

O Direito Penal e as Festas Barebacking

Pelo aluno: [Henderson William Alves Ferreira](#) em Agosto de 2011:

O Direito Penal e as festas barebacking

O professor Humberto Fernandes de Moura, enquanto ministrava sua aula de Direito Penal no Centro Universitário de Brasília – Uniceub, narrou um fato que causou, no mínimo, perplexidade entre os acadêmicos. Numa entrevista pronunciada no rádio, ele ouviu as preocupações de um infectologista com a negligência voluntária dos brasileiros em relação às doenças sexualmente transmissíveis. Em síntese, o professor falou sobre a realização de festas particulares, organizadas em mansões ou chácaras, nas quais os participantes, pessoas sorodiscordantes (soropositivas e soronegativas), praticavam sexo em grupo e sem uso de preservativos. Aspecto importante a ser ressaltado é que todos os convidados tinham a ciência de que entre eles havia pelo menos uma pessoa portadora do vírus da AIDS.

As festas aludidas no parágrafo anterior vêm se popularizando no cenário nacional e são comumente conhecidas como “festas bare”. Bare é uma redução do termo barebacking, que significa “cavalgada sem sela” ou “cavalgada a pêlo”, em referência à modalidade de rodeio na qual os competidores sentam-se sobre o dorso do cavalo sem qualquer proteção. Ademais, designa o indivíduo que mantém relações sexuais sem preservativo. A polêmica ronda os que procuram contaminar-se com o vírus através do sexo sem preservativo. O movimento contra o uso de preservativos surgiu nos Estados Unidos como forma de protesto em razão da perda da sensibilidade e do afastamento da afetividade que a camisinha proporciona, segundo sugestão dos adeptos desse movimento. Eles acreditam também que, agindo dessa forma, o governo americano envidaria esforços para desenvolver a cura da AIDS[1].

No Brasil o debate sobre essas festas ainda não atingiu patamares públicos e o número de especialistas debruçados sobre o estudo do tema é desalentador. Há apenas uma obra que trata sobre o assunto; o livro intitulado “Barebacking sex: a roleta-russa da AIDS?” foi lançado em agosto do ano de 2010 e é resultado de um trabalho de mestrado do especialista em sexualidade humana Paulo Sérgio Rodrigues de Paula[2]. Em virtude da falta de empirismo, não há um perfil estatístico dos praticantes do barebacking, mas infere-se das entrevistas veiculadas na internet que eles são pessoas jovens com nível cultural diferenciado e ocupantes de posições de destaque no mercado. Esses encontros sexuais têm um crescimento inversamente proporcional ao interesse das autoridades de saúde pública sobre o caso. Os organizadores das festas bare utilizam a rede de computadores como meio de divulgação, o que, em tempo de Facebook, têm se mostrado como um eficiente instrumento. Aliado a isso, os novos seguidores são seduzidos pela crença de que a AIDS, embora ainda seja incurável, não mata [3]. A prática é fomentada pelos coquetéis que deram à AIDS contorno de uma doença crônica que não conduz necessariamente à morte.

Segundo dados do sítio eletrônico do Ministério da Saúde, cerca de 600 mil pessoas já manifestaram os sintomas da AIDS. Dessas, 200 mil recebe tratamento patrocinado pelo governo, o que representa um gasto anual de R\$ 700 milhões [4]. A reportagem intitulada “Barebacking cresce no Brasil e torna-se caso de saúde pública”, que foi veiculada pelo Jornal do Brasil em 03 de janeiro de 2009 [5], apresenta outros números: o governo federal consome anualmente perto de R\$ 1 bilhão para tratamento exclusivo de soropositivos. O gasto por paciente gira em torno de R\$ 5.300 a R\$ 26.700 por ano. Estima-se que pelo menos duas pessoas sejam infectadas com o HIV após a participação numa festa bare.

Em decorrência da inegável associação entre a prática do barebacking e a roleta-russa, o professor Humberto instigou os graduandos com a seguinte indagação: no âmbito do Direito Penal, existe realmente alguma relação entre as referidas práticas suicidas? Aproveitando-se da pertinente pergunta e diante de todo o exposto até o momento, questiona-se também se o Estado deve, por meio do Código do Comportamento, reprimir a realização dessas festas.

A roleta-russa é uma aposta na qual o objeto em disputa é a própria vida. Utilizando-se de um revólver, os apostadores colocam uma munição no tambor do armamento, fechando-o aleatoriamente. A partir desse momento, realiza-se o disparo, comumente com o cano da arma apontado para a cabeça, até a ocorrência da percussão da munição [6]. Vence aquele que sobrevive.

Infere-se da doutrina e da jurisprudência que a roleta-russa comporta duas modalidades. Na primeira, a arma passa de mão em mão. Nessa situação, havendo o resultado morte ou lesão corporal, o sobrevivente responderá por induzimento ao suicídio, crime previsto no artigo 122 do CP. De acordo com Mirabete [7], “Nos casos de duelo americano ou roleta-russa, os sobreviventes responderão pelo crime definido no art. 122 [8], embora já se tenha decidido pela ocorrência de homicídio em dolo eventual.”

De outra forma, pode acontecer que o armamento seja manuseado por um único agente. Este acionará o revólver contra os demais participantes. Nesse caso, ocorrendo morte ou lesão corporal, o agente responderá por homicídio com dolo eventual ou tentativa de homicídio, crime capitulado no artigo 121 do CP. Confirmam-se os julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

“APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - DECISÃO DOS JURADOS DE ACORDO COM AS PROVAS PRODUZIDAS - DOSIMETRIA DA PENA. 1. No crime cometido em situação onde o réu e a vítima brincavam de “roleta “russa” configura o dolo eventual. (...)”.[9]

“HOMICÍDIO - DOLO EVENTUAL. AGE DOLOSAMENTE, NÃO APENAS AQUELE QUE LIVRE E CONSCIENTEMENTE QUER UM RESULTADO, MAS TAMBÉM QUEM, EMBORA NÃO QUERENDO, ACEITA-O OU ANUI. CONFIGURADO ESTA O DOLO EVENTUAL NA

VONTADE, APESAR DO RESULTADO. O FATO DE O AGENTE TER DISPARADO VARIAS VEZES EM SECO CONTRA AVITIMA, RODANDO O TAMBOR DO REVOLVER COM UMA BALA SOMENTE, CARACTERIZA A CHAMADA ROLETA RUSSA'. NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO. DECISÃO MAJORITARIA. Ministro Relator OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR Ministro Revisor EDSON ALVES MEY. (...) Comete o homicídio com dolo eventual, o agente que pratica a chamada "roleta russa". Apontar, sabendo estar carregada a arma, disparando em direção a outrem, demonstra inequívoca vontade de produzir o resultado morte ou, como no caso, assume o risco de produzi-la. Quando o agente anui ao advento do resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, não há que se falar em culpa consciente, por mais sensível que seja sua distinção com o dolo eventual"[10].

Para facilitar a análise das festas bare, segundo os ditames do CP, os participantes foram divididos em duas categorias: soropositivos e soronegativos. O soropositivo, que é recrutado para as orgias por meio de anúncios em jornais, confere o caráter ilícito de tais encontros. Sua presença configura o crime enquadrado no § 1º do art. 130 (perigo de contágio venéreo) do capítulo III (da periclitación da vida e da saúde) do título I (dos crimes contra a pessoa) da parte especial do CP [11]. Segundo Noronha [12], "No § 1º existe dolo direto de dano: o agente quer transmitir o mal que se acha atacado (...)". Ainda recorrendo ao ilustre professor Noronha [13], em havendo o contágio, o agente responderá por lesão corporal. Nessa situação, o agente enquadrar-se-ia no inc. II do § 2º do art. 129 do CP [14], e não haveria concurso formal, uma vez que a lesão corporal absorveria o perigo de contágio venéreo, consoante se observa, a título ilustrativo, no julgado do Superior Tribunal de Justiça:

HC 104455 / ES HABEAS CORPUS 2008/0082493-3

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE. CONTEXTO FÁTICO ÚNICO. 1. A aplicação do princípio da consunção pressupõe, necessariamente, a análise de existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa, sendo, por isso mesmo, inviável a sua aplicação automática, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto. 2. Havendo um contexto fático único e incontroverso de que a arma de fogo foi o meio para a consumação do crime de homicídio, aplica-se o princípio da consunção. 3. Ordem concedida.

Em relação aos convidados não infectados, se faz necessário, para uma melhor análise, subdividi-los em duas outras categorias: contumazes e iniciantes. O participante contumaz é o que já esteve em eventos anteriores e naquela situação manteve relação sexual com os demais convidados. Seu enquadramento fica restrito ao caput do art. 130 do CP, pois ele tem ou devia ter o conhecimento de ser portador do vírus HIV, em razão de seu comportamento pregresso. Consoante entendimento do Noronha [15], "Haverá culpa quando o sujeito ativo não tem ciência de estar contaminado, mas devia sabê-lo pelas circunstâncias. (...) não tem ele

consciência de expor a perigo o ofendido, mas devia ter, pois era possível essa consciência.” Para o convidado que nunca participou de uma festa bare, poderão ocorrer três situações. Ele vai à festa e não faz qualquer tipo de ato libidinoso. Nesse caso, tem-se um irrelevante penal. Noutro passo, ele mantém relação sexual com outro convidado soronegativo. Outro fato atípico. Todavia, se ele mantiver contato sexual com o convidado infectado, ele será enquadrado no art. 130, em que pese sua condição de sujeito passivo. O crime de perigo de contágio venéreo não admite o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude, pois os bens jurídicos tutelados – saúde pública e vida – são indisponíveis. NORONHA (1999) preconiza que haverá o crime ainda que o sujeito passivo, ciente da condição do infectado, consinta no ato[16]. Por sua vez, Masson [17] aduz brilhante exposição sobre o consentimento (2009, p. 354):

“(…) seria impossível exigir do legislador a regulamentação expressa e exaustiva de todas as causas de justificação. Seja porque algumas delas resultam de novas construções doutrinárias, seja porque derivam de valores ético-sociais, cujas modificações constantes podem acarretar no desenho de novas causas ainda não previstas em lei, mas que em determinada sociedade se revelam imprescindíveis à adequada e justa aplicação da lei penal. E como essas eximentes não fundamentam nem agravam o poder punitivo estatal – operando exatamente em sentido contrário –, a criação de causas supraleais não ofende o princípio da reserva legal, inseparável do Direito Penal moderno. Para quem admite essa possibilidade, a causa supralegal de exclusão da ilicitude por todos aceita é o consentimento do ofendido (…).”

Diante do apresentado, conclui-se que não há qualquer relação entre a roleta-russa e as festas sexuais. Isso porque, são fatos que se amoldam em artigos diversos. A roleta-russa comporta o homicídio e o induzimento ao suicídio, enquanto as festas bare estão enquadradas no crime de perigo de contágio venéreo.

A conduta dos organizadores deve ser enquadrada como mediação para servir a lascívia de outrem com o fim de obter lucro (§ 3º do art. 227 do CP) [18]. Segundo Bitencourt (2010),[19] os convidados soropositivos são persuadidos por promessa de pagamento em dinheiro[20] para, por meio da prática libidinoso, satisfazer a lascívia de um grupo determinado de pessoas. Os convidados aliciados não são coautores do crime, pois a finalidade exigida pelo tipo é satisfazer a lascívia de outrem, e não a própria. Os demais convidados figuram como vítimas.

Resta responder se o Estado tem o condão de reprimir, por meio de seu aparato legal, a realização de tais festas. A resposta é: somente em relação aos organizadores, pois a ação penal será pública e incondicionada, e, uma vez condenados, haverá reclusão de um a três anos mais multa. Entretanto, ao caso aplica-se a já conhecida inação estatal frente aos lupanares. Melhor seria adotar a sabedoria do magistério de Bitencourt [21], para quem os crimes capitulados no Título VI (dos crimes contra a dignidade sexual) do Capítulo V (do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual)

do CP "(...) estão na contramão da evolução social e perderam seu sentido ante a evolução dos hábitos e da moral sexual nas últimas décadas." No que se refere aos participantes, diz o § 2º do artigo 130 que a ação penal depende da representação do ofendido ou de quem o represente. Portanto, a iniciativa foge da mão do Estado, uma vez que o jus puniendi depende da representação do ofendido. Ora, o ofendido, sujeito passivo do crime em comento, também incorre no crime de perigo de contágio venéreo. Logo, respeitando-se a lógica, queda-se qualquer possibilidade do Estado coibir, por meio do Código Penal, a presença dos participantes nas festas bare. Para que isso acontecesse, seria necessário criar leis semelhantes às leis suecas, que consideram crime de estupro o ato de manter relação sexual sem uso de preservativos. Exemplo emblemático é o caso do criador do Wikileaks, Julian Assange, condenado na Suécia por cometer este crime [22].

Guardadas a devidas proporções, a realidade dos países escandinavos é bastante diversa da vivida no Brasil. Ademais, uma lei nova, apesar de trazer a falsa sensação de proteção, não fornecerá as soluções que o caso realmente necessita. Por outro lado, os dirigentes devem utilizar outros mecanismos, pois se trata mais de uma questão de saúde pública e de informação do que de política criminal. O Direito Penal, orientando-se pelo princípio da fragmentariedade, é o último recurso de proteção do bem jurídico. Ademais, quando a discussão envolve temas relacionados à prática sexual, é inevitável a incidência de pré-julgamentos éticos e morais que colidem frontalmente com a panfletagem religiosa. Os livros penais nacionais mostram como alguns doutrinadores carregam na subjetividade. Rogério Greco [23], citando Nelson Hungria, aduz lenocínio da seguinte forma: "(...) E esta é uma nota comum entre os proxenetas, rufiões e traficantes de mulheres: todos corvejam em torno da libidinagem de outrem, ora como mediadores, fomentadores ou auxiliares, ora como especuladores parasitários. (...) moscas da mesma cloaca, vermes da mesma podridão (...) De tais indivíduos se pode dizer que são os espécimes mais abjetos do gênero humano. São as tênias da prostituição, os parasitas do vil mercado dos prazeres sexuais (...)"

Com as leis não haveria de ser diferente, na medida em que restringem a liberdade sexual, fomentando o preconceito e a discriminação.

Bibliografia

[1] "Em algumas situações, o comportamento irresponsável adquire contornos suicidas. Comum entre os gays americanos desde os anos 90, vem ganhando força no Brasil a prática do barebacking, em que homossexuais masculinos se expõem voluntariamente ao vírus da aids em relações sem proteção. A expressão barebacking pode ser traduzida como "cavalgada sem sela". Nessa roleta-russa da aids, um portador do HIV é chamado a participar de uma orgia. Ele pode ou não receber dinheiro por isso. Quando é contratado, o valor fica em torno de 3.000 reais. Batizado de "gift" (presente, em inglês), o soropositivo não é identificado. Todos os outros convidados, porém, sabem que na festinha há pelo menos um portador do HIV – e se

divertem com o risco de ser infectados. Essa maluquice é protagonizada, em geral, por homens de 16 a 30 anos.(...)” LOPES, Adriana Dias. As alucinantes noites dos camicases. Veja, ed. 2.080, outubro de 2008. Disponível em <http://veja.abril.com.br/011008/p_096.shtml>. Acesso em: 29 de maio de 2011. 23:25. [2] [Sítio]. 02-08-2010 14:43:54 - Dissertação analisa abordagem da mídia sobre a prática do sexo sem camisinha. Disponível em <<http://antiga.ufsc.br/agecom/principal.php?id=20402>>. Acesso em: 31 de maio de 2011. 12:15. [3] “Graças à evolução dos coquetéis de remédios, os jovens de hoje formam a primeira geração que não presenciou a devastação causada pelo HIV nos anos 80. (...) como os retrovirais estão mais eficazes, os jovens superestimam os efeitos dos medicamentos e acreditam que podem tratar a aids como um mal crônico qualquer.” De fato, tais remédios têm tudo para garantir uma longa vida (...). Apesar de todos os progressos na área farmacêutica, conviver com o HIV não é tão simples assim. Os remédios só fazem efeito se tomados à risca, apresentam efeitos colaterais desagradáveis e a quantidade pode chegar a nove comprimidos diários.” LOPES, Adriana Dias. Op. cit.. Disponível em <http://veja.abril.com.br/011008/p_096.shtml>. Acesso em: 30 de maio de 2011. 00:27. [4] “(...) Aids no Brasil – Os novos números da aids (doença já manifesta) no Brasil, atualizados até junho de 2010, contabilizam 592.914 casos registrados desde 1980. A epidemia continua estável. A taxa de incidência oscila em torno de 20 casos de aids por 100 mil habitantes. Em 2009, foram notificados 38.538 casos da doença. (...)” MINISTÉRIO DA SAÚDE. Dados e pesquisa: AIDS no Brasil. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil>>. Acesso em: 26 de maio de 2011. 09:17. [5] Paula, Paulo Sergio Rodrigues de. Barebacking sex: discursividades na mídia impressa brasileira e na internet. 2009. 210 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2009. Disponível em <<http://www.cfh.ufsc.br/~ppgp/Paulo%20Sergio%20Rodrigues%20de%20Paula.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2011. 14:15. [6] “(...) A chamada "roleta russa" consiste no ato de colocar uma única munição no tambor de um revólver, girá-lo de forma randômica e a seguir apontar o cano para a própria cabeça, apertando o gatilho. Num revólver de seis tiros, a probabilidade estatística de o projétil ser deflagrado é de 1:6 (16,6666%), um número altíssimo em termos estatísticos, revelador de desprezo pela própria vida. Num revólver de cinco tiros, a probabilidade estatística sobe para 20%.” (20050110469073ACJ, Relator JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, julgado em 26/09/2006, DJ 01/11/2006 p. 126). [7] MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP, 25 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2008. p. 56. [8] Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. [9] (20040110050496APR, Relator SÉRGIO ROCHA,

2ª Turma Criminal, julgado em 14/01/2010, DJ 15/03/2010 p. 175). [10] (20050110469073ACJ, Relator JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, julgado em 26/09/2006, DJ 01/11/2006 p. 126) [11] Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. § 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 2º - Somente se procede mediante representação. [12] NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. V. 2. Dos crimes contra a pessoa; dos crimes contra o patrimônio. 30 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 56. [13] "Define o art. 130 o delito de perigo de contágio venéreo. (...) trata-se de um crime de perigo. Não é mister que se verifique o contágio, basta a exposição a perigo de outrem contagiar-se, mediante o ato com ele praticado. Conseqüentemente, se resultar contágio efetivo, haverá o crime de lesão corporal, que também é a ofensa à saúde (art. 129)." NORONHA, E. Magalhães. op. cit. p. 85. [14] Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...) § 2º Se resulta: (...) II - enfermidade incurável; Pena - reclusão, de dois a oito anos. [15] NORONHA, E. Magalhães. op. cit. p. 86. [16] "(...) Não desaparece o delito, ainda que o ofendido saiba estar o agente infectado e, portanto, consentir no ato. A objetividade jurídica tutelada é de interesse público, o qual não pode ser derogado por um ato de particular." NORONHA, op. cit., p.86. [17] – carece de citações. [18] Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: pena - reclusão, de um a três anos. (...) § 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. [19] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, volume 4: parte especial. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 147. [20] Vide nota de rodapé nº 1. [21] BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 145. [22] "Acusado pela Suécia de estupro e assédio sexual, Julian Assange, o criador do site WikiLeaks, se entregou à polícia nesta terça-feira, confirmaram as autoridades locais. (...) Segundo a Justiça sueca, ele cometeu estupro, assédio sexual e coerção ilegal contra duas mulheres. Os argumentos usados pela promotoria não estão claros, mas a prática de sexo desprotegido pode ser considerada uma categoria leve de estupro na Suécia. Assange manteve relações sexuais com duas mulheres, em datas distintas, enquanto dava palestras em Estocolmo." PRISÃO de Julian Assange parece ser "boa notícia", diz secretário de Defesa dos EUA. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/841948-prisao-de-julian-assange-parece-ser-boa-noticia-diz-secretario-de-defesa-dos-eua.shtml>> Acesso em: 03 de junho de 2011. 19:43. [23] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, Vol. III. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 616

Adoção por Casais Homoafetivos

Pelo aluna: [Marcella Dell'Aringa Bergamasco Mafra](#) em Junho de 2011

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

- 1 Comentários Relacionados ao Artigo no Projeto WikiCód
- 2 Introdução
- 3 A DECISÃO DO STF
- 4 REFLEXOS:
 - 4.1 A favor:
 - 4.2 Contra:
- 5 Competência do Legislativo
- 6 Doutrina cristã
- 7 A VISÃO DO MUNDO
- 8 SEUS DIREITOS
- 9 CONCLUSÃO
- 10 Bibliografia

Comentários Relacionados ao Artigo no [Projeto WikiCód](#)

- [Reflexos econômicos da admissão da união homoafetiva](#)

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade ou não da adoção por casais homossexuais. Sobre o tema assim estabelece o Código Civil em seus artigos 1618 a 1629 que foram praticamente revogados pela Lei nº12.010/09 (Lei de Adoção), a qual também modificou profundamente dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente referentes à matéria. Todo o processo de adoção está sujeito a judicialização, obedecendo as regras gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente, interpretando-se conjuntamente a Lei de Adoção. Com o advento da Lei de Adoção, solucionou-se a questão da redução do limite etário para o adotante, bem como de seu estado civil, ou seja, pode-se adotar individualmente os solteiros, os viúvos, os divorciados e os separados. A possibilidade de adoção de pessoas do mesmo sexo ainda é um tema do direito de família que encontra-se em discussão por inúmeros doutrinadores e estudiosos do ramo. A jurisprudência brasileira, com muita cautela, já tem admitido em algumas situações a adoção conjunta por casais homoafetivos, tendo como essência a necessidade de tratamento similar das uniões estáveis às uniões homoafetivas, não podendo a união entre pessoas do mesmo sexo, ser privada de uma convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família Assim, conclui-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, não está previsto de forma específica a possibilidade de uniões ou adoções por pares homossexuais, sendo certo, que também não é possível visualizar

qualquer impedimento neste sentido, nem deixar de reconhecer o direito subjetivo à paternidade desses seres humanos.

A DECISÃO DO STF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 178. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Nelas, buscou-se a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem como que, os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis, fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. O Ministro Ayres Britto, relator das matérias, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica” [1], observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF. O Ministro Celso de Mello acrescentou que deve ser obrigatório o reconhecimento, com efeito vinculante, como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os requisitos exigidos para o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, e reconhecer que os mesmos direitos e deveres devem se estender às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Ressaltou que tanto uniões heterossexuais quanto homossexuais são entidades familiares, asseverou o ministro. “Havendo convivência duradoura, pública e contínua, entre duas pessoas, com objetivo de constituição de família - nesse sentido mais amplo -, mister reconhecer a existência de união estável, independente do sexo dos parceiros” [2]. Concluiu que, até que o legislador regule essas proteções, incumbe ao Poder Judiciário assegurar aos casais homoafetivos os mesmo direitos que merecem as demais uniões. Com o voto do presidente da Corte, o Plenário do STF reconheceu, por unanimidade (10 votos), a estabilidade da união homoafetiva, decisão que tem efeito vinculante e alcança toda a sociedade. O Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM) encaminhou um ofício ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sugerindo que as questões relacionadas às uniões estáveis homoafetivas sejam tratadas pelas Varas de Família. A Ordem dos Advogados do Brasil também protocolou ofício que trata da mesma questão. O objetivo é unir esforços. A justificativa é que levando em consideração a decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF) — que reconheceu como entidade familiar as uniões estáveis entre pessoas do mesmo

sexo — não há mais justificativa para que as ações relacionadas às uniões homossexuais sejam tratadas pelas Varas Cíveis, salvo nas comarcas que não existem Varas de Família.

O assessor jurídico do IBDFAM, Ronner Botelho, explica que "além da decisão do STF ter força vinculante, a legislação não deixa dúvidas, pois o artigo 9º, da Lei 9.278/1996 determina que toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça".[3] No entanto, é possível que existam questionamentos por parte de alguns magistrados. A expectativa do IBDFAM é que o CNJ recomende que todos os juízes não declinem da competência das Varas de Família para Varas Cíveis ações que abordem a união estável homoafetiva.

REFLEXOS:

A favor:

O Superintendente da Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos do Rio de Janeiro, Cláudio Nascimento, defendeu a mobilização da comunidade LGBT em prol de seus direitos. Na opinião dele, essa população tem um projeto político próprio e deve ocupar as tribunas nas três esferas do Poder, pois é "essa participação que vai gerar maior institucionalização das políticas públicas e a garantia de direitos".[4] Ressaltou, ainda, que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) traz desafios para o Poder Público. "Com a decisão, passou-se a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e, com isso, os ministérios da Saúde, da Educação terão de adotar ações e protocolos de atendimento para essa nova família".

Contra:

O coordenador da Frente Parlamentar Evangélica, deputado João Campos (PSDB-GO), deputados e senadores que compõem a Frente Parlamentar Mista em Defesa da Família e o pastor da Igreja de Cristo Silas Malafaia pediram à Mesa Diretora da Câmara agilidade na análise do Projeto de Decreto Legislativo 224/11, que susta a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em favor da união homoafetiva.

Competência do Legislativo

Alguns parlamentares criticaram a decisão do Supremo sobre um tema que não é regulamentado por lei, o que é papel do Congresso. A situação chegou a ser reconhecida pelo ministro Gilmar Mendes. No entanto, ele concluiu que o STF seria omissos caso não julgasse o caso. A competência do Legislativo sobre a matéria foi observada também em uma das ressalvas do voto do ministro Ricardo Lewandowski. "Eu entendo que se aplica sim [a união estável para homossexuais], com restrições. Quais são essas restrições? Aplica-se naquilo que não for exclusivo da relação do homem com uma mulher e, mais ainda, enquanto o Parlamento, o Congresso Nacional, não regulamentar a matéria." [5] O Coordenador da Frente Parlamentar Evangélica, deputado João Campos (PSDB-GO) foi um dos que lamentaram o

que chamou de "ativismo jurídico" do STF. Ele sustentou que a Constituição é clara ao definir a união estável expressamente entre um homem e uma mulher. Ressalta que o dispositivo só pode ser alterado pelo Poder Legislativo. "Se tem uma minoria da sociedade que deseja fazer um debate para mudar esse conceito inscrito na Constituição, quem pode fazer isso? Só o Congresso Nacional, alterado o texto constitucional, por meio de uma proposta de emenda constitucional. Se a maioria do Congresso assim entender, certamente a PEC será aprovada, estabelecendo um novo conceito", afirmou.

Doutrina cristã

Na mesma linha, o deputado Ronaldo Fonseca (PR-DF), que é advogado e pastor evangélico, afirmou que as prerrogativas do Congresso foram deixadas de lado. Ressaltou, ainda, que do ponto de vista religioso, a decisão é contrária à doutrina cristã. "Como religioso, eu tenho que lamentar mais ainda. No Brasil, nós temos uma cultura judaico-cristã. Mais de 80% desta nação é constituída de homens e mulheres, de cidadãos e pessoas que têm fé cristã. Ora, a fé cristã nos dá base para rejeitarmos uma outra modalidade de família, respeitando a individualidade de qualquer pessoa: a modalidade de pessoas formada em cima de uma união homoafetiva de homem com homem ou mulher com mulher." Destacou que não poder exercer o instituto da união estável não caracteriza discriminação, uma vez que os homossexuais já têm garantidos outros direitos, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, além do direito à sociedade comum e à sociedade de fato.

A VISÃO DO MUNDO

Hoje a sociedade está compreendendo que a homossexualidade é uma condição natural, não apenas observada em todas as civilizações, em todos os tempos, mas também comum nos seres da natureza. O mundo se divide em três blocos: os liberais, os conservadores e os intermediários. Os liberais estão compostos pelos países nórdicos, onde a união homoafetiva já foi legalizada, a exemplo da Dinamarca, Noruega, Holanda que prevê o casamento, a adoção, entre outros direitos. Os conservadores compreendem aos mulçumanos, onde existe até a pena de morte para quem pratica essa relação. Já os intermediários, são os que compõem o maior bloco, onde está se discutindo acerca da relação homoafetiva, a exemplo do Brasil. Nos EUA, ainda não se admite o casamento entre homossexuais. No Brasil, onde já houve avanços na questão, muitas pessoas têm morrido em razão da sua preferência sexual. Exemplo disso são os skinheads que tentam acabar com esse grupo da sociedade. O aumento da escalada da violência contra homossexuais leva a refletir e questionar sobre os níveis de "civildade" alcançados pela humanidade. Os homossexuais brasileiros são titulares de direitos inalienáveis, cumpridores das leis, eleitores e contribuintes de impostos, mesmo assim, ainda são vistos como cidadãos inferiores, não adquirindo proteção legal para suas relações de afeto, como é garantida aos demais, sendo seu único amparo estatal limitado a decisões favoráveis, após longas batalhas judiciais.

SEUS DIREITOS

A família é a base da sociedade, antes da Constituição Federal de 1988, era considerada como legal apenas aquela família oriunda do casamento. Após a Constituição Federal de 1988, se passou a reconhecer a união estável e a família monoparental, isso mexeu com os juristas, pois assim se possibilitou a todos os cidadãos brasileiros o exercício do direito de constituir família, seja ela de forma natural, artificial, ou por adoção. Essa institucionalização da família monoparental veio fortalecer a tese de que o homossexual tem direito à adoção, pois a Carta Magna nem a discriminou – já que prega em um princípio fundamental a proibição a qualquer tipo de discriminação -, nem a afastou, então se conclui que o homossexual tem também esse direito. Vale ressaltar que no seu inciso II do art 5º, a Constituição Federal de 1988 prega que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Portanto, não se pode deixar de permitir a adoção, porque isso estaria indo de encontro com o direito da criança em ter um lar com afeto. Tampouco poderia proibir a adoção somente por causa da orientação sexual dos pais ou mães adotivos; uma vez que, estaria ferindo o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Uma das restrições que se faz à adoção por casais homossexuais, é que eles influenciariam na formação da personalidade da criança, mas jamais se provou que isso tenha alguma influência no comportamento das crianças adotadas por homossexuais. Esse critério envolve-se de preconceitos e está isento de legalidade. Envolvendo os direitos relativos às uniões homossexuais, pertencente à esfera moral, deve-se, sobretudo, enfatizar a guarda e respeito da justiça de maneira igual para todos. Os parceiros homossexuais, ao não conseguirem seus direitos respeitados e salvaguardados, estão sendo vítimas de uma imoralidade, que no mínimo necessita ser reformulada, sob pena de o judiciário atravessar sistemas enaltecendo a injustiça para alguns em prol da falsa moral. Enfim, não existe em nosso ordenamento jurídico qualquer alusão à proteção do indivíduo baseado em sua orientação sexual. Nossa Carta Magna fica omissa em relação à proteção do indivíduo, porém oferece o pressuposto que ninguém pode sofrer discriminação de qualquer natureza. Os argumentos contra a legislação das uniões entre pessoas do mesmo sexo não merecem suporte legal por parte do Estado, vez que sua função não é promover a moralidade partindo de opiniões populares, mas o direito de seus cidadãos. A finalidade da instituição Estado é a preservação dos direitos de seus cidadãos, heterossexuais ou homossexuais e não apoiar qualquer forma de preconceito irracional das massas. Existe uma tendência significativa no meio jurídico de vislumbrar a família a partir de um conceito moderno, de acordo com atual realidade social.

