

**NATAN BATISTA**



**Direito  
Penal**

**PARTE ESPECIAL**

**Arts. 121 a 145 do Código Penal**

**Legislação e Teoria**



**DIREITO**

**PENAL**

**PARTE ESPECIAL I**

## Sumário:

<b>Capítulo 1 – Introdução</b>	<b>Página 1</b>
<b>1. Divisão</b>	Página 1
<b>2. O CP é obsoleto?</b>	Página 1
<b>3. Pretensão do CP</b>	Página 2
<b>4. Conceitos</b>	Página 2
4.1. Crime simples/Tipo fundamental	Página 2
4.2. Causa de diminuição e aumento de pena	Página 3
4.3. Qualificadoras	Página 5
4.4. Diferenciação	Página 6
<b>Capítulo 2 – Título I – Dos crimes contra a pessoa</b>	<b>Página 7</b>
<b>1. Homicídio</b>	Página 7
1.1. Homicídio simples	Página 8
1.1.1. Conceito	Página 8
1.1.2. Quando considerar-se-á a morte do ente?	Página 9
1.1.3. Elementos do Tipo	Página 9
1.1.4. Classificação do Homicídio Simples	Página 12
1.1.5. Sistematizando	Página 13
1.2. Homicídio “Privilegiado”	Página 14
1.2.1. Relevante valor moral ou social	Página 14
1.2.2. Domínio de Violenta Emoção	Página 16
1.2.3. Elementos do Crime	Página 16
1.2.4. Sistematizando	Página 17
1.3. Homicídio Qualificado	Página 17
1.3.1. Classificação	Página 17
1.3.1.1. Qualificadoras	Página 18
1.4. Homicídio qualificado-privilegiado	Página 26
1.4.1. Sistematizando	Página 27
1.5. Homicídio culposo	Página 28
1.5.1. Sistematizando	Página 29
1.6. Causa de aumento de pena	Página 29
1.6.1. Sistematizando	Página 33
1.7. Perdão judicial	Página 33
1.7.1. Sistematizando	Página 34
1.8. Crime praticado por milícia privada ou grupo de extermínio	Página 34
1.9. Causa de aumento de pena no feminicídio	Página 35
<b>2. Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio</b>	Página 35
2.1. Causa de aumento de pena	Página 37
2.2. Sistematizando	Página 38
<b>3. Infanticídio</b>	Página 39
3.1. Sistematizando	Página 41
<b>4. Aborto</b>	Página 41

4.1.	Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento	Página 42
4.2.	Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante	Página 45
4.3.	Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante	Página 46
4.4.	Aborto aumentado	Página 47
4.5.	Aborto praticado por médico	Página 48
4.6.	Sistematizando	Página 49
<b>5. Lesão Corporal</b>		Página 49
5.1.	Lesão corporal de natureza leve	Página 52
5.1.1.	Sistematizando	Página 53
5.2.	Lesão corporal de natureza grave	Página 54
5.2.1.	Sistematizando	Página 56
5.3.	Lesão corporal de natureza gravíssima	Página 56
5.3.1.	Sistematizando	Página 61
5.4.	Lesão corporal seguida de morte	Página 61
5.5.	Lesão corporal “privilegiada”	Página 62
5.6.	Substituição da pena	Página 63
5.7.	Lesão corporal culposa	Página 64
5.8.	Lesão corporal com causa de aumento de pena	Página 64
5.9.	Perdão judicial em lesão corporal	Página 64
5.10.	Lesão corporal e violência doméstica	Página 64
5.11.	Lesão corporal contra indivíduos específicos	Página 65
5.12.	Outros elementos	Página 66
5.13.	Sistematizando	Página 67
<b>6. Da Periclitação da Vida e da Saúde</b>		Página 67
6.1.	Perigo de contágio venéreo	Página 68
6.2.	Perigo de contágio de moléstia grave	Página 70
6.3.	Art. 130, CP ≠ Art. 131, CP	Página 72
6.4.	Perigo para a vida ou saúde de outrem	Página 72
6.5.	Abandono de incapaz	Página 74
6.6.	Sistematizando	Página 77
6.7.	Abandono de recém-nascido	Página 77
6.8.	Omissão de socorro	Página 79
6.9.	Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial	Página 82
6.10.	Maus-tratos	Página 86
6.11.	Sistematizando	Página 90
<b>7. Rixa</b>		Página 91
7.1.	Sistematizando	Página 94
<b>8. Honra</b>		Página 94
8.1.	Calúnia	Página 96
8.2.	Difamação	Página 100
8.3.	Injúria	Página 102
8.4.	Disposições comuns	Página 106

8.5.	Exclusão do crime	Página 108
8.6.	Retratação e interpelação judicial	Página 109
8.7.	Ação penal nos crimes contra a honra	Página 111



**DIREITO**

**PENAL**

**PARTE ESPECIAL I**

# Capítulo 1 – Introdução

---

Inicialmente, falaremos acerca da Parte Especial de um modo geral, alterando posteriormente para o estudo de cada título do mesmo.

## 1. Divisão

A primeira pergunta que se deve fazer é: *por que e como* o Código Penal é dividido?

O motivo pelo qual o Código Penal é dividido é simples. Divide-se o mesmo para a melhor distinção entre os tipos penais, de modo que a sua explicação e legislação seja claramente distinguida dos demais. Desta forma, há uma maior aproximação e otimização do entendimento daquilo que se deseja passar através do mesmo. Por exemplo, o interesse e a eficiência do entendimento de determinado objeto estão intrinsecamente ligados à sua divisão e organização. É nesse sentido que se preocupou o legislador.

Em relação ao modo (*como*), segundo o prof. Rogério Greco, coloca-se os tipos penais de acordo com o bem jurídico tutelado, ou seja, teoricamente, dividem-se os títulos de acordo com o objeto atingido pela ação ilícita e antijurídica. Assim:

- I. Dos crimes contra a pessoa;
- II. Dos crimes contra o patrimônio público;
- III. Dos crimes contra a propriedade imaterial;
- IV. Dos crimes contra a organização do trabalho;
- V. Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito dos mortos;
- VI. Dos crimes contra a dignidade sexual;
- VII. Dos crimes contra a família;
- VIII. Dos crimes contra a incolumidade pública;
- IX. Dos crimes contra a paz pública;
- X. Dos crimes contra a fé pública;
- XI. Dos crimes contra a Administração Pública.

## 2. O CP é obsoleto?

Neste tópico temos uma terceira pergunta a ser feita, sendo ela: *quando* o CP foi feito?

O CP atualmente em vigor foi publicado através da lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. A partir dessa data surge outra observação: há sete décadas o atual CP está em vigor. É comum que a sociedade passe por evoluções e transformações, de modo que os princípios segundo os quais determinados artigos foram formulados não mais condigam com o atual entendimento. Portanto, indaga-se: o atual CP é obsoleto?

Para tal indagação, convém que entendamos que o referido código também passou por inúmeras evoluções e alterações. Chamadas por Rogério Grego de *reformas pontuais*, refletem que, apesar da quase “centenariedade” do nosso Código, revisões e novos textos de lei foram incorporados, bem como artigos obsoletos foram retirados, fazendo com que a Carta permaneça, de certa forma, atualizada.

### 3. Pretensão do CP

Normalmente entende-se o Código Penal como sendo a compilação de artigos pelos quais retirar-se-á a liberdade do cidadão, uma vez que o mesmo incida em tais textos. Não é essa, porém, a pretensão do CP. Tal documento tem como objetivo o exato oposto: *proteger o direito de liberdade de todos os cidadãos*. Veja, o tipo penal é a garantia de que o cidadão de bem permanecerá livre e terá sua segurança garantida pelo Código, ou seja, o CP tem visão *libertária* e *garantista*.



### 4. Conceitos

#### 4.1. Crime simples/ Tipo fundamental

Crime simples é aquele cujo delito caracteriza-se como sendo o tipo fundamental, elementar, ou seja, geralmente expresso no *caput* do mesmo, não apresentando nenhum fator externo que o complemente e o dê sentido, como as circunstâncias de diminuição ou aumento de pena, isto é, basta em si mesmo, em outras palavras, a ação descrita no tipo penal por si caracteriza infração penal, não dependendo de nenhum fator que o complete.

Podemos citar como exemplo o crime de *homicídio* – descrito no art. 121, CP cujo texto exprime:

**“matar alguém”**

Nota-se que, por si só, não dependendo de elementos externos a ele, caracteriza um crime, sendo, portanto, o denominado *crime simples*.

Outro exemplo que podemos citar é o crime de *furto* – previsto no art. 155, CP com a seguinte redação:

**“subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”**



Da mesma forma, não é necessário que se complemente tal texto para que se configure um crime. Ele, por si só, já o caracteriza.

#### **4.2. Causa de diminuição e aumento de pena**

Inicialmente, convém que esclareçamos a diferença entre a *diminuição/aumento de pena* e *agravantes/atenuantes*.

A primeira diferença entre elas encontra-se na já vista dosimetria da pena (2º Semestre).

As *agravantes/atenuantes* são incorporadas à pena a partir da 2ª fase da dosimetria, sendo elas anteriormente definidas, respectivamente, nos artigos 61/62 e 65/66/67, quais sejam:

##### **Agravantes:**

1. Reincidência;
2. Motivo fútil;
3. Motivo torpe;
4. Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
5. À traição;
6. Emboscada;
7. Dissimulação;
8. Outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;
9. Com emprego de veneno;
10. Fogo;
11. Explosivo;
12. Tortura;
13. Outro meio insidioso ou cruel;
14. Resultar perigo comum;
15. Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação ou hospitalidade;
16. Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
17. Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
18. Contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida;
19. Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
20. Em caso de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
21. Em estado de embriaguez preordenada;
22. Promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
23. Coage ou induz à execução material do crime;
24. Instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

25. Executa o crime ou nele participa mediante pagamento ou promessa de pagamento.

**Atenuantes:**

1. O agente ser menor de 21 anos ou maior de 70;
2. Desconhecimento da lei;
3. Cometido o crime por relevante valor social;
4. Procurar, logo após o crime, por espontânea vontade, reduzir ou evitar os efeitos da própria ação;
5. Reparação do dano;
6. Cometido o crime sob coação a que podia resistir;
7. Cumprimento de ordem de autoridade superior;
8. Influência de violenta emoção, provocada por ato injusto à vítima;
9. Confessando voluntariamente o crime;
10. Cometido o crime mediante influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Tais elementos da dosimetria aumentam ou reduzem a pena de acordo com o entendimento do Juiz, não possuindo, portanto, regra anteriormente definida/estabelecida, sendo esta a segunda diferença.

As causas de aumento/diminuição da pena, por outro lado, caracterizam a 3ª fase da dosimetria da pena.

Tais elementos encontram-se expressos no próprio tipo penal, incorporando em suas redações o tempo determinado de aumento ou diminuição da pena.

**Causas de diminuição da pena:**

Podemos citar como exemplo o anteriormente referido crime de *homicídio*, porém agora focando-se no §1º do mesmo cujo texto apresenta:

***“se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”***

Aqui cabe fazer uma observação: apesar de tais comportamentos se enquadrarem na classificação das atenuantes, serão consideradas *causas de diminuição de pena*, pois estão expressas no tipo penal, acrescidas do tempo que deverá ser reduzido. Ou seja, uma vez que o tipo penal não apresente expressamente a ação segundo a qual aumentar-se-á ou diminuir-se-á a pena, juntamente com o tempo designado, considerar-se-á como sendo *agravante/atenuante*. Uma vez expresso no tipo penal e, por isso, apresentando o tempo designado no aumento ou diminuição da pena, sendo este o motivo principal e diferenciador, considerar-se-á *causa de diminuição/aumento da pena*.

Outro exemplo que podemos citar é o também já mencionado crime de furto, mais especificamente o seu §2º:

**“Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela pena de detenção, diminuí-la de um terço a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”**

**Causas de aumento da pena:**

Utilizaremos os mesmos artigos.

Diz o art. 121, 4º, CP:

**“No homicídio (1) culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta (1.1) de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, (1.2) ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, (1.3) não procura diminuir as consequências do seu ato, (1.4) ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo (2) doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço se o crime (2.1) é praticado contra pessoa menor de quatorze ou maior de sessenta anos.”**

Segundo o art. 155, §1º, CP:

**“A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante repouso noturno.”**

**4.3. Qualificadoras**

As qualificadoras são situações mais agravadas de um tipo penal, possuindo esta pena própria dentro do tipo penal.

Por exemplo:

Segundo o art. 121, §2º, CP:

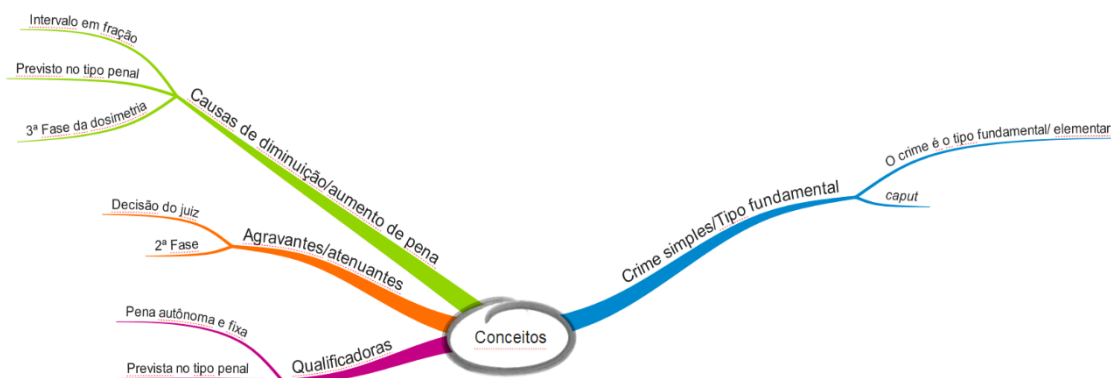
**“Se o homicídio é cometido:**

- I. mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;**
- II. por motivo fútil;**
- III. com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;**
- IV. à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;**

- V. **para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;**
- VI. **FEMINICÍDIO. contra a mulher por razões de condição do sexo feminino;**
- VII. **contra autoridade ou agente descritos nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.”**

#### 4.4. Diferenciação

	ATENUANTES/AGRAVANTES	DIMINUIÇÃO/AUMENTO	QUALIFICADORES
FASE DA DOSIMETRIA	2ª Fase	3ª Fase	---
EM RELAÇÃO À PENA	Somente preestabelecem o caráter aumentativo ou diminutivo. O período será estabelecido pelo juiz de acordo com o seu entendimento	O próprio tipo penal o estabelece, sendo sempre apresentado um intervalo em forma de fração (1/3 a 1/2, por exemplo)	Apresenta pena própria fixa dentro do tipo penal



# Capítulo 2 – Título I – Dos crimes contra a pessoa<sup>1</sup>

---

## 1. Homicídio

**Art. 121, CP.** Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

**Caso de diminuição de pena**

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

**Homicídio qualificado**

§2º. Se o homicídio é cometido:

- I. mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
- II. por motivo fútil;
- III. com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
- IV. à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;
- V. para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

**Feminicídio**

- VI. contra a mulher por razões de condição do sexo feminino;
- VII. contra autoridade ou agente descritos nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

§2º-A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

- I. violência doméstica e familiar;
- II. menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

**Homicídio Culposo**

---

<sup>1</sup> **Art. 5º, caput, CF.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...

**Art. 4º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).** Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

**Art. 5º, XXXVII, d, CF.** é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

**Art. 74, §1º, CPP.** A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do tribunal do júri. **§1º.** Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos artigos 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

**Súmula 605 do STF.** Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.

§3º. Se o homicídio é culposo:

Pena – detenção, de um a três anos.

**Aumento de pena**

§4º. No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço se o crime é praticado contra pessoa menor de quatorze ou maior de sessenta anos.

§5º. Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

§6º. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

§7º. A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

- I. durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
- II. contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
- III. na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

### 1.1. Homicídio simples

Homicídio simples, como diz o prof. Rogério Greco, *possui a redação mais compacta de todos os tipos penais incriminadores*. O tipo penal já expressado acima e previsto no *caput* do art. 121, CP é:

#### **“matar alguém”**

Sendo a pena de reclusão de 6 a 20 anos.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, *trata-se de um tipo meramente descritivo, que não traz nenhum elemento normativo ou subjetivo, não contém componentes de ilicitude, nem de culpabilidade*.

#### 1.1.1. Conceito

Diz-se homicídio simples o *crime segundo o qual um ser humano retira a vida de um outro ser humano, sendo esta vida extrauterina*, ou seja, desconsiderando-se o ato de retirar a vida de um corpo intrauterino (caracterização do crime de *aborto* – arts. 124 a 128, CP), qualquer ação que retire a vida de outro ser humano é considerada homicídio simples.

Cabe salientar, ainda, o fato de que o homicídio pode ocorrer mediante o uso de instrumentos pelos quais consumir-se-á o crime. Por exemplo, com o uso de arma de fogo ou arma branca, mediante o uso de animais, veneno, comandando inimputável, como os menores de 18 anos etc.

Convém lembrar que o deslize penal cometido por menor não configura crime, mas, sim, **ato infracional**.

### 1.1.2. Quando considerar-se-á a morte do ente?

Somente se configura morte, uma vez que o agente apresente a chamada **morte encefálica**, ou seja, a *parada da atividade cerebral*, caso contrário, como na parada dos batimentos cardíacos ou parada respiratória, não se considerará o indivíduo como morto. Tal medida encontra-se prevista pelo art. 3º, *caput*, da Lei 3.343/97 (dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências):

**Art. 3º, caput, da Lei 9.343/97.** A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Cabe salientar mais uma informação. Segundo Almeida Júnior e Costa Júnior, citados por Guilherme de Souza Nucci, *dar-se-á (a morte) não apenas quando houver silêncio cerebral, revelado por eletroencefalógrafo, mas, também, quando ocorrer concomitantemente a parada circulatória e respiratória de caráter definitivo. Isso, entretanto, não significa permitir que num corpo humano, descerebrado funcionalmente, continue a circular o sangue e o ar unicamente por processo artificial, depois de úteis e prolongadas tentativas, sem que haja reanimação espontânea.*

### 1.1.3. Elementos do Tipo

São elementos do homicídio: (1) objeto jurídico; (2) objeto material; (3) Sujeitos; (4) tipo objetivo; (5) tipo subjetivo; (6) consumação.

**Objeto Jurídico.** Denomina-se objeto jurídico o interesse jurídico de proteção da norma, isto é, o bem jurídico tutelado pela lei. Neste caso, *a vida*;

**Objeto Material.** Denomina-se objeto material o sujeito atingido pela conduta, isto é, *a pessoa humana*;

**Sujeitos.** São dois os sujeitos determinados no homicídio:

1) **Sujeito Ativo:** refere-se ao indivíduo que efetua a conduta;

Porém, antes de prosseguirmos com a classificação do seguinte sujeito referente ao homicídio, convém que façamos uma pequena revisão em relação à Parte Geral deste Código.

Há três classificações sem relação aos crimes *quanto ao sujeito ativo*:

- A) Comum;
- B) Próprio;
- C) De mão própria.

**Crime Comum.** Em relação ao crime comum, dá-se quando o mesmo pode ser realizado por qualquer pessoa;

**Crime Próprio.** São crimes que só podem ser cometidos por uma categoria específicas de pessoas;

**Crime de Mão Própria.** São crimes que recaem sobre um indivíduo especificamente. São crimes que somente poderiam ser realizados por uma pessoa, em determinada situação. Nesses casos não há, portanto, coautoria.

É necessário que analisemos essas três classificações e entendamos qual melhor se encaixa no crime de homicídio.

Aqui é bom que analisemos duas situações:

Uma vez que tal crime poderia ser realizado por qualquer pessoa, classifica-se como sendo um *crime comum*, incorporando, assim, o homicídio.

O crime próprio, segundo a doutrina, também pode se relacionar com o homicídio, uma vez que a pessoa tenha o dever jurídico de evitar o resultado (como afirma o art. 13, §2º, CP<sup>2</sup>). Pode, também, relacionar-se com as infrações administrativas – previstas nos arts. 312 ao 327, CP, bem como os crimes funcionais – previstos no art. 269, CP (*todo médico que deixar de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória*) e o abandono intelectual – previsto nos arts. 246 e 247, CP.

Já em relação aos crimes de mão própria, podemos citar o falso testemunho, previsto no art. 346, CP. Como vimos, não se incorpora ao crime de homicídio.

Há, porém, mais um esclarecimento. E quanto aos *xifópagos* (popularmente conhecidos como irmãos siameses)?

Como afirma *Euclides Custódio da Silveira*:

“Dado que a deformidade não impede o reconhecimento da imputabilidade criminal, a conclusão lógica é que responderão ambos como sujeitos ativos. Assim, (1) se os dois praticarem um homicídio, conjuntamente ou de comum acordo, não há dúvida de que responderão ambos como sujeitos ativos, passíveis de punição. Todavia, (2) se o fato é cometido por um, sem ou contra a vontade do outro, impor-se-á a absolvição do único sujeito ativo, se a separação cirúrgica é impraticável por qualquer motivo, não se podendo excluir sequer a recusa do inocente, que àquela não está obrigado. A absolvição se justifica, como diz *Manzini*, porque conflitando o interesse do Estado ou da sociedade com o da liberdade individual, esta é que tem de prevalecer. Se para punir um

---

<sup>2</sup> **Art. 13, CP.** O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. **§2º.** A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: **a)** tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; **b)** de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; **c)** com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.



culpado é inevitável sacrificar um inocente, a única solução sensata há de ser a impunidade.”

Porém, há doutrinadores que consideram a condenação daquele que praticou o crime, não o condenando à pena, mas, sim, a processos civis ou administrativos, por exemplo.

Prossigamos com os sujeitos do homicídio.

2) Sujeito passivo: refere-se ao indivíduo que sofre a ação, podendo ser, igualmente, qualquer pessoa.

Antes de voltarmos aos elementos, regressemos aos *xifópagos*. O que ocorrerá ao agente que matar os *xifópagos*, afinal, não sendo possível a realização da cirurgia de separação, uma vez atingidos os elementos vitais de um, atingir-se-ão os elementos vitais do outro, causando a morte de ambos.

Portanto, considerar-se-á o seguinte: classificar-se-á como dolo de 1º grau em relação àquele que realmente se pretendia atingir, enquanto classificar-se-á como dolo de 2º grau (ou dolo de consequência necessária) em relação àquele que não se pretendia atingir.

Leva-se em consideração, ainda, o fato de o crime caracterizar-se como sendo um *concurso formal impróprio*, uma vez que mediante uma só ação, atinge-se dois resultados.

**Tipo Objetivo.** Refere-se ao verbo relacionado ao tipo penal. No caso, *matar*.

Aqui convém fazermos mais uma pequena revisão quanto ao *error in persona* e *aberratio ictus*.

A primeira, também conhecida como *erro quanto à pessoa* e previsto no art. 20, §3º, CP<sup>3</sup>, ocorre quando o agente incide no tipo penal, porém contra pessoa diversa do pretendido, ou seja, atinge um indivíduo que não queria atingir, imaginando ser aquele que pretendia causar dano. Neste caso, considera-se as qualidades daquele o qual se pretendia atingir;

A segunda, conhecida como *erro na execução*, prevista no art. 73, CP<sup>4</sup>, ocorre quando um indivíduo, por erro na execução, atinge pessoa diversa daquela

---

<sup>3</sup> **Art. 20, §3º, CP.** O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta a pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

<sup>4</sup> **Art. 73, CP.** Quanto, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo o disposto no §3º do artigo 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do artigo 70 deste Código.

**Art. 70, CP.** Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

pretendida, não importando, bem como no caso do erro quanto à pessoa, as características daquele que sofreu a ação, mas, sim, daquele cuja intenção era atingir.

