e tráfico de drogas [1](#)

sursis humanitário [1](#)

sursis simples [1](#)

suspensão condicional da pena [1](#)

Suspensão condicional da pena [1](#)

suspensão condicional do processo [1](#)

Suspensão da execução da multa [1](#)

Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo [1](#)

T

Tempo do crime [1](#)
Tentativa [1](#)
Tentativa branca [1](#)
tentativa de ameaça [1](#)
Tentativa de participação [1](#)
Tentativa e contravenção penal [1](#)
Tentativa e crime impossível [1](#)
Tentativa e dolo eventual [1](#)
tentativa imperfeita [1](#)
Tentativa nos delitos culposos [1](#)
Tentativa perfeita [1](#)
teoria da acessoriedade limitada [1](#)
teoria da acessoriedade máxima [1](#)
teoria da acessoriedade mínima [1](#)
teoria da atividade [1, 2](#)
teoria da causalidade adequada [1](#)
Teoria da culpabilidade que remete às consequências jurídicas [1](#)
teoria da equivalência dos antecedentes causais [1](#)
teoria da ficção jurídica [1](#)
teoria da hiperacessoriedade [1](#)
Teoria da Imputação objetiva [1](#)
teoria da probabilidade [1](#)
teoria da relevância jurídica [1](#)
teoria da representação [1](#)
teoria da ubiquidade ou mista [1](#)
teoria da unidade real [1](#)
teoria da vontade [1](#)
teoria do assentimento [1](#)
teoria do autor de determinação [1](#)
Teoria do delito [1](#)
teoria do domínio do fato [1](#)
Teoria do domínio do fato [1](#)
teoria do resultado [1, 2](#)
Teoria dos elementos negativos do tipo [1](#)
teoria dualista [1](#)
teoria mista [1](#)
teoria mista ou da ubiquidade [1](#)
teoria monista [1](#)
teoria pluralista [1](#)
Teorias absolutas e relativas [1](#)

[Teorias do dolo](#) [1](#)

[Teorias extremada e limitada da culpabilidade](#) [1](#)

[Teorias sobre o concurso de pessoas](#) [1](#)

[Terceiro que satisfaz sua lascívia com a vítima](#) [1](#)

[Terceiro que satisfaz sua lascívia com a vítima menor de 14 \(catorze\) anos](#) [1](#)

[Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível](#) [1](#)

[Termo inicial de aplicação da lei penal](#) [1](#)

[Territorialidade](#) [1](#)

[testa de ferro](#) [1](#)

[Testamenteiro](#) [1](#)

[Testemunhas de Jeová](#) [1](#)

[Tipicidade congregante](#) [1](#)

[Tipicidade formal](#) [1](#)

[Tipicidade penal](#) [1](#)

[Tipo básico](#) [1](#)

[Tipo complexo](#) [1](#)

[tipo misto](#) [1](#)

[tipo misto alternativo](#) [1](#)

[Tipo penal](#) [1](#)

[tipos abertos](#) [1](#)

[tipos anormais](#) [1](#)

[tipos derivados](#) [1](#)

[Tipos fechados](#) [1](#)

[Tipo simples](#) [1](#)

[Tipos normais](#) [1](#)

[Título ao portador](#) [1](#)

[Torpeza bilateral](#) [1](#)

[tortura](#) [1](#)

[Trabalho do preso](#) [1](#)

[trabalho em condições análogas à de escravo](#) [1](#)

[Tráfico de Influência](#) [1](#)

[Tráfico de influência em transação comercial internacional](#) [1](#)

[Tráfico de influência em transação comercial internacional](#) [1](#)

[Tráfico de influência no Código Penal Militar](#) [1](#)

[tráfico de pessoas](#) [1, 2, 3, 4](#)

[tráfico internacional de pessoas](#) [1](#)

[Traição](#) [1](#)

[Transmissão dolosa do vírus HIV](#) [1](#)

[Transmissão do vírus HIV](#) [1](#)

[Triolismo](#) [1](#)

[Trocada de fotografia](#) [1](#)

[turismo sexual](#) [1](#)

[Tutor](#) [1](#)

U

ultima ratio [1](#)

Ultra-atividade [1](#)

Ulraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo [1](#)

unificação [1](#)

urgência [1](#)

Uso de algemas [1](#)

Uso de documento falso [1](#)

Uso de documento falso de identidade [1](#)

Uso de documento falso e autodefesa [1](#)

Uso de documento falso e crime contra a ordem tributária [1](#)

Uso de documento falso e estelionato [1](#)

Uso de documento falso no Código Penal Militar [1](#)

Uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino [1](#)

Uso de documento particular falso [1](#)

Uso de documento pessoal alheio no Código Penal Militar [1](#)

Uso de documento público falso [1](#)

Uso de gás tóxico ou asfixiante [1](#)

Uso do documento ideologicamente falsificado [1](#)

Uso indevido de algemas [1](#)

Usuário que solicita a falsificação do documento [1](#)

Usurpação de águas [1, 2](#)

Usurpação de função no Código Penal Militar [1](#)

Usurpação de função pública [1, 2](#)

Usurpação de função pública e detetive particular [1](#)

Usurpação de função pública e estelionato [1](#)

Usurpação de função pública praticada por funcionário público [1](#)

Utilização de gás lacrimogêneo em instrução militar [1](#)

Utilização de gás lacrimogêneo pela polícia [1](#)

V

- Vacatio legis indireta [1](#)
- veneno [1](#)
- Verossimilhança da palavra da vítima vulnerável [1](#)
- Verossimilhança do mal prometido [1](#)
- Vigência e validade da lei [1](#)
- Vílipêndio a cadáver [1](#)
- Vingança [1](#)
- Violação de correspondência [1](#)
- Violação de correspondência entre marido e mulher [1](#)
- Violação de correspondência no Código Penal Militar [1](#)
- Violação de direito autoral [1](#)
- Violação de domicílio [1](#)
- Violação de domicílio no Código Penal Militar [1](#)
- Violação de segredo profissional e Lei de Segurança Nacional [1](#)
- Violação de Segredo Profissional no Código Penal Militar [1](#)
- Violação de sepultura [1](#)
- Violação de sigilo funcional [1](#)
- Violação de sigilo funcional e Código Penal Militar [1](#)
- Violação do painel do Senado [1](#)
- Violação do segredo profissional [1](#)
- Violação do sigilo de proposta de concorrência [1](#)
- Violação sexual mediante fraude [1](#)
- Violência [1](#)
- Violência arbitrária [1](#)
- Violência arbitrária e abuso de autoridade [1](#)
- Violência arbitrária no Código Penal Militar [1](#)
- Violência doméstica [1](#)
- Violência doméstica e familiar contra a mulher [1](#)
- Violência ou ameaça exercida com o emprego de arma [1](#)
- Violência ou fraude em arrematação judicial [1](#)
- vis compulsiva [1, 2](#)
- vis corporalis [1](#)
- Vítima menor de 14 anos [1](#)
- Vítima que é induzida a satisfazer a lascívia de outrem pela Internet [1](#)
- Vítima que mantém relações sexuais consentidas no dia em que completa 14 (catorze) anos, ou que é forçada ao ato sexual, mediante o emprego de violência ou grave ameaça [1](#)
- Vítima que presta depoimento falso [1](#)
- Vítima que se coloca em condições que a impossibilitam de oferecer resistência [1](#)
- voyeurismo [1](#)
- vulnerabilidade [1](#)



Rua Alexandre Moura, 51
24210-200 – Gragoatá – Niterói – RJ
Telefax: (21) 2621-7007
www.impetus.com.br