CONCLUSÃO

A maior polêmica gira em torno das possíveis conseqüências que uma adoção feita por casais homossexuais poderá acarretar ao desenvolvimento psicossociológico das crianças.

Questiona-se que a ausência de modelo do gênero masculino e feminino pode, eventualmente, tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de a criança tornar-se homossexual. Aí se confunde sexualidade com função parental, como se a orientação sexual das figuras parentais fossem determinantes na orientação sexual dos filhos. A função parental não está contida no sexo, e, sim, na forma como os adultos que estão no lugar de cuidadores, lidam com as questões de poder e hierarquia no relacionamento com os filhos, com as questões relativas a problemas disciplinares, de controle de comportamento e de tomada de decisão. Essas atitudes não estão relacionadas ao sexo das pessoas. [6] Outra razão para o não reconhecimento da família homoafetiva é a apreensão, quanto à possibilidade de o filho ser alvo de repúdio no meio em que frequenta ou de ser vítima de preconceito por parte de colegas e vizinhos, o que lhe poderia acarretar perturbações psíquicas ou problemas de inserção social. Conforme relata Maria Berenice Dias, desembargadora do Tribunal de Justiça do RS, “essas preocupações são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias homoafetivas com prole. As evidências apresentadas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao desenvolvimento moral ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio com pais do mesmo sexo. Também não há registro de dano sequer potencial, ou risco ao sadio desenvolvimento dos vínculos afetivos. Igualmente nada comprova que a falta de modelo heterossexual acarretará perda de referenciais a tornar confusa a identidade de gênero. Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gere patologias na prole. Assim, nada justifica a visão estereotipada de que a criança que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizada ou terá prejudicada a sua inserção social.[7] Concluí-se, então, que os problemas que se colocam às famílias homoparentais, com a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a união estável, estão, na esfera jurídica, praticamente resolvidos, pois passarão a ter o tratamento similar das uniões estáveis às uniões homoafetivas, com o objetivo de constituir família. O que ainda deverá permanecer em discussão serão os problemas de ordem social e políticos, como sempre foram em todas as situações de mudança na instituição familiar, como, por exemplo, por ocasião do estatuto do divórcio e a existência de pais/mães solteiros nos anos de 1970 e 1980. Assim, com tantas crianças procurando um lar, um abrigo, um carinho, não podemos deixar prevalecer problemas de formação da estrutura familiar (casais homoafetivos ou heterossexuais), e sim precisamos analisar se neste lar a criança terá uma vida digna, com condições de se tornar um adulto estruturado e amado. Isso é que todos nós precisamos – AMOR. O AMOR é incondicional e prevalece sobre tudo, principalmente sobre questões de ordem social, jurídica e política.

Bibliografia

[1] <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf> [2] <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf> [3] <http://www.ibdfam.org.br/?noti>

[cias¬icia=4563](http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITOS-HUMANOS/198058-PARLAMENTARES-PEDEM-AGILIDADE-PARA-PROJETO-CONTRA-UNIAO-HOMOAFETIVA.html) [4] <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITOS-HUMANOS/198058-PARLAMENTARES-PEDEM-AGILIDADE-PARA-PROJETO-CONTRA-UNIAO-HOMOAFETIVA.html> / <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/197162-DIRIGENTE-DEFENDE-MOBILIZACAO-DE-COMUNIDADE-LGBT.html> [5]<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/196612-RECONHECIMENTO-DA-UNIAO-DE-HOMOSSEXUAIS-PELO-STF-DIVIDE-OPINIOES-NA-CAMARA.html> [6]<http://psicologiaeadocao.blogspot.com/2010/05/adocao-em-familias-homoafetivas.html> [7] www.mariaberenice.com.br

Os Parâmetros da Bigamia na Sociedade Internacional

Pelo aluno: [Diego de Barros Dutra](#) em Julho de 2011

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

- 1 Comentários Relacionados ao Artigo no Projeto WikiCód
- 2 Artigo
- 3 Bibliografia
- 4 Notas

Comentários Relacionados ao Artigo no [Projeto WikiCód](#)

- [Bigamia - Artigo 235](#)

Artigo

As vertentes adotadas nas sociedades são bastante divergentes, haja vista a grande influência da religião e de outras nações, como no caso de alguns países da África. Na Angola, é um direito do homem angolano a poligamia, resguardado este em seu ordenamento, tal que poderá essa figura masculina deter de quantas esposas conseguir manter com sua fortuna, então, caberá à riqueza de cada cidadão angolano definir a quantidade de núpcias que irá este contrair. Sob a análise da ótica angola, ainda há que se aferir quanto à gestão do patrimônio conjugal o qual cabe à varoa com maior idade entre as demais, pecúlio correspondente ao número de argolas ornamentadas pelas mulheres daquela região.

A sociedade internacional muitas vezes entende, através da mídia, que os muçulmanos podem casar-se por quantas vezes entenderem, mas na verdade estes cidadãos seguem um regime sob a perspectiva do Alcorão, onde se afirma a possibilidade dos religiosos muçulmanos poderem contrair quatro núpcias. Enfim, a admissão da poligamia é um intrínseco entendimento da religião, preceitos emanados do Islã.

Nos estados de Utah e Arizona, nos EUA, existem registros das autoridades judiciais, onde estas reconhecem a existência de famílias poligâmicas em razão de sua religião. Com isso, devemos mencionar a religião dos mórmons [1], a qual está enraizada no estado de Utah. Os membros desta religião apoiavam e aceitavam a poligamia até 1890 de forma livre, contudo, no ano mencionado, resolveram aceitar as disposições da lei americana cível que proíbe uma relação matrimonial diferente da monogâmica. Nos estados mencionados, ainda podem ser encontrados 40.000 cidadãos americanos que, sob a ótica de uma seita dissidente, vivem em famílias poligâmicas [2].

No tangente à bigamia interpretada no Reino Unido, podemos observar um posicionamento sólido, o qual define como crime a bigamia e não aceita que seus cidadãos contraiam casamento de forma pluralística. No ano de 2007 houve uma jurisprudência da Corte Inglesa que condenou uma mulher por bigamia [3]. Contudo, os muçulmanos que residem no país e vivem em regência de poligamia, recebem autorização da monarquia para que possam seguir sua religião e ainda lhes é proporcionada assistência social para a vivência em uma sociedade com conceitos incomuns.

As sociedades são amplamente divergentes, podemos perceber que mesmo nações próximas podem entender a relação matrimonial de forma diferente, em um regime monogâmico ou poligâmico. Exemplificando, a província da Chechênia optou por legalizar a bigamia, mas existe uma fundamentação plausível para tal escolha, como a situação sócio-demográfica e a estabilidade social. Enfim, uma escolha agradável, sob a ótica governista, devido ao enorme número de mulheres existentes no país, contudo, a sociedade interpretou o ato como uma islamização ampliada, ou seja, seria uma expansão aos preceitos Islâmicos que estavam sendo inseridos na província [4].

Entretanto, algumas pessoas que dissertam sobre o assunto tipificam a poligamia em dois grupos distintos, são estes: a Poliginia e a Poliandria [5].

A Poliginia é um dos tipos mais divulgados da poligamia, difundido principalmente pela literatura antropológica e sociológica. Esta modalidade consiste na liberdade de o homem poder casar-se com várias mulheres. Este posicionamento é conhecido por muitos pelo significado da poligamia, mas deve ser informado para as sociedades que se trata de um tipo somente [6].

A Poliandria é o outro tipo supramencionado, que consiste a permanência da mulher em contrair casamento com vários maridos. Para muitos, este preceito seria de difícil observação e entendimento, mas devemos conhecer, até mesmo pela sua existência em algumas sociedades internacionais. No norte da Índia, junto à fronteira do Tibete, sito os Himalaias, algumas poucas comunidades que lá residem, vivem em regime de poliandria e alguns pesquisadores determinam a existência destes em razão da poligamia. Porém, o modelo de poliandria adotado pelos mesmos é no mínimo impossível para algumas sociedades, pois a

mulher neste caso é normalmente a irmã, ou seja, a irmã contrai núpcias com alguns irmãos e segundo os próprios Himalaias, declinam esta opção em virtude da garantia de solidificar a economia da família [7]. No Uzbequistão também é aceito a poliandria, mas segundo o governo é em prol da economia do país, contudo, não motiva o vínculo de uma relação entre família como na Índia.

No Brasil, a bigamia detém de um tipo penal próprio, portanto, configura o crime aquele que casado contrair novo casamento. Tal punição é motivada pelo entendimento do Ocidente, onde nossa sociedade está inserida, em reconhecer apenas o enlace matrimonial monogâmico. Entretanto, há de se falar no moderno enlace que as pessoas e o direito vêm admitindo: a união estável [8]. Este instituto ainda é muito controvertido entre doutrinadores, juristas e demais. Alguns entendem a união estável como um enlace que busca concretizar o instituto do casamento, entretanto, outros compreendem este como o próprio instituto matrimonial. Desta forma, para efeitos de proteção estatal é reconhecida a união estável como matrimônio [9]. Mas, deve-se salientar que não há pacificação na matéria.

Bibliografia

1 - Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias: este é o nome oficial da Igreja dos mórmons que foi fundada por Joseph Smith (1805-1844) nos Estados Unidos. Segundo relatos, teria aparecido um anjo chamado Moroni a Smith para anunciar-lhe que tinha sido escolhido por Deus para revelar ao mundo a verdadeira religião. Orientado pelo anjo, Smith teria encontrado uma série de tábuas de ouro sepultadas 1400 anos antes em uma gruta de Cumurah, no estado de Nova Iorque/EUA, esculpidas pelo profeta Mórmon. Nestas, além dos ensinamentos de Jesus, estava narrada a verdadeira história do povo americano. Conforme essas tábuas, os primeiros habitantes brancos teriam chegado à América do Norte não somente antes de Colombo, mas até antes do nascimento de Jesus Cristo. Tratar-se-ia de duas tribos israelitas, os nefitas e os lamanitas, que teriam vindo pouco antes que Jerusalém caísse sob os golpes de Nabucodonosor, rei da Babilônia. Um dos reis desse povo, Mórmon, teria deixado essa história gravada sobre duas placas de ouro que estavam entre aquelas que foram encontradas e traduzidas por Smith. O conteúdo dessas tábuas encontra-se no livro que é fundamental para essa religião, The book of mormons (O livro dos mórmons), publicado em 1830. Depois da publicação, um anjo levou as tábuas e nunca mais houve relatos sobre estas. O livro narra a visita que Jesus Cristo teria feito, após a ressurreição, justamente à porção de seu rebanho que se encontrava na América do Norte e os ensinamentos que ele teria deixado a essas pessoas. Informações extraídas do site de rede mundial, ou seja, uma página da internet, que consta à seguir: <http://www.pime.org.br/mundoemissao/religcristianmormons.htm>

2 - Na internet, existem sites que as pessoas podem dispor de questionamentos e dúvidas pessoais, lugar cybertrônico este que qualquer pessoa poderá responder. Este trecho, por exemplo, foi extraído

do <http://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20110117120528AAOzgw4>, onde membros da religião dos mórmons fazem as referidas afirmações.

3 - <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/internacional/mundo/londres-lesbica-condenada-por-bigamia>. Deste afere-se a jurisprudência inglesa que condenou uma Lésbica por manter uma união estável com outra mulher, mesmo ainda estando casada com um homem. Assim como no Brasil, a união estável é considerada como se casamento fosse e então, pune aquele que mantiver casamento com reistro civil e união estável em mesmo período.

4 - As informações foram aferidas de um artigo constante em um blogspot da rede de internet mundial, sito o: <http://perigoislamico.blogspot.com/2011/04/islamizacao-da-chechenia-causa-que-as.html>. No artigo, observamos desde o título um certo clima de medo “PERIGO ISLÂMICO”. O artigo é de um assunto que sempre pode encontrar alguém que comente sobre, a bigamia, e sobre uma religião que causa diferentes opiniões, o islamismo. Este foi postado em 9 de abril de 2011, ou seja, assunto recentemente discutido pelas redes sociais.

5 - Em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Poligamia> foram aferidas algumas informações e, ainda, a partir destas, pode ser encontradas outras fontes importantes, que destacam e dissertam sobre os dois tipos de poligamia.

6 - Referências da Poliginia aferidas de um artigo escrito por Carvalho, P. (2008) "Poligamia não deve constituir preocupação social em Angola" do Semanário Angolense, publicado no site Angola Xyami.

7 - Um tipo de poligamia pouco conhecido e nada difundido pela literatura ou mídia no mundo, talvez pela maior parte da sociedade mundial ser bastante “machista”. Movimento este interpretado por Carvalho, P. (2008) "Poligamia não deve constituir preocupação social em Angola" do Semanário Angolense, publicado no site Angola Xyami.

8 - Sentido observado no Artigo Científico de uma aluna de pós graduação da Universidade de Salvador. Podendo ser encontrado em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2615458>

9 - Classe do Processo: 2009 07 1 026159-6 APC - 0023196-94.2009.807.0007 (Res.65 - CNJ) DF. Registro do Acórdão Número: 497303. Data de Julgamento : 13/04/2011. Órgão Julgador: 6ª Turma Cível. Relator : JAIR SOARES. Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DE BENS.

Notas

1 - CONFIGURA UNIÃO ESTÁVEL A CONVIVÊNCIA CONTÍNUA E PÚBLICA DE UM HOMEM E UMA MULHER, COM O OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. ESSENCIAL QUE TENHA APARÊNCIA DE CASAMENTO.

2 - COMPROVADA A UNIÃO ESTÁVEL, OS BENS ADQUIRIDOS NA SUA CONSTÂNCIA DEVEM SER PARTILHADOS ENTRE OS CONVIVENTES.

Qualificadoras do Tipo no Crime de Estupro

Pela aluna: [Nathalia Oliveira](#) em agosto de 2011

Qualificadoras do tipo

Não obstante, a lei trouxe modalidades qualificadas ao crime de estupro, contidas em dois parágrafos, a saber:

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Ao contrário do que ocorria com as qualificadoras previstas no revogado art. 223 do Código Penal [1], a nova disposição encontrada previu claramente que a lesão corporal de natureza grave (entendida como aquelas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 129 do CP) [2], bem como a morte da vítima, devem necessariamente ter sido produzida em consequência da conduta do agente, ou seja, pelo cometimento do estupro [3].

Cabe frisar que, no entanto, as qualificadoras previstas apenas podem ser imputadas a título de culpa, cuidando-se, outrossim, de crimes eminentemente preterdolosos [4]. Sendo observado, portanto, a vontade de cometer ambos os delitos, ou percebendo que, ao menos, assumiu o risco de produzir tais resultados (dolo eventual) restará configurado concurso material de crimes [5].

No entanto, existem interpretações diferentes acerca da imputação das qualificadoras do art. 213 no que tange à intenção do agente, ou seja, se a título de culpa, apenas, ou se envolvem, igualmente, o dolo:

Alguns autores sustentam que o resultado qualificador deve ser atribuído ao agente nas hipóteses de dolo e culpa (Nesse sentido: ESTEFAM, André. Crimes Sexuais. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43-44; NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p.25-26). Por se tratar de crime qualificado pelo resultado e porque o legislador não estabeleceu expressa distinção em relação ao elemento subjetivo, a exemplo do que se verifica em relação ao latrocínio (art. 157, §3º) e diferentemente do que ocorre na lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º), o agente que atua com dolo ou culpa em relação à lesão grave ou morte deve responder, sempre, por estupro qualificado. O tratamento punitivo indica que foi intenção do legislador abranger as hipóteses de resultados lesivos decorrentes de condutas tanto culposas como dolosas. A diferença entre as penas

mínima e máxima cominadas para o estupro qualificado por morte (12 a 30 anos) não se justificaria se esse resultado somente pudesse ser atribuído a título de culpa. Essa margem foi prevista justamente para permitir ao juiz a dosagem da pena inclusive em face do elemento subjetivo atinente ao resultado agravador. [6]

Vale observar, no entanto, que o legislador vinculou os resultados à conduta descrita no artigo ao incidi-las em seus parágrafos. Em outras palavras, isso equivale dizer que, deve, necessariamente, haver nexos entre o resultado morte ou lesão corporal e a conduta de estupro, seja no momento do constrangimento, por violência ou ameaça, ou na prática do ato libidinoso e/ou da conjunção carnal, decorrentes da atuação do agente no contexto do fato, a forma será qualificada [7].

Contudo, como já salientado, o resultado necessariamente tem que vir decorrente de culpa em consequência à conduta do estupro. Tendo, o agente, vontade de produzi-lo ou, pelo menos, previsto sua concepção, configurando, dessa forma, conduta distinta daquele que se refere o caput, haverá concurso material entre os crimes de estupro e homicídio ou estupro e lesões corporais.

Assim, complementa o autor Edgar Guimarães Noronha:

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 [8].

Infere-se daí que no caso de a agravante provir de um caso fortuito ou força maior, não poderá o agente ser responsabilizado pelas modalidades qualificadas, como afirma o art. 19 do Código Penal, in verbis: "Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que 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 [9].

Destarte, ainda que com uma pena ampla fixada entre a mínima e a máxima pelo legislador, a forma qualificada se impõe apenas a título de culpa, sendo, no caso de dolo, utilizado o concurso material entre os crimes cometidos. Não significa, necessariamente, que pela máxima do parágrafo ser de 30 anos, dada a morte da vítima, terá que ser esta cominada nesses termos, tendo em vista que poderá variar de 12 a 30 anos.

Cabe analisar, nesse diapasão, a hipótese já suscitada por outros autores, na qual, o agente, visando praticar o estupro, derruba a vítima violentamente no chão ao que esta bate com a cabeça e vem a óbito. Compete falar em tentativa qualificada ou este poderia ser considerado como consumado havendo a morte da vítima?

Assim, duas correntes se formam buscando responder a questão levantada. A primeira, e predileta, entende pela consumação do delito, como explica Luiz Regis Prado:

O melhor entendimento, destarte, é aquele que prima pelo reconhecimento de que haverá, nessas hipóteses, crime qualificado consumado, não obstante ter o delito sexual permanecido de forma tentada [10].

Rogério Greco, no entanto, discorda da referida posição, observando a contrariedade do raciocínio esposado, entendendo como correta, mesmo que como exceção ao crime preterdoloso, a tentativa qualificada de estupro, nos seguintes termos:

(...) 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 culposos, 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 reconhecer aquilo que, efetivamente, não ocorreu no caso concreto.(...)

Aqueles que entendem que o delito se consuma com a ocorrência das lesões graves ou da morte justificam seu ponto de vista dizendo que, se reconhecêssemos 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 cominada em ambos os delitos, muito embora a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, a tenha aumentado para 30 anos (...)

(...) não podemos permitir que essas falhas consideradas em préjuízo do 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 inciso II do art. 14 do Código Penal. [11]

Nesse sentido, incumbe ainda ressaltar, que o fato de cominar uma pena, ao agente, maior do que aquela que lhe seria proporcional na medida dos atos praticados, seria inconstitucional, violando suas garantias ao impor uma situação mais gravosa do que a que lhe compete.

Não que o fato de a vítima ter falecido em razão de uma ação do agente não seja relevante o suficiente para lhe proporcionar alguns anos a mais na pena que lhe caberia, mas o fato é que não houve a concretização do estupro por razões alheias a sua vontade. Em outras palavras, o agente não tinha a intenção de matar a vítima, mas sim, apenas, ver saciada a lascívia que lhe tomava. Portanto, não há por que agravar a pena, na medida do §2º, baseando-se numa pena base de estupro consumado.

Uma terceira posição, e a mais coerente, leva em consideração a regra de não haver tentativa em crimes preterdolosos, mas fixa pena ao agente de acordo com aquilo que lhe seria cabível, tendo em vista os atos praticados, a saber:

O fundamento de tal postura doutrinária reside no fato de a lei fazer referência aos resultados em razão da violência ou da grave ameaça empregadas, e não do crime sexual propriamente dito. Por isso, aquele que praticar estupro tentado com resultado morte da vítima (culposa) responderá por tentativa de estupro em concurso material com homicídio culposo. Por fim, não há tentativa de crime preterdoloso [12].

Portanto, tendo em vista os entendimentos acima expostos, a pena mais justa seria aquela cotejada pela terceira corrente, vislumbrando a forma tentada do estupro em concurso material ao homicídio culposo tendo em vista o caso apresentado.

Outra qualificadora elencada no 1º parágrafo do artigo em análise diz respeito à faixa etária da vítima, agravando a pena se o agente tinha conhecimento de estar sua idade compreendida entre 18 (dezoito) e 14 (quatorze) anos de idade [13].

Deve ser frisado que, mesmo a vítima menos 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 as penas deste último são maiores do que aquelas previstas pelo §1º do referido artigo [14].

A expressão trazida pelo dispositivo “maior de 14 (quatorze) anos” remete a uma controvérsia doutrinária antiga ao questionar se, sendo violentada a vítima no dia do 14º aniversário, haveria a incidência ou não da qualificadora, visto que esta ainda não seria, de fato, maior de 14 anos. O autor Rogério Greco, então, explica que no caso em questão, “no primeiro instante após completar a idade prevista pelo tipo penal a pessoa já é considerada maior de... (...) para efeitos de reconhecimento da qualificadora.” [15]

No tocante às vítimas menores de 14 anos ou, ainda, aquelas que não podem oferecer qualquer resistência, consideradas como vulneráveis, serão estas tratadas em um artigo específico, introduzido pela Lei 12.015 (a saber: art. 217-A, do Código Penal), com uma cominação, naturalmente, maior do que a fixada pelo estupro qualificado.

Relembre-se, ainda, que no tocante a vulnerabilidade da vítima, cabe incluir aquelas constrangidas mediante “ataque surpresa”, ou seja, aquelas surpreendidas pelo agente, com tamanha rapidez e destreza na ação, que não têm condições de detê-lo na empreitada, não oferecendo qualquer resistência [16].

Bibliografia

[1]In verbis: “Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Parágrafo único - Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.”

[2]In verbis: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. § 1º - Se resulta: I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente; 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 de membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.”

[3]GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume III (arts. 155 a 249 do CP). 7. ED. Niterói, RJ: Impetus, 2010. (p. 455) Ainda: “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.” GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume III (arts. 155 a 249 do CP). 7. ED. Niterói, RJ: Impetus, 2010. (p. 463) “Registre-se que a lesão corporal de natureza leve ou as vias de fato decorrentes da violência empregada pelo agente são absolvidas pelo tipo legal do art.213” PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. ED. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (p. 668). Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial 4. 4 ED. São Paulo: Saraiva, 2010. (p.52).

[4]GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume III (arts. 155 a 249 do CP). 7. ED. Niterói, RJ: Impetus, 2010. (p. 455). Nesse sentido: “O resultado é imputado a título de preterdolo (crime com dolo no antecedente e culpa no consequente). Se houver dolo (direto ou eventual em relação a esse resultado) haverá concurso de delito (estupro e lesão corporal grave ou estupro e morte). É certo que o resultado deve ser na pessoa sujeito passivo. Caso o resultado venha a atingir terceira pessoa haverá, também, concurso.” CAMPOS, Pedro Franco de (ET. AL). Direito Penal Aplicado: Parte Especial do Código Penal (arts. 121 a 361). 3 ED. São Paulo: Saraiva, 2010. (p. 294). e CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Vol 3. 8 ED. São Paulo: Saraiva, 2010. (p.47)

[5]PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. 5 ED. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (p.668)

[6]MIRABETE. Júlio Fabbrini. e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 27 ED. São Paulo: Atlas S.A, 2010. (p.395-396). Nesse sentido: “Contudo, nas hipóteses em apreço, a extrema gravidade das sanções cominadas (máximo de 12 (doze) e 30 (trinta) anos, respectivamente), leva-nos a admitir a possibilidade, indistintamente, de o resultado agravador (lesão corporal grave ou morte) poder decorrer tanto de culpa quanto de dolo, para evitarmos uma situação paradoxal. (...) 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 (...) 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” BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial 4. 4 ED. São Paulo: Saraiva, 2010. (p.52)

- [7]MIRABETE, Júlio Fabbrini. e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 27 ED. São Paulo: Atlas S.A, 2010. (p.394)
- [8]NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal. v.3. 3 ED. São Paulo: Saraiva (p.182)
- [9]GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume III (arts. 155 a 249 do CP). 7. ED. Niterói, RJ: Impetus, 2010. (p. 456). Nesse sentido: MIRABETE, Júlio Fabbrini. e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 27 ED. São Paulo: Atlas S.A, 2010. (p.395).
- [10]PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, v.3. 5 ED. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (p. 250). Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Vol 3. 8 ED. São Paulo: Saraiva, 2010. (p.47): “(...) aplicando-se por analogia a solução dada ao latrocínio pela Súmula 610 do STF: ‘Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima’.”
- [11]GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume III (arts. 155 a 249 do CP). 7. ED. Niterói, RJ: Impetus, 2010. (p. 457). Nesse sentido: MIRABETE, Júlio Fabbrini. e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 27 ED. São Paulo: Atlas S.A, 2010. (p.397)
- [12]CAMPOS, Pedro Franco de (ET. AL). Direito Penal Aplicado: Parte Especial do Código Penal (arts. 121 a 361). 3 ED. São Paulo: Saraiva, 2010. (p. 295).
- [13]“(...) aqui a idade da vítima (menor de 18 ou maior de 14 anos), atua na medida do injusto em razão de um maior desvalor de ação, pois a qualidade da vítima propicia uma maior eficácia na concreção do resultado” PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. 5 ED. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (p.668)
- [14]GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume III (arts. 155 a 249 do CP). 7. ED. Niterói, RJ: Impetus, 2010. (p. 458)
- [15]GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume III (arts. 155 a 249 do CP). 7. ED. Niterói, RJ: Impetus, 2010. (p. 459) Nesse sentido: JESUS, Damásio. Direito Penal: Parte Especial, v.3. 19 ED. São Paulo: Saraiva, 2011. (p.129) e CAMPOS, Pedro Franco de (ET. AL). Direito Penal Aplicado: Parte Especial do Código Penal (arts. 121 a 361). 3 ED. São Paulo: Saraiva, 2010. (p. 285).
- [16]JESUS, Damásio. Direito Penal: Parte Especial, v.3. 19 ED. São Paulo: Saraiva, 2011. (p.130).

ASSÉDIO SEXUAL: É POSSÍVEL ASSÉDIO SEXUAL PRATICADO POR PROFESSOR(A) E ALUNO(A)?

Artigo elaborado pelo aluno: [EDUARDO RIOS AGUIAR DE VASCONCELOS](#)

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 INTRODUÇÃO

2 Sujeitos do crime de assédio sexual

- 2.1 Ativo
- 2.2 Passivo

3 Elementares do crime de assédio sexual

4 É possível a prática de crime de assédio sexual por parte de professor(a) em face de aluno(a)?

5 CONCLUSÃO

6 Referencias

7 Bibliografia

INTRODUÇÃO

Assédio sexual é crime contra a liberdade sexual. Ele está tipificado no art. 216-A do código penal: “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função[1]”. De acordo com Houaiss, constranger significa “tolher a liberdade a; obrigar(alguém) a fazer o que não quer [2]”. Portanto, percebe-se a necessidade de caracterizar dois elementos nesse crime: um subjetivo, que é o intenção do agente em constranger a vítima a fazer algo que satisfaça o libido(desejo sexual) dele, ou seja, há presença de dolo na conduta; o segundo elemento caracterizador dessa conduta é aferido de forma objetiva, ou seja, o agente precisa ter posição de superioridade hierarquia ou ascendência relativos ao cargo, emprego ou função a que este ocupa em face da vítima.

Sujeitos do crime de assédio sexual

Ativo

Júlio Fabbrini Mirabete leciona que se trata de crime bipróprio. O sujeito ativo precisa situar-se em posição de superioridade hierárquica ou ascendência funcional em relação ao sujeito passivo [3]. Contudo, o sujeito ativo pode ser homem, mulher, homossexual.

Passivo

Da mesma forma, o sujeito passivo desse crime também pode ser homem, mulher ou homossexual, desde que esteja situado em posição de inferioridade hierárquica ou descendência funcional em face de sujeito ativo – crime bipróprio.

Elementares do crime de assédio sexual

Ensina Damásio de Jesus que as elementares contidas no crime de assédio sexual, segundo o código penal são: Ação de constranger; intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual; prevalência do agente de sua condição de superior hierárquico ou de ascendência em relação à vítima (abuso); as situações (superioridade hierárquica ou ascendência) devem existir em decorrência de emprego, cargo, ou função; legitimidade do direito ameaçado ou injustiça do sacrifício a que a vítima deve suportar por não ceder ao assédio [4].

É possível a prática de crime de assédio sexual por parte de professor(a) em face de aluno(a)?

O que se discute na atribuição ou não de crime de assédio sexual, na hipótese acima alusiva, é se houve ou não fato típico, pois, para a caracterização desse crime, é mister ocorrer uma de duas possibilidades: superioridade hierárquica ou ascendência do autor em relação à vítima, relacionados ao cargo, emprego ou função que aquele exerce. Como se pode constatar, a primeira possibilidade, de fato, não ocorre, porque não há subordinação hierárquica entre professor(a) e aluno(a); entretanto, há ascendência daquele em face deste. Ascendência, segundo Antônio Hoaiss, significa “hegemonia exercida por alguém sobre outrem” [5]. Dessa forma, o que deve ser aferido pelo aplicador da lei, para tal constatação, é a conduta do agente. O agente abusou da ascendência funcional de que detém para constranger a vítima a ceder aos seus anseios sexuais? Se o Magistrado entender que houve constrangimento, que o agente se utilizou das prerrogativas do cargo, emprego ou função para abusar da vítima, e esse abuso ou constrangimento tiveram a intenção de realizar desejos sexuais do autor, estará caracterizado o crime de assédio sexual entre professor(a) e aluno(a). Esse entendimento está aliado à jurisprudência do Tribunal Regional Federal – TRF - da 1º região. Na sentença, o Juiz condenou o professor à pena de um ano e seis meses de detenção, por assédio sexual. De acordo com a sentença, o réu assediou uma aluna que precisava fazer exame especial, por ter recebido notas abaixo na disciplina ministrada pelo professor. Segundo a denúncia do Ministério Público Federal, o professor, conforme o MPF, disse que a aluna só conseguiria êxito na matéria, se ela o convidasse para ir a um lugar no qual os dois pudessem ficar à vontade. O réu apelou da decisão, contudo a Quarta Turma do TRF da 1ª região negou por unanimidade o recurso interposto [6].