**Tipo Subjetivo.** Refere-se a intenção do tipo. No caso do *caput* do art. 121, CP, caracteriza-se pelo *dolo*. Segundo Capez, é a *conduta voluntária, livre e consciente*.

Aqui convém mais um adendo. No caso de homicídio causado por direção de veículo automotor em estado de embriaguez, poder-se-á, segundo as circunstâncias, considerar-se o *dolo eventual* ou *crime culposo*.

**Consumação.** Refere-se com o fato que consolida o acontecimento do tipo penal. Nessa situação é a *morte*.

Convém que, antes de iniciarmos o estudo das classificações do homicídio simples, respondamos a uma pergunta: *o homicídio simples pode ser considerado crime hediondo?*

A resposta é sim, porém em um único caso, previsto pelo art. 1º, I, 1ª parte, da Lei 8.072/90 (dispõe sobre os crimes hediondos). Diz o texto:

**Art. 1º, da Lei 8.072/90.** São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente...

#### 1.1.4. Classificação do Homicídio Simples

##### a) Crime comum (como dito) e material;

Façamos uma pequena revisão.

O termo material refere-se ao resultado da ação.

Neste caso, temos três classificações:

**Crime Material.** São ações previstas em lei que descrevem condutas que somente serão consumadas após o resultado da ação primeira, ou seja, além da conduta, é necessário a consumação do resultado da mesma para que se caracterize o crime previsto em lei. Por tal motivo o homicídio é considerado um *crime material*. Somente considerar-se-á *homicídio*, uma vez que o sujeito passivo venha a falecer;

**Crime Formal.** São ações previstas por lei em que se apresenta a conduta e o resultado, porém somente é necessário que haja a conduta para a consumação do crime. Neste caso, caso haja a consumação do resultado, aumenta-se a pena referida, sendo o crime considerado como *exaurido*, ou seja, mesmo estando o crime consumado, há a confirmação do resultado da conduta. Esse tipo de crime é conhecido, também, como *crime de consumação antecipada*. São exemplos deste tipo

---

**Desígnios Autônomos.** Agir dolosamente, pretendendo atingir o resultado específico.

de crime a extorsão mediante sequestro, prevista pelo art. 159, CP, e a injúria, prevista pelo art. 140, CP;

**Crime de Mera Conduta.** São crimes em que a própria conduta caracteriza crime, ou seja, não há resultado. Pode ser dado como exemplo o crime de invasão domiciliar, previsto no art. 150, CP, bem como o porte ilegal de armas, previsto nos arts. 12 e 16, da Lei 10.826/03 (Estatuto do desarmamento).

**b) Crime de forma livre – isto é, com inúmeras formas de execução;**

Os meios de execução do homicídio são: direto e indireto.

Serão diretas as ações que por si só causem a morte do sujeito passivo – por exemplo, como diz Nucci, *desferir um golpe de machado na cabeça da vítima*;

Serão indiretas as mortes que dependam de outras causas para ocorrerem – por exemplo, segundo o mesmo doutrinador, *fomentar a ira em um louco para que agrida e mate uma vítima desejada*, além dos meios *materiais* – que atingem a integridade física do ofendido –, *morais ou psíquicas* – por meio de trauma psíquico que a leve a morte.

**c) Crime comissivo – ou seja, crime realizado por meio de uma ação;**

Porém, há o chamado *crime comissivo por omissão*. Crimes em que a pessoa tem o dever jurídico de evitar o resultado, como a mãe que mata o filho por deixar de dar comida ou o salva-vidas que deixa de resgatar determinado indivíduo.

**d) Crime instantâneo;**

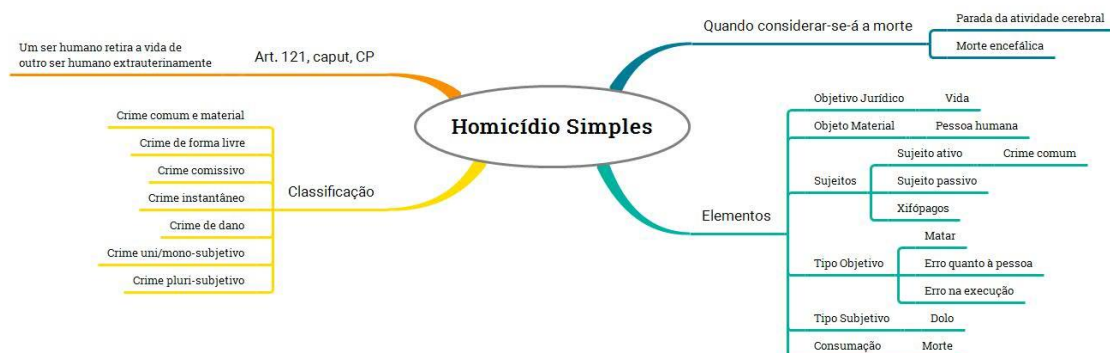
Aqui convém fazermos uma observação. Há divergência doutrinária. Segundo Nucci, o homicídio simples é simplesmente *instantâneo*, por outro lado, para doutrinadores como *Damásio e Victor Eduardo Rios Gonçalves* o crime de homicídio é *instantâneo de efeito permanente*.

**e) Crime de dano;**

**f) Crime unissubjetivo ou monossubjetivo – ou seja, somente é necessária uma pessoa para que o crime se consuma;**

**g) Crime plurissubstistente – isto é, o *iter criminis* é seccionado em várias ações.**

**1.1.5. Sistematizando**



## 1.2. Homicídio “Privilegiado”

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

Primeiramente, cabe fazermos um esclarecimento em relação ao nome dado pela doutrina. O crime previsto no art. 121, §1º, CP não se configura como sendo privilegiado. Para que haja tal disposição, é necessário que se tenha uma pena própria, sendo esta de natureza diminutiva em relação ao crime comum. Neste caso, como se pode notar no texto, reduzir-se-á de um sexto a um terço a pena já fixada pelo homicídio simples, caracterizando, assim, **causa de diminuição de pena**.

Como uma segunda informação relevante, convém que prestemos atenção ao termo *pode* referindo-se à atitude do juiz. Convém esclarecermos que, apesar do termo, o juiz, uma vez reconhecido o instituto pelo Júri, tem o **dever** de adotar o mesmo posicionamento, podendo este ponderar somente o valor da diminuição.

### 1.2.1. Relevante valor social ou moral

Como diz o texto da lei, para que se configure o crime de homicídio *privilegiado*, é necessário que o indivíduo seja *impellido de relevante valor social ou moral*. Entendamos, portanto, qual é o significado de tal expressão.

**Relevante Valor.** Como diz Nucci, *é um valor importante para a vida em sociedade, tais como o patriotismo, lealdade, fidelidade, inviolabilidade de intimidade e de domicílio etc.*

**Valor social.** São interesses de ordem não só individual, mas também coletivos. Podemos citar como exemplo o sujeito que mata o traidor da pátria ou o indivíduo que assassina um traficante que cobrava pedágio aos moradores de sua comunidade.

**Valor moral.** Aqui, diferentemente do anterior, leva-se em consideração um valor de caráter subjetivo, pessoal. Por exemplo, o sujeito que mata o estuproador da própria filha.

Neste ponto, convém que façamos um adendo.

São discussões acerca da classificação de homicídio com causa de diminuição de pena a *eutanásia*, *ortotanásia*, *distanásia* e a, teorizada por Cleber Masson, *mistanásia*.

**Eutanásia.** Morte *provocada* com o fito de eliminar o sofrimento de alguém que não tenha possibilidade de sobrevivência. Morte boa, serena. Este elemento é **sim** considerado homicídio com causa de diminuição de pena.

**Ortotanásia.** É a cessação da dosagem de medicamentos que mantenham a pessoa viva em casos graves ou incuráveis. Há divergência em relação à

criminalização (Cleber Masson) ou não (Victor Eduardo Rios Gonçalves) de tal ato. Como afirma a Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina em seu art. 1º: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”. Porém, afirma a decisão da Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3 ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Federal de Medicina, acerca da referida resolução:

“Aduz que: [i] o Conselho Federal de Medicina não tem poder de regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime; [ii] o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito; [iii] considerado o contexto socioeconômico brasileiro, a ortotanásia pode ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.

[...]

Devidamente citado, o Conselho Federal de Medicina contestou asseverando que: [i] a resolução questionada não trata de eutanásia, tampouco de distanásia, mas sim de ortotanásia; [ii] a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médica mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna; [iii] a ortotanásia não é considerada crime; e [iv] o direito à boa morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação mediata.

[...]

É o relatório. **Decido.**

Sobre muito refletir a propósito do tema vinculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me, pois, à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada ao Direito em face do atual estado de arte da medicina.”

**Distanásia.** Morte lenta, com sofrimento, geralmente devido a causas naturais.

**Mistanásia.** Tal elemento é teorização exclusiva de Cleber Masson. Segundo o doutrinador, é a morte precoce, provocada pelo descaso de determinados seres humanos, podendo ocorrer de três formas:

- I. Displícência político ou econômica, configurada, por exemplo, pelo péssimo atendimento em Unidades de Saúde, em que as macas são

deixadas enfileiradas nos corredores da dependência, causando a morte de alguns indivíduos por falta de atendimento. Dependendo do caso, os responsáveis poderão responder por homicídio culposo;

- II. Pacientes que morrem por erro de diagnóstico no Sistema de Saúde, decorrendo, disto, o tratamento equivocado. Em determinados casos, poderão os responsáveis serem acusados por homicídio culposo;
- III. Pacientes que entram na rede de saúde com expectativa de vida, mas morrem por má gestão. Por exemplo, na retirada indevida de um órgão. Em determinados casos, é possível que os responsáveis sejam acusados pelo crime de homicídio doloso.

**Causa de diminuição de pena ≠ Atenuante.** O artigo anteriormente citado prevê: “*impelido por motivo de relevante valor social ou moral*”; enquanto o art. 65, III, a (atenuante), afirma: “*cometido por motivo de relevante valor social ou moral*”. Aí está a diferença. Na primeira, espera-se que o indivíduo esteja *impulsionado* pela motivação, enquanto no segundo somente é necessário que se tenha agido por motivo de relevante valor moral ou social.

#### 1.2.2. Domínio de Violenta Emoção

Segundo Hungria, emoção é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. Tal emoção pode levar o indivíduo a cometer um crime, sendo considerado privilegiado, uma vez que o mesmo tenha sido injustamente provocado pela vítima anteriormente ao ato criminoso. Segundo exemplo de Nucci, ocorre quando, por exemplo, diante da *atitude agressiva, desajuizada e pretenciosa de um jovem que dá um tapa no rosto de um homem honrado, bem mais velho, na presença de seus familiares e amigos, sem qualquer razão plausível. Tal hostilidade pode desencadear no pacífico indivíduo uma emoção intensa, que o faz perder o controle, partindo para o contra-ataque, sem medir as consequências, nem atentar para os limites. Caso termine matando a vítima que o provocou injustamente, tendo agido logo em seguida, não pode ser absolvido pela vetusta **legítima defesa da honra**, embora se possa reconhecer em seu benefício a causa de diminuição da pena.*

**Causa de diminuição de pena ≠ Atenuante.** O artigo anteriormente referido prevê: “*sob o **domínio** de violenta emoção*”; enquanto o art. 65, III, c: “*sob a **influência** de violenta emoção*”. Ou seja, para que haja a diminuição da pena, além da reação ocorrer logo após a injusta provocação, é necessário que o indivíduo esteja *dominado*, e não meramente influenciado, por violenta emoção.

#### 1.2.3. Elementos do Crime

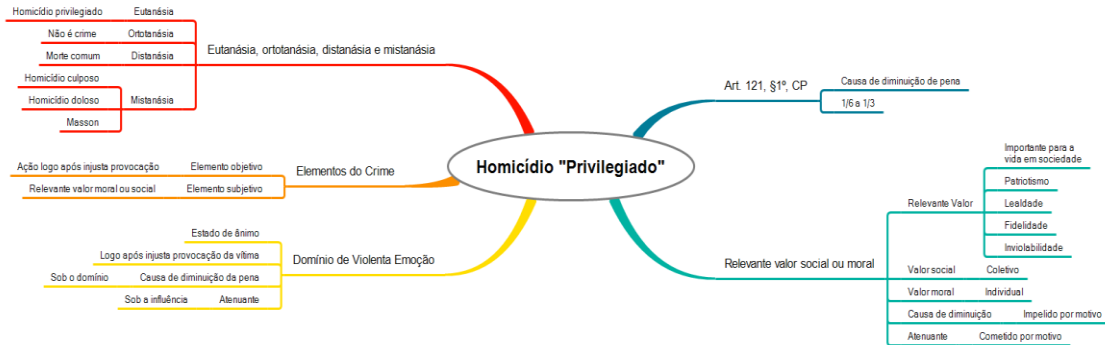
São dois, portanto, os elementos do crime: *elemento objetivo* e *elemento subjetivo*.

**Elemento objetivo.** Refere-se ao ato praticado mediante *injusta provocação*.

**Elemento subjetivo.** Relativo ao *relevante valor moral e social*.

Se o crime for praticado mediante os dois elementos, interpretará o juiz, considerando uma das duas como sendo causa de diminuição de pena e a outra como atenuante.

### 1.2.4. Sistematizando



### 1.3. Homicídio Qualificado

**Art. 121, §2º, CP.** Se o crime for cometido:

**I** – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por motivo torpe;

**II** – por motivo fútil;

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

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

**V** – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

**VI** – contra a mulher por razões da condição do sexo feminino;

**VII** – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

**Pena** – reclusão, de doze a trinta anos.

Como podemos notar, havendo pena própria dentro do tipo penal, caracteriza-se como sendo o tipo penal qualificado. No caso, **homicídio qualificado**. Tal tipo somente é atingido, uma vez que se pratiquem as circunstâncias legais que integram tal crime.

#### 1.3.1. Classificação

**Quanto ao motivo.** Pode ser:

- I.** Paga;
- II.** Promessa de recompensa;
- III.** Motivo torpe;
- IV.** Motivo fútil;
- V.** Femicídio;
- VI.** Contra Forças Armadas ou Força Nacional de Segurança Pública.

**Quanto ao meio empregado.** Pode ser:

- I. Veneno;
- II. Fogo;
- III. Explosivo;
- IV. Asfixia;
- V. Meio insidioso ou cruel que possa resultar perigo comum.

**Quanto ao modo de execução.** Pode ser:

- I. Traição;
- II. Emboscada;
- III. Dissimulação;
- IV. Outro recurso que dificulte a defesa da vítima.

**Conexão.** Pode ser:

- I. Assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime.

#### 1.3.1.1. Qualificadoras

Como vimos, são seis os motivos que caracterizam a qualificação do crime de homicídio, quais sejam: *paga*, *promessa de pagamento*, *motivo torpe*, *motivo fútil*, *feminicídio* e contra forças armadas ou força nacional de segurança pública.

Explicar-se-ão todos os elementos cuja explicação não esteja demonstrada no próprio nome.

**I-A – Paga e promessa de pagamento.** O exposto no inciso I, §2º, art. 121, CP, refere-se ao chamado *homicídio mercenário* ou *pecuniário*. É aquele em que se contrata um *sicário*, sendo responsável este pelo homicídio, havendo o pagamento anterior (*paga*) ou posterior (*promessa de pagamento*) ao ato ilícito.

Convém que citeamos a discussão acerca da **natureza da vantagem** prometida ou paga. Há duas correntes:

- 1) Defendida por Nelson Hungira, Rogério Greco, Cleber Masson e Julio Mirabete, afirma que a vantagem deverá ser em dinheiro ou qualquer outra vantagem econômica, como o perdão de uma dívida ou aquisição de um imóvel;
- 2) Defendida por Damásio, afirma que se poderão aceitar outros tipos de vantagem. Ele dá como exemplo as promessas de casamento ou emprego.

Cabe fazermos mais um adendo.



## **A pessoa que realiza o pagamento será acusada, também, por crime qualificado?**

Lembremos do art. 30, CP:

**Art. 30, CP.** Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

**Elementares.** São os dados que caracterizam o tipo penal, ou seja, são a ação principal do crime previsto por lei. No caso do homicídio, instituto estudado, caracteriza-se por *matar alguém*.

**Circunstâncias.** Dados acessórios à figura típica, elementos exteriores ao tipo penal. Dividem-se em *objetivas* e *subjetivas*. **Objetivas.** Relacionam-se ao fato, como o horário do crime, meio de execução, lugar do crime etc. **Subjetivas.** Relacionam-se ao agente, como o motivo, a relevância, reincidência, antecedentes etc.

Portanto, não sendo as circunstâncias elementares, o indivíduo que efetua o pagamento será acusado somente pelo crime de homicídio, enquanto o agente, de fato, por homicídio qualificado. Cabe mencionar, porém, que o prof. Damásio discorda dessa posição, afirmando que, excepcionalmente, deverá se comunicar entre as partes.

**I-B – Motivo torpe.** Como diz Nucci, *é o motivo repugnante, abjeto, vil, que causa repulsa excessiva à sociedade*. Convém citarmos que a *vingança poderá* ser considerada motivo torpe, analisando-se, **sempre**, o caso concreto. Ex.: filho que mata o pai para ficar com a herança; sujeito que mata o marido de uma mulher para se casar com ela<sup>5</sup>; matar alguém por preconceito de cor, raça ou etnia; canibalismo; vampirismo; rituais macabros etc.

**II – Motivo fútil.** *Motivo desproporcional* ao resultado produzido. Deve ser, sempre, analisado no caso concreto. O motivo deve estar *direta e imediatamente* ligado ao crime Ex.: matar indivíduo por servir comida fria em restaurante; matar sujeito logo após acidente de trânsito, sendo esse o motivo; pai que mata criança, pois a mesma chorava muito; matar lavadeira por manchar roupa.

Cabe salientar, ainda, segundo Nucci, que *a falta de motivo não caracteriza motivo fútil*, mas, sim, a configuração simples do crime. Como diz Luiz Mello Guimarães, *a falta de motivo não é motivo fútil, algo que se aprende já nas primeiras lições de direito penal, relativas ao crime de homicídio. Portanto, imputar a futilidade sob a acusação de ter sido o crime cometido ‘sem motivo aparente’ é juridicamente inviável.*”

Por fim, o *ciúme* não caracteriza elemento suficiente para a incorporação da qualificação.

---

<sup>5</sup> **Art. 1521, CC.** Não devem casar: **VII** – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

**III-A – Veneno.** “Substância que, introduzida no organismo, altera momentaneamente ou suprime definitivamente as manifestações vitais de toda matéria organizada”. Crime nomeado como *venefício*. Pode ser de duas naturezas. Se aplicado de forma inoculada, será considerado *meio insidioso*. Se aplicado de maneira perceptível e forçada, por exemplo, poderá caracterizar *meio cruel*.

Cabe salientar que, como dizem Fernando Capez e Flávio Monteiro de Barros, a injeção de glicose em indivíduo diabético, desde que se tenha conhecimento de tal condição, será considerada envenenamento.

**III-B – Fogo.** Pode configurar meio cruel ou que gera perigo comum.

**III-C – Explosivo.** Ocorre a utilização de artefatos explosivos, como granadas, C3, C4 etc. Pode configurar perigo comum ou meio cruel se, em decorrência da explosão, causar morte agonizante na vítima.

**III-D – Asfixia.** “Supressão da respiração, que se origina de um processo mecânico ou tóxico”. Há várias classificações relacionadas à asfixia. Para tanto, vê-se os *sinais tanatológicos* na vítima. Pode ser: *esganadura* – comprimento/ compressão do pescoço da pessoa diretamente pelo agente; *estrangulamento* – utilização de instrumentos para o ato, como fios ou arames, gerando um sulco horizontal no pescoço da vítima; *enforcamento* – morte causada pelo peso da própria pessoa, gerando sulco que acompanha o formato do maxilar da vítima; *sufocação* – morte por falta de ar; *afogamento*; *soterramento*; *sufocação direta* – coloca-se um peso sobre o peito, fatigando o músculo diafragmático; *asfixia tóxica* – utilização de gás asfixiante ou aprisionamento em local hermeticamente fechado. Pode caracterizar meio insidioso ou cruel, ou ambos.

**III-E – Tortura.** Convém esclarecermos que o crime de tortura é diferente da qualificadora tortura. A primeira caracteriza-se pela ação para fins de confissão, retirada de informação; enquanto a segunda é a tortura com *animus necandi*, tendo-se a intenção de causar a morte da vítima. Caracteriza-se como sendo de caráter cruel. Como diz a Convenção das Nações Unidas (Decreto 40/91):

“... ‘tortura’ designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.”

**III-F – Meio insidioso ou cruel.** *Meio insidioso*: meio falso, desleal. *Meio cruel*: meio doloroso, desumano.

**III-G – Perigo comum.** Causar um mesmo perigo a mais de uma pessoa, ultrapassando o perigo causado à vítima. Por exemplo, subir em um prédio e disparar contra multidão que se encontra no chão.

**IV-A – Traição.** Enganar, ser infiel. Queda de confiança depositada, pela vítima, no agente que dela se aproveita para matá-lo. Segundo Nucci, *no contexto do homicídio, é a ação do agente que colhe a vítima por trás, desprevenida, sem ter esta qualquer visualização do ataque.*

**IV-B – Emboscada.** Tocaia, atalaia, ocultar-se para poder atacar. Ex.: esconder-se para matar indivíduo.

**IV-C – Dissimulação.** Oculta-se a verdadeira intenção e, mediante o fingimento de amizade ou carinho, mata-se a vítima. Ex.: caso do maníaco do parque que, dizendo ser agente de empresa de modelos, levava suas vítimas para determinado local e as matava.

**IV-D – Outro meio que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.** Como afirma Nucci, convém que se identifique *a prova de que o agente teve por propósito efetivamente surpreender a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação.* Ex.: atacar indivíduo pelas costas/ durante o repouso noturno/ durante inconsciência ou embriaguez etc.

**V-A – Para assegurar a execução de outro crime.** Chamado, também, de conexão teleológica, pois determinado crime ocorre para que um segundo seja garantido ou facilitado. Por exemplo, sujeito que mata um segurança para sequestrar indivíduo protegido por ele.

**V-B – Para assegurar a ocultação de outro crime.** Chamado, também, de conexão consequencial. Ocorre quando há um segundo crime praticado para que um primeiro seja ocultado. Por exemplo, indivíduo que mata o menor que estuprou, garantindo a ocultação do primeiro.

**V-C – Para assegurar a impunidade de outro crime.** Considerado conexão consequencial, também. Ocorre, por exemplo, quando os autores de um crime *já conhecido* matam todas as testemunhas, não sendo possível chegar a eles, garantindo, assim, a impunidade.

**V-D – Para assegurar a vantagem de outro crime.** Também relacionado à conexão consequencial. Ex.: sujeito que mata parceiro de crime para ficar com um maior lucro deste referido crime.

Aqui cabe fazer um adendo. Premeditação<sup>6</sup> **não** é qualificadora expressa no Código Penal.

---

<sup>6</sup> Determinação consciente e deliberada do agente do delito que medeia entre a concepção e a execução deste, cujas consequências previu.

## VI – Femicídio.

Inicialmente, façamos a diferenciação entre *feminicídio* e *femicídio*.

**Feminicídio.** *Homicídio qualificado praticado contra mulher, por razões de condição do sexo feminino.*

**Femicídio.** Qualquer homicídio que seja praticado contra pessoa do sexo feminino, não sendo tal característica motivo para o crime.

Convém que citemos duas visões acerca deste crime na doutrina.

- 1) Entende-se, segundo a grande maioria dos doutrinadores (Victor Eduardo Rios Gonçalves, Fernando Capez, Mirabete, Masson, Alice Bianchini, Rogério Sanches, José Nabuco Filho etc) que o feminicídio configura-se como sendo qualificadores referente ao motivo, tendo, portanto, caráter *subjetivo*.