CONCLUSÃO

É possível, sim, a prática de crime de assédio sexual por professor(a) em face de aluno(a). Para configurar tal crime é preciso de elemento subjetivo acima enfatizado – dolo – e de elemento objetivo – superioridade hierárquica ou ascendência funcional. A ascendência funcional da qual professor de universidade, faculdade ou colégio detém em relação a seus alunos(as) é nítida e fácil de ser caracterizada. O regimento interno do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB estabelece, por exemplo, em seu artigo 50: “Cabe ao professor responsável pela disciplina apurar a frequência e o aproveitamento do aluno”. Ademais, no § 3º

do mesmo artigo, ele informa que: “A menção final não representa a média das menções parciais, devendo, antes, significar o julgamento final e global do aproveitamento nos estudos.”; outrossim, o § 5º do mesmo artigo prescreve: “As menções parciais e a menção final são atribuídas pelo professor e tornadas públicas pelo Diretor da Faculdade, nos 8 (oito) dias úteis que se seguirem às avaliações” [7]. Percebe-se, com isso, o poder que o professor exerce perante os(as) alunos(as). Poder de reprovar ou dificultar a aprovação de um(a) aluno(a). Por outro lado, não é qualquer professor que detém tal prerrogativa. Um professor de cursinho para concursos, por exemplo, não exerce ascensão em relação aos alunos(as), pois não possui mecanismos de prejudicar um aluno, caso esse não se curve diante de seus desejos libidinosos. O mecanismo prejudicial de que um professor de cursinho não detém, e que um professor de universidade, faculdade ou colégio certamente detém está ligado à elementar: legitimidade do direito ameaçado ou injustiça do sacrifício a que a vítima deve suportar por não ceder ao assédio. É fundamental ressaltar, consoante preconiza o professor Damásio de Jesus, que não é qualquer constrangimento que pode configurar o delito de assédio sexual. Deve haver o cerceamento de um direito ao qual a vítima faz jus, como, por exemplo, ter o direito de que sua prova seja corrigida sob os mesmos critérios que o dos demais alunos. Assim, não se pode falar no tipo em análise quando se tratar de um privilégio que o sujeito ativo oferece à vítima de uma ação de natureza sexual [8]. Exemplo desse privilégio seria o caso de um professor que oferecesse um automóvel para que a suposta vítima deixasse ele realizar seus desejos sexuais com ela. Certamente não estaríamos diante do crime de assédio sexual, pois não houve ameaça a um legítimo direito ou injusto sacrifício por parte da vítima, mas sim uma oportunidade de se aproveitar de uma vantagem oferecida pelo agente para se comportar de determinada forma.

Referencias

- 1 BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Artigo 216-A do Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10 mar 2012. (grifo nosso).
- 2 HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- 3 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal II. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- 4 JESUS, Damásio Evangelista. Crime de Assédio Sexual. Jusnavigandi, Terezina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2386/crime-de-assedio-sexual>> Acesso em 18 mar. 2012.
- 5 HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- 6 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÕES FINAIS. DILIGÊNCIAS. REABERTURA DE PRAZO. ASSÉDIO SEXUAL. 1. A reabertura de prazo para apresentação de alegações finais, após cumprimento de diligência,

não as tornam extemporâneas ou eivadas de nulidade, posto que não evidenciado qualquer prejuízo ao direito de defesa dos acusados. 2. Suficientemente demonstrados nos autos o cometimento do crime previsto no artigo 216-A, do Código Penal, posto que o réu, valendo da relação de ascendência inerente ao exercício do cargo de professor da Universidade Federal de Roraima, constrangeu alunas propondo-lhes tratamento diferenciado, com a intenção de obter favorecimento sexual. 3. Recurso de apelação improvido. 2004.42.00.001457-3/RR. Quarta Turma. Apelante: Mozart Monte Farias. Apelado: Justiça Pública. Relator(a): Des. Federal Mário César Ribeiro. Brasília, 28, de fevereiro de 2011. Disponível em:

<<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=20&pagina=429&data=04/03/2011>>.

Acesso em: 18 mar. 2012.

7 BRASIL. Regimento Geral do Centro Universitário de Brasília, de 22 de março de 2001.

Artigo 50, § 3º e 5º. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.uniceub.br/Pdf/regimento.pdf>>

Acesso em: 19 mar. 2012.

8 JESUS, Damásio Evangelista. Crime de Assédio Sexual. Jusnavigandi, Terezina, ano 6, n.

52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2386/crime-de-assedio-sexual>>

Acesso em: 18 mar. 2012.

Bibliografia

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Artigo 216-A do Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mar 2012. (grifo nosso).

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal II. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista. Crime de Assédio Sexual. Jusnavigandi, Terezina, ano 6, n. 52,

1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2386/crime-de-assedio-sexual>>

Acesso em: 18 mar. 2012.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÕES FINAIS. DILIGÊNCIAS. REABERTURA DE PRAZO. ASSÉDIO SEXUAL. 1. A reabertura de prazo para apresentação de alegações finais, após cumprimento de diligência, não as tornam extemporâneas ou eivadas de nulidade, posto que não evidenciado qualquer prejuízo ao direito de defesa dos acusados. 2. Suficientemente demonstrados nos autos o cometimento do crime previsto no artigo 216-A, do Código Penal, posto que o réu, valendo da relação de ascendência inerente ao exercício do cargo de professor da Universidade Federal

de Roraima, constrangeu alunas propondo-lhes tratamento diferenciado, com a intenção de obter favorecimento sexual. 3. Recurso de apelação improvido. 2004.42.00.001457-3/RR. Quarta Turma. Apelante: Mozart Monte Farias. Apelado: Justiça Pública. Relator(a): Des. Federal Mário César Ribeiro. Brasília, 28, de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=20&pagina=429&data=04/03/2011>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

BRASIL. Regimento Geral do Centro Universitário de Brasília, de 22 de março de 2001. Artigo 50, § 3º e 5º. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.uniceub.br/Pdf/regimento.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2012.

JESUS, Damásio Evangelista. Crime de Assédio Sexual. Jusnavigandi, Terezina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2386/crime-de-assedio-sexual>> Acesso em 18 mar. 2012.

Consumação e tentativa - Art. 14

COMENTÁRIO AO ARTIGO 14 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluno: [Ivo Sales Targino](#), em Junho de 2011.

"14 - Diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços"

Análise doutrinária

Segundo César Roberto Bittencourt¹, "determinar o momento do crime é operação que tem extrema relevância, pois se reflete no termo inicial da prescrição e na competência territorial. Consuma-se o crime quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando fato concreto se subsume no tipo abstrato da lei penal. Quando são preenchidos todos os elementos do tipo objetivo, pelo fato natural, ocorre a consumação". A noção de consumação, segundo Damásio de Jesus, "expressa a total conformidade do fato praticado pelo agente com a hipótese abstrata descrita pela norma penal incriminadora"². Na afirmação de Aníbal Bruno "a consumação é fase última do atuar criminoso. É momento em que o agente realiza em todos os seus termos o tipo legal da figura delituosa, e em que o bem jurídico penalmente protegido sofre a lesão efetiva ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo"³.

Segundo Rogério Greco⁴, "o código penal preocupou-se em conceituar o momento da consumação do crime, bem como quando o delito permanece na fase da tentativa".

Inicialmente a ação é composta por duas fases: interna e externa. Na fase interna, o agente antecipa e representa mentalmente o resultado, escolhe os meios necessários a serem

utilizados no cometimento da infração, bem como considera os efeitos concomitantes que resultarão dos meios por ele escolhidos, e em seguida exterioriza sua conduta, colocando em prática tudo aquilo que por ele fora elucubrado.

“Não se confunde consumação com crime exaurido, pois neste, após a consumação, outros resultados lesivos ocorrem. Embora não seja a regra, em alguns crimes o exaurimento não ocorre simultaneamente com a consumação. Com efeito, o crime pode estar consumado e dele não haver resultado todo o dano que o agente previra e visara, e que a própria tipificação proíbe”⁵.

“A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há prática de ato de execução, mas o sujeito não chega à consumação por circunstâncias independentes de sua vontade. A tentativa é tipo penal ampliado, um tipo penal aberto, um tipo penal incompleto, mas um tipo penal. A tentativa amplia temporalmente a figura típica, cuja punibilidade depende da conjugação do dispositivo que define com o tipo penal incriminador. Na tentativa o movimento criminoso pára em uma das fases da execução impedindo o agente de prosseguir no seu desiderato por circunstâncias estranhas ao seu querer. A tentativa é um crime que entrou em execução, mas no seu caminho para a consumação é interrompido por circunstâncias acidentais. Figura típica não se completa. A conduta desenvolve-se no caminho da tipicidade, mas, antes que o agente atinja, causa estranha detém o seu movimento”⁶.

“A tentativa é a figura truncada de um crime. Deve possuir tudo o que caracteriza o crime, ou seja, deve conter todas as fases do inter criminis, menos a consumação. A tentativa é constituída dos seguintes elementos: início da execução, não consumação do crime por circunstâncias independentes da vontade do agente e dolo em relação ao crime total. As espécies ou formas de tentativas são: tentativa imperfeita e tentativa perfeita”⁷.

A tentativa, como fragmento de crime que é, não tem sua presença assegurada em todas as espécies de crimes, pois nem todas as infrações penais admitem essa figura típica ampliada. Os crimes que não admitem tentativa são: crimes culposos, crimes omissivos próprios, crimes unissubsistentes e o crime habitual.⁸

Bibliografia

1 BITTENCOURT, César Roberto, Tratado de direito Penal, São Paulo, Saraiva, 2009 p. 428. 2 JESUS, Damásio, Direito Penal, 12ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1998, v. 1, p. 281. 3 BRUNO, Aníbal, Direito Penal, Rio de Janeiro, forense, 1967, t. 2, p. 254. 4 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 12ª. Ed., 2010, p. 237 5 BITTENCOURT, César Roberto, Tratado de direito Penal, São Paulo, Saraiva, 2009 p. 428. 6 BITTENCOURT, César Roberto, Tratado de direito Penal, São Paulo, Saraiva, 2009 p. 429. 7 BITTENCOURT, César Roberto, Tratado de direito Penal, São Paulo, Saraiva, 2009 p. 433. 8 BITTENCOURT, César Roberto, Tratado de direito Penal, São Paulo, Saraiva, 2009 p. 436.

Desistência voluntária e arrependimento eficaz - Art. 15

COMENTÁRIO AO ARTIGO 15 DO CÓDIGO PENAL

Autoria da aluna: [Rayane Borges de Lima](#) em Junho de 2011.

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

Análise Doutrinária

Segundo Luiz Carlos Avansi Tonello, "na desistência voluntária, o agente desiste de continuar na execução do crime quando ainda lhe é possível uma margem de ação. Teria, em tese, mais potencial ofensivo a ser utilizado. No arrependimento eficaz, o agente esgotou toda a execução, não há mais margem nenhuma. Nesses casos o sujeito ativo procura impedir que o resultado sobrevenha. Para que haja o arrependimento eficaz, ele realmente tem que ser eficaz, isto é, o arrependido tem de evitar que o crime se consuma"[1]. Na desistência voluntária o indivíduo interrompe voluntariamente a execução do crime, abstendo sua consumação, sendo uma atitude passiva. E no arrependimento eficaz o indivíduo evita que o crime se consuma, faz alguma coisa (por exemplo, leva a vítima ao hospital), para impedir a consumação do crime, sendo uma atitude ativa.

No dizer de Luiz Carlos Avansi Tonello, "tanto a desistência voluntária quanto o arrependimento eficaz fazem desaparecer a tentativa, e, se os atos já praticados não constituírem, por si só, ilícitos penais, o agente terá de responder penalmente por crime algum"[2]. Exemplo de desistência voluntária: o malandro assalta a vítima com intenção de roubá-la, e ela começa a gritar e o meliante se assusta e vai embora. Exemplo de arrependimento eficaz: João, com uma arma de fogo carregada com seis balas, atira três vezes contra Carlos com o propósito de matá-lo. João acerta Carlos com três tiros. Logo em seguida, pensa bem, e leva Carlos ao hospital onde ele é operado, ele passa bem e não morre.

Concluindo, Luiz Carlos Avansi Tonello ressalta: "a) Desistência Voluntária: relaciona-se com a tentativa imperfeita, pois nesta, o agente não chegou a realizar todos os atos necessários à consumação do crime. b) Arrependimento Eficaz: com a tentativa perfeita (crime falho), pois aqui, o agente já realizou todos os atos necessários à consumação do crime"[3]. Por outro lado, Julio Fabbrini Mirabete diz que "na desistência voluntária, o agente, embora tenha iniciado a execução, não a leva adiante, desistindo da consumação. Ela, portanto, só ocorre quando não é forçada, havendo constrangimento moral ou material à consumação, ocorre à tentativa. A lei apenas exige, porém, que a desistência seja voluntária, pouco importando se

espontânea ou não. E arrependimento eficaz também hipótese de inadequação típica de tentativa, pois o agente, após ter esgotado os meios de que dispunha para a prática do crime, arrepende-se, evitando que o resultado ocorra. Também não se exige que o agente atue espontaneamente, bastando sua vontade de evitar o resultado, praticando atos para impedir o evento”[4].

Um quesito importante é a polêmica entre natureza dessas duas espécies. Para Néelson Hungria, “trata-se de causas de extinção de punibilidade, ou seja, circunstâncias que, sobrebindo á tentativa de um crime, anulam a punibilidade do fato a esse título. Há uma renúncia do Estado ao jus puniendi (no tocante à entidade “crime tentado”), inspirada por motivos de oportunidade”. Outros penalistas, no entanto, com uma concepção, a nosso juízo, mais adequada e dogmaticamente sustentável, entendem que se trata de “causas de exclusão da adequação típica” [5]. Já para César Roberto Bittencourt, “o agente que inicia a realização de uma conduta típica pode, voluntariamente, interromper a sua execução. Isso caracteriza a tentativa abandonada ou, na linguagem do nosso Código Penal, a desistência voluntária, que é impunível. Essa impunibilidade assenta-se no interesse que tem o Estado (política criminal) em estimular a não-consumação do crime, oferecendo ao agente a oportunidade de sair da situação que criara, sem ser punido. No arrependimento eficaz o agente, após ter esgotado todos os meios de que dispunham necessários e suficientes, arrepende-se e evita que o resultado aconteça. Isto é, pratica nova atividade para evitar que o resultado ocorra. Aqui, também, não é necessário que seja espontâneo, basta que seja voluntário” [6].

Análise Crítica

A desistência voluntária é quando o agente inicia a prática do crime, entretanto, suspende o ato por sua própria vontade, não conduzindo a consumação. Exemplo: “A” dispara diversos tiros e, “B”, e não acerta nenhuma, portanto “A” desiste de prosseguir os atos executórios. Na fórmula de Frank existirá a desistência voluntária sempre que o agente pode prosseguir, mas não quer, se ele quer, mas não pode haverá tentativa.

Já o arrependimento eficaz é quando o agente pratica até o fim os atos executórios, e voluntariamente impede o resultado. Exemplo: “A” dispara e acerta diversos tiros em “B”, porém “A” se arrepende e desiste de matar “B”, e o leva ao hospital impedindo sua morte. A distinção entre essas espécies: na desistência voluntária o agente interrompe a execução, enquanto, no arrependimento eficaz o que é interrompido é o resultado.

Bibliografia

1 TONELLO, Luis Carlos Avanzi. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Janina, 2ª ed. 2003, p. 126. 2 TONELLO, Luis Carlos Avanzi. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Janina, 2ª ed. 2003, p. 125. 3 TONELLO, Luis Carlos Avanzi. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Janina, 2ª ed. 2003, p. 127. 4 MIRABETE, Julio Fabbini. Código Penal, 6ª ed.

2007, Atlas Editora. 5 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 439. 6 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 437/438.

Crime impossível - Art. 17

COMENTÁRIO AO ARTIGO 17 DO CÓDIGO PENAL.

Autoria da aluna: [Larissa Stephanie Lima de Almeida](#) em Junho de 2011.

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

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 INTRODUÇÃO

2 TEORIAS SOBRE O CRIME IMPOSSÍVEL

3 ABSOLUTA INEFICÁCIA DO MEIO E MEIO RELATIVAMENTE INEFICAZ

4 ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO OBJETO E OBJETO RELATIVAMENTE IMPRÓPRIO

5 O CRIME IMPOSSÍVEL E A SÚMULA Nº 145 DO STF

6 DIFERENÇA ENTRE CRIME IMPOSSÍVEL E CRIME PUTATIVO

7 QUESTÕES PROCESSUAIS

8 Bibliografia

INTRODUÇÃO

Segundo Rogério Greco [1], no início desse artigo já se pode partir 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. Na redação inicial do artigo está expresso que "não se pune a tentativa", e somente podemos falar em tentativa quando o agente já dera início aos atos de execução objetivando alcançar a consumação do crime por ele pretendido [2]. Para Paulo Queiroz [3], a tentativa de um crime é considerada inidônea quando, em razão da inidoneidade dos meios de execução ou do objeto a que se dirige a ação, for impossível a consumação do crime nas circunstâncias dadas. A impossibilidade pode resultar assim tanto de meio ineficaz (revólver sem munição), como de impropriedade do objeto (matar um cadáver) ou da conjugação de ambas as formas [4]. Já para Fernando Capez [5], é aquele que, pela ineficácia total do meio empregado ou pela impropriedade absoluta do objeto material, é impossível de se consumir. Não se trata de causa de isenção de pena, como parece sugerir a redação do art. 17 do Código Penal, mas de causa geradora de atipicidade,

pois não se concebe que o tipo incriminador possa descrever como crime uma ação impossível de se realizar. Trata-se, portanto, de verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade (fato típico). O crime impossível também é conhecido como tentativa inidônea, inadequada ou quase-crime [6].

TEORIAS SOBRE O CRIME IMPOSSÍVEL

De acordo com a visão de Greco [7], 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 são absoluta ou relativamente ineficazes ou impróprios, pois que, para a configuração da tentativa, basta que o agente tenha agido com vontade de praticar a infração penal. O agente, para essa teoria, é punido pela sua intenção delituosa, mesmo que no caso concreto bem algum se colocasse em situação de perigo [8]. Para a teoria objetiva pura, 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 ele pela tentativa [9]. Em situação intermediária encontra-se a teoria objetiva temperada, 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. Essa foi a teoria adotada pelo legislador brasileiro [10].

Já Capez [11] afirma que existem tais teorias no que se refere a esse tema:

- a) Sintomática: se o agente demonstrou periculosidade, deve ser punido [12];
- b) Subjetiva: deve ser punido porque revelou vontade de delinquir. Essas duas primeiras não se importam com o fato de o resultado jamais poder ocorrer, interessando apenas que o agente demonstrou ser perigoso ou revelou intenção danosa [13];
- c) Objetiva: não é punido porque objetivamente não houve perigo para a coletividade. Pode ser objetiva pura ou objetiva temperada [14];
- d) Objetiva pura: é sempre crime impossível, sejam a ineficácia e a impropriedade absolutas ou relativas [15];
- e) Objetiva temperada: só há crime impossível se forem absolutas. Quando relativas, há tentativa. Teoria adotada pelo Código Penal, o que importa é a conduta, objetivamente, não ter representado nenhum risco à coletividade, pouco importando a postura subjetiva do agente [16].

ABSOLUTA INEFICÁCIA DO MEIO E MEIO RELATIVAMENTE INEFICAZ

De acordo com Rogério Greco [17], o art. 17 do Código Penal considera o crime impossível quando o agente, depois de dar início aos atos de execução tendentes a consumir a infração

penal, só não alcança o resultado por ele inicialmente pretendido porque utilizou meio absolutamente ineficaz.

Meio é tudo aquilo utilizado pelo agente capaz de ajudá-lo a produzir o resultado por ele pretendido. Muitas coisas que não têm a finalidade precípua de ataque ou defesa podem ser utilizadas como meio para o cometimento de certas infrações penais [18].

Já meio absolutamente ineficaz é aquele de que o agente se vale a fim de cometer a infração penal, mas que, no caso concreto, não possui a mínima aptidão para produzir os efeitos pretendidos [19]. Nessas situações, por mais que o agente se esforce na utilização dos meios absolutamente ineficazes, a consumação do crime se tornará impossível [20].

Somente quando o meio for absolutamente ineficaz é que poderemos falar em crime impossível; caso contrário, quando a ineficácia do meio for relativa, estaremos diante de um crime tentado [21]. Quando cuidamos de ineficácia relativa, a situação já se nos afigura diferente. Pelo fato de ser relativamente ineficaz, o meio utilizado pelo agente pode vir ou não a causar o resultado [22]. Fernando Capez [23] infere que há a ineficácia absoluta do meio quando o meio empregado ou o instrumento utilizado para a execução do crime jamais o levarão à consumação. A ineficácia do meio, quando relativa, leva à tentativa e não ao crime impossível.

De maneira conclusiva, Paulo Queiroz[24] afirma que não basta só impossibilidade abstrata da ação, pois um instrumento pode ser inofensivo em abstrato mas se tornar ofensivo em concreto (ex.: açúcar em relação ao paciente diabético), assim como o meio lesivo abstratamente pode ser inofensivo no caso (ex.: arma de fogo desmuniada). A possibilidade ou impossibilidade do crime deve assim ser aferida concretamente, de modo a verificar o grau de ofensividade que a ação representa para o bem jurídico tutelado, avaliada a partir das múltiplas variáveis do caso.

ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO OBJETO E OBJETO RELATIVAMENTE IMPRÓPRIO

Conforme o assinalado por Greco [25], não só a absoluta ineficácia do meio inibe a punição pelo crime tentado, como também a absoluta impropriedade do objeto. Objeto é tudo aquilo contra o qual se dirige a conduta do agente, é a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta dele. Nesse caso, por ser o objeto absolutamente impróprio, não se fala em tentativa. Se alguém atira em direção a outrem que parece dormir, quando, na realidade, já se encontrava morto, não comete o delito de homicídio, haja vista que o objeto é absolutamente impróprio a essa finalidade, pois só se pode causar a morte de quem esteja vivo.

Nessa situação, por mais que o agente quisesse alcançar o resultado por ele pretendido, jamais conseguiria. A consumação dos crimes pretendidos seria, portanto, impossível [26]. Fala-se em impropriedade relativa do objeto quando a pessoa ou a coisa contra a qual recai a

conduta do agente é colocada efetivamente numa situação de perigo. Está apta a sofrer com a conduta do agente, que pode vir a alcançar o resultado por ele pretendido inicialmente [27]. Já na acepção de Capez [28], temos como impropriedade absoluta do objeto material: a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta é absolutamente inidônea para a produção de algum resultado lesivo. A impropriedade não pode ser relativa, pois nesse caso haverá tentativa.

O CRIME IMPOSSÍVEL E A SÚMULA Nº 145 DO STF

Diz a Súmula:

"Súmula 145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

De acordo com Greco [29], 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 consumir a infração penal pretendida pelo agente pode ocorrer tanto no caso de absoluta ineficácia do meio por ele utilizado como no de absoluta impropriedade do objeto [30].

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, e até terceiros que se prestem a esse papel, são conhecidas como agentes provocadores. Nesses flagrantes o agente é induzido, é estimulado a cometer a infração penal [31].

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. Nesses casos, tendo a autoridade policial tem prévio conhecimento da intenção do agente em cometer 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. Em tais flagrantes não existe estímulo, mas o agente é impedido de praticar o delito pelo fato de ter a autoridade policial tomado conhecimento prévio da ação criminosa [32].

Conforme é afirmado por Greco, não se vislumbra, contudo, qualquer distinção que importe em atribuir a tentativa no flagrante esperado e o crime impossível no flagrante preparado [33]. Se o agente, analisando o caso concreto, estimulado ou não a praticar o crime, não tinha como alcançar a sua consumação porque dele soubera com antecedência a autoridade policial e preparou tudo de modo a evitá-la, não podemos atribuir-lhe o "conatus" [34].

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 impropriedade do objeto [35].

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 [36].

Segundo ressaltado por Paulo Queiroz [37], "não há crime quando o fato é preparado mediante provocação ou induzimento, direto ou por concurso, de autoridade, que o faz para fim de aprontar ou arranjar o flagrante" (STF, RTJ, 98/136). Ao editar a referida súmula, o STF pretendeu disciplinar aquelas situações em que a polícia, objetivando prender suspeitos de crime (sobretudo suspeitos de tráfico de drogas), cria uma situação com vistas a atraí-los a cometer o delito, a fim de surpreendê-los em flagrante. Em tal caso, em que o crime não passa de uma encenação, não apenas nulo é o flagrante como também impossível o delito, sendo atípico o fato cometido em razão da preparação.

A aplicação da súmula exige dois requisitos: preparação do flagrante pela polícia e impossibilidade absoluta de consumação do crime [38].

DIFERENÇA ENTRE CRIME IMPOSSÍVEL E CRIME PUTATIVO

De acordo com Rogério Greco [39], no crime impossível, existe previsão em nosso ordenamento jurídico da infração penal que o agente pretende praticar. Contudo, por absoluta ineficácia do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.

Já no crime putativo a situação é diversa, pois o agente almeja praticar uma infração que não encontra moldura em nossa legislação. O fato por ele praticado é atípico. É considerado, portanto, um indiferente penal [40].

Paulo Queiroz [41] afirma que não se deve confundir a tentativa inidônea com delito putativo, pois neste, diferentemente, o agente supõe praticar um fato criminoso que, no entanto, constitui fato penalmente indiferente, como praticar incesto. O delito putativo só existe na imaginação do próprio agente, portanto.

Já Fernando Capez [42], indo mais a fundo na discussão, considera que no erro de tipo, o agente não sabe, devido a um erro de apreciação da realidade, que está cometendo um delito; no delito putativo por erro de tipo, o sujeito quer praticar um crime, mas devido ao desconhecimento da situação de fato comete um irrelevante penal. É o contrário, portanto. No primeiro, o autor não quer cometer um crime, enquanto no segundo, sim, mas não consegue. Costuma-se dizer que no delito putativo por erro de tipo o sujeito é um criminoso incompetente. Esse delito constitui crime impossível pela impropriedade absoluta do objeto.

QUESTÕES PROCESSUAIS

Para Fernando Capez [43], o reconhecimento do crime impossível equivale a admitir que o fato não constitui crime algum, portanto, deverá a sentença absolutória fundar-se no art. 386, III, do

CPP ("não constituir o fato infração penal"), adequando-se melhor a esse dispositivo do que ao disposto no inciso VI daquele artigo ("não existir prova suficiente para a condenação") e que o habeas corpus não é o meio idôneo para objetivar-se o trancamento da ação penal que tenha por objeto a prática de crime impossível, pois este implica a análise de matéria fática que refoge ao âmbito desse instrumento. Ressalvam-se, no entanto, hipóteses absurdas, como a de alguém ser denunciado por homicídio, em razão de ter atirado em um esqueleto, caso em que será possível o trancamento da ação pelo remédio constitucional mencionado.

Bibliografia

1 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 12^a. ed., 2010, p. 275 – 280. 2 idem. 3 QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Lumen Juris, 4^a. ed., 2008, p. 237 – 240. 4 idem. 5 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Geral: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 4^a. ed., 2004, p. 238 – 244. 6 7 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 12^a. ed., 2010, p. 275 – 280. 8 idem. 9 idem. 10 idem. 11 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Geral: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 4^a. ed., 2004, p. 238 – 244. 12 idem. 13 idem. 14 idem. 15 idem. 16 idem. 17 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 12^a. ed., 2010, p. 275 – 280. 18 idem. 19 idem. 20 idem. 21 idem. 22 idem. 23 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Geral: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 4^a. ed., 2004, p. 238 – 244. 24 QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Lumen Juris, 4^a. ed., 2008, p. 237 – 240. 25 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 12^a. ed., 2010, p. 275 – 280. 26 idem. 27 idem. 28 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Geral: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 4^a. ed., 2004, p. 238 – 244. 29 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 12^a. ed., 2010, p. 275 – 280. 30 idem. 31 idem. 32 idem. 33 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 12^a. ed., 2010, p. 275 – 280. 34 idem. 35 idem. 36 idem. 37 QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Lumen Juris, 4^a. ed., 2008, p. 237 – 240. 38 idem. 39 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 12^a. ed., 2010, p. 275 – 280. 40 idem. 41 QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Lumen Juris, 4^a. ed., 2008, p. 237 – 240. 42 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Geral: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 4^a. ed., 2004, p. 238 – 244. 43 idem.

Infanticídio - Artigo 123

COMENTÁRIO AO ARTIGO 123 DO CÓDIGO PENAL

Autoria da aluna: [Camila da Cunha Balduino](#), em Julho de 2011.

"Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos. "

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Análise Doutrinária

- 1.1 Sujeito Ativo
- 1.2 Sujeito passivo
- 1.3 Objeto Jurídico
- 1.4 Tipo Objetivo
- 1.5 Tipo Subjetivo
- 1.6 Consumação e Tentativa

2 Peculiaridades

3 Bibliografia

Análise Doutrinária

O crime de infanticídio é próprio, material, de dano, plurissubsistente, comissivo e omissivo impróprio, instantâneo e doloso. Segundo Mirabete [1], o infanticídio é um homicídio privilegiado, cometido pela mãe contra o próprio filho em condições especiais, a influência do estado puerperal. É um fato menos grave que os citados no art. 121, impondo-se pena menor. Greco [2], diz que se ao dar à luz um filho, a mãe, sem nenhuma perturbação psíquica originária de sua especial condição, desejar causar a morte do filho, responderá pelo crime de homicídio. Mas, se durante o parto ou logo após, causar a morte do filho, sob a influência do estado puerperal, não responderá pela infração a título de homicídio, e sim, por infanticídio.

Sujeito Ativo

Por mais que o artigo não cite a palavra “mãe”, fica implícito que a mãe é o sujeito ativo do crime. Como se refere ao “próprio filho”, só poderiam ser a mãe ou o pai, e o “estado puerperal” só poderá ser a mãe. Logo, o infanticídio é um crime praticado pela mãe da vítima, quando sob influência do estado puerperal, logo, é crime próprio. Só a mãe puérpera poderá cometê-lo [3].

Sujeito passivo

A vítima é o filho nascente ou recém-nascido. Adriano Marrey [4] diz: “O recém-nascido apnéico, isto é, que ainda não respirou o ar ambiente, pode ser vítima desse crime, desde que nasceu vivo, verificada cada função vital pelo batimento do coração.” De acordo com o Código Civil, o recém-nascido apnéico não poderia ser vítima, seria vítima apenas o recém nascido

que já respirou o ar ambiente. O feto abortado não é sujeito passivo de infanticídio, que exige ser nascente ou recém-nascido [5]. Caso o nascente não seja filho da autora do crime, ela responderá por homicídio.

Objeto Jurídico

O objeto jurídico é a vida humana, não só a do recém-nascido (neonato), como também a daquele que está nascendo (nascente) [6], a vida no momento de transição entre a vida endo-uterina e a extra-uterina.

Tipo Objetivo

Assim como no homicídio, a conduta que tipifica o crime é matar, isto é, realização de qualquer ato que seja possível colocar fim à vida do recém-nascido ou daquele que está nascendo. É comum esse crime ser cometido por sufocação ou ocasionado por fratura de crânio.

Tipo Subjetivo

O dolo é a vontade de matar o filho nascente ou recém nascido. O advogado Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da Costa [7] diz: “Neste crime, a doutrina, de maneira unânime, entende que o dolo pode tanto ser admitido na forma direta ou determinada quanto na forma indireta eventual. Desta forma, o dolo direto seria a vontade da mãe em causar a morte do filho durante ou logo após o parto, e o dolo eventual seria a mãe assumir conscientemente o risco de sua ação resultar na morte do filho nascente ou neonato.” Não existe forma culposa de infanticídio: se a mãe causar a morte do filho, por culpa, ela responderá por homicídio culposo.

Consumação e Tentativa

Realiza-se o delito com a morte do nascente ou recém-nascido. É possível tentativa. A maioria dos casos de tentativa ocorre quando a mãe chega a sua residência e se encontra sozinha com a criança, com pensamentos negativos.

Peculiaridades

1. De acordo com Nucci [8], estado puerperal é o período durante o início do parto até a volta da mãe às condições pré-gravidez. Nesse estado, a mãe pode chegar a ficar sem condições de compreender o que está fazendo, com distúrbios psicológicos e físicos.
2. Infanticídio distingue-se do aborto, pois o aborto pode ocorrer somente antes do início do parto.
3. Com o envolvimento do pai, ou de outro terceiro existem mais de uma teoria. Ele pode estar cometendo o crime de homicídio, já que um dos elementos que determinam o tipo no crime de infanticídio é que a mãe esteja no período puerpério imediato. Nesse caso, a mãe responderia por infanticídio e o terceiro (pai) por homicídio. De acordo com Capez [9], outra teoria existe: por mais injusto que pareça, pois o terceiro (co-autor ou partícipe) se beneficiará ao responder por um crime que a pena é menor, pode haver concurso de pessoas no crime de infanticídio.

Logo, o terceiro também pode responder por infanticídio, pois essa circunstância pessoal (estado puerperal) é elementar e ela se comunica, se transmite, ele responde como mãe. É claro que estado puerperal não se contagia, mas há um contágio jurídico. Em minha opinião isso está correto.

Bibliografia

[1] MIRABETE, Julio Fabrinni. Manual de Direito Penal parte especial atualizado por Renato Fabbrini. São Paulo: Editora Atlas. [2] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal parte geral. 13ª edição. Editora Impetus. [3] ALVES Wendell de Melo Rodrigues. Direito Penal – O sítio do professor Chico Leite. Disponível em: http://www.chicoleite.com.br/leitura.php?id_materia=60 Acesso em: 22 jun. 2011 [4] MARREY, Adriano. O crime de infanticídio – o conceito de crime próprio e problema da co-autoria no crime de infanticídio. Justiça 43/6. [5] HUNGRIA, FRAGOSO. Comentários. ob. cit. v.5, p. 265; NORONHA. Direito penal, Ob. cit. v.2, p.57. [6] SOARES, Thyara Galante Alvim e PAVARINA, Antenor Ferreira. Infanticídio. Disponível em:<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1882/1787> Acesso em: 20 jun. 2011 [7] COSTA, Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da. A problemática do infanticídio enquanto tipo autônomo. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1508, 18 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10301>>. Acesso em: 27 jun. 2011. [8] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. [9] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

Aborto Provocado Pela Gestante ou Com Seu Consentimento - Artigo 124

COMENTÁRIO AO ARTIGO 124 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluno: [Gabriel Aquiar Afonso Ferreira](#), em Julho de 2011.

"Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos. "

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Análise Doutrinária

- 1.1 Introdução
- 1.2 Conceito de Aborto

- 1.3 Espécies
- 1.4 Objetividades Jurídicas
- 1.5 Sujeitos Ativos
- 1.6 Sujeitos Passivos
- 1.7 Tipo Objetivo
- 1.8 Tipo Subjetivo
- 1.9 Crime Impossível
- 1.10 Erro
- 1.11 Consumação e Tentativa
- 1.12 Concurso de Pessoas

2 Bibliografia

Análise Doutrinária

Introdução

O artigo subsequente possui a intenção de esclarecer o ponto de vista de três autores sobre o tema do aborto. Os autores selecionados foram: Celso Delmanto e Roberto Delmanto, Damásio E. de Jesus e Cezar Roberto Bitencourt. A escolha do tema se deve ao fato de que o aborto é um assunto muito presente na sociedade e necessita de uma atenção especial pois hoje já pode ser considerado um problema de saúde pública.

Conceito de Aborto

O aborto possui um conceito quase unânime entre estes três autores. Para Damásio E. de Jesus “É a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto.” [1] Esse conceito de aborto é a visão majoritária na jurisprudência brasileira e deixa claro que qualquer morte do feto causada por uma intervenção que não seja natural é considerado aborto.

Para Cezar Roberto Bitencourt, o conceito de aborto possui uma abrangência maior “A destruição da vida até o início do parto configura o aborto, que pode ou não ser criminoso. Após iniciado o parto, a supressão da vida constitui homicídio, salvo se ocorrerem as especiais circunstâncias que caracterizam o infanticídio, que é uma figura privilegiada do homicídio” [2]. Dessa maneira, o autor deixa claro que o aborto é um crime que pode ser cometido a partir da concepção até o momento em que o feto é expulso do corpo de maneira não natural.

A meu ver essa é uma questão muito delicada para o Direito, pois ela transcende o lado jurídico da questão e vai para o lado científico da concepção humana. Dentro do mundo científico, no caso da medicina e da biologia, não existe um conceito unânime sobre o início da vida. Portanto, quando algum jurista afirma que o começo da vida ocorre em 1 ou 2 semanas após a concepção, por exemplo, ele pode estar cometendo um engano, devido à falta de prova total do começo da vida.

Espécies

Apesar de o aborto ser considerado crime, existe possibilidade de se praticar o aborto e o mesmo não ser considerado crime. Para que se possa chegar a essas possibilidades, é necessário fazer a diferenciação das espécies de aborto existentes e nessa diferenciação, os autores convergem à mesma opinião.

Para Damásio E. de Jesus “Pode ser natural, acidental, criminoso e legal ou permitido.” [3] Para os autores, o aborto natural não constitui crime pois ocorre o abortamento natural e não o provocado. No caso do abortamento acidental, como cita o autor Damásio, é fruto de um traumatismo e portanto não provocado pela gestante [4]. O aborto criminoso seria aquele praticado à margem da lei, ou seja, praticado de maneira que desrespeite a norma vigente.

De acordo com o que versa o artigo 124, existem apenas duas formas de aborto, como definem os autores Celso e Roberto Delmanto “a. aborto provocado pela própria gestante ou auto-aborto (art. 124, 1ª parte); b. consentimento da gestante a que outrem lhe provoque o abortamento (art. 124, 2ª parte);” [5].

Objetividades Jurídicas

Neste ponto, os autores são unânimes na opinião de qual bem jurídico é tutelado no artigo 124. Como diz Cezar Roberto Bitencourt “O bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação.” [6] Além dessa proteção, que recai sobre o produto da concepção, existe também a proteção dada à gestante quando o aborto é provocado por um terceiro. Essa proteção seria a incolumidade da gestante. [7]

Sujeitos Ativos

Para Celso e Roberto Delmanto, “No auto-aborto ou consentimento (art. 124), só a gestante pode ser agente (crime próprio), embora possa haver participação de terceiros.” [8] Os autores são unânimes em dizer que o crime tipificado no artigo 124 é um crime de mão própria em que cabe concurso de pessoas e que quando outra pessoa pratica o aborto, ou seja, aborto provocado por terceiro, o agente ativo seria a pessoa que pratica o aborto como uma parteira, por exemplo [9].

Sujeitos Passivos

Neste aspecto, existe um ponto que os autores Celso e Roberto Delmanto e Cezar Roberto Bitencourt destacam que o sujeito passivo no auto-aborto é o feto, mas esse posicionamento não é unânime na doutrina [10] e, para Damásio, essa visão não é motivo de divergência na doutrina.

Em abortos provocados por terceiros, existem dois sujeitos passivos: o feto e a gestante. Essa visão, do aborto provocado por terceiro, já não seria motivo de discussão para os doutrinadores [11].

Tipo Objetivo

Para que ocorra o crime de aborto, é necessário que a gravidez exista e que ela não seja uma mera afirmação da gestante, ou seja, é necessária a existência de exames comprobatórios [12]. Além da necessidade de comprovação da gravidez, essa gravidez não pode ser extra-uterina ou molar, pois desta maneira a situação poderia habilitar a prática do aborto legal tendo em vista que a vida da gestante estaria em perigo [13].

A conduta típica no crime de aborto, prevista no artigo 124 do Código Penal, é a interrupção da gravidez provocada pela própria gestante, porém esse artigo possui uma segunda parte que versa sobre a possibilidade do consentimento da gestante para que um terceiro provoque o aborto. Dessa maneira, como afirmam os autores Celso e Roberto Delmanto “Na segunda figura (consentimento) o crime é duplo. A gestante que consente em que outrem lhe pratique o aborto, incide no art.124. Todavia, quem pratica os atos materiais do aborto incorre nas penas do art.126 (aborto com consentimento da gestante ou consensual).” [14]

Tipo Subjetivo

Todos os autores pesquisados são unânimes ao afirmar que o elemento subjetivo do crime de aborto é o dolo [15]. Nesse sentido, o dolo pode ser eventual ou direto. Para Cezar Roberto Bitencourt “O aborto culposo é impunível, restando somente a eventual reparação de danos” [16]. Dessa forma, este autor se diferencia dos outros por aceitar a possibilidade de ocorrer o aborto culposo.

Apesar de o autor Cezar Roberto Bitencourt defender a idéia de um aborto culposo, creio que nenhuma gestante comete o aborto de maneira culposa. Todos os seres humanos sabem que o período de gestação é de nove meses e quando o feto é expulso de maneira prematura, isso ocorre de maneira natural e não provocada, sendo assim, quando uma gestante expulsa o seu próprio feto do ventre, ela sabe exatamente que aquilo não é natural e que está cometendo crime, independente do seu grau de instrução.

Crime Impossível

Para Celso e Roberto Delmanto “Em caso de errônea suposição da gravidez, há crime impossível” [17]. Para exemplificar a ocorrência de crime impossível, Cezar Roberto Bitencourt cita rezas, despachos, benzedeadas e similares, pois tais práticas não são eficazes para consumação do aborto e, além disso, não existe a prática de aborto, se o feto já estava morto [18].

Erro

Esse aspecto é abordado somente pelos autores Celso e Roberto Dalmento que dizem “Pode haver erro de tipo e de proibição (CP, arts. 20 e 21)”[19].

Consumação e Tentativa

Para Cezar Roberto Bitencourt, “Consuma-se o aborto com a morte do feto ou destruição do óvulo. Como crime material, admite a tentativa. Por política criminal sustenta-se a impunibilidade da tentativa de auto-aborto (Carrara). No entanto, nosso Código não consagra essa impunibilidade. Podem ocorrer também as hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz” [20]. Além disso, para consumação do aborto é irrelevante se a morte ocorre dentro do ventre materno ou fora dele, pois se trata de uma expulsão prematura e provocada pela gestante ou com seu consentimento.

Concurso de Pessoas

Para Damásio “Há duas posições: 1ª) é admissível a participação na hipótese em que terceiro induz, instiga ou auxilia de maneira secundária a gestante a provocar aborto em si mesma.” [21] e “2ª) o terceiro, ainda que atue como partícipe, induzido, instigando etc., responde nos termos do art. 126 do Código Penal” [22]. Apesar da visão de Damásio ser bem aceita, os autores Celso e Roberto Delmanto possuem uma visão diferente. Para eles, esse assunto não possui uma unanimidade na doutrina e que para eles “o partícipe que meramente auxilia ou encoraja a gestante a consentir estará incurso no art. 124 e não no art. 126 ou 127, ainda que ela morra ou sofra lesão grave” [23].

Bibliografia

[1] DE JESUS, Damásio E. Código Penal Anotado. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.430. [2] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.437. [3] DE JESUS, Damásio E. Código Penal Anotado. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.431. [4] DE JESUS, Damásio E. Código Penal Anotado. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.431. [5] DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268. [6] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.436. [7] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.436; DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268; DE JESUS, Damásio E. Código Penal Anotado. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.431. [8] DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268. [9] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.436; DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268; DE JESUS, Damásio E. Código Penal Anotado. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.431. [10] DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268;

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.436. [11] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.436; DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268; DE JESUS, Damásio E. Código Penal Anotado. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.431. [12] DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268; BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.437. [13] DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268. [14] DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.269; BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.437. [15] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.439; DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268; DE JESUS, Damásio E. Código Penal Anotado. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.432. [16] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.440. [17] DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268. [18] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.446. [19] DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268. [20] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva p.440. [21] DE JESUS, Damásio E. Código Penal Anotado. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.432. [22] DE JESUS, Damásio E. Código Penal Anotado. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.432. [23] DELMANTO, Celso e DELMANTO, Roberto. Código Penal Comentado. 6ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar p.268.

Perigo de Contágio Venéreo - Artigo 130

COMENTÁRIO AO ARTIGO 130 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluno: [Lucas Alcanfor Baccile](#), em Junho de 2011.

"130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º - Somente se procede mediante representação"

Tabela de conteúdo	
	[esconder]
1	Análise Doutrinária
○	1.1 Introdução
○	1.2 Sujeito Ativo
○	1.3 Sujeito Passivo
○	1.4 Objeto Jurídico
○	1.5 Tipo Objetivo
○	1.6 Efetiva contaminação da vítima
○	1.7 Necessidade de contato pessoal
○	1.8 Crime Impossível
○	1.9 Consentimento da vítima
○	1.10 Tipo Subjetivo
○	1.11 Classificação Jurídica
○	1.12 Ação Penal
○	1.13 Peculiaridades
2	Bibliografia

Análise Doutrinária

Introdução

O artigo em estudo visa proteger a saúde da pessoa humana e a incolumidade física, sendo estes os bens jurídicos tutelados pelo tipo penal em análise. O texto fala em moléstia venérea que, não sendo esta especificada, deve competir à medicina sua limitação. “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.” [1].

O núcleo expor, contido no referido artigo, deixa claro a natureza da infração penal, tratando-se de crime de perigo, visto que não exige o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, que se daria com a efetiva transmissão da moléstia venérea. Esse é o entendimento de Rogério Greco, que leciona: “Assim, basta que a vítima tenha sido exposta ao perigo de contágio, mediante a prática de relações sexuais 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” [2].

Sujeito Ativo

O crime pode ser praticado por qualquer pessoa, desde que essa esteja efetivamente contaminada por uma doença venérea, tratando-se assim de um crime comum.

Sujeito Passivo

Qualquer pessoa pode ser o sujeito passivo desse crime.

Objeto Jurídico

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal em exame, como já visto anteriormente, é a saúde do indivíduo.

Tipo Objetivo

O tipo penal em questão fala em expor a vítima a contágio de moléstia venérea, portanto “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” [3].

O §1º prevê a forma qualificada do referido delito se referindo ao agente que, com a intenção de transmitir a moléstia de que é portador, pratica os atos descritos no caput do artigo. Para essa hipótese, teremos dois resultados a serem analisados: pode-se considerar o contágio da vítima como mero exaurimento do crime ou desclassifica-lo para o crime de lesões corporais [4].

Efetiva contaminação da vítima

Qual será a classificação do crime em caso de a vítima efetivamente se contaminar com a moléstia venérea de que era portador o agente? É pacífico o entendimento de que o crime se consuma logo na exposição da vítima ao contágio de moléstia venérea, logo, no caso de contaminação, há um mero exaurimento. Por outro lado, se do contágio resultarem lesões corporais graves ou gravíssimas, responde o agente pelo crime do art.129, § 1º ou 2º. Se resultar morte, responderá por lesão corporal seguida de morte [5].

Necessidade de contato pessoal

Entende-se majoritariamente pela necessidade do contato pessoal entre o agente e vítima e, da mesma forma, para que se caracterize o delito, os atos devem ser eminentemente sexuais, ou seja, comportamentos como aperto de mão e abraços não configuram o delito em análise.

Crime Impossível

No caso do agente que crê estar contaminado, quando não está, trata-se de crime impossível. Também estará caracterizado crime impossível quando a vítima já estava anteriormente contaminada pela mesma moléstia de que era portador o agente.

Consentimento da vítima

Pacífico é o entendimento de que é irrelevante o consentimento ou não da vítima ao praticar ato sexual com agente portador de moléstia venérea, pois, como bem diz Damásio, há interesse social na questão [6].

Tipo Subjetivo

Para Rogério Greco, não se admite a modalidade culposa para esse delito [7], mas a questão é controversa no âmbito doutrinário. Alguns autores admitem a modalidade culposa, ao passo que outros entendem tratar-se apenas de dolo eventual em caso de desconhecimento da doença por parte do agente.

Classificação Jurídica

Crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode praticar o delito, desde que contaminada de moléstia venérea. Ressalte-se que no entendimento de Rogério Greco, trata-se de crime próprio, uma vez que somente a pessoa contaminada pode praticar o crime [8].

Crime de forma vinculada, podendo ser praticado tanto por relações sexuais quanto por qualquer outro ato libidinoso.

Crime de perigo, pois não é exigido o dano efetivo à vítima para a sua consumação.

Crime formal, comissivo e instantâneo, além de doloso, podendo admitir dolo eventual.

Ação Penal

A ação penal, tanto na forma simples quanto na qualificada, é de iniciativa pública condicionada à representação, isso pode ser entendido literalmente do §2º do artigo em exame.

Peculiaridades

O crime pode ocorrer entre marido e mulher, havendo ainda motivo para a dissolução da sociedade conjugal com fundamento em uma conduta desonrosa e violação dos deveres legais do casamento. O concurso de crimes é claramente possível nos casos dos crimes contra a liberdade sexual (Art.213 e s.).

Bibliografia

[1] - BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, v.2, p.208-209. [2] - GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª ed. p.305. [3] - GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª ed. p.306. [4] - GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª ed. p.306. [5] - TELES, Ney Moura. Direito Penal, v.2, p.226. [6] - JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, v.2, p.154. [7] - GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª ed. p.306 [8] - GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª ed. p.305

Violação Sexual Mediante Fraude - Artigo 215

COMENTÁRIO AO ARTIGO 215 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluno: [Kenio Parente Watanabe Tida](#) em Julho de 2011.

"Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa".

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Análise Doutrinária

- 1.1 Bem Jurídico Protegido
- 1.2 Sujeitos
 - 1.2.1 a) Ativo
 - 1.2.2 Passivo
- 1.3 Tipicidade
 - 1.3.1 a) Objetiva
 - 1.3.2 b) Subjetiva
- 1.4 Forma Qualificada
- 1.5 Classificação Doutrinaria
- 1.6 Consumação
- 1.7 Tentativa
- 1.8 Crime continuado
- 1.9 Ação penal

2 Comparativo entre antes e depois da lei 12.015/09

- 2.1 Conceito (tipo objetivo)
 - 2.1.1 ANTES LEI 12.015/09
 - 2.1.2 DEPOIS LEI 12.015/09
- 2.2 Tipo subjetivo
 - 2.2.1 ANTES LEI 12.015/09
 - 2.2.2 DEPOIS LEI 12.015/09

- 2.3 Sujeito ativo
 - 2.3.1 ANTES LEI 12.015/09
 - 2.3.2 DEPOIS LEI 12.015/09
- 2.4 Sujeito passivo
 - 2.4.1 ANTES LEI 12.015/09
 - 2.4.2 DEPOIS LEI 12.015/09

3 Destaques

- 3.1 Mulher que percebe o erro durante o ato sexual
- 3.2 Fraude grosseira
- 3.3 Prostituta que tem relações sexuais com alguém que prometeu pagá-la após o ato
- 3.4 Ato libidinoso
- 3.5 Prática da conjunção carnal e outro ato libidinoso com a mesma vítima
- 3.6 Curandeiro que promete curar problema e usa violência

4 Jurisprudência

Análise Doutrinária

Segundo Luiz Regis Prado, *Na Idade Média, o stuprum per fraudem estava na mesma gravidade do stuprum violentum*[1]. Para Rogério Greco e Luiz Regis Prado, o Código Criminal de 1830 e no Código Republicano de 1890, não previa o delito; por sua vez, o código de 1940 já o tipificava. A partir da década de 80 do século passado o termo mulher honesta já se mostrava desatualizado e preconceituoso. Em 28 de março de 2005, o tipo penal foi modificado, prevendo o comportamento “ter conjunção carnal com mulher mediante fraude”. Porém, com o advento da Lei 12.015/2009, esses delitos passaram a integrar a mesma figura típica sob um único nome – violação sexual mediante fraude, não sendo mais previstas de forma distinta, como os delitos antigamente previstos; a posse sexual mediante fraude e o atentado ao pudor mediante fraude [2].

Agora tanto homem como a mulher podem cometer o delito com a finalidade de ter conjunção carnal, pois com verbo “ter” previsto na redação do art. 215, entende-se que ambos podem praticar desde que seja uma relação heterossexual.

Em relação ao praticar outro ato libidinoso, o crime será considerado atípico quando o agente, mediante fraude, ludibriar a pessoa a praticar em si mesma os atos sexuais, porém será típico quando o agente, por meios de fraude ou algo que dificulte a livre manifestação da vontade sexual da pessoa, venha nele a praticar algum ato libidinoso.

O artigo mencionado tem por objetivo punir a conduta do agente, que consiste no fato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima, denominado pela doutrina de

estelionato sexual, no qual a vítima é induzida ao erro em relação à identidade do agente ou mesmo sobre a legitimidade da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso.

A fraude deve ser capaz de viciar a vontade do sujeito passivo de modo a fazê-lo consentir na relação sexual, portanto o engano produzido deve recair sobre aspectos essenciais de uma situação de fato que, se a vítima tivesse conhecimento, não praticaria o ato de natureza sexual.

Bem Jurídico Protegido

A liberdade sexual da pessoa, assim como sua integridade e autonomia sexual, tendo em vista que sua vontade é viciada, em face da fraude empregada pelo sujeito ativo.

Sujeitos

a) Ativo

Pode ser do sexo masculino ou feminino

Passivo

Qualquer pessoa

Tipicidade

a) Objetiva

Ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com alguém mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. (Art. 215 caput).

b) Subjetiva

Segundo Luiz Regis Prado “representado pelo dolo, consiste na consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo de injusto. Faz-se presente aqui também o elemento subjetivo do injusto consubstanciado pelo fim de manter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso (delito de tendência intensificada)”, o delito deve ser doloso, não se admitindo o delito na forma culposa, ou seja, o agente deve agir com a finalidade de ter conjunção carnal ou a praticar outro ato libidinoso com alguém mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima [3].

Forma Qualificada

Art. 215, parágrafo único – Quando a violação sexual mediante fraude tem o fim de obter vantagem econômica.

Classificação Doutrinária

Para Rogério Greco seria um crime de mão própria no que diz respeito ao sujeito ativo, quando no sentido de ter conjunção carnal, e próprio, neste caso, quanto ao sujeito passivo. Já nos outros atos libidinosos o crime será comum, tanto no que diz respeito a sujeito ativo e passivo; doloso, material de dano, comissivo (podendo ser praticado via omissão impropria na hipótese de o agente gozar de status de garantidor) instantâneo; de forma vinculada (quando diz respeito à conjunção carnal) e de forma livre (quando estivermos diante de um comportamento

dirigido à prática de outros atos libidinosos); monossubjetivo, plurissubsistente, não transeunte e transeunte (dependendo da hipótese concreta a ser examinada, ou seja, podendo o crime deixar vestígios ou não) [4].

Consumação

Se dá pela introdução do pênis na vagina ainda que de forma incompleta ou pelo ato libidinoso no momento da sua prática.

Tentativa

Acontece quando apesar da fraude no momento da consumação, da cópula ou do ato libidinoso, é impedido por circunstâncias alheias à sua vontade.

Crime continuado

É admissível, quando o agente mantém conjunção carnal ou ato libidinoso com a vítima por várias vezes.

Ação penal

a) Pública condicionada à representação.

b) Pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (art. 225, parágrafo único, CP).

Comparativo entre antes e depois da lei 12.015/09

Conceito (tipo objetivo)

ANTES LEI 12.015/09

Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude. Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos.

Art. 216 - Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

DEPOIS LEI 12.015/09

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. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Tipo subjetivo

ANTES LEI 12.015/09

Dolo

DEPOIS LEI 12.015/09

Dolo

Especial fim de agir: "Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica".

Sujeito ativo

ANTES LEI 12.015/09

Art. 215 - Homem (crime de mão própria). Mulher apenas coautora, autora mediata ou partícipe.

Art. 216 – Homem e mulher

DEPOIS LEI 12.015/09

Homem e mulher como autores diretos (crime comum).

Sujeito passivo

ANTES LEI 12.015/09

Art. 215 - Mulher honesta Parágrafo único - mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos.

Art. 216 - Mulher honesta

DEPOIS LEI 12.015/09

Homem e mulher

Destaques

Mulher que percebe o erro durante o ato sexual

Verificando-se duas hipóteses, a pessoa pode perceber a fraude ou algo que leve ao vício de sua manifestação sexual e consentir ou tentar impedir, porém frustrada pelo agente. Na primeira hipótese, não haveria crime tendo em vista o consentimento afastando o vício da vontade e na segunda o agente responderia por estupro, pois foi impedida por ele art. 213 [5].

Fraude grosseira

Seria caracterizado como um crime impossível tendo em vista que o vício que impede sua livre manifestação seria uma fraude grosseira sendo ineficaz para induzir a pessoa, sendo alguém com o entendimento mediano [6].

Prostituta que tem relações sexuais com alguém que prometeu pagá-la após o ato

O agente poderá ser responsabilizado pelo crime de violação sexual mediante fraude, pois o motivo da relação sexual foi o pagamento de valor determinado [7].

Ato libidinoso

Pune-se o agente pelo Art. 215 que praticar ato libidinoso mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, ou seja, aquele que pratique sexo anal, sexo oral, masturbação praticada nele e etc.

Prática da conjunção carnal e outro ato libidinoso com a mesma vítima

Tal como ocorre com o delito de estupro, Art. 215, prevê um tipo penal misto alternativo, importando assim em um crime único. Se o agente mediante fraude pratica conjunção carnal e também coito anal com a vítima, deverá responder por uma única infração penal e não pelo concurso de crimes [8].

Curandeiro que promete curar problema e usa violência

Se o agente na qualidade de curandeiro com promessa de curar problema de saúde, induz a manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso responderá por estupro se usou violência para consumir o ato [9].

Jurisprudência

Órgão 2ª Turma Criminal Processo N. Apelação Criminal 20090111638007APR Apelante(s) A. L. G. B. Apelado(s) M. P. D. F. E T. Relator Desembargador SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS Revisor Desembargador JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA Acórdão Nº 473.766

E M E N T A

PENAL. PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nos crimes contra a liberdade sexual, a materialidade pode ser provada de variadas maneiras, não somente pelo laudo de exame de corpo de delito, conferindo-se especial relevo à versão apresentada de maneira firme e coerente pela vítima, a qual, quando confirmada em Juízo e corroborada por outros meios de prova, representa prova válida a embasar decreto condenatório. 2. Comprovadas, de maneira incontestada, tanto a materialidade quanto a autoria, não há que falar em fragilidade do conjunto probatório, tornando inviável aplicação do adágio in dubio pro reo. 3. Para considerar negativa a análise das circunstâncias judiciais deve haver fundamentação adequada ao caso concreto, não devendo, o d. magistrado, aferi-la de maneira genérica. 4. Aplicada pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos, evidenciada a primariedade e a presença de apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias), o regime inicial de cumprimento de pena deverá ser o aberto, com fulcro no artigo 33, § 2º, alínea “c” e § 3º, do Código Penal. 5. Preenchidos os demais requisitos, a presença de apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis não impõe obstáculo à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mormente quando as demais circunstâncias indicarem que a substituição seja suficiente. 6. Recurso parcialmente provido.

Posição jurisprudencial relativos à prova

É assente tanto na doutrina como na jurisprudência, inclusive desta Corte de Justiça, que, em crimes dessa natureza, a palavra da vítima, quando apresentada de maneira firme e coerente, merece especial relevo, mormente quando confirmada em Juízo, sob a garantia do contraditório, restando apta a embasar decreto condenatório se corroborada por outros meios de prova, o que, contrariando a alegação da Defesa, se observa na hipótese.

Neste sentido, recentes julgados desta Corte de Justiça:

“(…) Nos delitos contra liberdade sexual, praticados geralmente às escondidas, merece especial valoração a palavra da vítima, notadamente quando coerente e harmônica com outros elementos probatórios constantes dos autos (…)”. (20060910009687APR, Relator JOÃO EGMONT, 1ª Turma Criminal, julgado em 03/09/2010, DJ 27/10/2010 p. 147).

Ato Obsceno - Artigo 233

COMENTÁRIO AO ARTIGO 233 DO CÓDIGO PENAL

Autoria da aluna: [Vanessa Gomes Marques](#) em Junho de 2011.

"Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa."

Análise doutrinária:

Segundo Capez, tal conduta consiste na execução do ato obsceno. Sendo este todo “ato de cunho sexual capaz de ofender o pudor médio da sociedade” [1], devendo ser avaliado o senso de pudor da coletividade conforme a época em que fora praticado. Afirma-se, então, que nem todo ato sexual é obsceno.

Para Luis Regis Prado, o ato obsceno consiste em “uma conduta positiva do agente, com conteúdo sexual, atentatória ao pudor público, suscitando repugnância” [2]. Entretanto, tais atos não necessariamente precisam ser praticados com o intuito de satisfazer a lascívia. De modo que, se uma pessoa por brincadeira sai correndo nua pela rua, apenas com o intuito de perturbar seus vizinhos, cometerá este crime.

Luis Regis Prado salienta que “Por atentar o ato obsceno contra o pudor público, não importa que a impudicícia seja perpetrada para desafogar a luxúria do agente, podendo até mesmo se caracterizar o crime com a prática da conduta por mero gracejo... Acrescente-se ainda que, embora a doutrina classifique o beijo lascivo como ato obsceno, a evolução dos costumes levou à aceitação desse ato em público... Assinale-se também que a nudez artística e a seminudez nas praias de banho são comportamentos aceitáveis pela moralidade pública” [3].

Da mesma forma, o ato de urinar na rua não configura este crime, desde que não ocorra a exibição da genitália. Damásio de Jesus vai mais além, ele faz uma pequena classificação do ato obsceno: “O ato obsceno pode ser real (servindo ao desafogo da luxúria do agente) ou simulado (praticado com espírito de emulação, por gracejo). Exemplo de ato obsceno real: a cópula praticada em jardim público. Exemplo de ato obsceno simulado: urinar em logradouro público, exibindo aos passantes o órgão sexual” [4].

“O ato obsceno deve ser praticado em lugar público, ou aberto ou exposto ao público” [5].

Sendo muito importante fazer a distinção entre eles:

- Lugar Público: É o local aonde todos os cidadãos têm livre acesso, como as ruas e praças.
- Aberto ao Público: Trata-se de um lugar aonde as pessoas têm acesso, podendo este ser livre ou condicionado. Como por exemplo, o metrô, cinema, museu, teatro, dentre outros.
- Exposto ao público: É um local privado, porém visível para as pessoas que se encontrem em algum lugar público ou aberto ao público. Podendo ser exemplos o interior de um automóvel, janelas ou portas de vidros aos quais pessoas têm livre vista.