Segundo Fernando Capez:

“Importante destacar que a qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente (“razões de condição de sexo feminino”). Não pode ser considerada como objetiva, pois não tem relação com o modo ou meio de execução da morte da vítima. Dessa classificação podemos extrair duas conclusões: a) trata-se de circunstâncias de caráter pessoal, logo, não se comunica com eventual coautor do crime (art. 30 do CP); b) não existirá feminicídio privilegiado pois só se admite crime de homicídio qualificado-privilegiado quando a qualificadora for de natureza objetiva.”

- 2) Entende-se, por uma parte menor dos penalistas (Guilherme de Souza Nucci, Amom Albernaz Pires, Paulo Busato), que o crime de feminicídio é de natureza objetiva, sendo, portanto, elemento do meio empregado e modo de execução.

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

“Condição de sexo feminino: a inserção dessa expressão parece indicar tratar-se de uma nova *motivação* para matar, razão pela qual a qualificadora introduzida no inciso VI seria subjetiva. Assim sendo, não conviveria com as qualificadoras dos incisos I, II e V. Essa expressão diz respeito ao *fundamento* de criação do feminicídio. Seria simples demais colocar no inciso VI apenas *contra a mulher*. Afinal, o *caput* (matar alguém) já previa isso. O termo “alguém” envolve o homem e a mulher, em suma, o ser humano, pouco importando a sua condição sexual, idade, posição social etc. Viu-se o legislador conduzido a *fundamentar* a opção normativa de uma nova qualificadora na esteira nítida de conferir maior proteção à mulher, *por ser do sexo feminino*, vale dizer, a pessoa que, em virtude de sua inferioridade de força física, de sua subjugação cultural, de sua dependência econômica, de sua redução à condição de serviçal do homem (seja marido, companheiro, namorado) é a parte fraca do relacionamento doméstico ou familiar. Esse é o prisma do feminicídio: matar a mulher por razões da condição do sexo feminino. **Matar o mais fraco, algo francamente objetivo.** Voltemos ao argumento da nota anterior. O homem

mata ou lesiona a mulher porque se sente (e é, na maioria imensa dos casos) mais forte. Mas seu motivo não é esse: mata porque acha que ela o traiu; mata porque quer se livrar do relacionamento; mata porque é extremamente ciumento; mata até porque foi injustamente provocado. O agente pode ser outra mulher, num relacionamento homossexual; ao matar a outra mulher, porque ela é a parte mais fraca da relação, também responde por feminicídio. Observe-se que, nessa hipótese, a mulher mais forte, que mata a mais fraca, não o faz porque ela é do sexo feminino, mas porque tem ciúme e o relacionamento deteriorou-se (por exemplo). Assim, a qualificadora “contra mulher por razões de condição de sexo feminino” é o fiel espelho, em continuidade, da Lei Maria da Penha.”

**Aplicação da Lei Maria da Penha no caso de transexuais.** Todas as citações a seguir encontram-se no Curso de Direito Penal – Vol. 2 – do Prof. Rogério Greco. Afirma Jeferson Botelho Pereira:

*“Transexualismo:* Diante das recentes decisões da Lei nº 11.340/2006, em relação à Lei Maria da Penha, em especial o TJ-GO, acredito que o transexual pode configurar como autor ou vítima do delito de feminicídio.

*Homossexualismo masculino:* Também em função dos precedentes dos Tribunais Superiores, em havendo papel definitivo na relação, é possível o homossexual masculino configurar como vítima do feminicídio.

*Homossexualismo feminino:* Acredito não haver nenhum óbice também para figurar tanto como autor ou vítima do crime de feminicídio.”

Afirma Francisco Dirceu Barros:

“Identifica-se mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Neste caso, como a neocolpovulvoplastia altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível a aplicação de qualificadora do feminicídio.”

Afirma Rogério Greco:

“Com todo respeito às posições em contrário, entendemos que o único critério que nos traduz, com a segurança necessário exigida pelo Direito, e em especial o Direito Penal, é o critério que podemos denominar *jurídico*. Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) em que se figure, expressamente, o seu sexo feminino é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio.

Aqui, pode ocorrer que a vítima tenha nascido com o sexo masculino, havendo tal fato constado expressamente de seu registro de nascimento. No entanto, posteriormente, ingressando com uma ação judicial, vê sua pretensão de mudança de sexo atendida, razão pela qual, por conta de uma determinação do Poder Judiciário, seu registro original vem a ser modificado, passando a constar, agora, como pessoa do sexo feminino. Somente a partir desse momento é que poderá, segundo nossa posição, ser considerada como sujeito passivo do feminicídio.

Assim, concluindo, das três posições possíveis, isto é, entre os critérios psicológico, biológico e jurídico, somente este último nos traz a

segurança necessária para efeitos de reconhecimento do conceito de mulher.”

Por fim, profere a decisão do Processo nº 0018760-25.2017.8.19.0004

“Com efeito, entendemos que todas as normas não penais, ou seja, processuais, civis e administrativas, contidas na Lei Maria da Penha, são aplicáveis ao homem que exerça papel social de mulher, isto é, que possua o gênero feminino, como os travestis, transexuais, gays, por exemplo.”

**Art. 121, §2º-A, CP.** Tal parágrafo afirma:

**Art. 121, §2º-A, CP.** Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Afirma o art. 7º, da Lei 11.340/2006, incorporando os atos que configuram exemplos dos dois incisos acima mencionados. O inciso I do art. 121, §2º-A é relativo ao inciso I da referida Lei. Enquanto o inciso II do art. 121, §2º-A é configurado pelo restante dos incisos da seguinte Lei:

**Art. 7º, da Lei 11.340/2006.** São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe causa dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

**Violência doméstica ou familiar.** Refere-se ao feminicídio ocorrido diante do contexto doméstico ou familiar, contra esposa, filha etc. Podemos citar como exemplo o marido que mata a mulher por ela querer o divórcio/ sujeito que mata esposa por ela não realizar as tarefas domésticas/ (como diz Victor Eduardo Rios Gonçalves) o pai que mata a filha por ela usar roupas curtas.

**Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.** Referente à humilhação da mulher, rebaixando-a por razão do sexo feminino. Podemos citar como exemplo (como diz Masson) sujeito caminhoneiro que vê mulher dirigindo carreta e a mata, pois acredita ser ela menos capaz que um homem para tal tarefa/ homem que mata sua superior por não aceitar receber ordens de uma mulher/ sujeito que mata mulher por não concordar que ela curse a faculdade.

**VII – Dos agentes de segurança.** Homicídio cometido, em função do cargo, contra autoridades ou agentes previstos nos arts. 142 e 144, CF, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

Afirma o art. 142, CF:

**Art. 142, CF.** As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Afirma o art. 144, CF:

**Art. 144, CF.** A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I – polícia federal;
  - II – polícia rodoviária federal;
  - III – polícia ferroviária federal;
  - IV – polícias civis;
  - V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- [...]

**§8º.** Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

**Parente consanguíneo até terceiro grau.** As tabelas a seguir tratarão de tal esclarecimento:

FORMAS DE PARENTESCO			GRAUS DE PARENTESCO		
			1º GRAU	2º GRAU	3º GRAU
Parentes consanguíneos	Em linha reta	Ascendentes	<b>Pais</b> (inclusive madrasta e padrasto)	<b>Avós</b>	<b>Bisavós</b>
		Descendentes	<b>Filhos</b>	<b>Netos</b>	<b>Bisnetos</b>
	Em linha colateral			<b>Irmãos</b>	<b>Tios e sobrinhos</b> (e seus cônjuges)

Convém esclarecermos, por último, que não são considerados parentes consanguíneos os *parentes por afinidade*, quais sejam:

FORMAS DE PARENTESCO			GRAUS DE PARENTESCO		
			1º GRAU	2º GRAU	3º GRAU
Parentes por afinidade	Em linha reta	Ascendentes	<b>Sogros</b> (inclusive madrasta e padrasto do cônjuge ou companheiro)	<b>Avós do cônjuge ou companheiro</b>	<b>Bisavós do cônjuge ou companheiro</b>
		Descendentes	<b>Genros e noras</b> (inclusive do cônjuge ou companheiro)	<b>Netos</b> (exclusivos do cônjuge ou companheiro)	<b>Bisnetos</b> (exclusivo do cônjuge ou companheiro)
	Em linha colateral			<b>Cunhados</b> (irmãos do cônjuge ou companheiro)	<b>Tios e sobrinhos do cônjuge ou companheiro</b> (e seus cônjuges)

\*Analisar-se-á o caso concreto em relação aos enteados.

#### 1.4. Homicídio qualificado-privilegiado

Analisados os homicídios privilegiado e qualificado, resta-nos uma pergunta: é possível que exista um homicídio qualificado-privilegiado? Sim. Segundo Nucci, é preciso que haja *compatibilidade lógica entre os crimes*. Somente será possível, uma vez que o privilégio, de caráter subjetivo, combine com as qualificadoras de caráter objetivo. Portanto, é possível, por exemplo, que o mesmo homicídio seja realizado *por motivo de relevante valor moral*, mediante a utilização de fogo. Mas nunca será possível, contudo, que haja um homicídio, ao mesmo tempo, *por motivo de relevante*

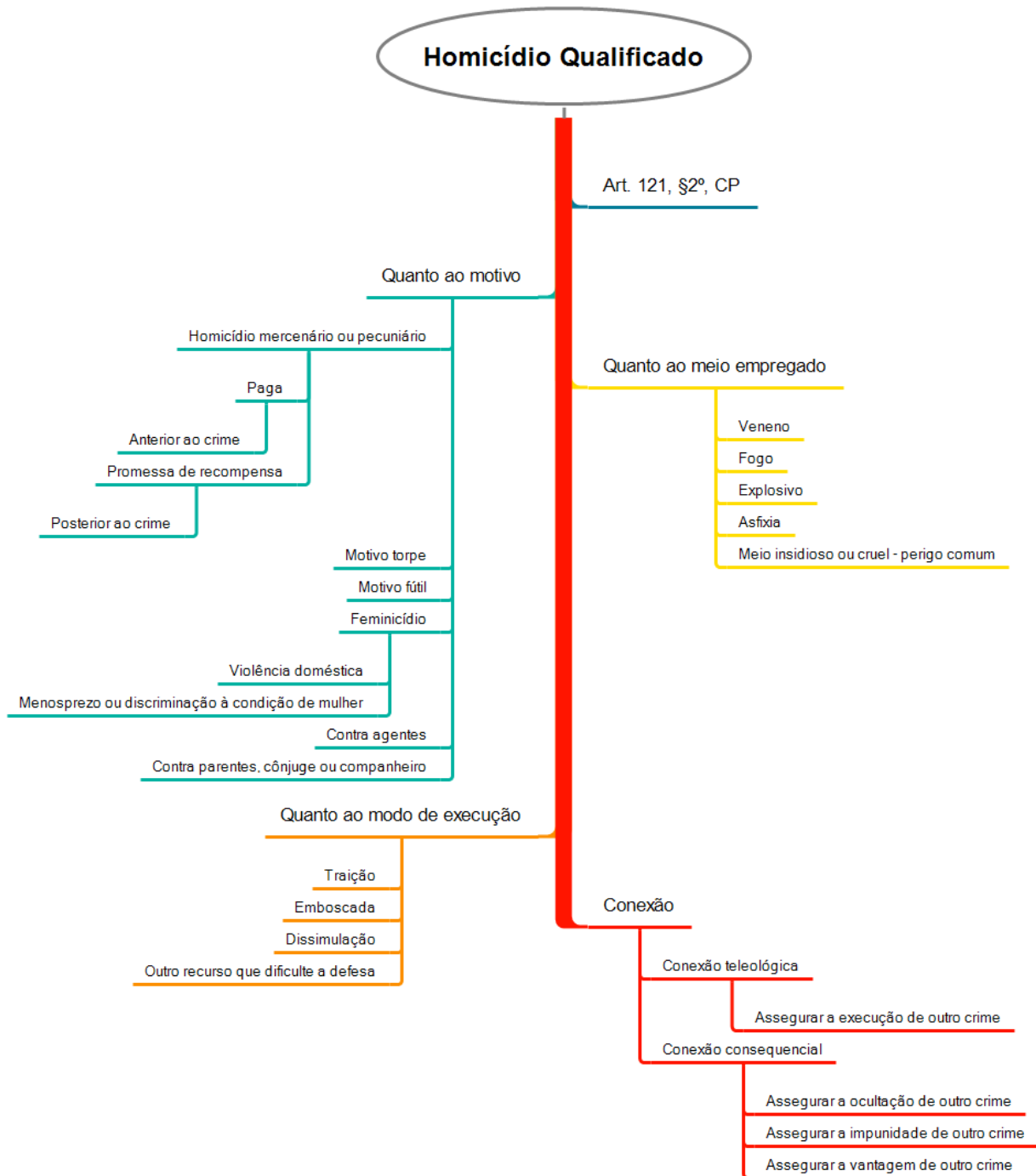


valor moral e por motivo fútil, por exemplo, combinando o caráter objetivo das duas classificações.

Somente poderão se conectar, portanto:

<b>Privilégio (§1º)</b> <i>Motivo de relevante valor social ou moral</i> <i>Sob o domínio de violenta emoção</i>	<b>Qualificadora (§2º)</b> <i>Quanto ao meio empregado (III)</i> <i>Quanto ao modo de execução (IV)</i>
--	---

1.4.1. Sistematizando



## 1.5. Homicídio culposo

Afirma o §3º, art. 121, CP:

**Art. 121, §3º, CP.** Se o homicídio é culposo:

Pena – detenção, de um a três anos.

**Conceito.** Como diz no *caput*, mata-se alguém, porém não com o elemento subjetivo *dolo*, mas, sim, *culpa*. São três as modalidades da culpa, previstas pelo art. 18, II, CP:

**Art. 18, CP.** Diz-se crime:

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Portanto:

- 1) Negligência;
- 2) Imprudência;
- 3) Imperícia.

Diz o **Dicionário Jurídico Acquaviva**:

“**Negligência** para o CP, é omissão, inércia, passividade. **Negligente** é aquele que, devendo agir ou se omitir, deixa de fazê-lo por indolência física ou preguiça mental [...]. A **imprudência**, por sua vez, tem caráter ativo, o agente atua sem a cautela exigida nas circunstâncias. [...] Nada impede que haja concurso de negligência e imprudência, como ocorre com o motorista que dirige seu automóvel em velocidade excessiva, sem verificar o estado dos freios, caso em que ele será negligente e imprudente. Quanto à **imperícia**, vem a ser a incapacidade, a falta de conhecimento de determinada arte, ofício ou profissão. Decorre da ausência de conhecimentos específicos imprescindíveis ao exercício de uma arte, ofício ou profissão (insipiência) ou da experiência necessária, embora o agente possua conhecimentos teóricos, embora incipiente na prática, no efetivo exercício de uma profissão.”

**Homicídio culposo e Homicídio culposo de trânsito.** Afirma o art. 302, CTB:

**Art. 302, CTB.** Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor.

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

Não se aplicará, portanto, o disposto no art. 121, §3º, CP ao crime de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, visto que o segundo (art. 302, CTB) é lei especial, superando, no caso, a lei geral.

Quanto à aplicação desta norma especial, porém, há divergência na doutrina.

Pergunta-se se, de fato, o aumento da pena referente à direção de veículo automotor é constitucional, visto que a prática do mesmo crime no Código Penal tem pena reduzida.

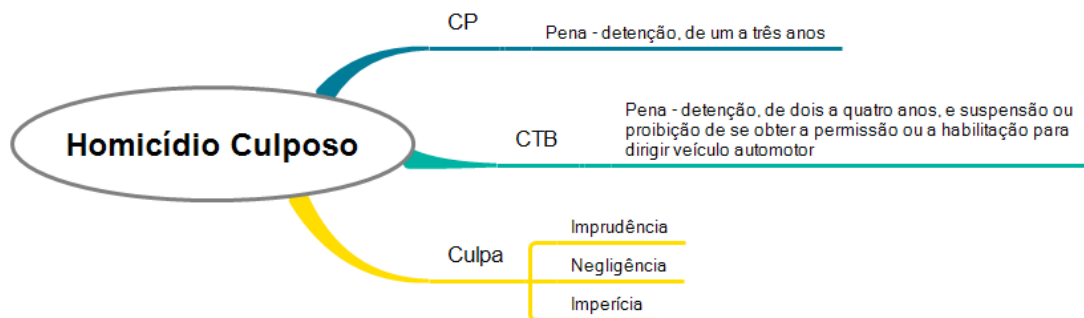
Há duas posições:

- 1) É constitucional, pois a direção de veículo automotor em via pública exige maior atenção e cuidado daquele que a realiza, sendo cabível, portanto, a pena maior;
- 2) É inconstitucional, pois devido ao Princípio da Proporcionalidade, o aumento da pena não condiz com a verdadeira ação do agente.

Convém esclarecer, por último, que tal divergência foi superada, prevalecendo a visão que defende a constitucionalidade.

Finalizando, é bom que esclareçamos uma possível causa de erro de entendimento. O atropelamento e consequente morte ocorrida fora do perímetro urbano não será disposta pelo Código de Trânsito Brasileiro, mas, sim, pelo Código Penal.

#### 1.5.1. Sistematizando



#### 1.6. Causa de aumento de pena

**Art. 121, §4º, CP.** No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço se o crime é praticado contra pessoa menor de quatorze ou mais de sessenta anos.

**Aplicação na dosimetria da pena.** 3ª fase.

**Aumento da Pena.** A pena é aumentada de 1/3 (um terço).

**Espécies de aumento.** Podemos ocorrer nos crimes de *homicídio culposo* (1ª parte) e *doloso* (2ª parte).

**Aumento de pena no homicídio culposo.** São três os motivos:

- 1) Inobservância de regra técnica de arte, ofício ou profissão;

- 2) Deixar de prestar socorro à vítima, não procurando diminuir as consequências do seu ato;
- 3) Fugir para não ser preso em flagrante.

**Inobservância de regra técnica de arte, ofício ou profissão.** Aqui, são duas as visões:

- 1) Visão defendida pelo STF. Afirma Masson:

“Essa inobservância regulamentar não se confunde com a imperícia. Nesta, o sujeito não reúne conhecimentos teóricos ou práticos para o exercício de arte, profissão ou ofício (exemplo: médico ortopedista que mata o paciente ao efetuar uma cirurgia cardíaca), enquanto naquela o agente é dotado das habilidades necessárias para o desempenho da atividade, mas por desídia não as observa (exemplo: cardiologista que não segue as regras básicas de uma cirurgia do coração).

E, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é perfeitamente possível, pois não há *bis in idem*, a incidência conjunta da causa de aumento da pena definida pelo art. 121, §4º, do Código Penal, relativa à inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, no homicídio culposo cometido com imperícia médica. Embora o Direito Penal pátrio não tenha previsto a figura do homicídio culposo qualificado pela inobservância de regra técnica, nada impede a aplicação da causa de aumento de pena ao homicídio culposo fundado em imperícia, desde que presente a concorrência de duas condutas distintas: uma para fundamentar a culpa, e outra para configurar a majorante.”

- 2) Visão minoritária. Afirma Nucci:

“Trata-se de uma desacertada causa de aumento de pena prevista para homicídio culposo, pois confunde-se, nitidamente, com a imperícia.

[...]

FLÁVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS narra o seguinte: ‘Se o médico especialista em cirurgia cardíaca, por descuido, corte um nervo do paciente, causando-lhe a morte, está configurada a agravante, pois ele tinha o conhecimento técnico, mas não o observou. Entretanto, se a cirurgia fosse feita por um médico não especialista, sem a necessária habilidade, que cortasse o mesmo nervo, teríamos uma simples imperícia’ (*Crimes contra a pessoa*, p. 40). Ora, não se pode aceitar tal postura, pois o desvalor da conduta do primeiro médico é muito menor do que a do segundo, mas a penalidade do primeiro torna-se maior, além do que o fato de ter ‘cortado o nervo por descuido’, antes de se constituir em causa de aumento, serve para configurar a culpa (não fosse assim, qual teria sido a imprudência, negligência ou imperícia do médico?). O médico especialista que cortou um nervo, *por descuido*, mas tinha condições técnicas de realizar a cirurgia recebe uma pena aumentada de um terço, enquanto o outro médico aventureiro e inexperiente, porque não habilitado para proceder à intervenção cirúrgica no coração, recebe a pena do homicídio culposo sem qualquer aumento. A situação não se coaduna com o fundamento da lei, pois o primeiro médico, ao se descuidar de modo a configurar *erro grosseiro* (e não um simples erro médico, que não é punido

penalmente), demonstrou sua imperícia, justamente por não observar o que a regra de sua profissão demandava. O outro profissional, por sua vez, também foi imperito, porque lançou-se a uma cirurgia para a qual não estava preparado, o que também configura o *erro grosseiro* e tipifica a culpa, na modalidade imperícia. Buscando exemplo para a causa de aumento, MIRABETE menciona o médico que não esteriliza os instrumentos que vai utilizar na cirurgia ou o motorista que dirige com apenas uma das mãos (*Manual de Direito Penal*, v. 2, p. 62). Mas tais situações, em nosso entender, são o fulcro da caracterização da culpa, vale dizer, constituem infrações ao dever de cuidado objetivo, não podendo, novamente, ser consideradas para agravar a pena. Serio o inconveniente *bis in idem*."

**Deixar de prestar socorro à vítima, não procurando diminuir as consequências do seu ato.** Situação em que o indivíduo, agindo de modo a ferir terceiro, deixa de prestar-lhe socorro, causando a sua morte.

Não cabe ao agressor a avaliação da gravidade dos ferimentos do atingido, deixando de prestar socorro. A respeito desse assunto, afirma o STJ (REsp 277.403/MG), seguindo o entendimento do STF (HC 84.380/MG):

“É inviável a desconsideração do aumento de pena pela omissão de socorro, se verificado que o réu estava apto a acudir a vítima, não existindo nenhuma ameaça a sua vida nem a sua integridade física. A prestação de socorro é dever do agressor, não cabendo ao mesmo levantar suposições acerca das condições físicas da vítima, medindo a gravidade das lesões que causou e as consequências de sua conduta, sendo que a determinação do momento e causa da morte compete, em tais circunstâncias, ao especialista legalmente habilitado.”

Podemos tomar como entendimento que, uma vez que a prestação de socorro à vítima traga perigo ao agente, seja no caso de ameaça de linchamento, seja no caso de a ação que causou dano à vítima também ter deixado gravemente ferido o agente, não será exigida esta por parte do agente. Ainda sobre tal assunto, a *morte instantânea e incontestável* não será alvo de tal causa de aumento de pena, por motivos óbvios.

Poderá o agressor, se não possuir recursos necessários, pedir o auxílio de terceiros na tarefa de prestar socorro, porém não se confunde tal situação com a prestação de socorro por terceiros, uma vez que o agente tenha se omitido.

Por último, como diz Masson, a prestação de socorro não incidirá na atenuante prevista pelo Código Penal no art. 65, III, b, pois, segundo entendimento do STJ, a prestação de socorro, neste caso, caracteriza-se pelo dever legal do agente, não podendo tal ação ser utilizada na *mitigação da sanção*.

**Fugir para não ser preso em flagrante.** Discute-se na doutrina se tal dispositivo é constitucional. Ele afirma que, facilitando a ação dos entes públicos, o agente que causar morte culposamente deverá apresentar-se ou permanecer no local do crime para que seja preso.

No Código de Trânsito, por exemplo, o caso previsto no art. 305, de redação *afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída*, foi descartado no caso de o indivíduo prestar socorro à vítima (art. 301, CTB<sup>7</sup>).

Os defensores da inconstitucionalidade a alegam sob o brocardo: *nemo tenetur se detegere*, ou seja, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Segundo o art. 8º, §2º, g do Pacto de San José da Costa Rica, a pessoa tem o direito de *não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*.

Apesar da alegada inconstitucionalidade, tal entendimento não foi reconhecido pelos tribunais.

**Aumento de pena no crime doloso.** São dois os casos de aumento de pena no crime de homicídio doloso, sendo ambos de natureza etária: *crime contra menor de 14 anos* ou *crime contra maior de 60 anos*.

**Crime contra menor de 14 anos.** Tal dispositivo é amplamente criticado pela doutrina, uma vez que determinou como parâmetro para a fixação da idade, elemento diverso do verdadeiramente intencionado. A fixação da idade de 14 anos deu-se pelo fato de, em 1940 (data de tal estabelecimento), entender-se ser a idade em que os menores passavam a possuir conhecimento suficiente sobre atos sexuais, o que não condiz com o previsto no art. 227, §4º da CF, introduzida pela Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Afirma o art. 227, §4º, CF:

**Art. 227, §4º, CF.** A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Afirma o art. 2º da Lei 8.069/90:

**Art. 2º da Lei 8.069/90.** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Portanto, visando a proteção dos menores em geral, seria conveniente que a norma estabelecesse maior punição para crimes contra menores de 18 anos ou, se buscassem a proteção das crianças, que fosse punido com maior severidade os crimes cometidos contra menores de 12 anos.

Outra crítica dirigida ao mesmo dispositivo, sendo dirigida, também, ao dispositivo seguinte, é o fato de tal agravante não ser aplicada em crimes culposos, mas só em homicídios dolosos, no caso.

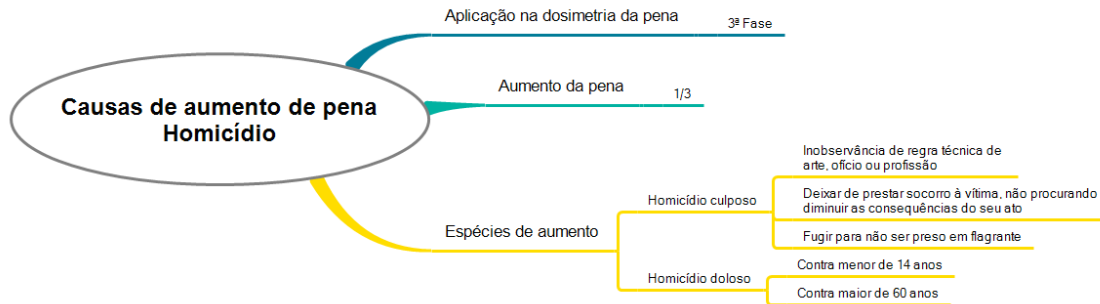
**Crime contra maior de 60 anos.** Afirma o art. 2º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso):

---

<sup>7</sup> **Art. 301, CTB.** Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

**Art. 2º do Estatuto do Idoso.** O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

### 1.6.1. Sistematizando



### 1.7. Perdão Judicial

**Art. 121, §5º, CP.** Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Como visto, aplica-se em casos de *homicídio culposo* em que as causas da ação do agente atingem-no, causando-lhe consequências tão sérias e graves que a sanção penal se torna desnecessária. Como diz Nucci, *baseia-se no fato de que a pena tem caráter aflitivo, preventivo e reeducativo, não sendo cabível a sua aplicação para quem já foi punido pela própria natureza, recebendo, com isso, uma reeducação pela vivência própria do mal que causou.*

Podemos citar como exemplo o pai que esquece seu filho trancado dentro do carro, causando-lhe a morte; o caso do indivíduo que, pela ação que causou a morte do agente, fica paraplégico; o caso da mãe que, amamentando seu filho, exausta, acaba dormindo, deixando a criança cair etc.

Como dizem Nucci e Masson, a ação não somente atingirá o agente, mas também poderá atingir aqueles que são próximos a ele, como seus familiares ou entes próximos e queridos. *Não se deve, segundo Nucci, neste ponto, estabelecer uma relação fixa, pois o importante é levar em consideração a dor provocada no agente do fato danoso (seja ela física ou moral).*

Por último, atendidos os dispositivos necessários para a aplicação de tal instituto, não deverá o juiz negar-lhe.

**Natureza Jurídica.** Causa extintiva de punibilidade.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> **Art. 107, CP.** Extingue-se a punibilidade. IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

**Natureza da sentença concessiva.** São duas as posições:

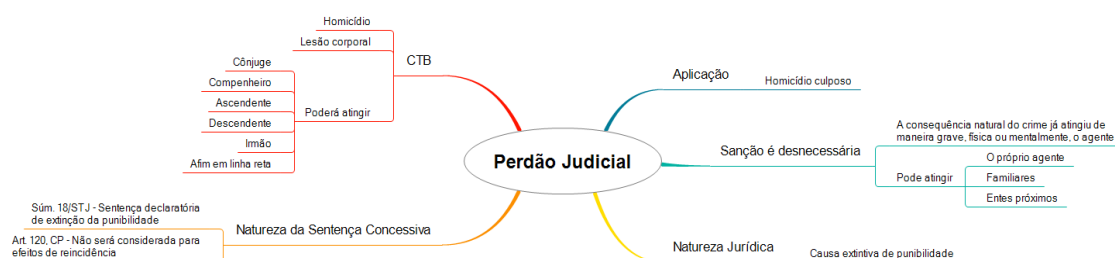
- 1) **Súm. 18/STJ.** A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório;
- 2) **Art. 120, CP.** A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.

Alguns doutrinadores, compondo minoria, defendem que não seria necessário sequer o processo, porém tal posição não é adotada, visto que, sendo o crime relacionado à pena, é necessário que se tenha um processo.

**Perdão judicial no CTB.** Afirma o art. 300, CTB:

**Art. 300, CTB.** Nas hipóteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem, exclusivamente, o cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente, irmão ou afim em linha reta, do condutor do veículo.

### 1.7.1. Sistematizando



### 1.8. Crime praticado por milícia privada ou grupo de extermínio

**Art. 121, §6º, CP.** A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime foi praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

**Conceitos.** Milícia privada e grupo de extermínio.

**Milícia Privada.** Grupo armado de pessoas que, diante da omissão do Estado, sobretudo na área de segurança pública, ocupa determinado território sob o argumento de que irá tutelar, zelar por aquela comunidade e, posteriormente, passa a coagi-la para auferir vantagens que normalmente são de natureza econômica.

Ocorre, por exemplo, com os policiais que, ao retirar os traficantes de uma determinada comunidade, passam a monopolizar os serviços por eles prestado, exigindo vantagens econômicas.

**Grupo de extermínio.** Agrupamento de pessoas voltado a eliminar seres humanos pelas mais variadas razões. A ação destes grupos sempre foi considerada como homicídio qualificado.



**Número de pessoas para que se constituir tais elementos.** São vários os posicionamentos:

**Nucci.** Não há definição legal para o número de integrantes da milícia privada ou do grupo de extermínio. Deveria ter sido indicado o padrão a ser seguido, pois há associações de duas pessoas (tráfico – art. 35, Lei 11.343/2006), de três (associação criminosa – art. 288, CP) ou quatro (organização criminosa – art. 1º, parágrafo único, Lei 12.850/2013). O novel tipo incriminador, cuidando da constituição de milícia privada (art. 288-A, CP) silenciou quanto ao número mínimo. Diante disso, parece-nos razoável supor que esse mínimo se circunscreva a duas pessoas, quantidade suficiente para constituir uma milícia.

**Bitencourt.** Afirma ser necessário três integrantes, no mínimo.

### 1.9. Causa de aumento de pena no feminicídio

**Art. 121, §7º, CP.** A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

## 2. Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio

**Art. 122, CP.** 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.

**Parágrafo único.** A pena é duplicada:

#### Aumento de Pena

I – se o crime é praticado por motivo egoístico;

II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

**Suicídio/ autocídio/ autoquíria.** Segundo Durkheim, é a morte voluntária que resulta direta ou indiretamente de um ato positivo ou negativo realizado pela própria vítima a qual sabia dever produzir o resultado. Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva, é a autodestruição voluntária da vida, praticada pelo ser humano.

**Objeto jurídico tutelado.** Vida.

**Objeto material.** Pessoa.

**Sujeitos.** São dois os sujeitos: ativo e passivo.

**Sujeito ativo.** São duas as posições. Segundo Vítor Eduardo Rios Gonçalves, poderá qualquer pessoa; segundo Alexandre Salim, poderá ser qualquer pessoa *determinada*. Em ambos os casos, caracteriza-se como sendo *crime comum*.

**Sujeito passivo.** Qualquer pessoa e, como diz Nucci, *é preciso ter um mínimo de discernimento ou resistência, pois, do contrário, trata-se de homicídio*.

**Tipo subjetivo.** Dolo. Direito ou eventual, segundo Masson.

**Tipo objetivo.** Auxiliar, induzir ou instigar.

**Nexo causal.** É necessário que se tenha nexo de causalidade. Por exemplo, querendo se suicidar, o indivíduo pede meios para que o faça para mais de uma pessoa, porém na consumação acaba utilizando somente um dos meios. Somente aquele responsável pelo fornecimento do meio utilizado no suicídio será enquadrado no crime de induzimento, instigação e auxílio ao suicídio.

**Auxiliar.** Ajudar, fornecer os meios necessários para a consumação, colaborar. Cabe salientar que a pessoa que auxilia *não* participa dos atos de execução.

Quanto ao auxílio, há uma pergunta: é possível que se auxilie por meio da omissão?

Quanto a isso há duas posições.

Afirma Nucci:

“Trata-se de questão controversa na doutrina, havendo duas correntes: a) *não se admite*: pois a expressão contida no tipo penal menciona ‘prestar auxílio’, implicando ação. Assim posicionam-se FREDERICO MARQUES, BENTO DE FARIA, ROBERTO LYRA, EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, PAULO JOSÉ DA COSTA, DAMÁSIO DE JESUS, entre outros; b) *admite-se*: desde que o agente tenha o dever jurídico de impedir o resultado<sup>9</sup>. É o que pregam MAGALHÃES NORONHA, NÉLSON HUNGRIA, ARI DE AZEVEDO FRANCO, MIRABETE, entre outros.”

**Instigar.** Reforçar a ideia em quem já a tem. *Agente que estimula a ideia suicida que alguém já anda manifestando*.

**Induzir.** Fazer nascer a ideia em quem ainda não a tinha. *O agente sugere ao suicida que dê fim a sua vida*.

**Consumação e tentativa.** São três as correntes:

- 1) **Damásio. Momento consumativo.** Ocorre com a morte da vítima ou com a produção de lesões corporais de natureza grave. Há várias hipóteses: 1ª) a vítima tenta suicidar-se e vem a falecer: pune-se o participante com pena de reclusão, de dois a seis anos; 2ª) da tentativa de suicídio resulta lesão corporal

---

<sup>9</sup> **Art. 13, §2º, CP.** A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

de natureza grave: pune-se o fato com pena de reclusão, de um a três anos; 3ª) o sujeito passivo sofre lesão corporal de natureza leve em consequência da tentativa de suicídio: o fato não é punível; 4ª) o induzido tenta o suicídio e não sofre nenhuma lesão corporal: o fato também não é punível. **Tentativa.** É inadmissível. Trata-se de hipótese em que o legislador condiciona a imposição da pena à produção do resultado (morte ou lesão corporal de natureza grave). A simples conduta de induzir, instigar ou prestar auxílio para que alguém se suicide, não vindo a ocorrer o resultado morte ou lesão corporal de natureza grave, não constitui crime. Cuida-se de delito material, de conduta e resultado, em que o legislador condiciona a imposição de pena à sua produção. Se não há ocorrência de morte ou de lesão corporal de natureza grave, o fato é atípico;

- 2) **Nelson Hungria.** Embora o crime se apresente consumado com o simples induzimento, instigação ou prestação de auxílio, a *punição está condicionada à superveniente consumação* do suicídio ou, no caso de mera **tentativa**, à produção de *lesão corporal de natureza grave* na pessoa do frustrado desertor da vida.
- 3) **Cezar Roberto Bitencourt.** ... *sustenta-se que as condições objetivas de punibilidade pressupõem a existência de um crime completo e acabado* com todos os seus elementos constitutivos, representando, somente, condição indispensável para a concreta aplicação da sanção criminal. Assim, referidas condições (morte e lesão corporal de natureza grave) não constituiriam elementos ou requisitos do crime, que já estaria perfeito e acabado, mas apenas condicionariam a imposição da respectiva sanção penal.

**Classificação.** Crime comum, material, instantâneo, comissivo (excepcionalmente comissivo por omissão), de dano, unissubjetivo, condicionado, de forma livre, simples e plurissubsistente.

### 2.1. Causa de aumento de pena

Afirma o parágrafo único que:

**Art. 122, parágrafo único.** A pena é duplicada:

I – se o crime é praticado por motivo egoístico;

II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

**Motivo egoístico.** Motivo segundo qual o agente será favorecido. Por exemplo, induzir o pai a se matar, ficando com a herança; participar do suicídio de superior, almejando tomar posse de seu cargo etc.

**Contra menor ou contra aquele que tem diminuída a capacidade de resistência.** Neste caso, há divergência quanto a doutrina. São duas as posições:

- 1) **Posição defendida por Damásio.** Trata-se de menor de dezoito anos e maior de quatorze. Se a vítima é maior de dezoito anos, aplica-se o *caput* do art. 122.

Se a vítima é menor de quatorze anos, há crime de homicídio. A qualificadora só é aplicável quando a vítima tem idade entre quatorze e dezoito anos;

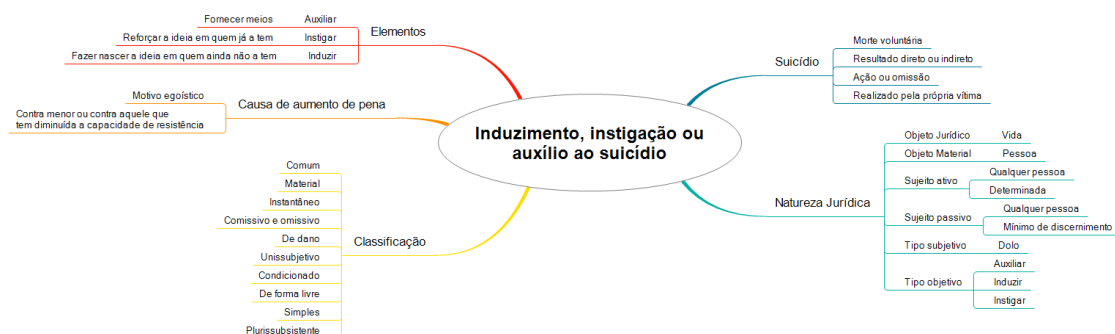
- 2) **Posição defendida por Fragoso.** Nossa lei não indica qual é a menoridade a que se refere, diversamente do que ocorre com o CP italiano (art. 580), que a fixa nos 18 anos. Essa segunda agravante refere-se ao induzimento ou à instigação e se funda na menor capacidade de resistência da vítima, seja em virtude da menoridade ou de qualquer outra causa. Menor aqui será aquele que, em virtude da imaturidade da mente, apresenta menor resistência moral. Cogita-se penas dos menores de 18 anos, como é óbvio, mas é possível que um menor de 18 anos, por suas condições ou desenvolvimento e maturidade, não justifique a agravação quando vítima deste crime.

**Pacto de morte.** Situação em que duas pessoas, de comum acordo, planejam se matar no mesmo local e ao mesmo tempo. Será usada a seguinte situação: A e B se trancam em ambiente hermeticamente fechado, liberando o vazamento de gás, visando a morte por asfixia. São as hipóteses:

PRÁTICA A AÇÃO	RESULTADO	ACUSAÇÃO
A	A e B sobrevivem	A – tentativa de homicídio; B – auxílio, instigação ou induzimento ao suicídio, se da ação resultar lesão grave em A
A	A morre, B sobrevive	B – Auxílio, instigação ou induzimento ao suicídio
A	A sobrevive, B morre	A – homicídio doloso
A e B, juntos	A e B sobrevivem	A – tentativa de homicídio; B – tentativa de homicídio
A e B, juntos	A sobrevive, B morre	A – homicídio
C	A e B morrem	C – duplo homicídio

**Tentativa de suicídio, causando a morte de terceiro.** Não há dolo, portanto o agente será acusado por homicídio culposo.

## 2.2. Sistematizando



### 3. Infanticídio

**Art. 123, CP.** Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

**Pena** – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

**Conceito.** Homicídio cometido pela mãe contra filho nascente ou recém-nascido, durante ou logo após o parto, estando sob influência do estado puerperal.

**Parto.** Momento após o rompimento do saco vitelino amniótico (bolsa). Tal momento não se configura somente com a concepção da criança, mas todo o momento anterior a este e posterior ao rompimento.

**Homicídio antes do parto.** Será considerado aborto.

**Estado puerperal.** *Período pós-parto que se estende desde o parto até a volta do útero ao estado normal. Dura, normalmente, cerca de quarenta dias.* Em tal estado, a mulher sofre diversas alterações psíquicas e físicas, segundo Nucci, não sendo capaz de entender suas ações. A criação de um tipo especial, segundo o mesmo autor, caracteriza espécie de semi-imputabilidade por parte do legislador. Cabe lembrar que nem todas as mulheres apresentam sintomas radicais, sendo, portanto, impossível prever tais ações. Segundo Capez, leva-se em consideração o critério psicofisiológico e psicológico da mulher.

Nucci menciona que no caso de infanticídio mediante psicoses puerperais pós-parto em mulheres que já apresentassem distúrbios mentais, será adotado o disposto no art. 26, CP<sup>10</sup>, não configurando, portanto, infanticídio e excluindo-se a culpabilidade.

**Quando ao tempo.** Entende-se que o crime deverá ocorrer *logo após* o parto, configurando instantes subsequentes, ou acompanhará a tipificação o tempo que durar o estado puerperal. Segundo *Código Penal Italiano*, o crime somente ocorrerá se cometido imediatamente após o parto. Segundo o *Código Penal Chileno*, porém, entende-se que o crime poderá ser cometido em até 48h após o parto.

**Objeto jurídico.** Vida.

**Objeto material.** Filho nascente ou recém-nascido.

**Sujeito ativo.** Mãe.

**Pai que auxilia no infanticídio.** Será igualmente acusado por infanticídio, segundo previsão do art. 30, CP.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> **Art. 26, CP.** É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

<sup>11</sup> **Art. 30, CP.** Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

**Terceiro que mata o recém-nascido com participação da mãe.** Há três posições:

- 1) **Maioria da Doutrina.** Ambos serão acusados por homicídio doloso. A mãe como partícipe e o terceiro como autor;
- 2) **Segundo Capez.** Afirma ser impossível a mãe ser acusada de homicídio no auxílio da morte do próprio filho, estando em estado puerperal, pois isso levaria ao seguinte contra-senso: *se a mãe mata a criança, responde por infanticídio, mas como apenas ajudou a matar, responde por homicídio. Não seria lógico. Portanto, nesta segunda hipótese, a mãe responde por infanticídio.*
- 3) **Ainda segundo Capez.** Mãe e terceiro executam em coautoria a conduta principal, matando a vítima: *a mãe será autora de infanticídio e o terceiro, por força da teoria unitária e monista, responderá pelo mesmo crime, nos expressos termos do art. 29, caput, do CP<sup>12</sup>.*

**Sujeito passivo.** Filho (nascente ou recém-nascido).

**Infanticídio putativo.** A mãe, sob estado puerperal, mata recém-nascido pensando ter matado seu filho. Incidirá em erro quanto à pessoa, respondendo como se tivesse matado o próprio filho.

**Tipo subjetivo.** Dolo. Não incidirá em tal crime aquela que causar a morte do filho culposamente.

Então, qual será o crime se tal fato ocorrer? Há duas posições:

Afirma Capez.

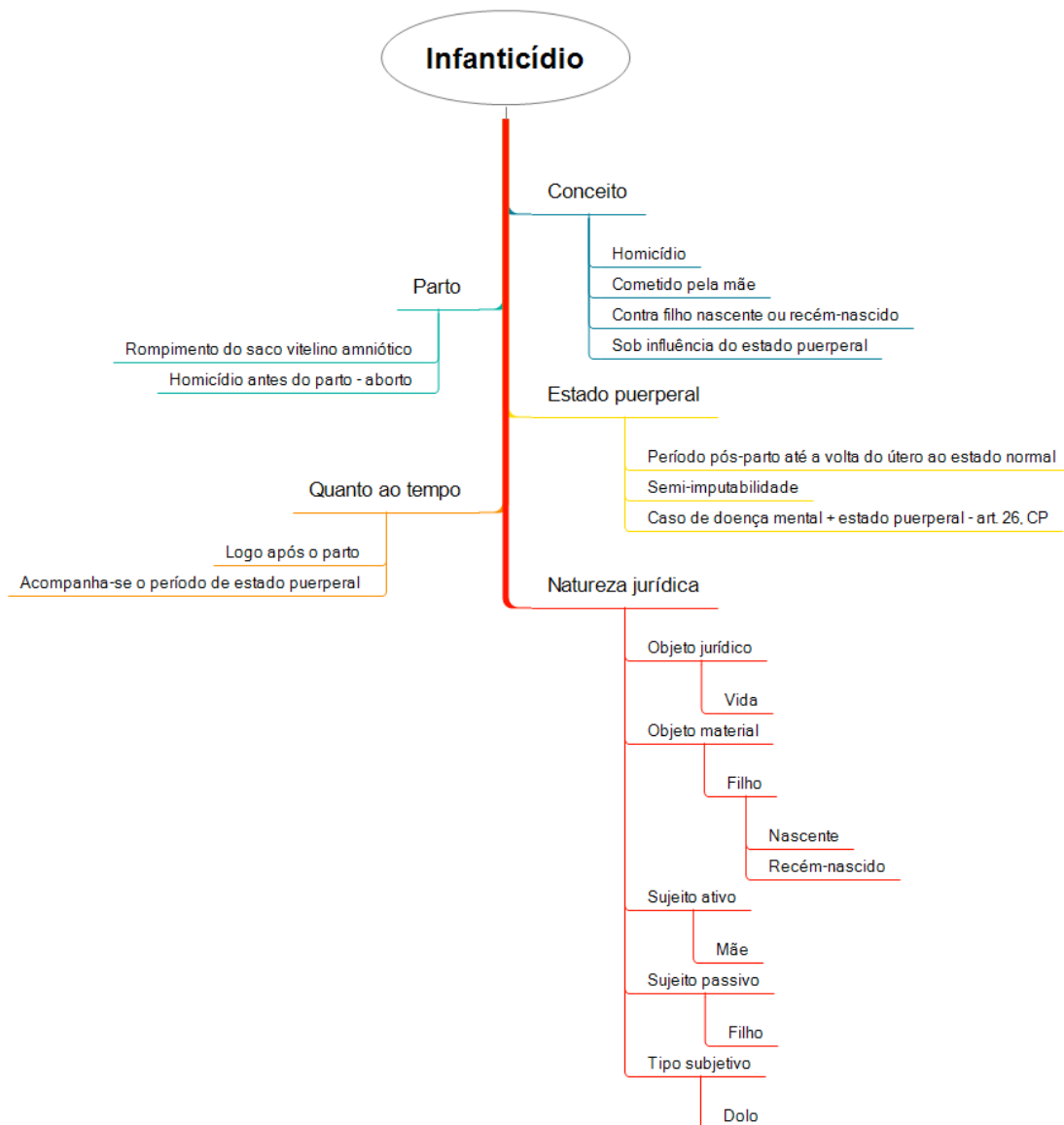
“1ª) **O fato será penalmente atípico.** É a posição adotada por Damásio E. de Jesus. Segundo essa posição doutrinária, a genitora não responderá nem por infanticídio nem por homicídio. O fato é penalmente atípico. Pode-se argumentar pela absoluta incompatibilidade entre a perturbação psíquica da genitora (estado puerperal) e a diligência e prudência exigível do homem mediano nas circunstâncias concretas, cuja quebra do dever de cuidado caracteriza a culpa. Ora, não há como exigir da parturiente perturbada psicologicamente, que aja de acordo com as cautelas comuns impostas aos seres humanos, quando se encontra sem a capacidade de conduzir-se de acordo com as normas sociais. Por esse motivo que não há previsão legal do infanticídio culposo.