Porém, caso se trate de um local privado e este tiver vista somente de outro lugar privado, não se configura o crime de ato obsceno, podendo ser caracterizado como delito de perturbação da tranquilidade. Um exemplo seria dentro de um apartamento que somente tivesse vista do apartamento da frente.

É importante ressaltar que a exposição é referente ao lugar e não à presença de pessoas. De modo que tal ato expositivo, dependendo das circunstâncias, pode até deixar de existir para efeitos legais. Nessa hipótese podemos citar um ato dentro de um automóvel, à noite, em um lugar isolado com absoluta impossibilidade de ofender o pudor público. Seria fato atípico, de acordo com o art. 17 do CP.

Bibliografia

11 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Especial. São Paulo. Saraiva. 9ª Ed. V.3. p. 170. 2 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Ed. V.3. p. 316. 3 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Ed. V.3. p. 317. 4 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal – Parte Especial. São Paulo. Saraiva. 16ª Ed. V.3. p. 178. 5 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Especial. São Paulo. Saraiva. 9ª Ed. V.3. p. 170.

Bigamia - Artigo 235 por Maraiza Medeiros Guskuma

COMENTÁRIO AO ARTIGO 235 DO CÓDIGO PENAL

Autoria da aluna: [Maraiza Medeiros Guskuma](#) em Julho de 2011.

"235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime."

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

[1 Páginas Relacionadas ao Artigo no Projeto WikiCód](#)

[2 Análise Doutrinária](#)

- [○ 2.1 Sujeito Ativo](#)
- [○ 2.2 Sujeito Passivo](#)
- [○ 2.3 Objeto Jurídico](#)
- [○ 2.4 Tipo Objetivo](#)
- [○ 2.5 Tipo Subjetivo](#)
- [○ 2.6 Classificação Jurídica](#)
- [○ 2.7 Ação Penal](#)
- [○ 2.8 Causa de Exclusão da Tipicidade](#)

[3 Destaques](#)

- [○ 3.1 Poligamia – Concurso de crimes](#)
- [○ 3.2 Prescrição](#)

[4 Análise Jurisprudencial](#)

[5 Bibliografia](#)

[Páginas Relacionadas ao Artigo no Projeto WikiCód](#)

- [Os Parâmetros da Bigamia na Sociedade Internacional](#) (artigo jurídico)

Análise Doutrinária

As análises doutrinárias têm por objetivo punir a conduta de pessoa casada que contrai novo casamento, pois o nosso Estado adota a monogamia como forma de união conjugal. Com isso, quem contrair novo casamento sendo casado, comete o crime de bigamia. Contudo, disserta Mirabete: "é necessário que, em ambos os casamentos, as duas pessoas sejam de sexos diversos" [1].

A pessoa que comete o delito da bigamia comete também o crime de falsidade ideológica, uma vez que para o processo de habilitação para o casamento é exigida a declaração do estado

civil dos requerentes. Desta forma, o agente que comete o crime de bigamia comete automaticamente o crime de falsidade ideológica. Porém, como a falsidade é o meio para que seja realizado o casamento, este crime meio é absorvido pelo crime fim, que, no caso, será a bigamia, isso segundo o princípio da absorção. Com isso, o agente só responderá pela bigamia.

Por outro lado, segundo Capez, “se o delito de bigamia chega a ser tentado ou atinge a consumação, haverá concurso material entre a falsidade documental e a bigamia, uma vez que os momentos consumativos e os objetos jurídicos são diversos ”[2].

Ainda vale ressaltar, segundo Mirabete: “ que o processo de habilitação constitui mero ato preparatório, devendo o agente responder, se não se iniciar a celebração, pelo delito de falsidade ideológica ”[3].

Nesse sentido, interessante mencionar que, para que ocorra o delito, o agente tem que ser casado legalmente, ou seja, o casamento anterior do agente tem que ter sido válido conforme as normas da legislação civil.

Portanto, segundo Greco, não se fala em bigamia quando o agente mantinha com alguém união estável, mesmo que dessa relação tenham advindo filhos, pois a Constituição Federal não confunde o casamento com união estável, segundo o art.226 §3°. Desta forma, não se pode, por via analógica, ampliar o conteúdo da lei, que somente exigiu a existência de um casamento anterior como um dos elementos necessários ao reconhecimento do crime de bigamia.

Ressaltasse também que, a cerimônia religiosa que oficializou duas pessoas perante a igreja, não atendendo às formalidades legais determinadas pelo art. 1515 do Código Civil, e estas contraírem novo casamento, este sim obedecendo às formalidades da lei, não cometerão o crime de bigamia. Contudo, diz Mirabete: “o casamento religioso é equiparado ao casamento civil se atender os mesmos requisitos previstos para a validade deste e for registrado no ofício competente no prazo de 90 dias (arts. 1515 e 1516, §1°). A inscrição do casamento religioso de pessoa casada, feita pela autoridade eclesiástica, porém, só configura o crime de bigamia quando ficar bem caracterizada a vontade do agente de conferir efeitos civis ao segundo matrimônio (RT 239/291). O casamento anterior religioso contraído em Portugal tem validade no Brasil,nos termos do artigo 7°da LICC. (RT516/286-7, 523/374) ”[4].

Agora, se o casamento anterior for inválido e ainda não tiver sido declarado judicialmente como tal, configurará o crime de bigamia se o agente contrair novo casamento. Assim, se o casamento for judicialmente anulado, considera-se inexistente o crime.

No entanto, o crime de bigamia aplica-se no caso da simples separação judicial, uma vez que, o código civil no seu art. 1571 §1° estabelece que 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, conforma ressalva Noronha, “ A declaração de ausência só produz efeitos em matéria de sucessão” [5].

O crime de bigamia é dirigido somente aquele que, já sendo casado, contrai novo casamento. E ai nos vem a pergunta: e o outro cônjuge que contraiu o casamento, não responde por nada? Segundo Rogério Greco: “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” [6].

Porém, no mundo moderno que estamos vivendo hoje e as mudanças intensas que vem ocorrendo, como por exemplo, o reconhecimento da união estável e o reconhecimento da união homoafetiva, nos mostram que o crime de bigamia está, a cada dia, se tornando incompatível com a nossa realidade.

A união estável passou a ser tutelada pelo Estado e praticamente equiparada ao casamento, como podemos observar na Constituição no § 3º do art. 226: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Já a decisão do STF, em relação à união dos homossexuais, faz com que a união homoafetiva seja reconhecida como uma entidade familiar e, portanto, regida pelas mesmas regras que se aplicam à união estável dos casais heterossexuais, conforme previsão do Código Civil.

Contudo, pode-se dizer que, com as transformações sociais, culturais e jurídicas que vem ocorrendo ao longo dos anos, o crime de bigamia vai acabar entrando em desuso total e consequentemente sendo revogado, igual ao crime de adultério.

Sujeito Ativo

O sujeito ativo no crime de bigamia é a pessoa casada, que contrai novo casamento. Desta forma, o crime de bigamia é próprio, visto que o tipo penal exige que o agente seja casado.

Sujeito Passivo

O sujeito passivo nesse crime é o Estado, pois tem sua lei desconsiderada quando o agente contrai segundas núpcias, desobedecendo a determinação monogâmica. Também será sujeito passivo, o cônjuge do primeiro casamento e o contraente de boa-fé do segundo casamento.

Objeto Jurídico

O objeto jurídico protegido, no presente crime, é a instituição do matrimônio, visto que a nossa legislação protege o casamento monogâmico. No entanto, busca-se proteger também a família, base da sociedade e que tem por especial a proteção do Estado, como diz a Constituição Federal, no seu art. 226.

Tipo Objetivo

Para Rogério Greco, o delito de bigamia só se consuma depois de efetivamente realizado o segundo casamento, ou seja, depois de declarados casados pelo juiz de paz; nesse momento, o delito se aperfeiçoa, consumando-se assim o delito de bigamia.

Apesar de opiniões divergentes, no crime de bigamia admite-se tentativa, como disserta Greco: “desde a abertura de solenidade de celebração do casamento até o momento anterior a declaração formal de casados, entendemos que, se houver interrupção do ato, o delito permanecerá na fase da tentativa. Consequentemente, somente depois da declaração formal de casados é que a cerimônia terá chegado ao seu ato culminante, permitindo que, a partir desse instante, o crime já possa ser considerado consumado” [7].

A lavratura do assento no livro de registro (art.1536) constitui mera formalidade legal, que serve como meio de prova da celebração do casamento, segundo relata Fernando Capez [8].

Tipo Subjetivo

No delito de bigamia, o tipo subjetivo necessário é o dolo, não existindo previsão para a modalidade culposa.

O § 1º do art.235 é o caso do tipo penal privilegiado, tratando-se apenas de dolo direto, visto que o próprio artigo exige que o agente tenha conhecimento do casamento anterior do outro agente. Desta forma, a responsabilidade penal, na hipótese de dolo eventual, é afastada.

Segundo Mirabete e Capez: “sem a consciência de que existe tal impedimento não há dolo, ocorrendo erro de tipo (RT291/112)” [9].

Poderá haver erro de proibição, como coloca Capez: “se um aldeão rústico, por exemplo, supuser que a simples separação judicial autoriza a assunção de um novo vínculo matrimonial. Haverá, nesse caso, erro sobre a ilicitude do fato” [10].

Classificação Jurídica

O crime de bigamia é um crime próprio com relação ao sujeito ativo, porque o tipo penal exige que o agente seja casado; É doloso, como já foi exposto anteriormente; Comissivo, podendo ser praticado na forma de omissão imprópria, quando o agente gozar do status de garantidor; Material; de forma vincula; instantâneo de efeitos permanentes; plurissubjetivo, pois necessita de outra pessoa para efeitos de configuração típica; plurissubsistente; não transeunte, tendo em vista a possibilidade de prova pericial no que diz respeito a documentação necessária ao reconhecimento do casamento.

Ação Penal

A ação penal no delito de bigamia é pública incondicionada. Em relação ao art. § 1º do art.235, será possível a proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, nos termos do art. 89 da Lei 9099/95, em virtude da pena mínima a ele cominada.

Causa de Exclusão da Tipicidade

O delito de bigamia prevê expressamente no seu § 2º a exclusão da tipicidade: anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime. Desta forma, deverá ser aplicado o art. 92 do Código de Processo Penal, que diz: Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. Porém, segundo Mirabete: “o divórcio posterior de cônjuge que contraiu segundas núpcias não constitui motivo que o isente do crime de bigamia, visto que o divórcio não representa nulidade do matrimônio (RT 265/795, 549/351) [11].

Destaques

Poligamia – Concurso de crimes

Apesar do artigo 235 prever apenas o delito de bigamia, será possível a ocorrência da poligamia, que seria o agente casar mais de uma vez depois de seu primeiro matrimônio.

Na poligamia aplicaríamos a regra relativa ao concurso de crimes. Desta forma, o agente responderia pelo número de matrimônios contraídos.

Neste caso, caberia a hipótese de crime continuado? Sim, caso as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, os crimes subsequentes forem continuação do primeiro. Agora, caso não haja uma proximidade temporal entre os delitos e afastando-se a relação de contexto que deve ter entre eles, aplicar-se-ão as regras do concurso material de crimes.

Prescrição

A contagem do prazo prescricional para o delito de bigamia contar-se-á somente depois de descoberto o ulterior casamento do agente, como diz o inciso IV do art. 111 do Código penal:

Art. 111. “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: IV- nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido”.

Porém, existe a dúvida: o prazo começa a correr a partir da descoberta de quem?

Embora exista controvérsia, majoritariamente, tem-se entendido que o prazo prescricional começa a correr a partir do momento em que o fato chega ao conhecimento de qualquer

autoridade pública, como por exemplo, o delegado de polícia, o Ministério Público, o juiz de direito.

Análise Jurisprudencial

“TJGO - Juiz condena homem por bigamia:

O juiz Donizete Martins de Oliveira, da 11ª Vara Criminal de Goiânia, condenou nesta terça-feira (19) Marcos Wallace de Moraes dos Santos a 2 anos e 3 meses de reclusão, em regime aberto, por ter se casado legalmente com duas mulheres, o que caracteriza crime de bigamia. Mesmo sendo casado, em 26 de dezembro de 2007, ele celebrou novo casamento declarando-se solteiro.

O magistrado explicou que o delito de bigamia é classificado como instantâneo de efeito permanente. “O delito é instantâneo, mas aparenta ser permanente, pois o bígamo permanece casado com duas pessoas ao mesmo tempo dando a impressão de continuar ofendendo o bem jurídico protegido, que é o casamento”, pontuou. Ao julgar o caso, Donizete esclareceu que enquanto o sujeito ativo do processo é a pessoa casada, o passivo é o Estado, que tem interesse na preservação da base da sociedade, cuja entidade familiar é a monogâmica.

O juiz verificou a materialidade e autoria do crime através das certidões de casamento, sendo uma de 2 de dezembro de 2005 com Juliana Vieira e a outra de 26 de dezembro de 2007 com Claudenice Costa dos Santos. Segundo os autos, o acusado casou-se com Juliana, mas viveu com ela somente três meses, requerendo, em seguida, a anulação do casamento. Como não conseguiu anular a união o casal entrou com um pedido de divórcio, que até então não havia sido julgado. Em 2006, Marcos começou a namorar Claudenice e deu entrada nos papéis para o novo casamento um ano depois. Na ocasião, declarou-se solteiro e apresentou a certidão de nascimento como documento. Alegou ainda que o advogado responsável pelo divórcio garantiu que ele poderia se casar normalmente, uma vez que já estaria separado judicialmente.

Com base nas provas, o magistrado concluiu que o denunciado ocultou sua condição e ressaltou ainda que um dos documentos exigidos no processo de habilitação para o casamento é a declaração que comprova o estado civil. “Ao praticar o delito de bigamia o agente, obrigatoriamente, comete também o de falsidade ideológica”, analisou.

O Ministério Público (MP) argumentou que a autoria e a materialidade do crime estavam comprovadas nas duas certidões de casamento assinadas pelo réu. Contudo, a defesa buscou a absolvição por meio do princípio in dubio pro reo (em caso de dúvida, decidir em favor do réu)” [12].

Bibliografia

[1] Fabbrini Mirabete, julio. Manual de Direito Penal – Parte Especial. São Paulo, 5ª ed, V. 3. Ed. Atlas S.A, p.40. [2] Capez, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial, São Paulo, 5ª ed.

,v. 3, Ed. Saraiva, p. 122. [3] Fabbrini Mirabete, julio. Manualde Direito Penal – Parte Especial. São Paulo, 19ª ed, V. 3, Ed. Atlas S.A, p. 43. [4] Fabbrini Mirabete, julio. Manual de Direito Penal – Parte Especial. São Paulo, 19ª ed , V. 3, Ed. Atlas S.A, p. 41. [5] E. Magalhães Noronha, Direito Penal, v. 3, p. 299. [6] Greco, Rogério. Curso de Direito Penal -Parte Especial, Rio de Janeiro, 5ª ed, v. III, Ed. Impetus, p. 621. [7] Greco, Rogério, Curso de Direito Penal - Parte Especial, 5ª ed, v. III, Ed. Impetus, p. 624. [8] Capez, Fernando, Curso de Direito Penal – Parte Especial, 5ª ed, v. 3, Ed. Saraiva, p. 118. [9] Fabbrini Mirabete, Julio, Manualde Direito Penal – Parte Especial, 19ª ed, V. 3, Ed. Atlas S.A, p.42 e Capez, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial, 5ª ed , v. 3, Ed. Saraiva, p. 121. [10] Capez, Fernando, Curso de Direito Penal – Parte Especial, 5ª ed, v. 3, Ed. Saraiva, p. 121. [11] Fabbrini Mirabete, Julio, Manualde Direito Penal – Parte Especial, 19ª ed, V. 3, Ed. Atlas S.A, p.42 [12] Bem, Léo do. Direito Penal. Disponível em: <http://professordebem.blogspot.com/2010/10/bigamia-jurisprudencia.html>. acesso em:29 maio.2011.

Bigamia - Artigo 235 por Diego de Barros Dutra

COMENTÁRIO AO ARTIGO 235 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluno: [Diego de Barros Dutra](#) em Julho de 2011.

"235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime."

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

[1 Páginas Relacionadas ao Artigo no Projeto WikiCód](#)

[2 Análise Doutrinária](#)

- [○ 2.1 Sujeito Ativo](#)
- [○ 2.2 Sujeito Passivo](#)
- [○ 2.3 Objeto Jurídico](#)
- [○ 2.4 Tipo Objetivo](#)
- [○ 2.5 Tipo Subjetivo](#)

- [2.6 Classificação Jurídica](#)
- [2.7 Ação Penal](#)
- [2.8 Peculiaridades](#)

[3 Análise Jurisprudencial](#)

[4 Casos Interessantes](#)

[5 Direito Comparado](#)

[6 Interdisciplinaridade](#)

[7 Bibliografia](#)

Páginas Relacionadas ao Artigo no [Projeto WikiCód](#)

- [Os Parâmetros da Bigamia na Sociedade Internacional](#) (artigo jurídico)

Análise Doutrinária

O artigo pune aquele indivíduo que é casado, sob o regimento civil e, ainda assim, contrair outro casamento. Tal fundamento provém das ligações monogâmicas, as quais são preceituadas pelas sociedades do ocidente, com exceção dos países adeptos da religião muçulmana. Portanto, este artigo trata de uma causa de impedimento no que tange a realização do enlace matrimonial.

No §1º observa-se a previsão de punição para as pessoas que contraírem casamento com alguém que já tenha enlace matrimonial, desde que tenha ciência de que seu nubente já mantém casamento.

No §2º tipifica-se uma conduta que consubstancia em fato atípico, ou seja, não haveria bigamia em razão de o primeiro casamento já ter sido dissolvido.

Tais posicionamentos são oriundos do segmento de Fernando Capez, fato este acordado com o entendimento doutrinal de Damásio de Jesus. Contudo, há que se falar em certa ponderação feita por Luiz Regis Prado, o qual revela que “Outros conferiam ênfase à falsidade empregada pelo agente para a celebração do segundo casamento, considerando a bigamia uma espécie de falso matrimonial”[1].

Sujeito Ativo

“É o indivíduo, homem ou mulher, que sendo casado, contrai novas núpcias”[2], segundo Capez. Independente se cometido o tipo penal do caput ou do §1º. Admite participação de terceiros em ambas as figuras mencionadas acima. No que concerne a figura do caput, punir-se-á o partícipe com a pena prevista no §1º, em observância a Exceção Pluralística a Teoria Monísta. Mas deve ser diferenciado, conforme disserta Damásio, a punição para aquele que induzir á bigamia, o qual incidiria na figura do caput, como se o crime tivesse cometido.

Contudo, ainda conforme Damásio: “se aconselha o não-casado, responde nos termos do §1º”[3].

Sujeito Passivo

Este é o Estado, pois é quem protege a instituição casamento, bem como ao primeiro cônjuge, o qual teve o seu par contraindo novas núpcias e, ainda, há que se falar no consorte que aceitou o matrimônio com alguém casado, sem conhecimento do fato. Este entendimento é convergente ao disposto por Damásio de Jesus. Contudo, ainda que Luiz Regis Prado afirme a colocação feita por Capez, este acrescenta a necessária participação de no mínimo duas pessoas, participação esta que se refere ao ato de boa-fé ou má-fé por parte dos contraentes.

Objeto Jurídico

Esta instituição busca a tutela da instituição casamento, bem como a proteção da estrutura da família da qual decorre, visto a relação matrimonial ponderada e aceita nas sociedades ocidentais. Contudo Damásio simplifica: “A lei penal tutela a ordem jurídica matrimonial, assentada no princípio do casamento monogâmico”[4]. Fundamento este reafirmado pelo doutrinador Luiz Regis Prado, onde cita: “que tem lastro o princípio do casamento monogâmico”[5].

Tipo Objetivo

Detém fulcro no verbo “contrair”, haja vista este ser o momento da consumação do crime. O registro no livro é mera formalidade legal, servindo somente como meio de prova [6]. Ainda é pressuposto do crime que um dos contraentes já tenha contraído núpcias anteriormente ao novo casamento, bem como o primeiro estar vigente. Questão pontuada por Capez e Damásio.

No tangente ao §2º, claramente plausível se falar em extinção do crime, em razão de o primeiro casamento haver sido extinguido [7]. No entanto, Damásio e Prado delineiam sobre a separação judicial, tal que afirmam ser este instituto a extinção da “sociedade conjugal, e não da relação matrimonial”[8]. Portanto, se contrair novo matrimônio enquanto não houver o divórcio, estará configurado o crime.

A consumação, segundo Capez, seria com “o consentimento formal dos nubentes”[9] no momento da celebração do segundo casamento. Contudo, devemos analisar a admissão de tentativa, visto haver correntes de pensamentos divergentes. A primeira destas, afirma ser impossível a tentativa, visto todos os atos antecedentes à aceitação dos nubentes serem atos preparatórios, portanto, não haveria execução, e por fim, não haveria que se falar em tentativa. Mas, vige na outra vertente a possibilidade de tentativa, quando se der início à celebração, estaria iniciando a execução e assim, havendo alguma ação impeditiva alheia a vontade do agente, configuraria a tentativa do crime em questão, como por exemplo, ser um dos nubentes “obstado por outrem, que exhibe a sua certidão de casamento”[10].

A corrente majoritária entende que é impossível a ocorrência de tentativa no crime de bigamia. Contudo, algumas jurisprudências brasileiras, punem a tentativa na perspectiva da segunda corrente, ou seja, da corrente minoritária.

Tipo Subjetivo

Definitivamente, o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de contrair matrimônio enquanto vigente outro, ou seja, o agente tem plena e ampla ciência do impedimento de contrair novas núpcias, questão compreendida em comum por Capez, Damásio e Prado.

Classificação Jurídica

Trata-se de um crime de concurso necessário, como proposto por Luiz Régis Prado, tal que se faz necessária a presença de duas pessoas para a eficácia do crime. Trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, em razão de a consumação advir com a declaração de vontade de ambos os nubentes, na celebração [11]. Portanto instantâneo, mas gera efeitos permanentes que se consolidam no tempo. Trata-se de crime doloso, visto o tipo subjetivo o qual é a vontade de contrair novo casamento, mesmo com a vigência de matrimônio anterior.

Ação Penal

Para apuração dos fatos, a via de meio processual, ou seja, a ação penal é pública incondicionada, em razão de o Estado também ser o sujeito passivo deste tipo penal.

Peculiaridades

Há que se mencionar a ocorrência de erro de tipo e erro de proibição. O erro de tipo incorreria sob a situação fática, como exemplo: o agente erroneamente supor que seu divórcio foi decretado judicialmente e contrair novas núpcias. No tangente a erro de proibição, recairia o erro sobre a ilicitude do fato, por exemplo, um aldeão rústico supor a simples separação judicial como dissolução do matrimônio, ou seja, supor que esta geraria a possibilidade de haver novo vínculo matrimonial [12].

A prescrição, antes da sentença final do processo em estado de transito em julgado, inicia a contagem a partir do momento em que o fato se tornou conhecido e não a partir da consumação, como muitos pensam [13]. Ainda sobre a prescrição, devemos fazer a observação em relação ao STF, pois certas jurisprudências entendem que o prazo de prescrição inicia a partir do conhecimento de uma autoridade pública. Por fim, conforme o art. 89 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), a suspensão condicional do processo é perfeitamente aceitável para o Art. 235, §1º. O crime continuado pode ser alegado em um critério ampliado, mas estas questões fáticas devem ser aferidas no mesmo contexto fático, ou seja, na proximidade dos 30 dias seguintes em relação à consumação do crime [14].

Análise Jurisprudencial

A seguir elencamos algumas ementas sobre Bigamia, para observação:

Ementa: SENTENÇA ESTRANGEIRA. ANULAÇÃO DE CASAMENTO POR BIGAMIA DO CONJUGE ESTRANGEIRO. HOMOLOGAÇÃO [15]:

Ementa HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE BIGAMIA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO DELITO DE BIGAMIA DETERMINADO PELO TRIBUNAL A QUO POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE SEGUIMENTO DO PROCESSO-CRIME QUANTO À FIGURA DO CRIME DE FALSIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. 1. 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 inexistente impedimento legal. 2. 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. 3. Assim, declarada anteriormente a atipicidade da conduta do crime de bigamia pela Corte de origem, não há como, na espécie, subsistir a figura delitiva da falsidade ideológica, em razão do princípio da consunção. 4. Ordem concedida para determinar a extensão dos efeitos quanto ao trancamento da ação penal do crime de bigamia, anteriormente deferido pelo Tribunal a quo, à figura delitiva precedente da falsidade ideológica [16].

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO. BIGAMIA:

Ação objetivando a concessão de pensão à ex-esposa de militar falecido, indeferida administrativamente, eis que a pensão já estava sendo paga à outra esposa do militar. - O fato de nossa legislação adotar o tipo familiar monogâmica não afeta o direito da autora à percepção de metade do valor recebido, ao mesmo título, pela litisconsorte passiva necessária, já que o militar falecido era comprovadamente bigamo. - Inexistência de qualquer indicação de irregularidade na certidão de casamento juntada pela Autora, cabendo ressaltar que nossa legislação, embora impeça casamentos concomitantes, não impede a divisão de pensão. - Incabível o pagamento da multa, que representaria em última análise, a socialização da punição. - Redução do valor dos honorários advocatícios a 5% sobre o valor da causa: art. 20, § 4º do CPC [17].

Casos Interessantes

Através de pesquisas, pode ser observado um fato certamente inusitado que ocorre no Brasil, sito informações sobre a entidade Maçonaria, a qual aceita a Bigamia para seus membros, fato este verídico. Foram encontrados dois integrantes desta entidade em Maceió – AL, os quais são casados e mantêm família com herdeiros, contudo, detêm outra família extra-oficial, mas há que constar que mesmo a prática sendo admitida pela entidade, os casamentos não são válidos. Enfim, configura o crime de Bigamia e é aceito este pela entidade supramencionada [18]. “O casamento religioso anterior ou posterior ao casamento civil não permite a

caracterização do delito em apreço. Entretanto, se efetuado na forma prevista pelo artigo 226, §2º, da Constituição Federal, perfaz impedimento à celebração de novo matrimônio "[19].

Normalmente não se trata do assunto, mas algumas sociedades até mesmo tipificam a poligamia em duas vertentes, nomeadamente a poliginia e a poliandria. O tipo de poligamia mais divulgado na literatura antropológica, sociológica e internacional é a poliginia, que consiste em um homem possuir várias esposas. Contudo, a poliandria consiste em uma varoa possuir vários varões [20].

Direito Comparado

No ordenamento angolano, a poligamia é um direito resguardado para os homens angolanos. Mas deve ser observada a necessidade de estes homens poderem manter todas aquelas com quem contraiu núpcias, ou seja, poderá contrair casamento enquanto sua fortuna permitir, pecúlio este observado no número de argolas ornamentadas nos braços e pernas das mulheres, tendo em vista que as mais velhas administram o patrimônio conjugal. Este direito e costume não é exclusivo na Angola, mas em várias localidades da África pode ser observada a existência da poligamia nas sociedades[21].

O direito muçulmano está intrinsecamente ligado à religião e é um aspecto desta, sem existência independente, emanados do Islã. Entretanto, a poligamia tem sido praticada desde sempre, pois o próprio profeta Maomé teve 16 casamentos simultâneos. Hoje, continua a ser adotado em alguns países muçulmanos e em processo de adoção em outros, o costume é regulamentado pelo Alcorão que tolera a poligamia e permite um máximo de quatro esposas. Aplica-se apenas às relações entre muçulmanos[22].

Nos Estados Unidos da América, mais propriamente nos estados de Utah e Arizona, as autoridades judiciais reconhecem a existência de 40 mil pessoas as quais vivem em famílias poligâmicas, por razões de natureza religiosa[23]. No Reino Unido, muçulmanos com famílias poligâmicas recebem autorização de permanência e têm acesso à assistência social. Na província russa da Chechênia foi legalizada a poligamia, devido à existência de muito mais mulheres que homens. Porém, esta medida vislumbra, portanto, fins de natureza sócio-demográfica e a estabilidade social, enfim, legalizar cerca de meio milhão de crianças, as quais anteriormente eram nascidas fora dos matrimônios.

Interdisciplinaridade

A filosofia consiste na transformação, a qual busca nos mistérios da vida, os motivos para se viver. Diante desta afirmação, boa parte da sociedade do ocidente, entende que deve ter mais de uma relação matrimonial tão somente pelo instinto do ser [24]. Contudo, deve ser analisada em âmbito internacional a bigamia, assim, pode ser observado que as sociedades internacionais dividem opiniões, parte delas legalizou a bigamia e até a poligamia, outra parte preceitua as relações monogâmicas.

Através destas informações, aferem-se procedimentos jurídicos produzidos pelo direito, como a legalização em certas sociedades. Então, havendo assim uma interligação entre o direito e a filosofia, na perspectiva do crime de bigamia na sociedade internacional. Mas também pode ser observado na perspectiva da sociologia [25], pois deve ser estudada a bigamia, sob a ótica dos fatos oriundos dos seres, tal que a aceitação ou recusa de mais de um casamento terá iniciativa em meio aos cidadãos.

Bibliografia

- [1] - PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Ed. V.3. p. 332. [2] - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Especial V.3. São Paulo. Saraiva. 9ª Ed. p. 182. [3] - JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal – Parte Especial. São Paulo. Saraiva. 16ª Ed. V.3. p. 191. [4] - JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal – Parte Especial. São Paulo. Saraiva. 16ª Ed. V.3. p. 191. [5] - PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Ed. V.3. p. 332. [6] - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Especial V.3. São Paulo. Saraiva. 9ª Ed. p. 180. [7] - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Especial V.3. São Paulo. Saraiva. 9ª Ed. p. 181. [8] - JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal – Parte Especial. São Paulo. Saraiva. 16ª Ed. V.3. p. 192. [9] - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Especial V.3. São Paulo. Saraiva. 9ª Ed. p. 183. [10] - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Especial V.3. São Paulo. Saraiva. 9ª Ed. p. 184. [11] - JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal – Parte Especial. São Paulo. Saraiva. 16ª Ed. V.3. p. 193. [12] - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Especial V.3. São Paulo. Saraiva. 9ª Ed. p. 183. [13] - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Especial V.3. Parte Especial. São Paulo. Saraiva. 9ª Ed. p. 185. [14] - PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Ed. V.3. p. 333. [15] - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Processo: SE 2288. Relator(a): LEITAO DE ABREU. Julgamento: 02/03/1977. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação: DJ 25-04-1977 PP-***** EMENT VOL-01055-01 PP-00113. Jurisprudência disponível em < <http://www.stf.gov.br>>. [16] - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: Processo: HC 39583 MS 2004/0161507-1. Relator(a): Ministra LAURITA VAZ. Julgamento: 07/03/2005. Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA. Publicação: DJ 11.04.2005 p. 346. Jurisprudência disponível em < <http://www.stj.gov.br>>. [17] - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO: Processo: AC 138294 97.02.14589-9. Relator(a): Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO. Julgamento: 27/06/2001. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação: DJU - Data: 24/07/2001. Jurisprudência disponível em < <http://www.trf2.gov.br>>. [18] - BARATA, Alexandre Mansur. Maçonaria, Sociabilidade Ilustrada e Independência do Brasil 1790-1822. São Paulo. Ed UFJR. Juiz de Fora/MG. p. 338. [19] - PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Ed. V.3. p. 333. [20] - Com referência no sítio www.angolaxyami.com/Cultura-Poligamia-nao-deve-constituir-preocupacao-social-em-Angola-P.