2ª) **Responderá pelo delito de homicídio culposo.** É a posição adotada por Néelson Hungria, Julio Fabbrini Mirabete, Cezar Roberto Bitencourt e E. Magalhães Noronha, tendo esse último citado o seguinte exemplo: ‘uma mulher já assaltada pelas dores do parto, porém não convicta de serem as da *délivrance*, dá repentinamente à luz (há casos registrados em ônibus, bondes e trens), vindo o neonato a fraturar o crânio e morrer, deverá ser imputada por homicídio culposo’.”

---

<sup>12</sup> **Art. 29, caput, CP.** Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

### 3.1. Sistematizando



## 4. Aborto

### Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

**Art. 124, CP.** Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

**Pena** – detenção, de um a três anos.

### Aborto provocado por terceiro

**Art. 125, CP.** Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

**Pena** – reclusão, de três a dez anos.

**Art. 126, CP.** Provocar aborto com o consentimento da gestante:

**Pena** – reclusão, de um a quatro anos.

**Parágrafo único.** Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

#### **Forma qualificada**

**Art. 127, CP.** As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-los, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

**Art. 128, CP.** Não se pune o aborto praticado por médico:

#### **Aborto necessário**

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

#### **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

**Nem todo aborto é crime.** Somente o *aborto criminoso* (interrupção *forçada* da gravidez, provocando a morte do feto) é tipificado. São considerados abortos, porém não tipificados:

- 1) *Aborto natural* – interrupção da gravidez de causa patológica;
- 2) *Aborto acidental* – interrupção por causas exteriores traumáticas, como quedas;
- 3) *Aborto permitido ou legal*:
  - a. *Aborto terapêutico ou necessário* – causado por um estado de necessidade;
  - b. *Aborto sentimental ou humanitário* – interrupção da gravidez causada por estupro.
- 4) *Aborto eugênico ou eugenésico* – interrupção da gravidez, no caso de fetos inviáveis, segundo entendimento do STF, geralmente com defeitos genéticos.

**Aborto.** Segundo o *Dicionário Jurídico Acquaviva*: [abortamento] é a interrupção do processo da gestação, resultando na morte do feto.

**Delito não transeunte.** Crime que deixa vestígios. Portanto, aplica-se o disposto no art. 158, CPP:

**Art. 158, CPP.** Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

#### **4.1. Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

**Art. 124, CP.** Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

**Pena** – detenção, de um a três anos.



**Crime.** Em tal artigo, são dois os elementos indicados: (1) aborto praticado pela mulher, mediante meio químico ou mecânico, e (2) o ato da mulher em consentir se submeter a manobra abortiva.

Convém citarmos, anteriormente, o fato de o segundo elemento apresentar certa peculiaridade. Tal disposição do art. 124, CP refere-se ao ato ilícito cometido pela mulher ao consentir com a manobra, enquanto o disposto no art. 126, CP tipifica o ato ilícito cometido por terceiro que pratica tal ato com o consentimento da mulher. Aqui vemos um rompimento na teoria monista ou unitária, uma vez que agentes de um mesmo crime, incidem em dispositivos distintos e específicos.

No caso:

**Mulher.** Art. 124, CP – consentimento. Pena – detenção, de um a três anos;

**Terceiro.** Art. 126, CP – ação da manobra abortiva. Pena – reclusão, de um a quatro anos.

**Objeto jurídico.** Vida.

**Objeto material.** Feto. Aqui cabe destacar que, segundo alguns doutrinadores, recai sobre a gestante, igualmente.

**Sujeito ativo.** Gestante. Aquele que instigar a mulher a consentir em se submeter às manobras abortivas incidirá, igualmente, como partícipe, no crime disposto neste artigo.

**Sujeito passivo.** Feto.

**Mulher que tenta suicídio, provocando o aborto.** Há duas posições:

- 1) *Fato atípico* – não houve, pois, o dolo de eliminar o feto, mas a própria vida;
- 2) *Crime de aborto* – teria agido a mãe com dolo eventual.

**Prática de aborto em gêmeos.** Dever-se-á fazer uma pergunta: havia conhecimento da existência de gêmeos?

- 1) *Sim* – acusar-se-á a mulher por dois crimes de aborto, mediante concurso formal impróprio (uma ação, dois resultados previamente pretendidos);
- 2) *Não* – acusar-se-á a mulher pelo cometimento de um aborto, sob responsabilidade penal objetiva.

**Tipo objetivo.** São dois: (1) *provocar* – dar causa; e (2) *consentir* – aprovar a ação. Ambas têm como conduta a cessação da gravidez.

**Tipo subjetivo.** Dolo. Não se pune por ação culposa.

**Prática de aborto em feto que esteja anteriormente morto.** Crime impossível. Improriedade absoluta do objeto.

**Início da gravidez.** Há duas correntes:

- 1) Desde a fecundação – a partir da *junção de gametas que resulta na formação de um zigoto ou ovo*;
- 2) Desde a nidação – *implantação/fixação do óvulo fecundado no útero da mulher*.

**ADPF n. 54.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental cujo julgamento deu procedência à interrupção da gestação no caso de feto anencefálico, tendo como justificativa a confirmação de fetos inviáveis.

Afirma o informativo do STF acerca do voto-vista do Min. Barroso (HC 124.306):

“Para o ministro, o bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é ‘evidentemente relevante’, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Entre os bens jurídicos violados, apontou a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero – além da discriminação social e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres.

Advertiu, porém, que não se trata de fazer a defesa da disseminação do procedimento – ‘pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro’, afirmou. ‘O aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas’.

Para o ministro, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir o seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetiva no primeiro trimestre. Como o Código Penal é de 1940 – anterior à Constituição, de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, o ministro Barroso entende que a hipótese é de não recepção. ‘Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva’, concluiu.”

Diz a ementa:

“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção

da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.”

**ADI n. 5.581/DF.** Seguindo a mesma linha, foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade que propôs a interrupção da gestação no caso de constatação do vírus da zica, podendo gerar no feto a microcefalia. Até o presente momento, somente houve um voto (Min. Luís Roberto Barroso).

#### **4.2. Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante**

**Art. 125, CP.** Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.

**Pena** – reclusão, de três a dez anos.

É a forma mais grave dentre os abortos praticados por terceiro, visto que é realizado sem o consentimento da gestante, sendo ela também a vítima.

*agressão.*

**Objeto jurídico.** Vida do feto e vida e integridade física da gestante.

**Objeto material.** Feto e gestante.

**Sujeito ativo.** Terceiro. Qualquer indivíduo.

**Sujeito passivo.** Feto e gestante.

**Tipo objetivo.** *Provocar* – ocasionar, dar causa a..., executar.

**Tipo subjetivo.** Dolo.

**Classificação do crime.** *Crime comum, instantâneo, comissivo ou omissivo, material, de dano, unissubjetivo, plurissubsistente, de forma livre, admite tentativa.*

**Tentativa de aborto e morte do recém-nascido posteriormente, em decorrência das lesões provocadas por esta.** Afirma Nucci:

“Considerando-se uma das principais características do dolo – atualidade (deve estar presente no exato momento de prática da conduta) –, torna-se inviável punir o sujeito pela prática de homicídio, que significa matar alguém, vale dizer, eliminar a vida da pessoa humana (nascida com vida). O agente quis matar um feto, o que, na atualidade de sua conduta, volta-se à prática de aborto, sem o consentimento da gestante. O fato de ter a criança nascido para, depois, falecer, não descaracteriza o crime de aborto. A conduta (agredir a gestante para atingir o feto) + morte do ser humano pós-nascimento + dolo de eliminar a vida humana intrauterina = aborto consumado.”

**Morte natural intrauterina anterior à agressão.** Crime impossível por impropriedade absoluta do objeto.

**Art. 20 da Lei das Contravenções Penais.** Afirma tal dispositivo:

**Art. 20 da Lei das Contravenções Penais.** Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

**Pena** – multa de hum mil cruzeiros a dez mil cruzeiros.

Aqui convém fazermos um adendo. Aquele que, de forma didática e escolar, vier a incidir na conduta, fazendo-o como professor, não cometerá crime, pois se configura como sendo fato atípico, sem culpa.

#### 4.3. **Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante**

**Art. 126, CP.** Provocar aborto com o consentimento da gestante.

**Pena** – reclusão, de um a quatro anos.

**Parágrafo único.** Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Como dito anteriormente, tal norma excede à teoria monista de que todos os indivíduos que se empenharem na prática de um mesmo fato típico, incidirão no mesmo crime. Neste caso, aplicar-se-á tal dispositivo apenas quanto àquele que executar as manobras abortivas.

**Objeto jurídico.** Vida e integridade do feto. Veja que neste caso não se protege a vida da gestante, bem como na classificação seguinte, uma vez que não se configura vítima, mas autora do crime de aborto.

**Objeto material.** Feto.

**Sujeito ativo.** Qualquer indivíduo. Crime comum. Aqui cabe salientar um comentário de Nucci. O doutrinador afirma que todos aqueles relacionados às atividades da clínica abortiva deverão ser considerados partícipes do crime de aborto previsto pelo art. 126, sendo enquadrados, igualmente, no disposto no art. 288 (associação criminosa), mediante concurso material.

**Sujeito passivo.** Feto.

**Tipo subjetivo.** Dolo e dolo eventual – por exemplo, o médico que receita medicamento, ciente do risco de o mesmo causar o aborto.

**Tipo objetivo.** *Provocar* – ocasionar, dar causa a..., executar.

**Desistência voluntária e arrependimento eficaz.** É possível. O executor responderá por todos os atos cometidos até então. Quanto à esta matéria, afirma Alexandre Salim:

**1ª situação.** A gestante voluntariamente desiste de prosseguir nas manobras abortivas, ou evita a produção do aborto depois de cessada a execução. Não responderá por nenhum crime, uma vez que não se pune a autolesão.

**2ª situação.** A desistência ou o arrependimento é do provocador do aborto com o consentimento da gestante. Responderá pelos atos anteriormente praticados. Entretanto, se causou apenas **lesão corporal leve**, e adotado o posicionamento da disponibilidade relativa do bem jurídico *incolumidade pessoal* (no caso de lesões leves), o agente por nada

responderá. Se na execução do aborto o agente causou lesão corporal grave ou gravíssima, por este responderá.

**3ª situação.** A desistência ou o arrependimento é do provocador do aborto sem o consentimento da gestante. Responderá pelos atos anteriormente praticados, inclusive por lesão corporal leve.”

**Classificação.** *Crime comum, instantâneo, comissivo, material, de dano, plurissubjetivo, plurissubsistente, de forma livre, admite tentativa. Pune-se somente a forma dolosa.*

**Parágrafo único.** Aplicar-se-á a pena do artigo anterior (reclusão, 3-10 anos):

- 1) Se a gestante não é maior de 14 anos;
- 2) Se a gestante é alienada ou débil mental;
- 3) Se o consentimento é devido à fraude, grave ameaça ou violência.

**Definição da idade de 14 anos.** Vide 2.1. supra.

**Se a vítima é maior de 14 anos.** Será direcionada à vara de proteção da infância e da juventude, uma vez que não comete crime, mas *ato infracional*.

#### 4.4. Aborto aumentado

**Art. 127, CP.** As penas cominadas nos artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

**Aplicação limitada.** Como dito, somente serão aplicadas para o disposto nos arts. 125 e 126, CP.

**Da lesão com dolo de aborto.** Não ocorre o aborto, mas a morte ou lesões graves na mulher. Há duas posições:

- 1) Posição defendida por Masson e Mirabete. Afirma Masson:

“Em que pese a previsão legal de hipóteses preterdolosas, nada impede o aumento da pena quando o aborto não se consuma, mas a gestante sofra lesão corporal de natureza grave ou morra. Extrai-se essa ilação da interpretação literal do art. 127 do Código Penal, que determina a majoração da reprimenda quando o resultado agravador ocorre ‘em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo’. Assim sendo, a expressão ‘em consequência do aborto’ vincula-se à morte do feto, enquanto a expressão ‘em consequência dos meios empregados para provocá-lo’ relaciona-se ao aborto tentado.”

- 2) Posição disposta na Súmula 610/STF:

“Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.”

Seguindo tal linha de raciocínio, afirmam aqueles que defendem tal posição: ainda que o aborto não tenha sido consumado, o agente será acusado pelo crime como se o fosse.

#### 4.5. Aborto praticado por médico

**Art. 128, CP.** Não se pune o aborto praticado por médico:

##### **Aborto necessário**

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

##### **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Há divergência quanto à classificação de tal dispositivo. São três as posições:

1) Defendida por Damásio, Nucci e Masson (posição mais aceita). Afirma Nucci:

“... é correta a expressão [“não se pune”]: pois está a lei dizendo que não se pune o *aborto*, o que significa que o *fato típico* deixa de ser punível, equivalendo a dizer que não há crime. [...] Em qualquer caso, no entanto, trata-se de excludente de ilicitude.”

2) Defendida por Luiz Flávio Gomes. Afirma o jurista:

“Majoritariamente, aponta-se que o legislador previu neste artigo duas hipóteses especiais de exclusão da ilicitude do fato: no inciso I, hipótese de estado de necessidade e no inciso II, exercício regular do direito. Particularmente, entendemos que o aborto humanitário ou sentimental (inciso II) traz sim uma hipótese clara de exclusão da tipicidade, de acordo com a teoria da tipicidade conglobante (ou ainda de acordo com a teoria da imputação objetiva de Roxin, que constitui a essência da tipicidade material). Para a teoria da tipicidade conglobante, encabeçada por Eugenio Raul Xaffaroni, o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. É dizer, a tipicidade de um determinado fato há de ser avaliada de maneira global, o que leva necessariamente à análise de todo o ordenamento jurídico. Logo, se o ordenamento proíbe o estupro, por óbvio não poderia forçar sua vítima a aceitar o resultado desta prática, pelo quê, a interrupção da gravidez nesta hipótese não poderia ser proibida, e por este motivo, o abortamento humanitário é atípico.”

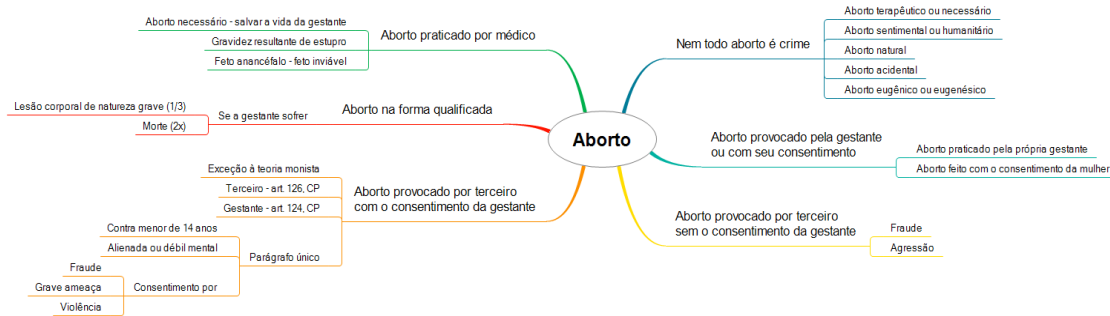
Ou seja, defende que o disposto no inciso I configura-se causa excludente de ilicitude, enquanto no inciso II, causa de exclusão da tipicidade material.

3) Defendida por Alexandre Salim:

“Entendemos que o **art. 128, I é uma causa de justificação (excludente da ilicitude)**, e a hipótese do **art. 128, II é uma causa dirimente (excludente da culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa)**, considerando que, no balanço de bens envolvidos no conflito, a vida deve prevalecer sobre a dignidade da pessoa humana ou mesmo sobre

a sua saúde mental. Com efeito, na segunda hipótese o fato será típico e ilícito, mas não haverá reprovação.”

#### 4.6. Sistematizando



### 5. Lesão Corporal

#### Lesão Corporal.

**Art. 129, CP.** Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

**Pena** – detenção, de três meses a um ano.

#### Lesão corporal de natureza grave

**§1º.** Se resulta:

I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II – perigo de vida;

III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV – aceleração de parto;

**Pena** – reclusão, de um a 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 dois a oito anos.

#### Lesão corporal seguida de morte

**§3º.** Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

**Pena** – reclusão, de quatro a doze anos.

#### Diminuição de pena

**§4º.** Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

#### Substituição da pena

**§5º.** O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa:

I – se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;

II – se as lesões são recíprocas.

#### Lesão corporal culposa

**§6º.** Se a lesão é culposa:

**Pena** – detenção, de dois meses a um ano.

#### Aumento de pena

**§7º.** Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§4º e 6º do art. 121 deste Código.

§8°. Aplica-se à lesão culposa o disposto no §5° do artigo 121.

**Violência doméstica**

§9°. Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

**Pena** – detenção, de três meses a três anos.

§10. Nos casos previstos nos §§ 1° e 3° deste artigo, se as circunstâncias são indicadas no §9° deste artigo, aumenta-se a pena em um terço.

§11. Na hipótese do §9° deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

§12. Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços.

**Espécies.** São duas as espécies: *dolosa* e *culposa*.

**Dolosa.** Poderá ser de natureza:  $\left\{ \begin{array}{l} \textit{Leve} \\ \textit{Grave} \\ \textit{Gravíssima} \\ \textit{Seguida de morte} \end{array} \right. .$

**Culposa.** Não admite classificação quanto à natureza.

**Conceito.** Segundo Bento de Faria:

“A lesão corporal consiste num ato voluntário praticado sobre o físico de outrem, cometido não com o escopo de matar, mas com o intuito de ofender a pessoa na sua inviolabilidade, material ou mental.”

Como afirma Nucci, nenhuma ofensa moral será enquadrada em tal tipo, uma vez que é necessário que haja lesão referente ao corpo (físico e mentalmente), tão somente. Poderá *abranger qualquer modificação prejudicial à sua saúde, transfigurando-se qualquer função orgânica ou causando-lhe abalos psíquicos comprometedores.*

Antolisei, citado por Nucci, afirma não ser necessário a agressão propriamente dita, mas somente grave ameaça que cause perturbação mental na vítima. A morte em que a autópsia não define o motivo certo é denominada, segundo Almeida Júnior e Costa Júnior, *morte por emoção*.

**Autolesão.** Em regra, devido ao Princípio da Lesividade, apesar de ser considerada ilícita, não é punida. Não se pune o agente, uma vez que atinge o próprio corpo, não lesando nenhum terceiro. Quanto à lesão do terceiro, aplicar-se-á o disposto no art. 171, §2°, V, CP, cujo texto afirma:

**Art. 171, §2°, CP.** Nas mesmas penas incorre quem:



**V** – destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro.

Ainda acerca do mesmo objetivo, afirma o art. 184 do Código Penal Militar:

**Art. 184 do Código Penal Militar.** Criar ou simular incapacidade física, que inabilite o convocado para o serviço militar:

**Pena** – detenção, de seis meses a dois anos.

**Eritema. Vermelhidão da pele.** Não configura crime de lesão corporal.

**Vias de fato.** Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva:

“Contravenção penal consistente em infligir ofensas físicas ao adversário, sem, contudo, causar-lhe lesões corporais. Consiste vias de fato as agressões que não deixam sequelas físicas, como rupturas na epiderme, corrimento de sangue, hematomas, casos que, sendo configurados, tipificariam o delito de lesões corporais.”

Afirma o art. 21 da Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais):

**Art. 21 da Lei das Contravenções Penais.** Praticar vias de fato contra alguém:

**Pena** – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime.

Não é, portanto, considerado lesão corporal.

**Violência esportiva.** Não se considera lesão corporal. Dentro a negação, são duas as hipóteses:

- 1) Não há crime. Fato atípico. Exercício regular de direito, pois provém da regra do esporte;
- 2) Posição defendida por Zaffaroni. Segundo o doutrinador, há atipicidade conglobante. Sendo a tipicidade conglobante formada pela *antinormatividade da conduta*, será crime uma vez que a conduta não seja (1) incentivada, (2) permitida ou (3) tolerada pelo Estado. No caso da ofensa causada em esporte, é permitido e tolerado pelo Estado.

Afirma a ementa da Apelação nº 00270778420088190038/TJ-RJ:

“Aplicada a doutrina da tipicidade conglobante defendida por Zaffaroni, a atividade desportiva praticada dentro dos limites regulamentares é penalmente atípica, ainda que dela resulte um dano. Todavia, adquire tipicidade penal a lesão causada pelo agente com violação de regulamentos.”

- 3) A conduta é atípica por causa da teoria da imputação objetiva. Segundo aqueles que a defendem, não se considerará crime, uma vez que representa *risco permitido*, não sendo, portanto, *risco proibido*.

**Ablação de órgão.** A cirurgia de ablação de órgãos e transgenitalização não será considerada crime de lesão corporal.

**Emergência médica e cirurgia de emergência.** Não será considerado crime. Acerca desta negação, são as visões:

- 1) Exercício regular de direito;
- 2) Teoria defendida por Bento de Faria. Afirma que há atipicidade da conduta, visto que não se incide no crime (*ofender*), uma vez que se buscava salvar a vida do indivíduo;
- 3) Teoria defendida por Francisco de Assis Toledo. Não há crime, pois há ausência de dolo;
- 4) Teoria defendida por Zaffaroni. Não há crime, pois há atipicidade conglobante;
- 5) Ausência de crime pela ausência de imputação objetiva, ou seja, caracteriza-se por ser um *risco permitido*.

**Corte de cabelo ou de barba sem autorização.** Caracteriza lesão corporal, visto que tais elementos são parte da integridade do indivíduo. Se intenciona humilhação ou vexação, porém, será considerado injúria real.

**Princípio da consunção.** O crime maior absorverá o crime de lesão, se ocorrerem em conjunto. Por exemplo, no crime de estupro absorver-se-á as lesões corporais.

**Crime não transeunte.** Deixa vestígios. CPP, art. 158 (vide tópico 4, supra).

#### 5.1. Lesão corporal de natureza leve

Tal natureza encontra-se expressa no *caput* do art. 129, CP.

**Objeto jurídico.** Incolumidade física.

**Objeto material.** Pessoa humana.

**Sujeito ativo.** Qualquer indivíduo.

**Sujeito passivo.** Em regra, qualquer indivíduo. Convém prestarmos atenção quando aos §§ 1º, IV (resulta aceleração do parto) e 2º, V (resulta aborto), sendo ambos cometidos contra a gestante especificamente.

**Tipo objetivo.** *Ofender*. Lesar, fazer mal a alguém ou a alguma coisa.

**Tipo subjetivo.** Dolo.

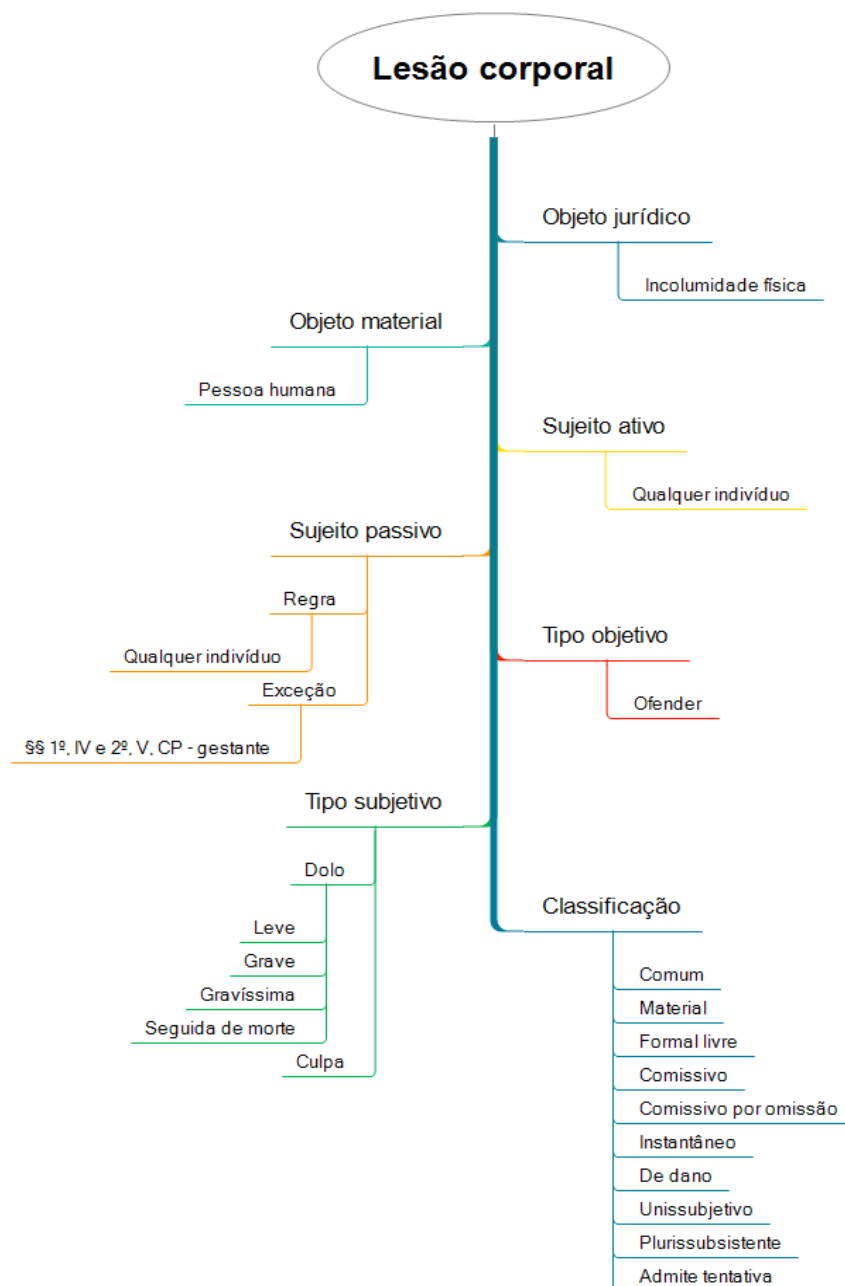
**Classificação.** São oito as classificações:

- 1) *Crime comum* (pode ser cometido por qualquer pessoa);
- 2) *Material* (exige resultado naturalístico, consistente na lesão à vítima);
- 3) *De forma livre* (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente);

- 4) Comissivo (“ofender” implica ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, §2º, do Código Penal);
- 5) Instantâneo (cujo resultado ocorre de maneira instantânea, não se prolongando no tempo);
- 6) De dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado);
- 7) Unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente);
- 8) Plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta de lesar);
- 9) Admite tentativa.

**5.1.1. Sistematizando**

Serve para todas as classificações de lesão corporal:



## 5.2. Lesão Corporal de Natureza Grave

**Art. 129, §1º, CP.** Se resulta:

I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II – perigo de vida;

III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV – aceleração do parto.

**Pena.** Reclusão, de um a cinco anos.

**Conceito.** Diferencia-se as lesões corporais graves e gravíssimas (§§ 1º e 2º) das leves (*caput*), anteriormente citadas, quanto à natureza da lesão causada, ou seja, leva-se em consideração a *espécie* de dano causado, uma vez que o conceito de lesão permanece o mesmo para ambos (vide tópico 5 – Conceito, supra).

**Incapacidade para as ocupações habituais.** Primeiramente, convém que analisemos qual o conceito de *ocupação habitual*.

**Ocupação habitual.** Qualquer atividade que a pessoa execute de maneira corriqueira, não sendo necessário que seja concernente ao trabalho. Por exemplo, poderá ser considerada ocupação habitual toda e qualquer atividade de lazer que o indivíduo pratique regularmente.

**30 dias.** Sendo crime não transeunte, deverá ser feita perícia dentro do período de 30 dias, alegando a natureza da lesão. Passando-se os 30 dias não será possível alegar com precisão tal informação. Afirma o art. 168, §3º, CPP:

**Art. 168, CPP.** Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

**§1º.** No exame complementar, os peritos terão presente o auto do corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.

**§2º.** Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no artigo 129, §1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de trinta dias, contado da data do crime.

**§3º.** A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

Diz o já referido art. 158, CPP:

**Art. 158, CPP.** Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

**Perigo de vida.** É necessário que se prove o real perigo de vida, sendo descrita tal situação no laudo pericial.

Quanto à sua natureza, há duas visões:

1) *Visão majoritária* – afirma Damásio:

“O crime de lesão corporal é punido a título de dolo; o resultado qualificador, a título de culpa. Daí dizer-se que o delito é preterintencional ou preterdoloso, uma vez que o resultado vai além da intenção do sujeito.”

2) *Visão minoritária* – afirma Nucci:

“Reconhecemos que a doutrina e a jurisprudência pátria, majoritariamente, consideram que, neste caso, somente pode haver dolo na conduta antecedente (lesão corporal) e culpa no tocante ao resultado mais grave (perigo de vida), pois, havendo dolo em ambas as fases, estar-se-ia diante de uma tentativa de homicídio. Preferimos, no entanto, a posição esposada por ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, ao mencionar, com propriedade, que ‘também dolosos ou culposos podem ser os resultados mais graves no caso do artigo 129, §§ 1º e 2º (lesão corporal grave e gravíssima). (...) Pois se o legislador não teve o cuidado de excluir expressamente o dolo, como o fez, logo abaixo, no parágrafo 3º, é porque julgou que essa forma de culpabilidade poderia estar presente em relação a esse evento, como em relação aos demais relacionados nos vários números dos §§ 1º e 2º do artigo 129: perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; aceleração do parto; incapacidade permanente para o trabalho; perda ou inutilização de membro, sentido ou função; deformidade permanente; aborto’, acrescentando-se também a ‘incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias’. E reitera a mesma: ‘Ora, se o legislador só excluiu o elemento dolo, direto ou eventual, em relação ao crime de lesão corporal seguida de morte, e silenciou ao definir as demais qualificadas pelo resultado é porque admitiu, em tese, a possibilidade de ocorrer essa modalidade de elemento subjetivo em algumas figuras agravadas pelo evento. Pois a lei não deve ter palavras inúteis e, ademais, as expressões restritivas devem ser restritivamente interpretadas.’ (Os delitos qualificados pelo resultado no regime do Código Penal de 1940, p. 85 e 90)”

**Debilidade permanente de membro, sentido ou função.** Analisemos por partes.

**Debilidade permanente.** Diminuição da capacidade de forma permanente, não sendo possível, portanto, a sua reversão.

**Membros.** São as pernas, braços, mãos e pés.

**Dedos.** Considerar-se-á crime de natureza grave, uma vez que se inutilize ou retire qualquer um dos dedos, exceto o dedão, pois a retirada do mesmo caracteriza crime de lesão corporal de natureza gravíssima.

**Sentidos.** Captação de impulsos do mundo exterior. São o paladar, olfato, tato, visão e audição.

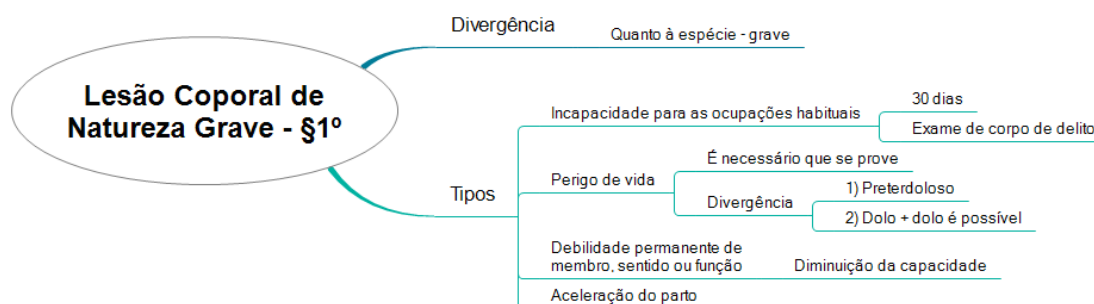
**Função.** Ação referente ao trabalho desempenhado pelos órgãos. Respiração, mastigação, digestão, reprodução etc.

**Aceleração do parto.** Antecipação do nascimento da criança em função da lesão. É necessário que o sujeito tenha conhecimento quanto à gravidez, sendo o crime classificado como *preterdoloso*, ou seja, dolo na lesão, porém culpa na antecipação do parto.

Afirma Masson:

“A maior polêmica reside na hipótese em que a criança nasce com vida, mas falece logo em seguida ao nascimento, por força da lesão corporal praticada em face da gestante. Há duas posições sobre o assunto. Para Nelson Hungria, o crime será o definido pelo art. 129, §2º, inciso V, do Código Penal: lesão corporal gravíssima em razão do aborto. É o entendimento majoritário. Mirabete. Por sua vez, sustenta que o delito é o de lesão corporal grave pela aceleração do parto.”

### 5.2.1. Sistematizando



### 5.3. Lesão Corporal de Natureza Gravíssima

**Art. 129, §2º, CP.** 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 dois a oito anos.

**Incapacidade permanente para o trabalho.** São três as hipóteses quanto a este elemento:

- 1) Só poderá ser gravíssima se a pessoa não possa mais exercer atividade econômica anteriormente exercida;
- 2) Afirma Mirabete que todos poderão, em decorrência da incapacidade permanente, exercer atividade econômica de outra natureza;
- 3) Afirma Masson:

“A expressão ‘para o trabalho’ relaciona-se com a atividade remunerada exercida pela vítima, que resta prejudicada em seu aspecto financeiro em razão da conduta criminosa. E prevalece o entendimento de que deve tratar-se de *incapacidade genérica* para o trabalho, isto é, a vítima fica impossibilitada de exercer qualquer tipo de atividade laborativa. Mas aqui deve ser adotada certa cautela.

Com efeito, não se pode aplicar a qualificadora unicamente quando a vítima fica incapacitada para o trabalho anteriormente por ela exercido. Mas também não é razoável autorizar a incidência da qualificadora

somente quando o ofendido quedar-se incapacitado para exercer qualquer tipo de trabalho, pois nesse caso a regra seria inócua. Exigem-se bom senso e coerência na interpretação do texto legal.

Exemplificativamente, não há falar em qualificadora quando a vítima, outrora cirurgião cardíaco, não mais pode mais desempenhar essa atividade, mas nada a impede de ser clínico-geral. Mas a lesão corporal será gravíssima quando essa mesma vítima somente puder trabalhar como faxineiro depois da prática do crime.”

**Enfermidade incurável.** São as enfermidades que, segundo os meios dispostos pela medicina, não podem ser curadas. Ainda que a vítima não queira se submeter aos meios segundo os quais se curará a doença, pois resultarão em risco para a mesma, não poderá o agente ser acusado, nestas situações, pela natureza gravíssima do crime.

Não poderá a vítima recusar-se quanto aos meios de cura, uma vez que não possua razão idônea para tal renúncia. Existentes dispositivos capazes de curar a vítima, sem que haja riscos à sua saúde, deverá esta se submeter a eles.

**AIDS.** Quanto à transmissão de AIDS, são duas as posições:

- 1) Aquele que transmite AIDS, não sabendo ser portador de tal doença e, por isso, não a transmitindo por dolo, ou, ainda, sabendo de sua enfermidade, porém não transmitindo a doença por dolo, deverá ser acusado por lesão corporal de natureza gravíssima por transmitir enfermidade incurável;
- 2) Aquele que transmite AIDS, sabendo ser portador de tal doença, transmitir de maneira dolosa, deverá ser acusado por homicídio ou tentativa de homicídio, a depender do resultado.

Quanto a isso, afirma Rogério Greco:

“Problema que hoje envolve muita discussão diz respeito à transmissão do vírus HIV. Imagine-se a hipótese em que o agente, querendo, efetivamente, transmitir o vírus HIV à vítima, nela aplique uma injeção contendo sangue contaminado. Pergunta-se: Qual seria o delito imputado ao agente uma vez que, embora contaminada, a vítima ainda se encontra viva? Poderíamos raciocinar em termos de lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável?”

Entendemos que não. Mais do que uma enfermidade incurável, a AIDS é considerada uma doença mortal, cuja cura ainda não foi anunciada expressamente. Os chamados ‘coquetéis de medicamentos’, como já dissemos quando do estudo do crime de homicídio, permitem que o portador leve uma vida ‘quase’ normal, com algumas restrições. Contudo, as doenças oportunistas aparecem, levando a vítima ao óbito. Dessa forma, mais do que uma enfermidade incurável, a transmissão dolosa do vírus HIV pode se amoldar, segundo nosso ponto de vista, à modalidade típica prevista pelo art. 121 do Código Penal, consumado ou tentado.”

Afirma, porém, Nucci:

“Porém, dependendo do quadro clínico da vítima, ciente o autor, a transmissão do referido vírus pode ter a aptidão de representar uma moléstia fatal, permitindo-se a tipificação com base no art. 121 (forma consumada ou tentada, dependendo do caso concreto).”

**Perda ou inutilização de membro, sentido ou função.** *Perda.* É a mutilação/ amputação de parte do corpo. *Inutilização.* Perda do aspecto funcional.

**Dedos.** Somente configurará lesão corporal de natureza gravíssima a perda ou inutilização do dedão, não sendo mais possível realizar o movimento de *pinça* com as mãos. A remoção ou inutilização de qualquer outro dedo será considerada lesão de natureza grave. A remoção, ainda, de dedo extranumerário não será considerada lesão corporal

**Sentidos.** Vide subtópico *Sentidos*, tópico 5.2 (supra). Será a perda total ou próxima disso da audição, visão, paladar, tato ou olfato.

**Função.** Vide subtópico *Função*, tópico 5.2 (supra). Somente poder-se-á perder ou inutilizar a função reprodutiva. Qualquer complicação referente às outras funções causará a morte do indivíduo, sendo classificado, se causado por terceiro, como crime de homicídio.

**Perda ou inutilização feita por médico.** Em relação à neocolpovulvoplastia, afirma a Resolução 1.652/2002 do Conselho Nacional de Medicina:

“**CONSIDERANDO** que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico.”

Em relação à intenção curativa, afirma HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, citado por Nucci:

“...o médico não age para causar dano, mas exatamente no sentido oposto: para curar ou minorar um mal. (...) Para exclusão do dolo, os finalistas excluem a tipicidade da lesão corporal no tratamento curativo, e isso corresponde, pode-se dizer, à natureza das coisas. Quem quer curar não quer ferir. (...) O fim de curar exclui a lesão corporal. A vontade de curar, própria dos médicos, é incompatível com o dolo de maus-tratos, exigido nos crimes de lesão corporal.”

Em relação à cirurgia de esterilização sexual, não se considerará crime, uma vez que deve seguir uma série de requisitos estabelecidos na Lei 9.263/1996:

**Art. 10.** Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I – em homem e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa



interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

**II** – risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

**§1º.** É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

**§2º.** É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parte ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

**§3º.** Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do §1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

**§4º.** A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

**§5º.** Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

**§6º.** A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da lei.

[...]

**Art. 15.** Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei.

**Pena** – reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

[...]

**Deformidade permanente.** Alterar a forma original de maneira irreparável e, portanto, duradoura.

A maioria da doutrina afirma que tal lesão está relacionada à estética, sendo necessário que a mesma seja visível e cause reação vexatória e piedosa por parte de terceiros.

Discorda Nucci:

“Salienta a doutrina, no entanto, estar essa qualificadora ligada à estética. Por isso, é posição majoritária a exigência de ser a lesão visível, causadora de constrangimento ou vexame à vítima, e irreparável.

[...]

A restrição construída por parcela da doutrina e da jurisprudência é incompatível com a finalidade do artigo. Desde que o agente provoque na vítima uma alteração duradoura nas formas originais do seu corpo humano, é de se reputar configurada a qualificadora. Adotar-se posição contrária significaria exigir do juiz, ao analisar a lesão causada, um juízo de valor, a fim de saber se a vítima ficou ou não *deformada* conforme os

critérios de estética que o magistrado possui, não se levando em conta o desagrado íntimo causado a quem efetivamente sofreu o ferimento e a alteração do seu corpo.”

Sustenta uma observação pertinente o mesmo autor:

“Uma cicatriz no rosto de uma atriz famosa seria mais relevante do que a mesma lesão produzida numa trabalhadora rural? Poderia ser, para o terceiro que não sofreu a deformidade – já que a análise desbancaria para o campo estético –, embora, para a vítima, possa ser algo muito desconfortável. Cremos, pois, pouco importar seja a deformidade visível ou não, ligada à estética ou não, passível de causar impressão vexatória ou não, exigindo-se somente seja ela duradoura, vale dizer, irreparável pelos recursos apresentados pela medicina à época do resultado. E acrescenta-se possuir essa qualificadora caráter residual, isto é, quando houver lesão passível de alterar a forma original do corpo humano, não se configurando as outras hipóteses de deformidade – debilidade ou perda de membro, sentido ou função – deve ela ser aplicada”

Na mesma linha, afirma Masson:

“De fato, parece-nos discriminatória a afirmação de que o crime seria qualificado com um profundo corte no rosto de uma atriz de televisão, mas não seria em uma trabalhadora rural. Daí perguntamos: por quê? Essa última mulher não tem direito à sua própria beleza, mormente sabendo que o conceito do que seja bonito ou feio envolve sempre o juízo de valor, e transferir essa tarefa ao magistrado inevitavelmente leva à insegurança jurídica e à injustiça? Portanto, entendemos que basta a deformidade permanente, como quis o legislador. Frise-se, porém, tratar-se do entendimento minoritário em sede doutrinária e jurisprudencial.”

**Requisitos (segundo a maioria):**

- 1) Dano estético;
- 2) Dano deve ter certa monta (extensão);
- 3) De natureza permanente;
- 4) Quanto à cirurgia plástica:

Aqui há uma discussão doutrinária.

Afirma Capez, seguido por Damásio:

“A vítima também não será obrigada a submeter-se a cirurgia plástica para reparação da deformidade, mas se a fizer com sucesso, afastada estará a qualificadora.”

Discorda Víctor Eduardo Rios Gonçalves, seguido por Monteiro de Barros, afirmam ser um absurdo, pois incentivaria o quesito *vingança*, não realizando a cirurgia plástica a vítima para que o agente fosse punido pelo crime.

- 5) Visível.

**Aborto.** São algumas as visões acerca de tal resultado:

- 1) Crime *preterdoloso*. Afirma Capez:

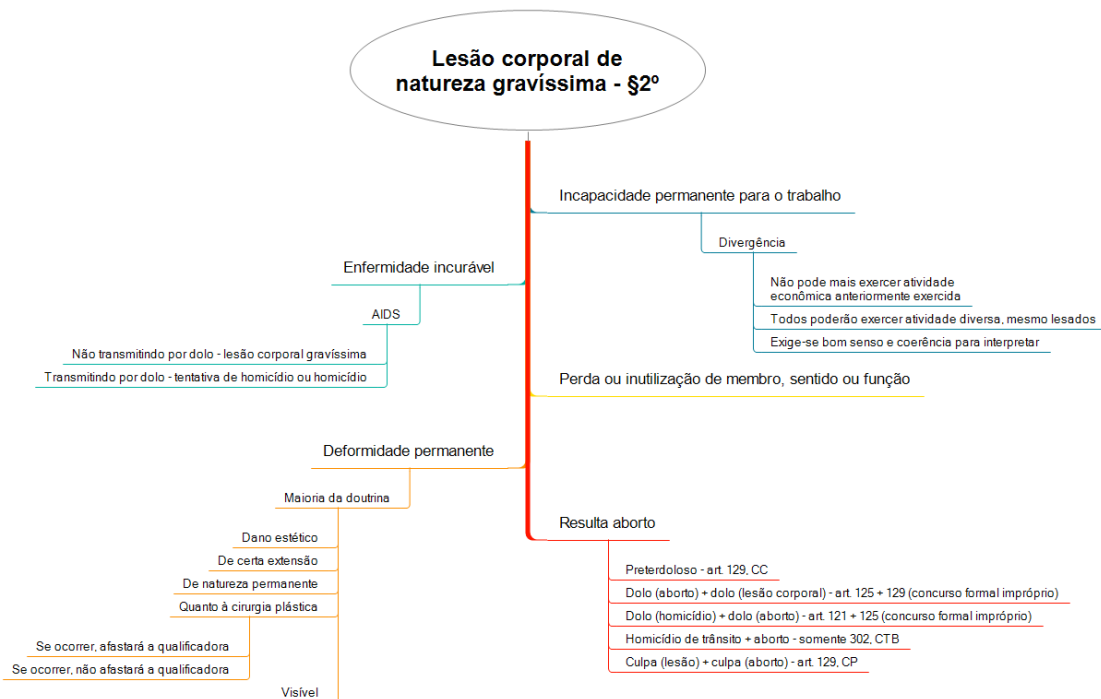
“O aborto, como circunstância qualificadora do delito de lesões corporais, é punido a título de preterdolo, ou seja, pune-se a lesão corporal a título de dolo e o aborto a título de culpa. Nesta hipótese, o agente, ao lesionar a vítima, não quer nem mesmo assume o risco do advento do resultado agravador aborto. Faz-se, contudo, mister que ele conheça o estado de gravidez da vítima, mas não queira produzir o aborto. O desconhecimento da gravidez constitui o erro de tipo, que exclui o dolo.”

2) Dolo na lesão e dolo no aborto. Continua Capez:

“Caso o aborto tenha sido querido, o crime será o de aborto qualificado (se advier lesão corporal de natureza grave) ou responderá o agente pelos crimes de aborto e lesões corporais em concurso formal impróprio. O mesmo se diga se agiu com dolo eventual.”

- 3) Dolo no homicídio e dolo no aborto. Responderá por homicídio e aborto em concurso formal impróprio (uma ação, dois resultados);
- 4) Homicídio culposo de trânsito seguido de aborto. Responderá somente por homicídio culposo de trânsito, pois o aborto somente é válido diante do tipo subjetivo dolo;
- 5) Culpa na lesão e culpa no aborto. Responderá por lesão corporal culposa pelo mesmo motivo da visão anterior.

5.3.1. Sistematizando



5.4. Lesão corporal seguida de morte

**Art. 129, §3º, CP.** Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

**Pena** – reclusão, de quatro a doze anos.

**Crime preterdoloso.** Pois somente será configurado se houver dolo na lesão e culpa na morte da vítima.

**Júri popular.** Não será levado a júri popular, pois não configura *crime doloso contra a vida*.

**Vias de fato seguida de morte.** Não existe. Neste caso, o sujeito será processado pelo crime de *homicídio culposo*.

#### 5.5. Lesão corporal “privilegiada”

**Art. 129, §4º, CP.** Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

**Causa de diminuição de pena.** Vide tópico 1.2 (supra).

**Relevante valor social ou moral/domínio de violenta emoção/logo em seguida a injusta provocação da vítima.** Vide tópico 1.2 (supra).

**Aplicação.** São duas as visões.

Afirma Masson, seguido por Víctor Eduardo Rios Gonçalves, Rogério Greco, entre outros:

“Essa causa de diminuição de pena incide unicamente no tocante às lesões dolosas, qualquer que seja sua modalidade: leve, grave, gravíssima ou seguida de morte. Não é cabível na lesão corporal culposa. Extraí-se essa conclusão tanto da interpretação topográfica do dispositivo legal – pois o legislador, ao inserir o privilégio no §4º, deixou claro que o benefício não se aplica ao crime tipificado pelo §6º - quanto da própria natureza do instituto.”