-Carvalho.-html. [21] - Com referência ao “Seminário Angolense”, sob a perspectiva do artigo escrito por P. Carvalho, em conformidade com o sítio da internet, sito <http://www.angolaxyami.com/Cultura-/Poligamia-nao-deve-constituir-preocupacao-social-em-Angola-P.-Carvalho.html>. [22] - Conceitos e interpretações emanados da religião islam, ou seja, do livro o qual é seu regimento, sito o Alcorão, o Livro Sagrado do Islamismo, o qual pode ser encontrado no sítio:<http://www.islam.com.br/quoran/index.htm>. [23] - Informações extraídas do site de rede mundial, ou seja, uma página da internet, que consta à seguir:<http://www.pime.org.br/mundoemissao/religcristianmormons.htm> [24] - Relaciona a filosofia com o módulo de regime bígamo (ou até mesmo polígamo). Relação esta, aferida do artigo redigido por Rodrigo Bianchini. <A DELÍCIA DA BIGAMIA - <http://rodrigobianchini.wordpress.com/2009/06/21/a-delicia-da-bigamia/>>. [25] - A sociologia estuda o comportamento dos seres, bem como a função do meio que interligam os indivíduos, enfim, busca por meio da base teórico-metodológica, a fim de estudar os fenômenos sociais. Neste sentido, a sociologia busca compreender o fenômeno das relações e é em razão deste posicionamento que pode ser aferido de forma intrínseca, a análise da bigamia na concepção dos estudos da sociologia.

Incêndio - Artigo 250

COMENTÁRIO AO ARTIGO 250 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluno: [Guilherme de Oliveira Moura](#) em Julho de 2011.

"250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

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."

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Análise Doutrinária

- 1.1 Conceito
- 1.2 Qualificadores e Aumento de Pena
- 1.3 Agentes Ativo e Passivo
- 1.4 Elementos Objetivos
- 1.5 Elementos subjetivos
- 1.6 Classificação Jurídica
- 1.7 Consumação e Tentativa
- 1.8 Ação Penal

2 Bibliografia

Análise Doutrinária

O artigo acima tem como objetivo punir a conduta de expor a perigo a vida, a integridade física a número indeterminado de pessoas ou patrimônio de outrem com emprego de fogo.

No §1º, são os casos de aumento de pena, decorrente das condutas do inciso I, com o intuito de obter vantagem econômica, e do inciso II, possíveis locais que possam ser alvo dessa conduta.

§2º, é o caso da modalidade culposa, é pena detenção, de seis meses a dois anos.

Conceito

O Artigo protege a incolumidade pública, tipificando a conduta de quem, por meio de incêndio, expõe a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de terceiros. Vale frisar que, para configurar esse crime, deve ter como alvo um número indeterminado de pessoas ou patrimônios.

Pois caso contrário, voltado para uma pessoa ou patrimônio determinado, será crime de dano, em caso de atingir o patrimônio e causar lesão ou morte, nos casos de atingir integridade física ou a vida.

O legislador especifica, também, as condutas qualificadoras do tipo, dispostas no parágrafo 1, incisos I e II, alíneas "a" a "h", que são causadores de aumento de pena do agente.

Qualificadores e Aumento de Pena

As qualificadoras estão previstas no art. 258, CP: "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 da metade; se resulta morte aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço". Damásio diz: "Não são todos preterdolosos. Somente receberão essa qualificação os delitos dolosos de incêndio qualificados pelo resultado "[1]. Lembrando que, nem todos os doutrinadores adotam o critério de incêndio preterdoloso.

As causas de aumento de pena estão dispostas nos incisos I e II do Parágrafo 1. No inciso I, quando o agente pratica a conduta com o intuito de obter vantagem econômica, vantagem essa de um número indeterminado de pessoas, pois do contrário pode se configurar aí o crime de estelionato, art. 171. Nos casos do inciso II: 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; e h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

Agentes Ativo e Passivo

Não há uma divergência doutrinária com relação aos agentes da conduta.

Ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário da coisa incendiada, porém, como lembra Damásio, apenas se o incêndio expuser a perigo uma coletividade [2]. Uma observação com relação à conduta do agente ativo, pode praticar esse crime por omissão, ao presenciar um indício de incêndio e não fazer nada para detê-lo.

Já o agente passivo, é a coletividade que fica exposta ao perigo de incêndio.

Elementos Objetivos

Segundo Luiz Regis Prado, a simples exposição ao perigo de dano, a um número indeterminado de pessoas, com o emprego de fogo, basta para a configuração do crime, sendo irrelevante a natureza do objeto e os meios utilizados pelo agente [3]. Contudo, para Fernando Capez não há que se falar, necessariamente, na utilização de fogo, a mera combustão, seja por fogo ou gás inflamável, já configura o crime [4]. Pode, também, o objeto incendiado pertencer ao próprio agente, mas precisa existir um perigo real de dano à coletividade. Trata-se de crime de perigo concreto, citando Capez "deve ser comprovado que coisas ou pessoas sofreram riscos "[5]. Logo se não houver perigo a uma coletividade não se caracteriza esse crime.

Elementos subjetivos

Tanto para Luiz Regis Prado quanto Fernando Capez, é o dolo do agente, a livre vontade consciente de causar o incêndio expondo um determinado número de pessoas. Porém, Damásio, além de dolo fala também de a título preterdoloso: "O preterdoloso se apresenta na hipótese de o agente causar dolosamente o incêndio (caput ou §1) e em virtude do fogo advir morte ou lesão corporal de natureza grave. Se o resultado for abrangido pelo dolo do agente, haverá concurso formal entre o crime em estudo e os previstos no art. 121 ou 129, §§1 e 2, do CP, conforme o caso "[6] Dessa forma, se o agente agir com dolo no incêndio e culpa na morte, haverá incêndio preterdoloso, mas se houver dolo nas duas condutas, haverá concurso formal.

Admite-se, também, na modalidade culposa, como está previsto no §2 deste artigo. Ocorre quando, como diz Capez: "o sujeito ativo não quer o resultado, mas acaba por produzi-lo por inobservância do dever objetivo de cuidado "[7]

Classificação Jurídica

Trata-se de um crime de perigo concreto, instantâneo e material. A exemplo de Damásio, deve ser comprovada a ocorrência de um perigo à coletividade, consuma-se no momento em que é causado o perigo comum, sem continuidade no tempo e exige a ocorrência da conduta e do resultado tipificado no artigo [8].

Dessa forma, faltando algum desses tipos citados acima a conduta pode se tornar: um crime de dano ou lesão corporal, pois voltada a uma única pessoa; pode ocorrer arrependimento eficaz, desistência voluntária e crime impossível e crime tentado.

Consumação e Tentativa

Outro ponto pacífico é com a consumação, que se dará no momento do estabelecimento do perigo comum. Admitindo-se a tentativa. Porém, Fernando Capez ainda fala em crime impossível, onde ele dá como exemplo: "o agente supõe estar jogando álcool na casa quando na realidade se trata de soro fisiológico "[9], e, também, em arrependimento eficaz e desistência voluntária, "se o agente, após o emprego dos meios aptos a provocar o incêndio, impede que se produza, apagando o fogo que se inicia, sem que tenha resultado qualquer perigo comum "[10]. Nesse caso, responderá apenas pelos atos praticados.

Ação Penal

Sua ação penal é pública incondicionada, logo independe de representação.

Capez ainda fala que: "o incêndio culposo (§2), em face da pena máxima cominada (detenção de 6 meses a 2 anos), constitui infração de menor potencial ofensivo, sujeito às disposições da Lei 9099/95, sendo, inclusive, cabível o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da lei), em virtude da pena mínima prevista "[11], lei essa citada a dos juizados especiais, pois a pena mínima cominada no incêndio culposo é inferior a um ano.

Bibliografia

[1] JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Especial. São Paulo. Saraiva. V.3. 15ª Ed. p. 274. [2] JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Especial. São Paulo. Saraiva. V.3. 15ª Ed. p. 271. [3] PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo. Revista dos Tribunais. V.3. 6ª Ed. rev., atual, e ampl. p. 41. [4] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo.V.3. p. 164. [5] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo.V.3. p. 164. [6] JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Especial. São Paulo. Saraiva. V.3. 15ª Ed. p. 275. [7] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo.V.3. p. 167. [8] JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Especial. São Paulo. Saraiva. V.3. 15ª Ed. p. 275. [9] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo.V.3. p. 165. [10] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo.V.3. p. 165. [11] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo.V.3. p. 169.

Corrupção ou Poluição de Água Potável - Artigo 271

COMENTÁRIO AO ARTIGO 271 DO CÓDIGO PENAL

Autoria da aluna: [Priscila Lemos Apolinário](#) em Junho de 2011.

"Artigo 271 - Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva á saúde: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (anos) anos".

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Introdução

2 Análise Doutrinária

o 2.1 Lei 9605/98, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998

3 Bibliografia

Introdução

O crime de corrupção ou poluição de água potável possui alta relevância para a saúde pública, pois a propagação de agentes poluidores na água gera desequilíbrio ambiental e na vida da sociedade. Pensando nisso, o legislador criou leis que especificam e punem o crime citado, seja esta punição administrativa ou penal.

Apesar dos recursos hídricos serem limitados, ainda hoje, a sociedade brasileira não dá o devido valor à água. Acredita-se que esse descaso ocorra por causa da abundância desta no país que por enquanto não sofre pela falta de água.

Devido á grande importância da água, a Constituição federal de 1988 reservou vários artigos referentes à preservação do Meio Ambiente, dentre esses:

“Art. 20. São bens da união: III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais”.

“Art. 26 . Incluem-se entre os bens do estado: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da união; II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da união, Municípios ou terceiros; III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes á união; IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União”.

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial á sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e á coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: III – definir em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através da lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

Assim, uma só ação ofensiva pode gerar três tipos de responsabilidades, diversas e independentes. Um exemplo: determinado cidadão derrama material químico em uma lagoa cuja água é utilizada para consumo humano. Poderá sofrer uma autuação fiscal pela infração administrativa, uma ação civil pública destinada a reparar os danos causados e uma ação penal pela prática do crime poluição sob qualquer forma [1].

Análise Doutrinária

A opinião majoritária entre Nucci, Mirabete, Damásio e Ney Moura Teles é que o objeto jurídico da corrupção ou poluição de água potável é a saúde pública. Não abrangendo as substâncias alimentícias e medicinais[2].

“Corromper (adulterar ou estragar) ou poluir (sujar ou tonar prejudicial á saúde) água potável. Trata-se de tipo misto alternativo, de modo que a prática de uma ou das duas condutas implica num único delito, quando no mesmo contexto”[3].

O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa imputável, como, por exemplo, o proprietário da água. Já o sujeito passivo do delito é a coletividade, podendo ser um determinado grupo de pessoas[4].

Para que esse crime seja efetivado é necessário que a água se torne imprópria para o consumo, apenas poluir não o configura. Logo, aquela que “apresenta cor, cheiro, aspecto e gostos desagradáveis, repugnantes ou simplesmente estranhos a esse líquido, que deva servir de bebida ou empregado como veículo de outras substâncias a serem ingeridas”[5].

Destaca-se que não comete o crime quem, por meio de represas, canaliza várias fontes existentes em suas terras, formando aguadas para o gado, e nelas despeja afinal resíduos de alambique [6]. Mirabete cita em seu livro que não haverá crime se a água já estiver poluída, mas aborda também que a proteção penal apenas a água bioquimicamente potável estaria sendo omissa ao envenenamento, e a poluição as águas acessíveis às pessoas e animais. Portanto, o conceito que se utiliza para água, segundo Mirabete é aquela em que se possa razoavelmente fazer uso [7].

Pode ocorrer também o crime qualificado pelo resultado, gerando o aumento de pena, caso ocorra lesão corporal de natureza grave ou morte [8]. Já Nucci é extremamente sucinto ao falar sobre “a corrupção ou poluição de água potável”, citando os pontos principais. Como, por exemplo, a classificação e a tentativa do artigo 271.

O crime de corrupção ou poluição de água potável admite a modalidade culposa, gerando a detenção. É classificado como crime de perigo, comum, de forma livre, comissivo, instantâneo, de perigo comum abstrato, unissubjetivo e plurissubsistente. Não necessita do resultado para ser consumado, portanto é classificado como crime formal [9].

Damásio e Ney Moura, dentre esses doutrinadores, são os únicos que citam em seus livros que a ação penal pública é incondicionada, apesar de todos possuírem a mesma opinião [10].

Lei 9605/98, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998

Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Capítulo IV - Da Ação e do Processo Penal

“Art. 26. Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada”.

Capítulo V – Seção III - Da Poluição e outros Crimes Ambientais

“Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

Segundo Ney Moura Teles, o artigo 271 foi tacitamente revogado pela lei nº 9.605/98, que está assim redigido: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possa resultar em danos á saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena- reclusão, de 1 a 4 anos, e multa. § 1º Se o crime é culposo: Pena: detenção de 6 meses a 1 ano, e multa. § 2º Se o crime (...) III – Causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade (...): Pena de 1 ano a 5 anos”¹¹[11]. O artigo 271 cita “corromper ou poluir água potável”, a norma especial amplia o conceito: poluir é causar dano de qualquer natureza [12].

Acredita-se que a lei abordada acima, realmente, revogou o artigo 271 por possuir potencialidade de alcance muito maior, já que não é apenas “corromper ou poluir, água potável, tornando- a imprópria para o consumo ou nociva a saúde”, mas sim gerar qualquer probabilidade que possa causar dano á saúde, o que propicia a poluição [13].

O bem jurídico protegido é a segurança da população em relação a água que consome, é a saúde pública, incolumidade pública [14]. Sujeito ativo é qualquer pessoa que realizar a conduta típica, e o sujeito passivo é a coletividade [15].

A conduta da norma especial e do artigo 271 é dolosa. A tentativa ocorre quando o agente não consegue executar a ação material que é poluir, ou quando termine a ação, mas não consiga o resultado, por circunstâncias alheias a sua vontade [16].

Admite-se forma culposa que de acordo com o artigo 271 § 1º, a punição é de detenção de dois meses a um ano. Já na lei dos crimes ambientais, pune-se a forma culposa com pena de seis meses a um ano [17].

A forma culposa se trata de conduta negligente, imprudente ou imperita do agente que vem a causar poluição da água potável. Como, por exemplo, a atuação culposa de funcionários encarregados de tratamento, manipular ou fiscalizar as águas de abastecimento público.

Bibliografia

1 - Homepage disponível na Internet:<http://daleth.cjf.jus.br/numero3/artigo02.htm>. Acesso em: 18 de junho. 2011. 2 - NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 877p. MIRABETE, JulioFabri. Manual de Direito Penal. 12ªed. São Paulo: Atlas, 1998. 147p. JESUS, Damásio E. Direito Penal Parte Especial. 15ª ed. São

Paulo: Saraiva, 2002. 357p. TELES, Ney Moura. Direito Penal III Parte Especial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 248p. 3 - NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 876p. 4 - MIRABETE, JulioFabrini. Manual de Direito Penal. 12ªed. São Paulo: Atlas, 1998. 147p. 5 - MIRABETE, JulioFabrini. Manual de Direito Penal. 12ª ed. São Paulo: Atlas. 148p. FÁVERO, Flaminio. Código penal brasileiro comentado. São Paulo: Saraiva 1950. V. 9, p. 76. 6 - MIRABETE, JulioFabrini. Manual de Direito Penal. 12ªed. São Paulo: Atlas, 1998. 148p. 7 - MIRABETE, JulioFabrini. Manual de Direito Penal. 12ªed. São Paulo: Atlas, 1998. 148p. 8 - MIRABETE, JulioFabrini. Manual de Direito Penal. 12ªed. São Paulo: Atlas, 1998. 149p. 9 - NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal.3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 876p. 10 - JESUS, Damásio E. Direito Penal Parte Especial. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 359p. TELES, Ney Moura. Direito Penal III Parte Especial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 250p. 11 - TELES, Ney Moura. Direito Penal III Parte Especial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 248p. 12 - TELES, Ney Moura. Direito Penal III Parte Especial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 249p. 13 - TELES, Ney Moura. Direito Penal III Parte Especial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 249p. 14 - TELES, Ney Moura. Direito Penal III Parte Especial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 248p. 15 - TELES, Ney Moura. Direito Penal III Parte Especial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 248p. 16 - TELES, Ney Moura. Direito Penal III Parte Especial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 249p. 17 - TELES, Ney Moura. Direito Penal III Parte Especial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 250p.

Curandeirismo - Artigo 284

COMENTÁRIO AO ARTIGO 284 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluno: [Bruno Henrique Barbosa de Almeida](#), em Julho de 2011.

"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 seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa".

Sua forma qualificada está prevista no artigo 285:

"Forma qualificada:

Art. 285 - Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267."

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Introdução

2 Análise Doutrinária

- 2.1 Sujeitos do delito
- 2.2 Objeto jurídico
- 2.3 Tipo objetivo
- 2.4 Consumação e tentativa
- 2.5 Tipo subjetivo
- 2.6 Curandeirismo qualificado
- 2.7 Ação penal - Lei dos juizados especiais criminais
- 2.8 Distinções
- 2.9 Concurso de crimes

3 Bibliografia

Introdução

O artigo tem por propósito punir a conduta de curandeirismo. “Trata-se de crime de forma vinculada, pois a lei elenca os diversos modos de execução:

- a) prescrevendo (receitando), ministrando (entregando a consumo) ou aplicando (empregando), habitualmente, qualquer substância (nociva ou não para a saúde). Cite-se, como exemplo, o ato de prescrever raízes ou ervas para curar meningite etc.;
- b) usando gestos (por exemplo: passes), palavras (por exemplo: benzeduras, rezas etc.) ou qualquer outro meio;
- c) fazendo diagnósticos: aqui o agente determina qual a doença que acometeu a vítima por meio da análise dos sintomas”.¹

Análise Doutrinária

Sujeitos do delito

Citando Mirabete, “Curandeiro é qualquer pessoa que pratica uma das condutas inscritas no artigo 284. Não é curandeiro, evidentemente, a prática religiosa lícita, empregada pelo ministro de culto, desde que não saia do terreno puramente espiritual e não substitua nem impeça a ação médica”.² “Já se tem afirmado que o médico não pode ser sujeito ativo do crime de

curandeirismo por possuir conhecimentos adequados ao tratamento de doenças, o que também aconteceria com o farmacêutico. Nada impede, entretanto, que esses profissionais abandonem os métodos científicos para dedicarem-se à cura através de gestos, palavras ou qualquer outro meio não vinculado à sua formação técnico-profissional, praticando, assim, esse crime.”³ “Sujeito passivo é a coletividade, já que o curandeirismo é um crime contra a incolumidade pública. Não há necessidade, portanto, de identificação das pessoas “tratadas” pelo agente.”⁴

Objeto jurídico

Com as palavras de Capez, “Citando Noronha, a objetividade jurídica “é a saúde pública da coletividade exposta a perigo pela prática do curandeirismo, pela atividade de pessoas ignorantes e atrasadas, que de medicina não possuem a menor noção e, não obstante, se dispõem a curar os que as procuram, a tratar de suas doenças, etc.”.”⁵ Examina-se um crime de perigo abstrato. “Não só pode ocorrer a ingestão de substâncias nocivas à saúde das pessoas, como também estas são subtraídas ao tratamento adequado, ministrado por quem tenha habilitação profissional”.⁶

Tipo objetivo

“Exercer o curandeirismo é praticar, desempenhar ou exercitar atos que a lei especifica. É o exercício da arte de curar de quem não tem a necessária habilitação profissional, por meios não científicos.”⁷ “O tipo previsto no artigo 284 é um crime de conduta mista alternativa. A lei refere-se a três modalidades de ações. A primeira é a de prescrever, ministrar ou aplicar habitualmente qualquer substância. A inocuidade das substâncias prescritas ministradas ou aplicadas pelo curandeiro aos clientes não exclui o crime, quer porque a lei pune até o crime praticado por gestos ou palavras, quer porque o fato afasta o doente do tratamento adequado. Já se decidiu pela existência do crime na prescrição de água fria.”⁸

“O inciso II prevê a conduta de usar gestos (passes, manipulações, atitudes, posturas), palavras (rezas, benzeduras, esconjurações, invocações de espíritos) ou qualquer outro meio (magias, bruxedos etc.).”⁹ “A terceira modalidade prevista no artigo é a de fazer diagnóstico, ato privativo de médico que consiste na indicação da existência de determinado mal em virtude dos sintomas e características apresentadas pelo cliente.”¹⁰ “É crime de curandeirismo o uso de passe ou a indicação ou doação de remédio aos doentes pelos chamados benzedores, ainda que gratuitamente, não excluindo o ilícito a circunstância de ser o infrator um místico, um idealista e um caridoso.”¹¹

“Não constitui curandeirismo, segundo a jurisprudência: o hipnotismo, se for tratamento científico indicado para a cura de determinados males, desde que tal cura seja orientada por pessoa legalmente habilitada; os conselhos, exortações e sugestões para eliminar os vícios do alcoolismo e tabagismo; a simples aplicação de massagem ao corpo humano, por meio de fricção, compressão ou percussão; a venda de ervas medicinais; prescrição de medicamento à

base exclusiva de vitaminas etc.”¹² “Indispensável à caracterização do crime de curandeirismo é a habitualidade. Não é indispensável, porém, que o agente transforme o curandeirismo em profissão.”¹³

Nos ensinamentos de Fernando Capez, ele nos expõe uma conturbada relação entre a liberdade de consciência e de crença e o crime em questão, “Indaga-se se determinados atos inerentes aos rituais religiosos (por exemplo: dar passes, fazer orações, realizar benzeduras) podem ser considerados curandeirismo. A Constituição Federal em seu art. 5º, VI, assegura a inviolabilidade da “liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”. Desse modo, os atos que integram o ritual religioso, como os passes dados na religião espírita, no umbanda, as benzeduras ou o exorcismo realizados pelo padre católico, uma vez que constituem atos de fé e não geram efeitos prejudiciais à saúde pública, não constituem crime. Tal não sucede se há a utilização dos rituais religiosos para o fim de tratamento de moléstias, como a prescrição de remédios e a realização de diagnósticos. Configuram, portanto, crime de curandeirismo, pois causam perigo para a saúde pública. O indivíduo ignorante, desprovido de qualquer conhecimento médico, que em rituais religiosos realiza procedimentos cirúrgicos, ou seja, faz perfurações no corpo da vítima, amputações etc., não responde pelo delito de curandeirismo. Responderá ele, no caso, pelo crime de lesões corporais. Se, no entanto, possua conhecimentos médicos, poderá caracterizar-se o delito de exercício ilegal da medicina.”¹⁴

Consumação e tentativa

“Consuma-se com a prática de um dos atos previstos no tipo penal, desde que de forma reiterada. Trata-se, portanto, de crime habitual e, sendo assim, a tentativa é inadmissível. É crime de perigo abstrato, uma vez que a lei presume o perigo causado à saúde pública com a prática reiterada de uma das ações típicas. Em razão disso, ainda que o tratamento dispensado tenha sido bem-sucedido, o crime configura-se.”¹⁵ Diz Mirabete, não só a reiteração dos atos, “numa só ocasião, atendendo a mais de um doente, o agente pratica a infração penal”.¹⁶

Tipo subjetivo

“Exige-se o dolo. O agente deve atuar com consciência de que exerce as ações de cura de modo habitual e com livre vontade de assim se comportar, sem qualquer outra finalidade. Se buscar remuneração, incide a norma qualificadora, adiante comentada. O dolo, portanto, é o genérico.”¹⁷

“O curandeirismo é muito praticado no Brasil e até tolerado quando realizado sob o manto protetor da liberdade de culto religioso. Privada de assistência à saúde, a população mais pobre é levada a aceitar, como solução para os males da saúde, a prática do curandeirismo realizada em templos religiosos por pessoas que se dizem capazes de curar. Escudam-se

estas na alegação de exercício da atividade religiosa e os médiuns alegam que, quando da prática dos atos incriminados, estão inconscientes, por estarem incorporados por outro espírito, o que é inaceitável.”¹⁸ “Ainda que se possa admitir a inconsciência do médium, na verdade indemonstrável, é de se aplicar a actio libera in causa, para não excluir a tipicidade do fato.”¹⁹

Curandeirismo qualificado

“O parágrafo único do art. 284 manda que, quando o agente pratica o curandeirismo mediante remuneração, isto é, com a cobrança pelos serviços prestados, seja aplicada também a pena de multa.”²⁰ “Formas qualificadas pelo resultado: determina o art. 285 do Código Penal que serão aplicadas ao curandeirismo as formas qualificadas pelo resultado descritas no art. 258.”²¹

“Se do fato resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será aumentada de metade. Se resultar morte, será aplicada em dobro. São crimes preterdolosos. Há dolo na realização da conduta e culpa na produção do resultado não desejado nem aceito pelo agente.” “Se o agente tiver realizado a conduta com a finalidade de causar o resultado mais grave, haverá o crime contra a pessoa integralmente doloso.”²²

Ação penal - Lei dos Juizados especiais criminais

“a) Ação penal: é crime de ação penal pública incondicionada, portanto independe de representação do ofendido ou de seu representante legal.”²³ “b) Lei dos Juizados Especiais Criminais: em virtude da pena máxima cominada, as formas simples (caput) e qualificada (parágrafo único) constituem infração de menor potencial ofensivo, sujeitas às disposições da Lei n. 9.099/95. Em face da pena mínima prevista, é cabível a suspensão condicional do processo (art. 89 da lei).”²⁴

Distinções

“a) Exercício ilegal da medicina. Charlatanismo. Curandeirismo: conforme distinção de Hungria, “Segundo o conceito tradicional ou vulgar, curandeiro é o indivíduo inculto, ou sem qualquer habilitação técnico-profissional, que se mete a curar, com o mais grosseiro empirismo. Enquanto o exercente ilegal da medicina tem conhecimentos médicos, embora não esteja devidamente habilitado para praticar a arte de curar, e o charlatão pode ser o próprio médico que abastarda a sua profissão com falsas promessas de cura, o curandeiro (carimbamba, mezinheiro, raizeiro) é o ignorante chapado, sem elementares conhecimentos de medicina, que se arvora em debelar dos males corpóreos”.²⁵

“b) Curandeirismo e estelionato: veja-se que o curandeiro é o indivíduo ignorante que acredita poder debelar os males do corpo por meio do tratamento por ele dispensado. Já o estelionatário é o indivíduo esperto que, utilizando-se da ignorância do povo, faz promessa falsa de cura com o intuito de obter vantagens ilícitas. Por exemplo: indivíduo que, mediante contraprestação pecuniária, fornece óleo aos doentes, para curar males da pele, que

supostamente teria vertido do corpo de determinado padre milagreiro, quando na realidade o óleo é produzido em sua pequena fábrica de cosméticos.”²⁶

Concurso de crimes

“Curandeirismo e estupro: é fato comum a prática de atos libidinosos ou a manutenção de relações sexuais pelo curandeiro com a vítima a pretexto de debelar males espirituais presentes em seu corpo. Nessa hipótese, o agente responderá pelo crime de curandeirismo em concurso com um dos delitos contra os costumes.”²⁷

Bibliografia

1 - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito de Penal; Parte Especial. São Paulo, Saraiva, 8. ed., p. 307, 2010. v. 3.

2, 3, 4 - MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, Parte Especial. São Paulo, Atlas, 24. ed., p. 146/147, 2010. v. 3.

5 - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito de Penal; Parte Especial. São Paulo, Saraiva, 8. ed., p. 306, 2010. v. 3.

6 - MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, Parte Especial. São Paulo, Atlas, 24. ed., p. 146, 2010. v. 3.

7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 - MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, Parte Especial. São Paulo, Atlas, 24. ed., p. 147/149, 2010. v. 3.

14 - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito de Penal; Parte Especial. São Paulo, Saraiva, 8. ed., p. 307, 2010. v. 3.

15 - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito de Penal; Parte Especial. São Paulo, Saraiva, 8. ed., p. 308, 2010. v. 3.

16 - MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, Parte Especial. São Paulo, Atlas, 24. ed., p. 150, 2010. v. 3.

17, 18, 19 - TELES, Ney Moura. Direito Penal, Parte Especial. São Paulo, Atlas, p. 283/284, 2004. v. 3.

20, 21, 22 - TELES, Ney Moura. Direito Penal, Parte Especial. São Paulo, Atlas, p. 284, 2004. v. 3.

23, 24 - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito de Penal; Parte Especial. São Paulo, Saraiva, 8. ed., p. 310, 2010. v. 3.

25, 26, 27 - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito de Penal; Parte Especial. São Paulo, Saraiva, 8. ed., p. 309, 2010. v. 3.

Falsificação de Papéis Públicos - Artigo 293

COMENTÁRIO AO ARTIGO 293 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluno: [Pedro Henrique Pontes Mendes](#) em Julho de 2011.

"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 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 dois a oito anos, e multa.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 11.035, de 2004)

I - usa, guarda, possui ou detém qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo; (Incluído pela Lei nº 11.035, de 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 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 2004)

a) em que tenha sido aplicado selo que se destine a controle tributário, falsificado; (Incluído pela Lei nº 11.035, de 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 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 um a 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 recibo 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 2004)."

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Introdução

2 Análise Doutrinária

- 2.1 Sujeito Ativo
- 2.2 Sujeito Passivo
- 2.3 Objeto Jurídico
- 2.4 Elemento Subjetivo
- 2.5 Ação Penal
- 2.6 Causas de Aumento de Pena
- 2.7 Forma Equiparada e “novatio legis incriminadora”

3 Julgado do STJ sobre o tema

4 Bibliografia

Introdução

Tomando-se como base o pensamento de Fernando Capez, podemos definir o Art. 293 do Código Penal como sendo o título que tem por objetivo punir a falsificação de papéis públicos por meio de alteração ou fabricação do título. Este crime configura-se como sendo uma ofensa à fé pública e às entidades públicas como um todo. É passível de punição penal por meio de reclusão e comporta causa de aumento de pena. Há que se falar também na figura da suspensão condicional do processo em condutas de pouco poder lesivo (de acordo com as Leis dos Juizados Especiais Criminais).

Análise Doutrinária

Sujeito Ativo

Por tratar-se de um crime comum, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, ou seja, qualquer um poderá praticar este delito.

Sujeito Passivo

Por tratar-se de crime contra a fé pública, o sujeito passivo é a coletividade, o Estado, o indivíduo que sofre o prejuízo no objeto tutelado.

Objeto Jurídico

A fé pública.