Entende o contrário Nucci:

“Esta hipótese é aplicável às lesões grave, gravíssima ou seguida de morte. Para a lesão leve, reservou-se o próximo parágrafo. [...] (Substituição da Pena) Esta é uma autêntica hipótese de privilégio, embora conectada ao parágrafo anterior (como se vê no inciso I), acarretando a substituição da pena privativa de liberdade pela pecuniária. Aplica-se somente à hipótese de lesão corporal leve e desde que haja relevante valor social ou moral ou o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima.”

Ou seja, Nucci afirma que a causa de diminuição de pena somente será aplicada em casos de lesão corporal de natureza grave, gravíssima ou seguida de morte, aplicando-se às de natureza leve a substituição da pena, destrinchado no tópico seguinte.

## 5.6. Substituição da pena

**Art. 129, §5º, CP.** O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pena de multa:

- I – se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;
- II – se as lesões são recíprocas.

### Hipóteses:

- 1) Relevante valor social ou moral ou por domínio de violenta emoção, logo em seguida a instigação da vítima (parágrafo anterior);
- 2) Lesões corporais recíprocas.

**Lesões corporais recíprocas.** Não se trata de situação de legítima defesa. As duas partes agredem-se de forma injusta. Poderá ocorrer em duas ocasiões:

- 1) Quando ambas as partes desferem golpes uma na outra ao mesmo tempo, não caracterizando ação defensiva de nenhuma das partes;
- 2) Quando a parte agredida, após cessada a agressão, ataca a outra parte.

## 5.7. Lesão corporal culposa

**Art. 129, §6º, CP.** Se a lesão é culposa:

**Pena** – detenção, de dois meses a um ano.

**Conceito.** Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem através de elementos de culpa, ou seja, imprudência, negligência e imperícia.

**Observação.** A lesão corporal culposa não admite classificação quanto à natureza, não se configurando, portanto, em leve, grave, gravíssima ou seguida de morte.

**Ação penal pública condicionada à representação.** Como regra, dispõe o art. 88, da Lei 9.099/95:

**Art. 88, da Lei 9.099/95.** Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Exceto o disposto no art. 41, da Lei 11.340/06:

**Art. 41, da Lei 11.340/06.** Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Tal discussão chegou no STF, sendo disposta pela ADI 4.424/DF:

**ADI 4.424/DF. ACORDÃO.** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação direta para, dando interpretação conforme os artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, nos termos do

voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

**Lesão culposa no trânsito.** Afirma o art. 303, CTB:

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

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

**Parágrafo único.** Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do §1º do art. 302.

Aplicar-se-á o princípio especialidade e, portanto, nestas circunstâncias, não se aplicará o disposto no CP, mas, sim, o que é apresentado no CTB.

**5.8. Lesão corporal com causa de aumento de pena**

**Art. 129, §7º, CP.** Aumenta-se pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste código.

**§4º, art. 121, CP.** Vide tópico 1.6 (supra):

- 1) Diante do crime culposos, aumentar-se-á se:
  - a. Não se observar técnica quanto ao ofício, arte ou profissão;
  - b. Fugir para evitar prisão em flagrante;
  - c. Não procurar diminuir as consequências do seu ato ou deixa de prestar socorro à vítima.
- 2) Diante do crime doloso, aumentar-se-á se:
  - a. Cometido contra menor de 14 anos;
  - b. Cometido contra maior de 60 anos.

**§6º, art. 121, CP.** Vide tópico 1.8 (supra). Aumentar-se-á a pena se o crime for cometido por Milícia Privada ou por Grupo de Extermínio.

**5.9. Perdão judicial em lesão corporal culposa**

**Art. 129, §8º, CP.** Aplica-se à lesão corporal o disposto no §5º do artigo 121.

**Perdão judicial.** Vide tópico 1.7 (supra).

**5.10. Lesão corporal e violência doméstica**

**Art. 129, §9º, CP.** Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

**Pena** – detenção, de três meses a três anos.

**Alteração da pena.** As penas concernentes aos crimes de lesão corporal dolosa partem de 3 meses a 1 ano. Em tal situação, como vimos, a pena é de 3 meses a 3 anos. Desta forma, deixa-se de considerar tal crime como sendo de *menor potencial ofensivo*, deixando, também, de ser julgado pelo *juizado penal especial*. Tal fato se soma a já citada alteração da ação penal para de natureza incondicionada, facilitando a ação do Ministério Público ante a tais crimes.

**Convive.** Apresenta relacionamento atual.

**Convivido.** Apresentou relacionamento, não mais o apresentando, porém sendo este o motivo da agressão.

Afirma Nucci:

“Não podemos aquiescer com a interpretação literal, ou seja, *além* do ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, *qualquer outra pessoa agredida*, que conviva ou tenha convivido (esta forma, mostrando o passado, é a pior) estaria inserida no tipo do §9º...”

**Relações domésticas, coabitação e hospitalidade.** Afirma Masson:

“**Relação doméstica** são as criadas entre os membros de uma família, podendo ou não existir ligações de parentesco (exemplo: patrão e babá de seu filho).

**Coabitação** é a moradia sob o mesmo teto, ainda que por breve período (exemplo: moradores de uma república). Deve ser lícita e conhecida dos coabitantes.

**Hospitalidade** é a recepção eventual, durante a estadia provisória na residência de alguém, sem necessidade de pernoite (exemplo: receber amigos para um jantar).”

**Art. 129, §10, CP.** Afirma:

**Art. 129, §10.** Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no §9º deste artigo, aumenta-se a pena em um terço.

Ou seja, se da *violência doméstica* resultar crime de lesão grave, gravíssima ou seguida de morte, aumenta-se a pena em 1/3.

**Art. 129, §11, CP.** Dispõe:

**Art. 129, §11.** Na hipótese do 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

Ou seja, se o crime de *lesão corporal doméstica* for cometido contra deficiente de qualquer natureza, aumentar-se-á a pena em 1/3.

## 5.11. Lesão corporal contra indivíduos específicos

**Art. 129, §12, CP.** Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do

sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços.

**Explicação.** Vide tópico 1.3.1.1, subtópicos *II – Dos agentes de segurança* e seguintes.

## **5.12. Outros elementos**

**Lesão corporal e crime hediondo.** Afirma o art. 1º, I-A, da Lei 8.072/90:

**Art. 1º, da Lei 8.072/90.** São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

**I-A** – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, §2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

**Formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.** Dispõe o art. 7º, da Lei 11.340/06:

**Art. 7º, da Lei 11.340/06.** São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

**I** – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

**II** – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe causa dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

**III** – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

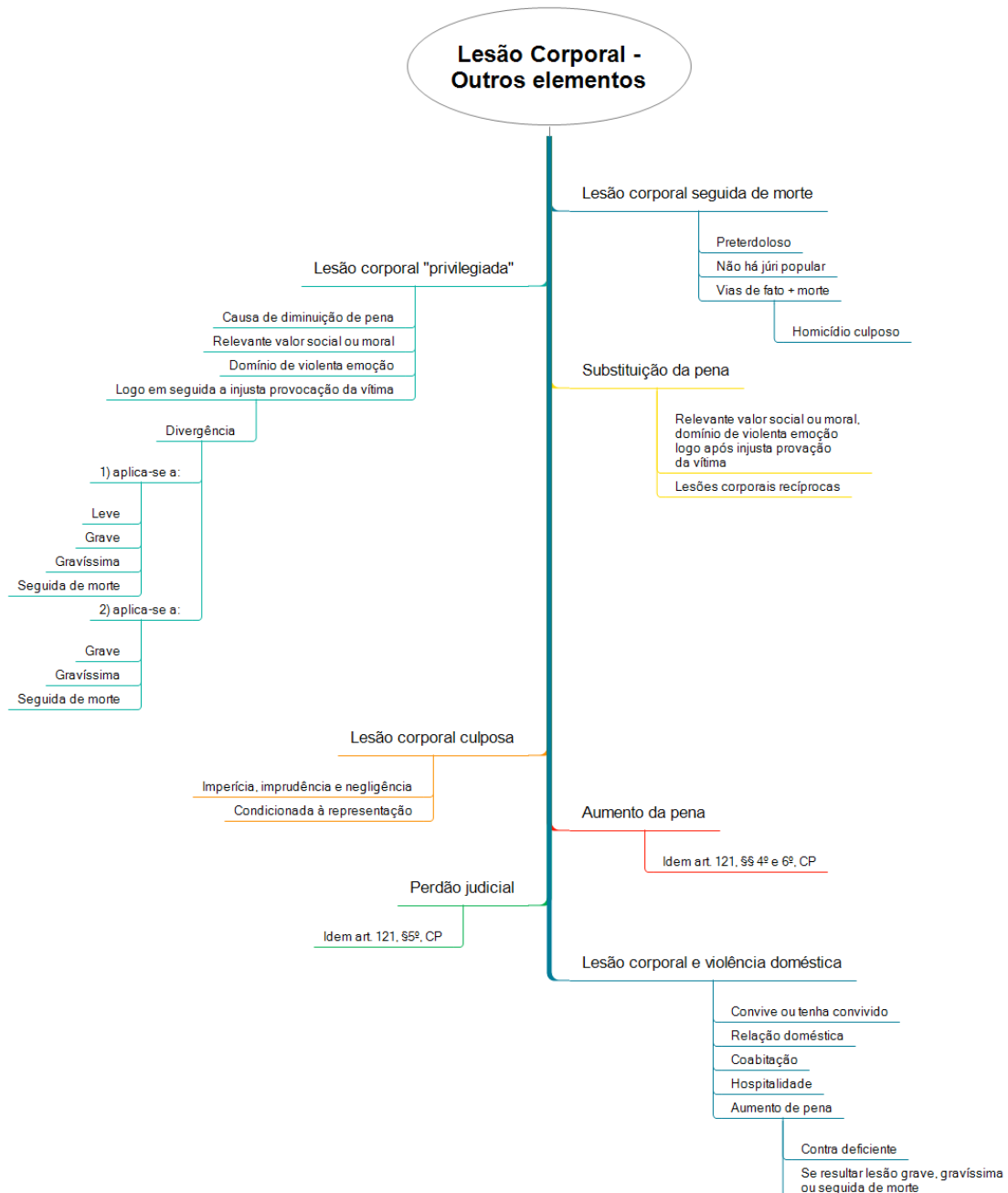
**IV** – a violência matrimonial, entendida como qualquer que configura retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos,



instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configura calúnia, difamação ou injúria.

### 5.13. Sistematizando



## 6. Crimes de perigo

**Dano ≠ Perigo:** *Dano.* Consumar-se-á uma vez que o bem jurídico tutelado seja atingido. *Perigo.* Consumar-se-á uma vez que o bem jurídico seja submetido à situação de perigo, não sendo necessário o real dano ao mesmo.

**Crime de perigo individual.** É disposto pelos arts. 130 a 136, CP.

**Crime de perigo coletivo.** É disposto pelos arts. 250 a 259 (Capítulo I, Título VIII), futuramente estudados.

**Tipos de crime de perigo.** São dois os tipos de perigo: *concreto* e *abstrato/presumido*.

**Crime de perigo concreto.** É referente aos crimes em que a vítima deve provar o real estado de perigo para que o crime seja caracterizado. Não provando a situação de perigo não será possível a condenação do agente. É exemplo deste tipo de crime o disposto no art. 132, CP – *expor a vida ou a saúde de uma pessoa a perigo direito e iminente*.

**Crime de perigo abstrato.** É referente aos crimes em que não se necessita a prova referente ao estado de perigo. São representadas por situações previstas em lei, sendo estas consideradas, naturalmente, situações de perigo. É exemplo deste tipo de crime o crime apresentado nos arts. 28 e 33 da Lei de Drogas – *tráfico e porte de entorpecentes*; o crime previsto no art. 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento – *porte ilegal de armas*.

#### 6.1. Perigo de contágio venéreo

**Art. 130.** Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

**Pena** – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

**§1º.** Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

**Pena** – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

**§2º.** Somente se procede mediante representação.

**Objeto jurídico.** Incolumidade física em sentido amplo, envolvendo a vida e a saúde.

**Objeto material.** Aquela com quem o agente praticou ato libidinoso ou relação sexual, tendo a vida e a saúde exposta ao perigo.

**Sujeito ativo.** Há divergência.

*Segundo a maioria da doutrina:* Pessoa contaminada com doença venérea, ou seja, crime próprio.

*Segundo Alexandre Salim:* “Pode ser qualquer pessoa, independentemente do sexo, desde que esteja contaminada por doença sexualmente transmissível”, ou seja, crime comum.

**Sujeito passivo.** Qualquer indivíduo.

**Tipo subjetivo.** Dolo. Não se admite culpa, pois o agente deve saber ou sabe da doença.

**Tipo objetivo.** Expor. No sentido de colocar em risco, proporcionar, criar o risco de contágio venéreo.

**Meios.** *Relação sexual.* União estabelecida entre duas pessoas através da prática sexual. *Ato libidinoso.* Ato tendente a satisfazer e gerar prazer ao agente.

**Doença venérea.** Segundo Nucci, *é a doença transmissível através de contato sexual. Trata-se de enfermidade que necessita ser conceituada pela medicina, não ficando ao critério do legislador defini-la. Exemplo: sífilis, gonorreia ou blenorragia, cancro mole.* Podemos citar, ainda, o papiloma (HPV).

**AIDS.** Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. Não é considerada moléstia venérea, uma vez que não somente é transmitida através das vias sexuais.

**Preservativo.** Ilidirá, uma vez que se trate de doença cuja transmissão é inibida por tal mecanismo anticonceptivo. Não ilidirá, porém, quanto às doenças cujo uso do preservativo não evita o contágio, uma vez que poderá ser contraído por outros meios, durante a relação sexual ou ato libidinoso – exemplo: HPV.

**Crime de forma vinculada.** Somente será configurado através da relação sexual ou ato libidinoso.

“**Sabe**”/ “**Deve saber**”. Há divergência.

Segundo Nucci:

“A expressão ‘sabe’ indica que o agente tem conhecimento pleno de seu estado de enfermidade e, ainda assim, mantém com a vítima relação sexual capaz de transmitir a doença. Há, portanto, o chamado *dolo de perigo*, que é a vontade de expor outra pessoa a perigo. A expressão ‘deve saber’ consiste no dolo eventual, querendo dizer que o agente, diante do estado de saúde que apresenta, deveria ter noção de que está contaminado e, conseqüentemente, assume o risco de transmitir a doença à pessoa com quem mantém relação sexual. Cremos não existir a forma culposa, pois nenhuma referência há no tipo a respeito de imprudência, negligência ou imperícia. Como já mencionado, a *culpa deve ser expressa* na lei penal, jamais presumida.”

Segundo Capez, seguindo Nelson Hungria:

“**a) Dolo direto de perigo:** consta da 1ª figura descrita no *caput* (“sabe que está contaminado”). Aqui, o agente tem pleno conhecimento de que é portador da doença venérea e mesmo assim pratica ato sexual com a vítima, consciente de que com tal ação estará criando situação concreta de perigo de contágio de moléstia venérea. Veja-se: não há a intenção de transmitir efetivamente a moléstia. Apesar de prever esse evento, na realidade ele não se insere na vontade do agente, que nem sequer assume o risco de transmitir a doença. Ele quer, isto sim, consciente e voluntariamente, expor a vítima a situação de perigo. Não há o dolo de

dano constante do §1º do mesmo artigo, ou seja, a vontade de transmitir a moléstia.

**b) Dolo eventual de perigo ou culpa?** A segunda figura descrita no *caput* (“deve saber que está contaminado”) tem provocado divergências na doutrina. No sentido de que ‘deve saber’ indica culpa por parte do agente, posiciona-se Magalhães Noronha: “Haverá culpa quando o sujeito ativo não tem ciência de estar contaminado, mas devia sabê-lo pelas circunstâncias, v.g., se não se dá conta de certos sintomas que se manifestam depois de haver mantido relações sexuais com prostituta. Em assim sendo não tem ele consciência de expor a perigo o ofendido, mas devia ter, pois era possível essa consciência.” [...] Com efeito, nosso Código Penal exige para o dolo eventual que o agente não apenas preveja, mas também assuma o risco de produzir o resultado. A expressão ‘deve ser’ indica apenas que o agente desconhecia a circunstância de estar contaminado, quando devia saber. Infringiu, portanto, uma obrigação de cautela. Isso não é dolo; é culpa.”

**Transmitir a doença a quem já a possui.** Crime impossível.

**Dolo de perigo.** Disposto pelo §1º, ocorre quando o agente, ciente de sua enfermidade, age de modo a transmiti-la para outra pessoa.

**Ação penal condicionada.** Somente ocorrerá o processo por parte do Ministério Público, uma vez que a vítima autorize a representação.

**Ação penal incondicionada.** Ocorrerá uma vez que da ação resulte lesão de natureza grave ou gravíssima ou morte por parte da vítima. Neste caso, não será necessário que a vítima ou seus representantes autorizem a representação por parte do Ministério Público. Não ocorrerá tal ação, portanto, diante da lesão corporal de natureza leve, sendo, neste caso, ação penal condicionada.

**Classificação.** Segundo Masson, cuida-se de **crime próprio** e de **mão própria** (o agente deve ostentar uma situação fática diferenciada, ou seja, estar contaminado pela moléstia venérea, e o crime somente pode ser por ele praticado); **simples** (tutela um único bem jurídico); de **perigo presumido ou abstrato** (*caput*) ou de **perigo com dolo de dano** (§1º); **comissivo** (e incompatível com a omissão); de **forma vinculada** (relação sexual ou ato libidinoso); **formal** (prescinde da produção do resultado naturalístico); **unilateral, unissubjetivo ou de concurso eventual** (normalmente praticado por uma única pessoa, mas admite o concurso); em regra **plurissubssistente** (conduta pode ser fracionada em vários atos); e **instantâneo** (consuma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo).

## 6.2. Perigo de contágio de moléstia grave

**Art. 131, CP.** Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir contágio:

**Pena** – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

**Observação.** Afirma Nucci:

“O agente pratica ato capaz de produzir o contágio de moléstia grave da qual é portador com o claro objetivo de transmitir o mal a outrem, portanto, causando-lhe dano à saúde – o que é lesão corporal. Ocorre que situou o legislador neste capítulo tal figura delitiva apenas porque, no caso de haver o ato capaz de produzir o contágio, com a intenção do autor de que a moléstia se transmita, não ocorra a efetiva contração da enfermidade, o delito está consumado do mesmo modo.

**Objeto jurídico.** Pessoa a qual foi vítima de tentativa ou transmissão efetiva de moléstia grave.

**Objeto material.** Incolumidade física da vítima. Vida e saúde.

**Sujeito passivo.** Qualquer indivíduo.

**Sujeito ativo.** Qualquer pessoa contaminada com moléstia grave.

**Tipo objetivo.** *Praticar.* Ato capaz de transmitir moléstia.

**Tipo subjetivo.** Dolo. Não é possível ser cometido por dolo eventual, pois o dolo é específico.

**Moléstia grave.** Elemento normativo do tipo, sendo doença que pode deixar graves sequelas ou até causar a morte da pessoa. São exemplos: *tuberculose, hepatite etc.*

**Crime formal.** Como aduz Nucci na *observação*, não é necessário que a vítima se contamine, mas apenas que o agente tenha a intenção de contaminá-la, sendo este suficiente para que se consuma o crime.

**Transmitir a doença a quem já a possui.** Crime impossível, à princípio. Há casos em que se agrava a moléstia anteriormente possuída pela vítima, podendo ser caracterizado como crime de perigo consumado.

**Meios.** Qualquer *ato capaz de produzir o contágio.*

**Ação penal incondicionada.** Poderá ser processada pelo Ministério Público, não sendo necessário a representação da vítima.

**Princípio da Consumação.** Tal crime absorverá, como dito no artigo anterior, a lesão corporal de natureza leve. Contudo, resultando em lesão corporal de natureza grave ou gravíssima ou morte da vítima, será acusado o agente por estes últimos, ficando absorvido o crime de perigo.

**Classificação.** Segundo Rogério Greco, *crime próprio quanto ao sujeito ativo* (pois que somente aquele que está contaminado por uma moléstia grave pode praticá-lo) e *comum quanto ao sujeito passivo; doloso; formal* (uma vez que o tipo penal não exige a efetiva contaminação, mas, sim, a conduta dirigida finalisticamente a transmitir a moléstia grave); *comissivo*, podendo também ser *comissivo por omissão* (nos casos em que o agente doze do status de garantidor); de *forma livre; instantâneo;*

**monossubjetivo; plurissubsistente; de dano** (embora previsto no capítulo correspondente aos crimes de perigo).

### 6.3. Art. 130, CP ≠ Art. 131, CP

	Art. 130, CP	Art. 131, CP
Tipo objetivo	Expor – submeter vítima à contração de doença	Praticar – agir com finalidade de...
Meios	Relações sexuais e atos libidinosos	Qualquer ato capaz de produzir o contágio
Moléstia	Venérea – transmitida através de relação sexual ou ato libidinoso	Grave – qualquer doença cujos sintomas resultem em grave dano ou morte da vítima
Forma do crime	Vinculada – somente por meio de relações sexuais e atos libidinosos	Livre – mediante qualquer ação capaz de produzir o contágio
Ação penal	Condicionada	Incondicionada

### 6.4. Perigo para a vida ou saúde de outrem

**Art. 132, CP.** Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

**Pena** – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

**Parágrafo único.** A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

**Objeto jurídico.** Incolumidade física da pessoa. Vida e saúde.

**Objeto material.** Pessoa cuja vida ou saúde são colocadas em risco.

**Sujeito ativo.** Qualquer pessoa.

**Sujeito passivo.** Qualquer pessoa determinada ou determinável. Quando estivermos diante de crime contra pessoa indeterminada ou indeterminável, caracterizar-se-á o crime de perigo coletivo (arts. 250 a 259, CP).

Convém que façamos um adendo. Determinados profissionais não podem ser caracterizados, durante o ofício, como sendo sujeitos passivos ou ativos, devido à cotidiana periculosidade segundo a qual vivem, como os policiais, bombeiros, paramédicos etc.

**Tipo objetivo.** Expor. No sentido de causar, colocar em risco *não natural*. O perigo natural é aquele presente em todas as ações de um indivíduo. Inevitável.

**Tipo subjetivo.** Dolo de perigo. Intenção de expor o bem jurídico à situação de perigo, podendo ser direto ou eventual.

**Perigo concreto.** É necessário que a vítima prove que realmente teve sua vida ou saúde postas em perigo. Não basta a denúncia, pois não havendo provas, não se iniciará o processo.

**Perigo direto e iminente.** Risco perceptível, indubitável, muito próximo de se concretizar.

Afirma Nucci a respeito disso, segundo entendimento da maioria da doutrina:

“Entendemos, respeitadas as duntas opiniões em contrário, que o legislador teria sido mais feliz ao usar o termo ‘atual’, em lugar de ‘iminente’. Ora, o que se busca coibir, exigindo o *perigo concreto*, é a exposição da vida ou da saúde de alguém a um risco de dano determinado, palpável e iminente, ou seja, que está para acontecer. O dano é iminente, mas o perigo é atual, de modo que melhor teria sido dizer ‘perigo direto e atual’. O perigo iminente é uma situação quase impalpável e imperceptível (poderíamos dizer, penalmente irrelevante), pois falar em perigo já é cuidar de uma situação de risco, que é imaterial, fluida, sem estar claramente definida.”