Elemento Subjetivo

É caracterizado pelo dolo, margeado pela vontade livre e consciente de se falsificar os papéis públicos contidos no tipo penal; “O crime do art. 293 do CP, em qualquer de suas modalidades, exige, para a sua configuração, seja comprovado o dolo, pois inexiste forma culposa.” (TFR – JTFR 49/265)

O crime consuma-se com a mera falsificação dos papéis públicos contidos no tipo penal; A tentativa deste crime é juridicamente possível. Ex: Agente é pego justo no momento em que tenta falsificar qualquer dos títulos públicos contidos no tipo.

Ação Penal

É um crime de Ação Penal Pública incondicionada.

Causas de Aumento de Pena

Nos moldes do Art. 295. Do Código Penal (“Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena da sexta parte”).

Forma Equiparada e “novatio legis incriminadora”

Convém aqui citar “ipsis litteris” as sábias palavras do festejado autor Fernando Capez:

“A antiga redação do Art. 293, § 1º, do CP, se restringia a prever apenas a conduta de usar qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo. A Lei n. 11.035/2004 criou inúmeras novas condutas envolvendo os papéis falsificados. Trata-se de “novatio legis” incriminadora, a qual não poderá retroagir para prejudicar o agente. Assim, além do uso, foram incluídas a guarda, posse, detenção de qualquer um dos papéis falsificados elencados no texto legal (selo, papel de crédito público, cautela de penhor, talão, recibo, guia, alvará, bilhete, passe, etc.) de forma que tais ações afastam a configuração do crime de receptação ou favorecimento real, por força do princípio da especialidade. Convém notar que, se aquele que falsificar os papéis posteriormente utilizá-los, guarda-los etc., responderá apenas pela falsificação, constituindo as ações posteriores “post factum” impunível. O inciso III constitui uma norma penal em branco, pois incumbirá à legislação tributária determinar os casos em que o selo oficial deverá ser obrigatório”[1]

Julgado do STJ sobre o tema

CRIMINAL. RESP. FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS. CONFIGURAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE GUIA DE DARF. INSERÇÃO DE AUTENTICAÇÃO. RECURSO

PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Hipótese em que o recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 293, V, do Código Penal, porque teria falsificado guias de arrecadação da Receita Federal (DARFs), através da inserção de autenticação, como forma de comprovação do recolhimento dos tributos. O inciso V do art. 293 do CP refere-se a guia, isto é, impresso para pagamento de tributos, depósitos, etc, ou qualquer outro documento relativo à arrecadação de rendas públicas, denotando sua especialidade com relação ao tipo penal previsto no art. 299 do CP. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (STJ - REsp 705.288/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 04.08.2005, DJ 29.08.2005 p. 426)[2]

Bibliografia

[1] CAPEZ, Fernando, Código Penal Comentado, 2º Ed, Editora Verbo Jurídico, p.531

[2] Texto retirado da Internet no

domínio http://www.cursojorgehelio.com.br/download/RECURSO_OAB1.pdf às 16 horas e 14 minutos do dia 02-06-2011

Falsidade de Atestado Médico - Artigo 302

COMENTÁRIO AO ARTIGO 302 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluno: [Adalberto Ferreira da Silva](#) em Julho de 2011.

"302 - Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso: Pena - detenção, de um mês a um ano.

Parágrafo único - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa."

O ponto de partida será a análise do verbo constante no artigo. "Dar", conforme Rogério Grego, o termo dar é utilizado no sentido de entregar, produzir, fornecer a alguém falso atestado médico, mesmo que a pessoa não o utilize [1].

Pode-se verificar também que se trata de crime de conduta própria, pois somente o médico pode executar tal crime; outros profissionais da área médica, como por exemplo: enfermeiros, dentistas, farmacêuticos e etc., se emitirem atestados falsos, responderão pelo crime de falsidade ideológica, art. 299 CP. Para este crime, a pena é mais severa que a do art. 302 do CP, portanto, existe uma distinção de penas para o crime de falsidade documental entre os profissionais de saúde, no art. 299 a pena é de 01 à 05 anos, enquanto a do art. 302 é de 01 mês a 01 ano. É de pensar qual foi o intuito do legislador sobre fazer tal distinção em condutas idênticas aos profissionais da mesma categoria, no caso os profissionais de saúde.

Conforme Luiz Régis Prado, o respectivo crime passou a ter autonomia a partir do ano de 1823, de acordo com art. 28 do Decreto 4780. Até a época do Brasil Colonial não existia tal distinção [2], sendo assim é fácil abstrair que antes da emissão do respectivo Decreto, a conduta de falsidade de atestado médico era tratada como qualquer outra falsidade documental.

Trata-se de um crime doloso, pois o agente executa a ação em sã consciência, com a intenção e com a certeza de que está atestando algo inverídico, pois o mesmo, ao emitir o atestado falso não estava sofrendo coação, grave ameaça ou violência. Verifica-se que, conforme o texto “dar o médico... atestado falso”, a ação é espontânea, por livre vontade ou com interesse de lucro.

Em virtude de encontrar-se no Título dos Crimes contra a Fé Pública, o bem jurídico que está sob a tutela do Estado é a fé pública, pois ao recebermos um atestado médico devidamente assinado, com o respectivo registro do CRM, tem-se fé de que aquele documento é verídico.

É interessante notar a crítica exposta por SILVIO DO AMARAL, que também corroborou que se criou para os médicos um tratamento privilegiado, pois ao criar tal artigo cria-se para condutas idênticas realizadas, tratamento diferenciado tanto por outros profissionais da saúde, quanto aos demais profissionais que emitem declarações ou atestados inverídicos [3].

Os sujeitos em questão são o médico no pólo ativo, aquele que executa a atividade de dar atestado falso, e no pólo passivo o Estado ou a entidade os quais foram ludibriados pela emissão do documento falso.

Segundo Luiz Regis Prado, não é possível a tentativa “ porque , ou o agente ainda não conclui o documento, podendo retificá-lo, ou já o confeccionou por inteiro, está consumada a infração.”[4], mas para Rogério Sanches Cunha a tentativa “é perfeitamente possível, já que se trata de crime plurissubsistente”[5].

São crimes na modalidade comissiva, pois para serem executados, se necessita de uma ação por parte do autor, mas há autores que entendem também que o crime possa ser omissão imprópria.

No parágrafo único verifica-se a forma qualificadora do crime, quando o médico emite atestado com fins de obtenção de lucro, sendo assim além do crime previsto para o CAPUT, o autor terá acrescida a pena de multa.

Em virtude de que o Crime ocorre Contra a Fé Pública, a ação penal será pública incondicionada. Segundo Rogério Greco em sua obra Código Penal Comentado, a ação tramitará inicialmente no Juizado Especial Criminal. Tem-se que levar em consideração alguns particulares de certos ramos da justiça, como por exemplo, na justiça militar será considerado crime militar, já no caso de inserção de documento falso em processo em curso na Justiça do Trabalho, tal situação deverá ser julgada pela Juízo Federal [6].

Bibliografia

[1] Greco, Rogério, Código Penal Comentado, 4ª edição, Niterói-RJ, editora Impetus, 2010, página 795; [2] Prado, Luiz Régis, Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 3, Parte Especial – Arts. 250 a 359H, 5ª edição, São Paulo-SP, Editora Revista dos Tribunais, 2008, página 357; [3] Cunha, Rogério Sanches, Direito Penal Parte Especial, 3ª edição, São Paulo-SP, Editora Revista dos Tribunais, 2010, página 387; [4] Prado, Luiz Régis, Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 3, Parte Especial – Arts. 250 a 359H, 5ª edição, São Paulo-SP, Editora Revista dos Tribunais, 2008, página 360; [5] Cunha, Rogério Sanches, Direito Penal Parte Especial, 3ª edição, São Paulo-SP, Editora Revista dos Tribunais, 2010, página 389; [6] Greco, Rogério, Código Penal Comentado, 4ª edição, Niterói-RJ, editora Impetus, 2010, página 796;

Advocacia Administrativa - Artigo 321

COMENTÁRIO AO ARTIGO 321 DO CÓDIGO PENAL

Autoria da aluna: [Amanda Cristina dos Reis](#) em Junho de 2011.

"321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa."

Análise do Artigo

De acordo com o Código Penal [1], o artigo tem por objetivo punir a conduta de patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário, podendo o interesse ser legítimo ou ilegítimo. Se o interesse for ilegítimo, há a modalidade qualificada do crime.

O assunto disposto no caput do artigo 321 não é somente citado no Código Penal. A Lei 8.113/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, não permite a atuação do funcionário como procurador junto a repartições públicas, salvo em alguns casos. Em caso de haver crime contra a ordem tributária, ainda pode-se aplicar a Lei 8.137/1990. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/94, em seu artigo 30, ainda trata do assunto e diz que o advogado servidor público não poderá patrocinar qualquer interesse perante a Administração Pública. O artigo 91 da Lei 8.666/93 trata de crime relacionado com a licitação pública neste mesmo âmbito disposto no Código Penal e tem a seguinte redação: "Patrocinar, direta ou indiretamente, 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".

Segundo Damásio de Jesus [2] “a” lei penal protege o regular funcionamento da administração governamental, tutelando-a da conduta irregular de seus componentes que, em razão do cargo procuram defender interesses alheios ao Estado, de particulares lícitos ou ilícitos”. Damásio de Jesus [3] ainda define maneiras como o patrocínio citado no caput do artigo poderia ser: formal e explícito ou dissimulado. O primeiro diz respeito a petições, razões, já o segundo diz respeito ao acompanhamento pessoal do processo ou pedido ao funcionário encarregado do procedimento. O delito também poderia ser direto, no caso do funcionário agir sozinho para obtenção do interesse; ou também poderia ser indireto, no caso de um terceiro agir no lugar do funcionário para acobertá-lo. De acordo com Nucci [4] o termo patrocinar quer dizer proteger, beneficiar ou defender. Já o interesse privado quer dizer qualquer vantagem, ganho ou meta a ser atingida pelo particular, a qual se confronta com o interesse público. Valer da condição de funcionário quer dizer o prestígio junto aos colegas ou a facilidade de acesso das informações ou troca de favores. Quando o termo advocacia é utilizado na rubrica, não quer dizer que seja restrito aos advogados, pois neste caso o termo está sendo utilizado no sentido de promoção de defesa ou patrocínio.

De acordo com Rogério Grecco [5], este crime pode ser classificado como próprio no que diz respeito ao sujeito ativo, pois apenas o funcionário público pode praticá-lo; e comum no que diz respeito ao sujeito passivo, pois qualquer pessoa pode ser prejudicada pela conduta praticada pelo sujeito ativo. Já para Damásio de Jesus [6], Nucci [7] e Mirabete e Fabbrini [8] o crime é classificado como próprio, o sujeito ativo seria também a Administração Pública, mas o passivo seria o Estado. O crime também seria classificado como comissivo, de forma livre, instantâneo, monossujeivo, plurissubsistente, transeunte e doloso. Neste caso, sendo o crime doloso, o dolo seria o elemento subjetivo exigido, não havendo possibilidade para a modalidade de natureza culposa.

Para Rogério Grecco [9] não há a possibilidade de tentativa neste crime, já que é consumado com a prática de qualquer ato que vise ao patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública. Para Nucci [10], Damásio de Jesus [11] e Mirabete e Fabbrini [12] há a possibilidade da tentativa, como no caso em que o funcionário é advertido no momento em que vai apresentar uma petição a quem de direito, sendo impedido de levá-la ao seu conhecimento por circunstância alheia à sua vontade. O bem protegido juridicamente seria a própria Administração Pública.

Para Rogério Grecco [13] é admissível o concurso de crimes entre advocacia administrativa e outros delitos como corrupção passiva, concussão, prevaricação. Este cita Luiz Régis Prado, explicando alguns casos de concurso “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” [14].

A pena aplicada para quem pratica o crime previsto no artigo 321 é de detenção de 1 (um) a 3 (três) meses ou multa, porém, para a forma qualificada a pena é de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa. A pena ainda poderá ser aumentada de um terço, caso a pessoa esteja em cargo de comissão ou em função de direção ou assessoramento, segundo o parágrafo segundo do artigo 327 do Código Penal. A ação penal no caso deste crime é de iniciativa pública incondicionada.

Bibliografia

1-Código Penal 2-DE JESUS, Damásio. Direito Penal Parte Especial, p. 221. 3-DE JESUS, Damásio. Direito Penal Parte Especial, p. 222. 4-NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal Parte Geral e Parte Especial, p. 979-980. 5-GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial Volume IV, p. 437-441. 6-DE JESUS, Damásio. Direito Penal Parte Especial, p. 223. 7-NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal Parte Geral e Parte Especial, p. 979-980. 8-Manual de Direito Penal Parte Especial Volume III, p. 302-305. 9-GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial Volume IV, p. 437-441. 10-NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal Parte Geral e Parte Especial, p. 979-980. 11-DE JESUS, Damásio. Direito Penal Parte Especial, p. 221-223. 12-MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal Parte Especial Volume III, p. 302-305 13-GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial Volume IV, p. 437-441. 14-PRADO, Luiz Regis. Curso de direito Penal Brasileiro, p. 453-454.

Usurpação de Função Pública - Artigo 328

COMENTÁRIO AO ARTIGO 328 DO CÓDIGO PENAL

Autoria da aluna: [Marianne Gomes de Amaral](#) em Junho de 2011.

"328 - Usurpar o exercício de função pública: Pena – detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único. Se do fato o agente auferir vantagem: Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa".

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Introdução

2 Análise Doutrinária

○ 2.1 Sujeito Ativo

○ 2.2 Sujeito Passivo

- 2.3 Objeto Jurídico
- 2.4 Tipo Objetivo
- 2.5 Tipo Subjetivo
- 2.6 Classificação Jurídica
- 2.7 Ação Penal
- 2.8 Peculiaridades

3 Jurisprudência:

- 3.1 STJ

4 Bibliografia

Introdução

O artigo visa proteger o regular funcionamento da Administração Pública, “a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários” [1].

Como doutrina Rogério Greco “a preocupação com relação à validade dos atos administrativos importa em coibir, por intermédio do Direito Penal, comportamentos que maculem a imagem da Administração Pública, trazendo a incerteza e a instabilidade” [2].

A usurpação de função pública é punida desde o Direito romano, bem como na Idade Média e no Código francês de 1810, e já em 1830, no Código do Império, tratou-se da matéria no Direito penal pátrio [3].

O parágrafo único revela qualificadora justificada pela maior reprovação social àquele que, exercendo indevidamente função pública, obtém vantagem, seja esta patrimonial ou não.

Análise Doutrinária

Sujeito Ativo

Trata-se de crime comum, assim, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do delito em questão. A doutrina considera que poderão ser agente do crime tanto o extraneus, isto é, o particular, como o funcionário público que exerce função à qual é totalmente incompetente. Neste último caso a função deverá ser complementemente estranha à qual está investido o funcionário. [4] [5]

Por óbvio, não se pode confundir exceder-se no exercício da função (abuso de poder) com investir-se na função que não possui [6].

Sujeito Passivo

Neste polo figura o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, não sendo aplicável a equiparação prevista no art. 327, § 1º, do Código Penal [7].

A doutrina majoritária entende que a equiparação só é cabível nos crimes em que o funcionário público é sujeito ativo.

Objeto Jurídico

Tal qual indica o capítulo no qual está inserido o crime, o bem tutelado no delito em cena é a Administração Pública, sua moralidade e probidade administrativa.

Luiz Regis Prado explica: “o bem jurídico aqui protegido refere-se ao normal funcionamento da Administração Pública, cuja potestade é atingida quando alguém usurpa determinada função pública, desestabilizando a confiança e a segurança depositadas pelos administrados nos serviços prestado pelos funcionários públicos, ferindo substancialmente o prestígio da Administração ante os destinatários dos seus serviços” [8].

Tipo Objetivo

O tipo descrito no artigo discutido tem como núcleo o verbo usurpar, que deverá ser entendido como apossar-se, exercer indevidamente, obter mediante fraude, alcançar sem direito.

Assim, para a consumação, o extraneus ou o funcionário por completo incompetente terá de exercer, de maneira ilegítima, ato de ofício inerente à função pública à qual não está investido.

Não basta para a configuração do crime que o agente declare ser funcionário público não sendo. Ele deverá arbitrariamente exercer ato privativo da função usurpada.

Ensina Greco que “caso o agente venha, por exemplo, a apresentar-se como funcionário público sem, no entanto, praticar qualquer ato funcional, o fato se subsumirá à contravenção penal de simulação da qualidade de funcionário, prevista pelo art. 45 do Decreto-Lei nº 3.688/41” [9].

Há de se falar também na possibilidade de processamento pela contravenção do art. 46 da LCP se o agente apenas apresenta-se como funcionário, portando distintivo ou trajando uniforme específico de função pública, sem a prática de ato de ofício.

Deve-se lembrar que determinadas situações autorizam que o particular exerça uma função pública, como é o caso da prisão em flagrante, sendo este um flagrante facultativo, conforme o art. 301, do Código de Processo Penal brasileiro.

Cumprе ressaltar que a função pública pode ser permanente, transitória, civil, gratuita ou remunerada. Em que pese o autor Cesar Roberto Bitencourt considerar que possa ser também militar, verifico que, havendo a previsão específica do delito no art. 335, do Código Penal Militar, a usurpação de função militar não configura o crime previsto no art. 328.

Em sua forma qualificada, como dito anteriormente, a aferição de vantagem incide na medida de culpabilidade, aumentando a reprovabilidade do ato. Desta forma, prevê-se pena maior que a do caput. Segundo Bitencourt [10], é irrelevante que a vantagem seja devida ou indevida, legítima ou não.

Poderá ser admitida a tentativa, por tratar-se de crime plurissubsistente, quando por circunstâncias alheias a sua vontade o agente não puder exercer ato de ofício da função pública que pretendia usurpar.

Tipo Subjetivo

Como elemento subjetivo o tipo exige o dolo, “consubstanciado na consciência e vontade de usurpar o exercício da função pública, com pleno conhecimento da ilegitimidade do ato perpetrado” [11], não sendo prevista a modalidade culposa.

Desta forma, arrisco dizer que afasta-se da tipicidade o funcionário de fato – expressão utilizada no Direito Administrativo para indicar aquele funcionário cuja investidura em cargo ou função pública apresenta alguma forma de vício – que desconhece a irregularidade revelada por sua investidura, pois imprescindível para a configuração do crime que esteja presente o dolo, não verificado na situação descrita.

Classificação Jurídica

Trata-se de crime comum, doloso e, em geral, comissivo, entretanto, pode ser praticado via omissão imprópria, quando for o agente garantidor, nos termos do art. 13, § 2º, CP [12].

Como regra é instantâneo, podendo transformar-se em permanente. Assim, “ainda que o agente pratique vários atos, o delito torna-se único, já que, apesar de se tratar de delito instantâneo, pode se tornar eventualmente permanente, quando o agente perpetua a situação ilícita” [13].

É unissubjetivo, praticado por um único agente, e plurissubsistente, praticado em mais de um ato, admitindo fracionamento de sua execução.

Cezar Roberto Bitencourt considera, também, que o crime é formal por não haver necessidade de resultado naturalístico para sua consumação [14].

Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada. Destarte, será promovida por denúncia do Ministério Público, independentemente de queixa ou representação, não incidindo sobre ela o instituto da decadência, em contra sensu ao art. 38, do CPP.

Peculiaridades

No crime previsto no caput a competência é do Juizado Especial Criminal por ser a pena máxima em abstrato de 2 anos (crime de menor potencial ofensivo), cabendo a suspensão condicional do processo. Interessante análise é a que distingue o crime de estelionato e o de usurpação de função pública, na qual se verifica que apesar de a usurpação também permitir que se perceba vantagem, esta é adstrita ao exercício de função pública.

Greco explana que “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 um vantagem ilícita” [15].

Como exemplo de configuração deste crime, Luiz Regis Prado traz a situação de quando “o agente se intitula policial ou fiscal e exige a exibição de documentos por parte da vítima” [16].

Jurisprudência:

STJ

A Sexta Turma do STJ decidiu que o delito de usurpação de função pública só se configura se o sujeito age dolosamente e em benefício próprio. Assim noticia a Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça acerca do julgamento do RHC 16.993 (Recurso em Habeas Corpus):

“O crime de usurpação de função pública só se efetiva se o agente atua com dolo e para obter benefício próprio. Se o benefício é exclusivo da Administração, não ocorre o delito. A decisão é da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que trancou a ação penal contra delegado de polícia paranaense acusado de permitir que servidor comissionado atuasse como policial civil. O julgamento terminou empatado, o que levou ao provimento do recurso em habeas corpus. Segundo o desembargador convocado Celso Limongi, a atuação do comissionado não se deveu ao delegado, mas à “promiscuidade dos cargos criados pelo próprio Estado-Administração, com funções assemelhadas à de delegado de polícia, e à própria denominação dos cargos”.

De acordo com o relator, o comissionado atuava há anos em diferentes unidades da Polícia Civil paranaense, ocupando cargos sucessivamente renomeados, com funções próximas às de policiais. Em janeiro de 2002, nova lei alterou o regime para proibir que os, a partir de então, denominados “agentes administrativos” exercessem atividades de autoridade policial. Mas o comissionado seguiu desempenhando as atribuições a que estava habituado até abril do mesmo ano.

“O Executivo, tradicionalmente, se ressentido de condições financeiras para manter a estabilidade de seu quadro de funcionários, incluindo, aí, o quadro de delegados de polícia. Disso resulta a improvisação”, afirma o relator. “À falta de administração técnica, improvisa-se, e aquilo que era para ser temporário, torna-se permanente e, com isso, os serviços vão deteriorando-se cada vez mais”, completa.

Para o desembargador convocado, o delegado, acusado de coautoria do crime de usurpação, nem mesmo colaborou com o comissionado para os atos. Segundo ele, havia uma situação de fato, e não criada por ele” [17].

Bibliografia

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – vol. 5. São Paulo. Saraiva. 4ª ed. p. 189. 2 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – vol. IV. Rio de Janeiro. 4ª ed. p. 477. 3 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro – vol. 3. São Paulo. 6ª ed. p. 502. 4 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – vol. 5. São Paulo. Saraiva. 4ª ed. p. 189. 5 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro – vol. 3. São Paulo. 6ª ed. p. 503. 6 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – vol. IV. Rio de Janeiro. 4ª ed. p. 482. 7 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – vol. 5. São Paulo. Saraiva. 4ª ed. p. 189. 8 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro – vol. 3. São Paulo. 6ª ed. p. 502. 9 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – vol. IV. Rio de Janeiro. 4ª ed. p. 481. 10 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – vol. 5. São Paulo. Saraiva. 4ª ed. p. 189. 11 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro – vol. 3. São Paulo. 6ª ed. p. 503. 12 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – vol. IV. Rio de Janeiro. 4ª ed. p. 478. 13 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro – vol. 3. São Paulo. 6ª ed. p. 504. 14 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – vol. 5. São Paulo. Saraiva. 4ª ed. p. 189. 15 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – vol. IV. Rio de Janeiro. 4ª ed. p. 481. 16 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro – vol. 3. São Paulo. 6ª ed. p. 503.

17 http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99356&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=usurpa%E7%E3o%20de%20fun%E7%E3o%20p%FAblica#

Desacato - Artigo 331

COMENTÁRIO AO ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL

Autoria da aluna: [Carla Coelho Pereira da Costa](#) em Junho de 2011.

"331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa".

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Introdução

2 Análise Doutrinária

- 2.1 Sujeito Ativo
- 2.2 Sujeito Passivo
- 2.3 Objeto Jurídico
- 2.4 Tipo Objetivo

- 2.5 Tipo Subjetivo
- 2.6 Classificação Doutrinária
- 2.7 Ação Penal
- 2.8 Peculiaridades

3 Bibliografia

Introdução

De acordo com Rogério Sanches Cunha, o Capítulo II “dos crimes praticados por particular contra a administração em geral”, do Título XI “dos crimes contra a Administração Pública” do Código Penal enumera um rol de crimes comuns praticados por qualquer pessoa contra a Administração Pública em geral.[1] Nesse conceito abrange tanto a administração direta (constituída pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios), quanto à administração indireta (formada pelas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas). Segundo Paulo José da Costa Jr., o objetivo do Código Penal em tipificar estas condutas é o de proteger o erário, a honra da Administração Pública e seu correto funcionamento dentro da sociedade.[2] Tais crimes podem ter conseqüências devastadoras, já que além de atingir diretamente a Administração Pública, indiretamente causam danos a um número indeterminado de pessoas quando o erário é lesado. Devido à grande importância da Administração Pública, a Constituição Federal de 1988 no seu art. 37 caput elenca alguns dos princípios que devem ser seguidos: “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:”

Os crimes do Título XI da parte especial do Código Penal podem ser praticados tanto por particulares quanto por funcionários públicos.[3] Com isso devemos analisar o conceito de funcionário público. O Direito Penal diverge do Direito Administrativo na conceituação de funcionário público. Na esfera Penal o conceito de funcionário público é mais amplo do que aquele apresentado pelo campo administrativo. A lei penal estabelece no seu artigo 327 o conceito de 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. § 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.”

Pelos ensinamentos de Rogério Greco, para efeitos penais, o conceito de funcionário público é aquele ocupante de cargo público, e também engloba aquele que exerce função ou emprego público. Não exigindo para a caracterização de funcionário público a atividade profissional ou permanente da função pública. É considerado funcionário público para fins penais toda e qualquer pessoa que se encontre no exercício da função pública, seja ela permanente, temporária, remunerada, gratuita, efetiva, interina, se exercida profissionalmente ou não, ou ainda exercida eventualmente. [4] São, portanto, considerados funcionários públicos na esfera penal os estagiários, mesários de eleições, jurado, etc.. De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 327 do código penal, são equiparados a funcionário público os agentes que exercem cargo, emprego ou função nas entidades paraestatais, formadas, de acordo com o conceito penal, pelas autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. E também os que trabalham para empresas prestadoras de serviços contratadas ou conveniadas para execução típica da Administração Pública, como por exemplo, as empresas de fornecimento de energia e água. Não são considerados funcionários públicos na esfera penal os múnus públicos (encargo ou ônus conferido pela lei e imposto pelo Estado), com por exemplo, os tutores, curadores, testamenteiros, etc. [5] Na esfera administrativa, o conceito de funcionário público segundo Hely Lopes Meirelles em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro" é: "Funcionários públicos são os servidores legalmente investidos em cargos públicos da Administração Direta e sujeitos às normas do Estatuto da entidade estatal a que pertencem. O que caracteriza o funcionário público e o distingue dos demais servidores é a titularidade de um cargo criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da entidade estatal em cuja estrutura se enquadra (cargo público). Pouco importa que o cargo seja de provimento efetivo ou em comissão: investido nele, o servidor é funcionário público, sob regime estatutário, portanto." [6] O conceito de funcionário público trazido pelo artigo 327 do código penal determina quem pode ser sujeito ativo nos crimes próprios de funcionários públicos, listados no capítulo I do Título XI "dos crimes contra a Administração Pública". Porém, Rogério Sanches expõe que há uma discussão doutrinária sobre a extensão do artigo 327, §1º nas hipóteses que o funcionário público equiparado for sujeito passivo. Se por exemplo um gerente de uma autarquia, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas poderia ser vítima de desacato.[7] A maioria doutrinária entende que essa equiparação só aplicada aos crimes em que o funcionário público é sujeito ativo. Como descreve Rogério Sanches Cunha: "Entendemos, na esteira da jurisprudência majoritária, que a equiparação prevista no §1º do art. 327 do CP somente se aplica aos crimes em que o funcionário público atípico é sujeito ativo, isto é, está limitada aos crimes funcionais, não tendo cabimento nos crimes definidos nos capítulos seguintes (2 e 3). Essa é a opinião de Nelson Hungria e Magalhães Noronha, cuja lição deve ser lembrada: "Necessário, entretanto, é observar que essa equiparação é feita exclusivamente tendo em vista os efeitos penais, quando aqueles empregados forem sujeitos ativos do crime. Destarte se alguém ofender um

empregado de entidade paraestatal, no exercício da função, não comete o delito de desacato (art. 331).”[8] Conforme Rogério Sanches, a doutrina dominante justifica esse pensamento relatando que se o legislador quisesse ampliar o conceito de funcionário público nas hipóteses em que ele figura como sujeito passivo, não teria proposto essa equiparação somente no capítulo destinado aos crimes contra a Administração Pública praticados por funcionário públicos, mas sim discorrido também a referida equiparação nos capítulos seguintes.[9] A doutrina minoritária, que entende que a equiparação indicada no §1º do art. 327 do código penal também é empregada nas hipóteses que o funcionário público equiparado for a vítima, crê que essa equiparação deve ser aplicada a toda a parte especial do código penal, como também a legislação extravagante, utilizando o artigo 12 como a fundamentação legal para aplicação geral do conceito.[10]

Análise Doutrinária

TÍTULO XI DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

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

Desacato Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

“Desacato. Derivado do verbo desacatar, que se forma do prefixo negativo des e de acatar (respeitar, reverenciar, adotar), tem uso na terminologia jurídica para indicar todo ato de desrespeito ou de ofensa (moral ou material) praticada contra a pessoa que se encontra investida de autoridade ou de função pública.” [11] O desacato pune atitudes, praticadas por qualquer pessoa, que visem ridicularizar, afrontar, menosprezar, menoscar, desprestigiar, profanar o representante da administração pública. O desacato é uma forma especial de crime contra a honra. [12] “Sabemos que o funcionário público representa a vontade estatal. Para que dê fiel execução aos atos funcionais, é necessário que o prestígio e a autoridade da função pública sejam resguardados. Qualquer ato de violência ou qualquer ato ultrajante praticado contra o funcionário público prejudica o regular andamento da própria Administração Pública, de forma que se não houvesse essa proteção legal, prejudicado estaria o desempenho da atividade administrativa.” [13] Para caracterizar o crime de desacato é essencial que as ofensas sejam dirigidas a um funcionário público e que elas sejam proferidas estando este no exercício da função ou em razão dela. [14] O crime se configura mesmo que o funcionário público não se encontre no exercício de seu ofício no momento das ofensas, mas sendo ofendido em razão dela. Exige um nexo funcional. “Ou o funcionário se acha no exercício de sua função (in officio) quando é cometido o desacato. Ou então não se encontra em serviço, mas a conduta delituosa relaciona-se diretamente com o exercício da função (propter officium). Em ambas as hipóteses, é imprescindível um nexo entre o desacato e a função.” [15] A

presença do funcionário público é indispensável para que ocorra o desacato. Porém, é necessário apenas que o funcionário possa imediatamente tomar conhecimento das ofensas dirigidas a ele, não necessariamente estando no mesmo local do ofensor, mas apenas podendo escutá-lo, sendo prescindível que as ofensas lhes sejam ditas diretamente. Se a ofensa é feita na ausência do funcionário ou a ofensa não for em razão da função pública, poderão ser configurados outros tipos penais como injúria, difamação, calúnia, não caracterizando o desacato. [16] “Os funcionários devem ser respeitados, mas a lei não exige sejam eles venerados como pessoas sagradas, não se podendo interpretar como delitiva a mera reprovação de seus atos. A censura justa, mesmo que áspera, não tipifica o crime.”[17]

Sujeito Ativo

De acordo com Rogério Greco, o sujeito ativo do crime de desacato é qualquer pessoa que desacata o funcionário público no exercício de função pública ou em razão dela. Não exigindo nenhuma qualidade específica de seu agente. Neste ponto não há divergências doutrinárias. O funcionário público também pode ser sujeito ativo do crime de desacato, desde que despido de sua qualidade funcional, ou seja, fora da própria função, estando à paisana. [18] Entretanto, há divergência doutrinária quanto à prática do crime pelo funcionário público no exercício da função, como explica Mirabete: “Numa primeira posição, o funcionário público não pode cometer o crime no exercício de suas funções, uma vez que o desacato está entre os crimes praticados por particulares contra a administração pública em geral. Em uma segunda orientação, há desacato quando a ofensa é praticada pelo servidor apenas contra seu superior hierárquico. “Na terceira, mais adequada, não há que se fazer distinção, ocorrendo o ilícito penal independentemente da função que exerçam os sujeitos ativos e passivos, já que a lesão é contra a administração pública.” [19] Sendo esta última posição também adotada por Rogério Greco, Guilherme de Souza Nucci, Magalhães Noronha, Heleno Cláudio Fragoso, Rogério Sanches Cunha, Paulo José da Costa Júnior. Essa corrente é a posição mais aceita na doutrina. “Nelson Hungria 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.” [20]

Sujeito Passivo

Segundo Rogério Greco, o sujeito passivo é o Estado, e de forma secundária é o funcionário público. Lembrando que pela doutrina majoritária, o funcionário público que é sujeito passivo desse tipo penal, é apenas o descrito no caput do artigo 327 do código penal, não havendo a equiparação do parágrafo primeiro. [21] O crime de desacato praticado contra vários funcionários é considerado crime único, já que o sujeito passivo primário é a Administração Pública. [22]

Objeto Jurídico

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal é Administração Pública, pelos ensinamentos de Rogério Greco. [23] O artigo tutela o respeito, a honra, a dignidade, e o prestígio da pessoa investida de função pública assegurando o perfeito funcionamento das atividades do Estado. Tendo como objeto material do delito o funcionário público que foi desacatado no exercício da função ou em razão dela.

Tipo Objetivo

O crime de desacato, que significa ofender o funcionário público no exercício de sua função ou em razão dela, pode ser constituído de palavras, atos, bem com de agressões físicas. [24] Conforme Rogério Greco, o crime de desacato pode ser praticado por ação, mas hipóteses do agente ter um comportamento comissivo, ou por omissão nas situações em que o agente, sendo garantidor, não faz nada para evitar a prática do crime. [25] O delito de desacato é formal, se consuma no momento em que os atos ultrajantes são praticados contra o funcionário público. Não exigindo que o funcionário público tenha se sentido ofendido pelo ato. Também não exige a presença de terceiros para a consumação do crime. [26] Dependendo do modo que o crime é praticado é possível admitir a tentativa. Porém, geralmente, os crimes são praticados de forma que seus atos não podem ser fragmentados, realizando-o em um só ato. Nesse caso, não admite tentativa. [27]

Tipo Subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo, tendo o agente vontade livre e consciente de desprestigiar, ofender a Administração Pública, menosprezando o funcionário público no exercício de sua função ou em razão dela. Não há previsão para a modalidade de natureza culposa para este tipo penal. [28] O agente deve ter o conhecimento da qualidade de funcionário público da vítima, bem como este se encontre no exercício de sua função ou que a ofensa é dirigida em razão dela, sob pena de ser afastado o delito de desacato. Caso o agente incida em erro, poderá o sujeito ativo responder por outro tipo penal, como por exemplo, algum dos crimes listados no capítulo dos crimes contra a honra. [29]

Classificação Doutrinária

Verificamos a classificação doutrinária conforme ensina Rogério Greco: [30] Trata-se de Crime Formal (aquele que dispensa, não exige, a ocorrência do resultado para sua consumação); Trata-se de Crime Doloso (aquele em que o agente tem a intenção de produzir o resultado crime, ou assume o risco de produzi-lo); Trata-se de Crime Comum (aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa) no que diz respeito ao sujeito ativo; e Crime Próprio (aquele que exige do agente determinada qualidade) quanto ao sujeito passivo, a qualidade de servidor público; Trata-se de Crime de Forma Livre (aquele que pode ser realizado de qualquer maneira pelo agente. A lei não especifica os meios de execução para a prática do crime, podendo ser praticado por qualquer meio de execução); Trata-se de Crime Comissivo (aquele

que se perfaz mediante ação ou atuação positiva - fazer); podendo, no entanto, ser praticado via Omissão Imprópria (aquele que o agente garantidor, por deixar de fazer o que estava obrigado - não age -, produz o resultado); Trata-se de Crime Instantâneo (aquele em que a consumação ocorre em um só instante, sem continuidade temporária); Trata-se de Crime Monossubjetivo (aquele cuja conduta núcleo pode ser praticada por uma única pessoa); Trata-se de Crime Unissubsistente (aquele em que a prática do crime não pode ser fragmentada, não admitindo a tentativa), podendo ser Plurissubsistente (aquele em que a prática do crime pode ser fragmentada em diversos atos, admitindo a tentativa); Trata-se de Crime Transeunte (aqueles cuja prática, em decorrência de seu modo de execução, não deixa vestígios).

Ação Penal

A ação para este delito é ação penal pública incondicionada.[31] O titular desta ação é o Ministério Público, é ele quem vai dá início a ação penal. Não dependendo, deste modo, de prévia manifestação de qualquer pessoa para Ministério Público oferecer uma denúncia. Como estamos diante de um crime de menor potencial ofensivo, inicialmente compete ao Juizado Especial Criminal processar e julgar o desacato, já que a pena máxima cominada não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº- 9.099/95.[32] Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Para este delito é possível propor a suspensão condicional do processo “sursis”, preenchendo os requisitos do artigo 77 do código penal, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.[33] Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Peculiaridades

“Não se configura desacato se o particular devolve provocação do funcionário público, tendo em vista que não busca desprestigiar a função pública, mas dar resposta ao que julgou indevido”[34] Existe na doutrina uma discussão sobre a influência da embriaguez do sujeito ativo, se esta poderia afastar o dolo. Há um posicionamento que indica que a embriaguez afastaria o dolo, pois a consciente vontade de ofender é incompatível com o estado de embriaguez. No entanto, há outra corrente que entende que mesmo no caso de embriaguez completa nas hipóteses não decorrentes de caso fortuito ou força maior, o agente deveria responder pela infração. Somente no caso concreto é possível dizer se a embriaguez afastará ou não o dolo, dependendo do modo que o delito foi cometido e do nível de embriaguez. Todavia, se a embriaguez foi utilizado como um meio para dar coragem ao agente para cometer o delito não podemos descartar a caracterização do delito.[35] É possível o agente responder por desacato em concurso com outro crime. Como o descaro pode ser praticado das

mais variadas formas, palavras, atos, bem com de agressões físicas, diante do princípio da consunção, se estes outros delitos possuírem penas mais brandas que o desacato, deverão ser absorvidos por ele. No caso do desacato resultar em lesão corporal grave, não poderá ser aplicado o princípio da consunção, devendo o agente responder pelo concurso formal de crimes.[36]

Bibliografia

- 1 CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal Parte Especial. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009. p. 406. (Coleção ciências criminais - volume 3)
- 2 COSTA JUNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 924p.
- 3 CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal Parte Especial. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009. p. 406. (Coleção ciências criminais - volume 3)
- 4 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 357p.
- 5 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 357p.
- 6 Homepage Disponível na Internet. http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23385/funcao_publico_titularidade_passiva.pdf?sequence=4 . Acesso em: 30 de maio. 2011.
- 7 CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal Parte Especial. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009. p. 406. (Coleção ciências criminais - volume 3)
- 8 CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal Parte Especial. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009. p. 406. (Coleção ciências criminais - volume 3)
- 9 CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal Parte Especial. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009. p. 406. (Coleção ciências criminais - volume 3)
- 10 CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal Parte Especial. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009. p. 407. (Coleção ciências criminais - volume 3)
- 11 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico Conciso. Atualizado Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 252p.
- 12 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Volume 3 – parte especial: dos crime contra os costumes a dos crimes contra a administração pública. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 506p.
- 13 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Volume 3 – parte especial: dos crime contra os costumes a dos crimes contra a administração pública. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 506p.

- 14 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 496p.
- 15 COSTA JUNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 925p.
- 16 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 496p.
- 17 COSTA JUNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 926p.
- 18 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 497p.
- 19 MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. 2144p.
- 20 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 498p.
- 21 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 498p.
- 22 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Volume 3 – parte especial: dos crime contra os costumes a dos crimes contra a administração pública. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 509p.
- 23 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 498p.
- 24 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Volume 3 – parte especial: dos crime contra os costumes a dos crimes contra a administração pública. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 506p.
- 25 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 497p.
- 26 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Volume 3 – parte especial: dos crime contra os costumes a dos crimes contra a administração pública. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 512p.
- 27 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 499p.
- 28 CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal Parte Especial. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009. p. 415. (Coleção ciências criminais - volume 3)
- 29 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 499p.
- 30 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 497p.

31 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Volume 3 – parte especial: dos crime contra os costumes a dos crimes contra a administração pública. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 513p.

32 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Volume 3 – parte especial: dos crime contra os costumes a dos crimes contra a administração pública. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 513p.

33 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 499p.

34 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1107p.

35 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume 4. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 500p.

36 MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. 2163p.

Auto-acusação Falsa - Artigo 341

COMENTÁRIO AO ARTIGO 341 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluno: [Leopoldo Araujo Rodrigues](#), em Julho de 2011.

"Art. 341 - Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem: Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa."

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Análise Doutrinária

- 1.1 Sujeito Ativo
- 1.2 Sujeito Passivo
- 1.3 Objeto Jurídico
- 1.4 Tipo Objetivo
- 1.5 Tipo Subjetivo
- 1.6 Classificação Jurídica
- 1.7 Ação Penal
- 1.8 Consumação e Tentativa
- 1.9 Peculiaridades

2 Análise Jurisprudencial

Análise Doutrinária

O artigo tem por objetivo punir a autoacusação falsa. Refere-se a um tipo previsto no Código Penal segundo o qual o agente imputa falsamente a si próprio a prática de um crime inexistente ou praticado por outrem, diante de uma autoridade competente. Segundo o jurista Fernando Capez [1], citando Damásio E. de Jesus, esse crime consuma-se quando o sujeito ativo não tendo sido autor, co-autor, participe de um crime, assume autoria para si próprio.

De acordo com Nucci [2], no caso do corrente crime, o agente acusado não tem o direito de invocar o direito constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV) para poder mentir. O direito de mentir permite ao acusado negar a existência de um crime de sua autoria. Segundo o autor, deve-se considerar, para essa situação, o princípio constitucional de afastamento do erro jurídico (art. 5º, LXXV) e, assim, buscar a almejada segurança jurídica. Nesse sentido, o balanceamento adequado entre os princípios constitucionais se torna necessário, tendo em vista a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais.

Cabe ressaltar, ainda, que a possibilidade de um agente de se auto-incriminar significaria a provável condenação de um inocente em detrimento da condenação do verdadeiro autor do crime, que ficaria impune. Seria um erro inaceitável para o sistema Jurídico do Estado, o qual a Constituição procura afastar, ao corrigi-lo por intermédio da indenização. Gomes e Cunha também ponderam que a auto-acusação falsa "enseja investigações ou diligências inúteis, prejudicando, desse modo, o bom andamento do aparelhamento estatal" [3], havendo, assim, necessidade de que referida conduta seja adequadamente punida.

Sujeito Ativo

O sujeito ativo é qualquer pessoa

Sujeito Passivo

O sujeito passivo é o Estado, sendo a autoridade competente a policial ou a judiciária, assim como membro do Ministério Público.

Objeto Jurídico

A administração da justiça é o objeto jurídico protegido.

Tipo Objetivo

Conduta punível é acusar-se falsamente, a si próprio, da prática de um crime que não existe ou praticado por outra pessoa, diante de uma autoridade competente.

Tipo Subjetivo

O elemento subjetivo do crime é o dolo, mesmo que o agente esteja apavorado ou nervoso, mas tem consciência da falsidade da notícia, não cabendo a dúvida, conforme Gomes e Cunha

[4]. No entanto, exclui-se o dolo se a autoacusação for obtida de forma extorquida pela autoridade. Não se admite a modalidade culposa. A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Classificação Jurídica

A classificação doutrinária considera a autoacusação falsa um crime comum, formal, comissivo (podendo ser praticado por omissão imprópria), instantâneo, de forma livre, monossubjetivo, unissubsistente ou plurissubsistente.

Ação Penal

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Consumação e Tentativa

A consumação ocorre no instante em que a autoridade toma conhecimento da autoacusação falsa, independentemente das providências tomadas para apurar os fatos. Assim, basta que chegue ao conhecimento da autoridade competente a autoacusação falsa. Já a tentativa, sua possibilidade dependerá da forma como o crime será praticado (verbal, escrito, etc.), ou seja, se o delito for considerado unissubsistente ou plurissubsistente.

Peculiaridades

Se o agente, além de se autoacusar falsamente, ainda atribuir participação do crime a um terceiro, haverá concurso formal com a denúncia caluniosa, prevista no art. 339. Ademais, como citado por Greco [5], para os Tribunais, o crime de autoacusação falsa é punível sem atentar para sua motivação ou para o grau de parentesco entre as pessoas envolvidas no caso, não cabendo a escusa absolutória prevista no art. 348, § 2°.

Análise Jurisprudencial

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREFEITO E CO-RÉU. HOMICÍDIO SIMPLES. AUTO-ACUSAÇÃO FALSA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. PROCEDIMENTO DA LEI 8.038/1990. DEFESA PRELIMINAR. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O recebimento da denúncia na ação penal de competência originária requer ampla fundamentação sobre as teses da defesa de forma a efetivar o contraditório e a ampla defesa.
2. O acórdão que, ao receber a denúncia relativa a processo de competência originária, enfrenta todas as teses e versões da defesa, cumpre a disposição legal do artigo 6° da Lei 8.038/1990.
3. Havendo a necessidade da produção de provas para o deslinde da questão, a ação penal não pode ser debelada antes de iniciada a instrução probatória, para a segurança dos próprios acusados e garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, previstos na ordem democrática.

4. Ordem denegada. (HC 110984/RN, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 30/10/2008, DJe 17/11/2008)

Bibliografia

1 - Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2005, v.3 (2ª ed.), p.658 2 - Nucci, Guilherme de Souza. Código penal comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (9ª ed.), p. 1.146. 3 - Gomes, Luiz Flávio e Cunha, Rogério Sanches. Direito penal: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v.3 (2ª tiragem), p. 444 4 - Idem, p. 444 5 - Greco, Rogério. Código Penal Comentado. São Paulo: Editora Impetus, 2011 (5ª edição), p. 978

Arrebatamento de Preso - Artigo 353

COMENTÁRIO AO ARTIGO 353 DO CÓDIGO PENAL

Autoria do aluna: [Anna Cláudia L. C. Choairy](#), em Junho de 2011.

"Art. 353 - Arrebatado preso, a fim de maltratá-lo, do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, além da pena correspondente à violência"

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Análise Doutrinária

- 1.1 Sujeito Ativo
- 1.2 Sujeito Passivo
- 1.3 Objeto Jurídico
- 1.4 Tipo Objetivo
- 1.5 Consumação e Tentativa
- 1.6 Tipo Subjetivo
- 1.7 Classificação jurídica
- 1.8 Ação Penal

2 Particularidades

3 Bibliografia

Análise Doutrinária

Cuida-se de crime de arrebatamento de preso, a fim de maltratá-lo, do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda nos termos do art. 353 do Código Penal.

Com frequência somos informados a respeito da criminalidade e, não raro, nos sentimos solidários ao fato, sentimento esse que instaura revolta e nos motiva a agir de próprio punho, de fazer justiça com as próprias mãos.

Ademais, em virtude do “aumento de incidência de crimes graves, ausência de policiamento e de repressão efetiva aos delinqüentes, a injustiça social que gera o descrédito na ação das autoridades constituídas e a falta de segurança para a população”[1] a sociedade não crê que a atividade judiciária fará com que o criminoso seja responsabilizado e condenado pela conduta criminosa cometida.

Arrebatamento, segundo Ney Moura Teles, é tomar pela força ou arrancar do poder de quem o detém a pessoa presa [2].

Diante do exposto, ensina Roberto Grecco [3], que a finalidade do tipo penal previsto no art. 353 do Código Penal é inibir esse comportamento, impedir com que as pessoas façam justiça com as próprias mãos.

Sujeito Ativo

Em relação ao sujeito ativo o crime de arrebatamento de preso é tido como crime comum, haja vista que pode ser praticado por qualquer pessoa, sendo inclusive, comum a pluralidade de agentes. Mirabete acrescenta que o crime em estudo pode ainda ser praticado por funcionário público (RJTESP 71/346) [4].

Sujeito Passivo

Trata-se de crime próprio o qual o sujeito passivo principal é o Estado. “De forma mediata, o preso arrebatado também é sujeito passivo” [5].

Objeto Jurídico

Em análise ao título do capítulo, observa-se que o arrebatamento de preso é um crime Contra a Administração da Justiça.

Assim, o bem juridicamente tutelado é a administração da justiça. Paralelamente, tutela-se também a incolumidade física ou moral do preso. Isto porque, na forma da Constituição Federal, art. 5º XLIX, é direito fundamental dos presos a integridade física e moral no cumprimento da pena.

Tipo Objetivo

O tipo objetivo é o objeto material protegido pelo crime, no caso, o preso que foi arrebatado a fim de ser maltratado. Diante disso, não importa o local onde ocorreu o crime, na rua, em estabelecimento prisional, viatura policial, dentre outros, basta que o preso seja encontrado sob a custódia ou guarda do Estado.

Em consonância com o princípio da literalidade esposado no art. 37 da Carta Magna, tem-se que para que ocorra o presente delito o preso deve estar sob a custódia do Estado, não se analisa, portanto, a legalidade da prisão [6]. Ou seja, será responsabilizado pelo tipo penal em estudo quem arrebatou preso a fim de maltratá-lo, mesmo que o ato que ensejou a prisão seja ilegal.

Entende-se por maus-tratos desde a simples injúria até o homicídio.

Consumação e Tentativa

Consuma-se o crime de arrebatamento de preso o agente que retirar com violência ou força o preso do poder do Estado (das mãos do carcereiro, oficial de justiça, agente de polícia, etc.) a fim de maltratá-lo.

Nas palavras do mestre Damásio: “Trata-se de crime formal. Consuma-se com o arrebatamento, não sendo necessário que o preso venha a ser seviciado”. [7]

Outrossim, acrescenta Rogério Grecco que será possível o reconhecimento da tentativa por se tratar de crime plurissubistente. [8]

Tipo Subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 353 do Código Penal. No presente tipo penal, o dolo é a vontade de arrebatou o preso com a finalidade de maltratá-lo. “A fim de maltratá-lo” é o segundo elemento subjetivo do crime em apreço, sem este, a tipicidade do fato não se aperfeiçoa [9].

Frisa-se, que como ensina Rogério Grecco [10], para que ocorra o crime a pessoa tem de conseguir identificar que o preso está sob a custódia ou guarda do Estado, caso contrário, um bom argumento para a defesa, é a alegação de erro de tipo.

Classificação jurídica

“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; plurissubistente; transeunte”. [11]

Arrebatou constitui uma ação, ou seja, um comportamento comissivo do agente. Não obstante, “o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar o arrebatamento do preso que estava sob sua custódia ou guarda, devendo responder pelo delito tipificado no art.353 do Código Penal, nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º do mesmo diploma legal”. [12]

Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada, em razão de o Estado ser o sujeito passivo deste tipo penal.

Os doutrinadores Rogério Grecco [13], bem como Ney Moura Teles [14], informam ser permitida a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Cumprido destacar, que na cominação da pena, “o sujeito que veio a maltratar o preso, responde, em concurso material, pelo crime do art. 353 e pelo outro delito que consiste a violência” [15].

Particularidades

No tocante às divergências doutrinárias, ressalta-se que entre os autores aqui estudados, não há pontos controvertidos.

Ante o exposto, tem-se que o crime de arrebatamento de preso consiste em tirar a força ou mediante violência, do poder do Estado (policial, oficial de justiça, cárcere), o preso sob guarda ou custódia, com o objetivo de maltratá-lo.

Bibliografia

[1] MIRABETE, Julio Fabbrini - Manual de Direito Penal III – 20ª Edição – Editora Jurídico Atlas, pág. 456. [2] TELES, Ney Moura – Direito Penal III – Parte Especial – fonte:<http://neymourateles.com.br>. [3] GRECCO, Rogério – Curso de Direito Penal – Parte Especial Volume IV, pág. 648. [4] MIRABETE, Julio Fabbrini - Manual de Direito Penal III – 20ª Edição – Editora Jurídico Atlas, pág. 455. [5] DAMÁSIO, E. de Jesus – Direito Penal – Parte Especial – 4º Vol. – Editora Saraiva, pág. 366. [6] MIRABETE, Julio Fabbrini - Manual de Direito Penal III – 20ª Edição – Editora Jurídico Atlas, pág. 456. [7] DAMÁSIO, E. de Jesus – Direito Penal – Parte Especial – 4º Vol. – Editora Saraiva, pág. 366. [8] GRECCO, Rogério – Curso de Direito Penal – Parte Especial Volume IV, pág. 648. [9] DAMÁSIO, E. de Jesus – Direito Penal – Parte Especial – 4º Vol. – Editora Saraiva, pág. 366. [10] GRECCO, Rogério – Curso de Direito Penal – Parte Especial Volume IV, pág. 649. [11] GRECCO, Rogério – Curso de Direito Penal – Parte Especial Volume IV, pág. 648. [12] GRECCO, Rogério – Curso de Direito Penal – Parte Especial Volume IV, pág. 649. [13] GRECCO, Rogério – Curso de Direito Penal – Parte Especial Volume IV, pág. 649. [14] TELES, Ney Moura – Direito Penal III – Parte Especial – fonte: <http://neymourateles.com.br>. [15] DAMÁSIO, E. de Jesus – Direito Penal – Parte Especial – 4º Vol. – Editora Saraiva, pág. 366.

Lei de Falências e Recuperação Judicial:

Art. 183 - Competência no Procedimento dos Crimes Falimentares

COMENTÁRIO AO ARTIGO 183 DA [Lei de Falências e Recuperação Judicial](#)

Autoria do aluno: [VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE](#) em Setembro de 2011.

"Art. 183. Compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei"

Tabela de conteúdo

[\[esconder\]](#)

1 Introdução

2 Breve histórico do procedimento nos crimes falimentares

3 Análise do artigo 183 da Lei 11.101

4 Conclusão

5 Bibliografia

Introdução

No âmago do Direito Empresarial, mais especificamente no que concerne a Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial), importante destacar o conteúdo do capítulo VII, seção III da referida lei, qual seja: Do procedimento Penal.

Em apertada síntese, a seção III do dispositivo normativo desde o artigo 183 até o dispositivo 188 relata como se deve proceder a ação penal nos chamados crimes falimentares. Antes de apresentarmos ao leitor a problemática posta no presente estudo, importante tecer alguns comentários acerca dessa categoria de crime.

Crimes falimentares são aqueles praticados tanto por empresários como por terceiros durante ou em momento anterior ao da decretação da falência. Ademais, são crimes em que o seu enquadramento depende da existência de sentença declaratória da falência.

Sobre o tema, importante transcrevermos os ensinamentos de Celso Marcelo de Oliveira [1], transcrito in verbis:

“Assim, podemos conceituar os crimes falimentares como aqueles tipificados nos arts. 168 à 178 da Lei de Falências, que podem ser praticados tanto pelo empresário falido quanto por terceiros, antes ou depois da decretação da falência. A condição de processabilidade e punibilidade depende exclusivamente da sentença declaratória da falência, conforme dispõe o art. 507 do Código de Processo Penal”.

Ademais, objetivando um estudo mais completo de tal modalidade de crime, importante destacar a duplicidade de caráter inerente à eles (O crime falimentar atinge não só os créditos particulares descritos no edital da demanda específica como toda a esfera econômica possuindo, assim uma duplicidade de focos) conforme o Doutrinador Arthur Migliari Junior [2]:

“Dentro dessa linha de raciocínio, entendemos que o Crime Falimentar tem natureza pública, gerando insatibilidade ao crédito e à economia pública”.

Explanado de maneira sucinta o conceito de crimes falimentares, passemos ao destaque da problemática examinada no presente estudo. Em linhas gerais, o seguinte texto acadêmico abordará o artigo 183 da Lei de Falências e levantará, em seu bojo, algumas questões relevantes.

Breve histórico do procedimento nos crimes falimentares

Com o intuito de contextualizar o leitor da presente obra, importante trazer os seguintes dados. No período anterior à vigência da Lei 11.101 de 2005, o dispositivo normativo que regulamentava a questão dos crimes falimentares em sentido amplo (Leia-se: Modalidades, procedimentos, prescrição, etc.) era regulamentada no Decreto-Lei 7.661 datado do ano de 1945.

No Decreto, a competência para processar e julgar a ação penal que porventura aparecesse durante o procedimento de falência era concentrada nas mãos do juiz falimentar.

Nessa linha, ocorria o que chamamos de “Juízo Universal”, já que um mesmo personagem do processo (Leia-se Juiz Falimentar) possuía legitimidade legal para julgar mais de uma matéria (Falimentar e Penal).

Tal concentração foi gerada com o intuito de promover economia processual ao procedimento falimentar. Com o passar do tempo e com o advento da atual Lei de Falências (Lei 11.101) tal constructo sofreu uma mudança relevante.

Sobre tal mudança, destaquemos a nova redação conferida ao procedimento nos crimes falimentares (Artigo 183 da Lei 11.101/2005), senão vejamos:

Art.183. Compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei.

A mudança consiste justamente na alteração da competência anterior (Importante relembrarmos que a competência era do Juiz Falimentar) em algo novo. A novidade consiste no fato de que, a partir do momento em que ocorrem indícios de crimes falimentares, esses devem ser processados e julgados no juízo penal existente na mesma circunscrição onde esta sendo realizado todo o processamento falimentar.

Nesse viés, o antigo quadro por nós chamado de “Juízo Universal” transmutou-se, gerando uma divisão da competência em razão da natureza do problema (Leia-se: Em razão da matéria).

Análise do artigo 183 da Lei 11.101

Perfilhado todo o histórico relacionado ao procedimento nos crimes de natureza falimentar, passemos agora à análise específica da nova maneira de se enxergar a competência nas ações penais falimentares. Conforme vislumbrado em tópico anterior, a competência para recebimento, processamento e julgamento das ações penais falimentares cabe agora ao Juízo Penal da circunscrição em que esta sendo realizado o processamento falimentar. Ao nosso sentir, houve um avanço significativo do legislador em raciocinar sobre a competência nessa esfera casuística. Tal premissa é solidificada pelos seguintes fundamentos:

I - Primeiramente, ao concentrar demanda falimentar e penal atinente nas mãos de um único juiz, tal contexto fático viola frontalmente o direito de defesa previsto na Carta Magna. Ora, ao concentrarmos essas duas matérias nas mãos de uma única pessoa, essa estaria investigando e julgando ao mesmo tempo!

II - Ademais, a concentração de competência em relação à duas matérias distintas viola cabalmente todo o disposto na Teoria Geral do Processo onde a competência em razão da matéria é algo absoluto não ensejando, por óbvio, prorrogação.

Seguindo a mesma linha de raciocínio do presente estudo, imperioso colacionar trecho do que preleciona o Professor Luiz Guerra [3], senão vejamos:

“Vale ressaltar nossa posição sobre o assunto: somos defensores do Juízo Universal na Recuperação Judicial e na Falência. cremos que a melhor solução, como política processual, de fato, é a cumulação de todas as demandas nas mãos do juízo único, do juízo universal. Todavia, em matéria penal, temos reservas. Não pode o juiz que investiga ser o mesmo juiz que decide! Essa estrutura legislativa prejudica o sagrado direito de defesa do réu garantido na Constituição Federal”.

Mais adiante, o citado professor [4] continua com os seguintes dizeres:

“A competência da matéria não admite prorrogação ou delegação. Deve-se manter a competência do juízo criminal em respeito ao comando do art.183, da Lei de Recuperações e de Falências, sob pena de usurpação da competência e de nulidade da sentença penal proferida pelo juízo falimentar, por juízo incompetente”.

Superada tal questão, passemos agora à uma singela crítica ao dispositivo sob exame. Em toda sua extensão, o artigo 183 não dispõe sobre a fundamentação necessária em qualquer ato do juiz no decorrer do procedimento penal falimentar em contrariedade com o disposto no §2º do artigo 109 do então revogado Decreto Lei 7.661/1945, o qual de maneira expressa determina a fundamentação no momento do recebimento da denúncia.

Ao nosso sentir houve, data maxima venia, cochilo por parte do legislador ao não colocar de maneira expressa a necessidade de fundamentação no momento em que o juiz recebe ou não a denúncia. Isso porque, a partir do momento em que um dispositivo específico (Leia-se: Lei de

Falências em todo o seu bojo) se omite acerca de tal ponto é possível o levantamento de teses falaciosas, o que acaba sobrecarregando a máquina do judiciário.

Diante de tal quadro, entendemos aqui que o Juíz, ao receber a denúncia, deve sim fundamentar sua decisão mesmo com essa omissão se baseando, com isso, no enunciado sumular nº 564 do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Súmula 564. A ausência de fundamentação do despacho de recebimento de denúncia por crime falimentar enseja nulidade processual, salvo se já houver sentença condenatória.

Após tudo o que foi dito, finda nas presentes linhas a análise sistemática do artigo 183 da Lei 11.101 (Lei de Recuperações e de Falências).

Conclusão

Em conclusão, após a breve explicação sobre crimes falimentares e toda a análise condizente ao artigo 183 da Lei 11.101 (histórico, aspectos positivos e negativos), podemos com segurança afirmar que se tratou em sua maior parte de algo positivo, já que delimitou de maneira processualmente correta a competência para o recebimento e julgamento das demandas penais falimentares.

Ademais, no que concerne a crítica feita (Omissão no que concerne a fundamentação necessária no despacho que recebe a denúncia), concluímos que o “remédio jurídico” para sanar tal omissão é a interpretação sistêmica do ordenamento pátrio.

Nesse sentido, devemos aplicar o enunciado da súmula 564 do Supremo Tribunal Federal (Determina a fundamentação no despacho que recebe ou não a denúncia).

Bibliografia

[1] de Oliveira, Celso Marcelo – Comentários à Nova Lei de Falências – Editora Thomson – Página 584. [2] Júnior, Arthur Magliari – Crimes Falimentares – Lex Editora S.A – Página 15. [3] Guerra, Luiz – Falência & Recuperações de Empresas – Volume 4 – Guerra Editora – Página 252. [4] Guerra, Luiz – Falências & Recuperações de Empresas – Volume 4 – Guerra Editora – Página 255