**Subsidiário.** Somente utilizar-se-á o disposto no art. 132, se o fato não constitui crime mais grave.

**Disparo com arma de fogo.** Afirma o art. 15, da Lei 10.826/02 – Estatuto do Desarmamento:

**Art. 15, do Estatuto do Desarmamento.** Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direito a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

**Pena** – reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

**Parágrafo único.** O crime previsto neste artigo é inafiançável.

Caracterizando-se crime mais grave, absorverá o crime disposto no art. 132, CP. Contudo, disparo em local não habitado, porém na presença de pessoa humana, enquadrar-se-á no 132, CP.

**Art. 309, CTB.** Dispõe:

**Art. 309, CTB.** Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

**Pena** – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Somente poderá ser caracterizado uma vez que o indivíduo esteja gerando perigo. Uma vez que não gere perigo, não será possível acusá-lo por tal artigo.

**Causa de aumento de pena.** Aumentar-se-á de 1/6 a 1/3 se a exposição da vida ou saúde estiver ligada ao transporte de pessoas durante o ofício para prestação de serviço. Tal dispositivo foi criado para proteger os trabalhadores que eram

transportados para seu local de trabalho de maneira precária, gerando riscos à sua saúde e vida.

Afirma Bittencourt acerca disso:

"Da mesma forma, se o 'transporte de pessoas' tiver outra destinação, seja de lazer, seja com objetivos religiosos ou políticos (que frequentemente utilizam transportes inadequados), não configurará a majorante em exame."

**Classificação.** Segundo Masson, trata-se de **crime de perigo concreto** (exige prova da efetiva ocorrência do perigo); **comum** (pode ser praticado por qualquer pessoa); de **forma livre** (admite qualquer meio de execução); **doloso; simples** (atinge um único bem jurídico); **instantâneo** (consuma-se em momento determinado, sem continuidade no tempo); **unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual** (normalmente praticado por um único agente, mas admite concurso); **comissivo ou omissivo**; e expressamente **subsidiário**.

### 6.5. Abandono de incapaz

**Art. 133, CP.** Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

**Pena** – detenção, de seis meses a três anos.

§1º. Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

**Pena** – reclusão, de um a cinco anos.

§2º. Se resulta a morte:

**Pena** – reclusão, de quatro a doze anos.

§3º. As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

I – se o abandono ocorre em lugar ermo;

II – se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima;

III – se a vítima é maior de sessenta anos.

**Objeto jurídico.** Vida, saúde e integridade física daquele que é incapaz de proteger-se.

**Objeto material.** Incapaz de se defender dos riscos do abandono.

**Sujeito ativo.** Pessoa possuidora do dever de guarda, proteção ou vigilância ante o incapaz.

**Sujeito passivo.** Qualquer pessoa incapaz que esteja sob a guarda, proteção ou vigilância de outrem.

**Tipo objetivo.** *Abandonar.* Deixar só, sem assistência, ao desamparo.

**Tipo subjetivo.** Dolo de perigo, podendo ser direto ou eventual. Não se admite o tipo culposo ou aquele provocado pelo incapaz. Acerca disso, afirma Masson:

“Inexiste crime quando o incapaz é quem abandona seu protetor, tal como no exemplo em que o filho de pouca idade, irritado com as proibições legítimas impostas pelo pai, foge de casa.”



**Cuidado.** Assistência eventual, conduta que demanda atenção, zelo, cautela. Ex.: enfermeira que cuida de paciente.

**Guarda.** Assistência duradoura, exigindo proteção, amparo e vigilância. Ex.: pais em relação aos filhos.

**Vigilância.** Assistência acauteladora. Segundo Nucci, *reserva-se este termo do tipo penal para as vítimas que são capazes, em regra, embora, por estarem em situações excepcionais, podem tornar-se incapazes de se defender.* Ex.: professor de paraquedismo ou *rafting* em relação aos seus alunos.

**Autoridade.** Relação de poder público, legal, hierárquico. Ex.: Comandante e seus comandados.

**Art. 133, CP ≠ Art. 244, CP:**

*Art. 133, CP. Abandonar pessoa que está sob o seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender – se dos riscos resultantes do abandono.*

*Art. 244, CP. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de sessenta anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.*

O primeiro refere-se ao abandono físico, correndo risco incapaz de ter a sua vida ou saúde prejudicadas. O segundo, porém, refere-se ao abandono material, deixando o responsável de fornecer meios materiais necessários para a sobrevivência do incapaz.

**Consumação.** Dá-se pelo efetivo abandono, resultando perigo ao incapaz.

**Terceiro que não auxilia incapaz abandonado.** Ainda que não tenha o dever jurídico de cuidado, proteção ou vigilância, responderá por omissão de socorro (art. 135, CP).

**Preterdolo.** É disposto pelos §§ 1º e 2º, pois o agente age com *dolo de perigo*, não intencionando o resultado lesão ou morte do incapaz. Uma vez agido com dolo, aplicar-se-á o disposto no art. 129, CP.

**Lesão corporal de natureza grave.** Omitiu o legislador quanto à natureza gravíssima no §2º do art. 129, CP. Neste caso (art. 133, §1º), lê-se *lesão corporal de natureza grave e gravíssima*. Portanto, será aplicado uma vez que o abandono tenha como resultado lesão corporal de natureza grave ou gravíssima no incapaz.

**Causa de aumento de pena.** São três as hipóteses, previstas no §3º, do art. 133, CP:

- 1) *Abandono em lugar ermo* – local de difícil acesso, sem habitantes. Afirma Nucci: “Narra a doutrina, no entanto, e com razão, ser essa situação descampada apenas relativa, pois, se tratar de um lugar *absolutamente* ermo, sem qualquer possibilidade de contato ou busca de socorro, é meio de execução do crime de homicídio”;
- 2) *Abandono por ascendente, descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima* – aqueles que possuem dever jurídico de cuidado ante o incapaz. É inadmissível que o indivíduo cuja função é proteger o indivíduo cause perigo a ele;
- 3) *Abandono de maior de sessenta anos* – redação pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

**Abandono de idosos em hospital.** Dispõe o art. 98, da Lei 10.741/03:

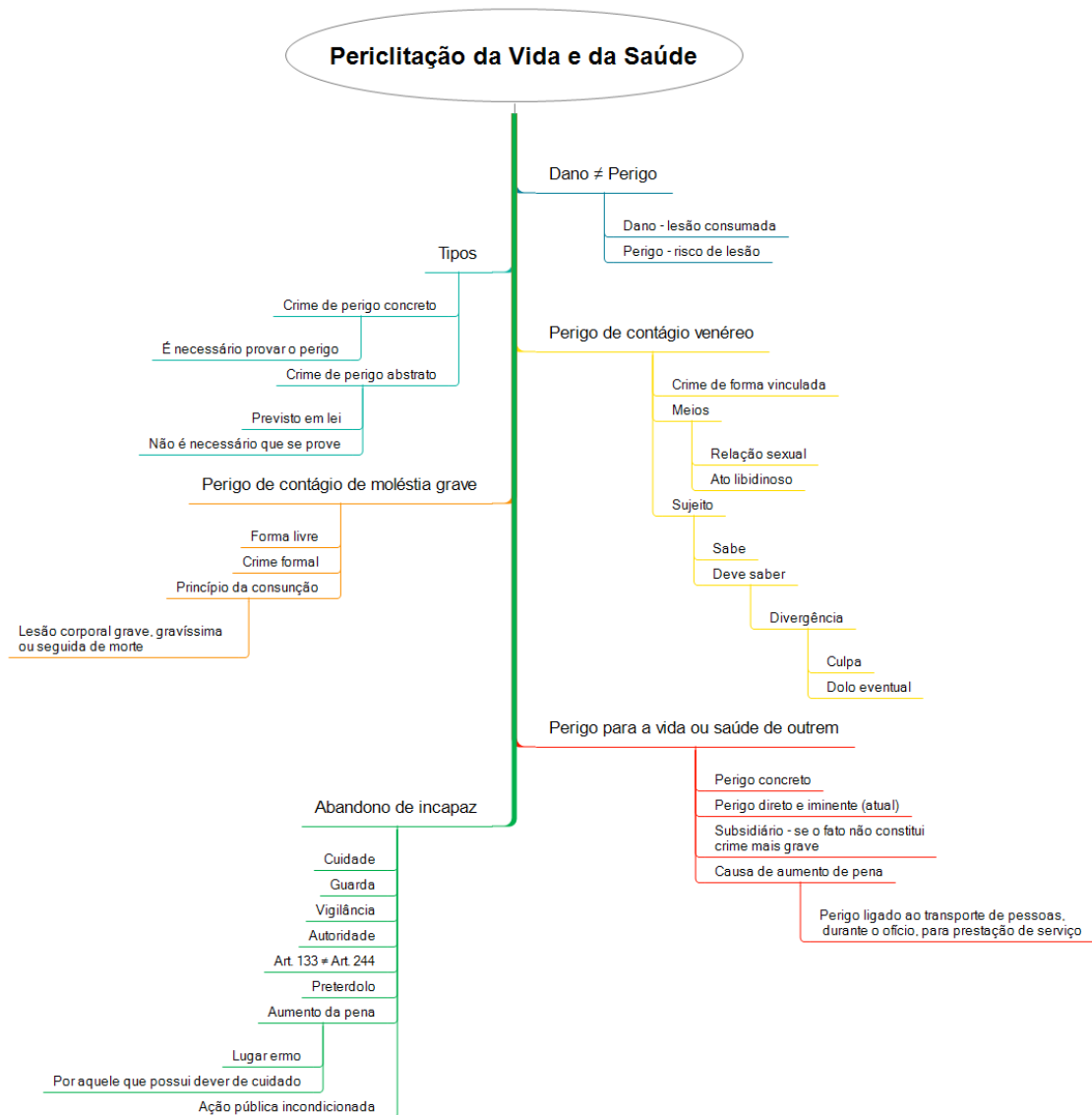
**Art. 98, do Estatuto do Idoso.** Abandonar o idoso em hospitais, casa de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

**Pena** – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Neste caso, não se aplicará o disposto no Código Penal, pois o art. 133 exige que se tenha risco, perigo. Abandonar idoso em local de saúde, como hospitais não caracteriza perigo à saúde ou vida do abandonado.

**Ação pública incondicionada.** Não é necessário que haja representação da vítima para que o Ministério Público processe o agente.

## 6.6. Sistematizando



## 6.7. Abandono de recém-nascido

**Art. 134, CP.** Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

**Pena** – detenção, de seis meses a dois anos.

§1º. Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

**Pena** – detenção, de um a três anos.

§2º. Se resulta morte:

**Pena** – detenção, de dois a seis anos.

**Objeto jurídico.** Proteção da vida e da saúde.

**Objeto material.** Recém-nascido.

**Conceito de recém-nascido.** São quatro as teses:

- 1) Segundo *Damásio e Mirabete*, é recém-nascido até que haja a queda do cordão umbilical;
- 2) Segundo *Magalhães Noronha*, é recém-nascido aquele que nasceu há poucos dias;
- 3) Segundo *Nelson Hungria*, “o limite de tempo da noção de recém-nascido é o momento em que a *délivrance* se torna conhecida de outrem, fora do círculo da família, pois, desde então, já não há mais *ocultar desonra*”;
- 4) Segundo *Fragoso e Bittencourt*, é recém-nascido o nascido há poucos dias, não ultrapassando o limite de um mês e o nascimento não tenha se tornado de conhecimento público.

Afirma Víctor Eduardo Rios Gonçalves que sendo o nascimento da criança público e notório, não há o que se falar em ocultação de desonra própria. Cabe salientar que tal posicionamento não é unânime entre os doutrinadores.

**Crime bипróprio.** É necessário que os sujeitos ativo e passivo sejam específicos, como veremos a seguir, daí o termo *bipróprio*, próprio ativa e passivamente.

**Sujeito ativo.** São duas correntes acerca do *sujeito ativo*:

- 1) Segundo *Delmanto e Bittencourt*, somente a mãe poderá ser sujeito ativo deste crime, sendo o pai acusado pelo crime descrito no art. 133, CP;
- 2) Segundo *Nucci*:

“Embora de difícil configuração nos tempos atuais, é possível que, em uma sociedade extremamente conservadora, o pai resolva abandonar o recém-nascido para ‘ocultar a desonra’ de tê-lo gerado sem os laços do matrimônio ou por conta de adultério.”

**Crime praticado por prostituta.** Segundo *Rogério Greco*:

“A prostituta, assim conhecida pelas demais pessoas, quando expõe ou abandona o filho recém-nascido, responde pelo crime de abandono de incapaz (CP, art. 133), pois não goza de honra apta a ser preservada.”

**Sujeito passivo.** Recém-nascido.

**Tipo objetivo.** *Expor e abandonar*. O primeiro em relação à situação de perigo gerada e o segundo ao ato de deixar de dar assistência pessoal e necessária ao feto.

**Consumação.** Para que o crime seja consumado, portanto, é necessário que o abandono (deixar de dar assistência) resulte em expor o recém-nascido à situação de perigo. Gerados esses dois elementos, estará consumado o crime.

**Tipo subjetivo.** Dolo direto e de perigo. Acompanha-se o elemento subjetivo *ocultar desonra própria*.

**Preterdolo.** Se do abandono resultar lesão grave ou gravíssima, a pena será de um a três anos (§1º); se do abandono resultar a morte do recém-nascido, a pena será de dois a seis anos (§2º).

**Comparação:**

Intenção do abandono	Crime
Matar o recém-nascido	Art. 121, CP – Homicídio
Ocultar desonra própria	Art. 134, CP – Exposição ou abandono de recém-nascido
Abandono comum	Art. 133, CP – Abandono de incapaz

**6.8. Omissão de socorro**

**Art. 135, CP.** Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

**Pena** – detenção, de um a seis meses, ou multa.

**Parágrafo único.** A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta de morte.

**Objeto jurídico.** Tal elemento é dúplice, ou seja, são dois tais elementos: (1) forma mediata e (2) forma imediata. A primeira é concernente ao dever de solidariedade para com o terceiro; o segundo, porém, é a proteção à incolumidade física ou à saúde do indivíduo que necessita de socorro.

Ainda sobre tal assunto, discorda Nucci:

“Não concordamos com a posição adotada pela doutrina de que o objeto jurídico tutelado por este crime é a solidariedade humano. Ora, acima disso está a proteção à vida e à saúde, verdadeiros bens tutelados por este e pelos outros delitos deste capítulo. Não fosse assim e qualquer pessoa que ignorasse o pedido de socorro de alguém seria, automaticamente, sujeito ativo do crime de omissão de socorro, ainda que o ferido tenha sido, a tempo, socorrido por terceiros, o que não acontece. Embora inegável que ele faltou com seu dever de solidariedade, não chegou a colocar em risco a vida ou a saúde da vítima, pois foi esta socorrida por outras pessoas, não se configurando o crime de omissão de socorro.”

**Objeto material.** Pessoa que está em situação de perigo, porém não é auxiliado pelo sujeito ativo.

**Sujeito ativo.** Qualquer indivíduo.

Convém citarmos que é possível a modalidade da coautoria e, também, a presença de partícipes, sendo aqueles que incentivam a omissão do socorro.

**Sujeito passivo.** Pessoa em situação de perigo. Poderá ser (1) criança abandonada; (2) criança extraviada; (3) pessoa inválida ou ao desamparo; (4) pessoa ferida e ao desamparo; (5) pessoa em grave e iminente perigo.

**Criança.** Afirma o art. 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

**Art. 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

**Definições do sujeito passivo:**

Elemento	Conceito	Tipo de Crime
Criança abandonada	Criança que foi deixada sozinha, sem a presença ou a assistência dos pais ou responsáveis	Crime de perigo abstrato/presumido
Criança extraviada	Criança que se perdeu dos pais ou responsáveis e não sabe retornar por si só	Crime de perigo abstrato/presumido
Pessoa inválida ou ferida	Pessoa que possui deficiência, podendo ela ser de natureza física ou mental	Crime de perigo abstrato/presumido
Pessoa ferida e ao desamparo	Pessoa que sofreu dano a sua integridade física	Crime de perigo abstrato/presumido
Pessoa em grave e iminente perigo	Pessoa que se encontra em situação de perigo apto a prejudicá-la	Crime de perigo concreto – o risco grave deve ser provado

**É necessário que o sujeito ativo esteja presente *in loco*?** São duas as posições:

- 1) Defendido por Aníbal Bruno, afirma que não é necessário que o sujeito esteja *in locus*, mas que a situação de perigo, grave e iminente, chegue ao conhecimento do agente;
- 2) A segunda posição defende que é necessário que o sujeito ativo esteja presente *in locus*.

**Criação da situação de perigo.** É irrelevante quem gerou a situação de perigo, porém, segundo afirma o art. 13, CP, uma vez criada a situação de perigo, o seu gerador tem o dever jurídico de prestar socorro.

Afirma o artigo citado:

**Art. 13, CP.** O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§1º. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

**Elemento normativo.** *Dever de assistência.* Deverá ser analisado de acordo com dois elementos: (1) *possibilidade* e (2) *capacidade*. O tipo é claro: *quando possível fazê-lo sem risco pessoal*. Não se pode exigir que um indivíduo preste socorro uma vez que sua vida possa correr riscos.

**Recusa da vítima.** O fato de a vítima recusar o socorro não exime a responsabilidade de quem quis prestar o socorro.

Discorda, porém, Nucci:

“Não se pode compreender esteja configurado o delito em toda e qualquer hipótese, sob o pretexto de ser a ‘solidariedade humana’ algo irrenunciável. Em primeiro lugar, cremos não ser a solidariedade o objeto jurídico do crime de omissão de socorro, e, sim, a proteção à vida e à saúde da pessoa humana, que, na maioria das vezes, são bens irrenunciáveis. Portanto, se a situação configurar hipótese de vítima consciente e lúcida que, pretendendo buscar socorro sozinha, recusar o auxílio oferecido por terceiros, não se pode admitir a configuração do tipo penal.”

**Morte instantânea.** Se evidente, não há o que se falar em crime de omissão de socorro.

**Tipo objetivo.** São dois os objetos jurídicos: (1) *deixar* e (2) *pedir*. O primeiro dar-se-á quando não há perigo iminente e, portanto, poderá o socorro ser prestado pela própria pessoa; o segundo, porém, caracterizar-se-á quando o indivíduo, não podendo prestar o socorro devido ao perigo de morte que poderá sofrer, contata as *autoridades públicas* pertinentes (bombeiros, serviço médico etc).

**Tipo subjetivo.** Dolo de perigo. Não se pune a forma culposa.

**Previsão no CTB.** Afirmam os arts. 302, §1º, III e 304, da Lei 9.503/97:

**Art. 302, §1º.** No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente.

[...]

**Art. 304.** Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública.

**Penas** – detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

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

**Previsão no Estatuto do Idoso.** Afirma o art. 97, da Lei nº 10.741/03:

**Art. 97, do Estatuto do Idoso.** Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública.

**Pena** – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

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

**Previsão no Código Penal Militar.** Afirma o art. 201, do Decreto-Lei nº 1.001/69:

**Art. 201, do Código Penal Militar.** Deixar o comandante de socorrer, sem justa causa, navio de guerra ou mercante, nacional ou estrangeiro, ou aeronave, em perigo, ou naufragos que hajam pedido socorro.

**Pena** – suspensão do exercício do posto, de um a três anos de reforma.

**Classificação.** Segundo Masson: *crime comum quanto ao sujeito ativo e próprio com relação ao sujeito passivo, nas hipóteses em que a lei exige dele uma qualidade especial; de perigo concreto (devendo ser demonstrado que a omissão do agente trouxe, efetivamente, uma situação de perigo para a vítima); doloso; de forma livre; omissivo próprio; instantâneo; monossujeito; podendo ser considerado, dependendo da situação, unissubsistente ou plurissubsistente; transeunte (como regra).*

**Preterdolo.** Afirma o parágrafo único:

**Art. 135, parágrafo único.** A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta morte.

Ou seja, aumentar-se-á a pena pela metade se da omissão de socorro resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima; triplicar-se-á a pena se da omissão de socorro resultar morte.

**Ação penal.** Pública incondicionada.

## 6.9. Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial

**Art. 135-A, CP.** Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial:

**Pena** – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

**Parágrafo único.** A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.



**Inconstitucionalidade.** Alguns doutrinadores negam a constitucionalidade de tal artigo, defendendo a violação do Princípio da Intervenção Mínima.

Este instituto foi criado, mesmo que outros diplomas já dispunham sobre tal matéria. À título de exemplo, podemos citar a *esfera administrativa*, segundo disposição do art. 1º, da Resolução Normativa 44/2003 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, e a *esfera civil*, segundo disposição do art. 171, II:

**Art. 1º, da Resolução Normativa 44/2003 da ANS.** Fica vedada, em qualquer situação, a exigência, por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde, de caução, depósito de qualquer natureza, nota promissória ou quaisquer outros títulos de crédito, no ato ou anteriormente à prestação do serviço.

**Art. 171, CC.** Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

[...]

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Segundo Cleber Masson:

“Essa problemática, portanto, possui arcabouço jurídico para ser combatida pelo Poder Público e pelas pessoas em geral. O que falta é fiscalização efetiva, indignação pelos prejudicados pela prática indevida e imposição de sanções adequadas, tais como multas elevadas e suspensão das atividades. Nesse cenário, se o Estado não desempenha a contento sua fiscalização sobre os estabelecimentos hospitalares, e se muitos particulares não reivindicam seus direitos perante a Administração Pública e o Poder Judiciário, não será o Direito Penal o salvador dos interesses em conflito. Trata-se de nova manifestação do direito penal emergencial, conferindo-lhe nítida função simbólica e desprovida de qualquer eficácia.

Além disso, na prática muitas vezes a utilização do art. 135-A do Código Penal trará ainda mais percalços à pessoa acometida de problemas de saúde. Basta pensar na situação em que a Polícia é acionada e efetua a prisão em flagrante do atendente do hospital, porque esta exigia qualquer garantia para a internação do enfermo. O funcionário, evidentemente, não agia por livre-iniciativa. Estava cumprindo ordens dos administradores da entidade, quiçá dos próprios médicos. Depois da sua condução ao Distrito Policial, o paciente ficará sob os cuidados justamente dos médicos que determinaram ou colaboraram para a exigência da garantia indevida. Certamente o quadro não será nada animador. E mais: o violador da norma penal rapidamente estará em liberdade, pois, em se tratando normalmente de infração penal de menor potencial ofensivo, não será lavrado o auto de prisão em flagrante, e no futuro suportará – quando muito – somente uma pena alternativa (restritiva de direitos ou multa).”

**Objeto jurídico.** Vida ou saúde do indivíduo.

**Objeto material.** Pessoa humana de quem é exigida garantia.

**Sujeito ativo.** Qualquer funcionário ou administrador do hospital que exige o preenchimento de formulário, bem como cheque-caução para a execução do atendimento emergencial. Segundo a doutrina, também pode ser o médico

Há duas posições acerca de tal elemento.

- 1) Segundo *Alexandre Salim* e *Víctor Eduardo Rios Gonçalves*, classifica-se como crime próprio;
- 2) Segundo *Cleber Masson*, classifica-se como crime comum.

**Sujeito passivo.** Segundo a maioria da doutrina, é o indivíduo que necessita de atendimento médico-hospitalar emergencial.

Acrescenta, porém, Rogério Greco:

“Sujeito passivo será tanto a vítima/paciente, que necessita do imediato atendimento médico-hospitalar quanto aquele de quem, em virtude de alguma impossibilidade da vítima/paciente, foi exigida a entrega do cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial.”

**Tipo objetivo.** *Exigir*. No sentido de impor, ordenar, obrigar, demandar.

**Tipo subjetivo.** Dolo, direto ou eventual, não existindo modalidade culposa.

Argumenta o prof. Cleber Masson:

“O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.”

**Atendimento médico de urgência ≠ Atendimento médico de emergência.**

Afirmam os §§ 1º e 2º do art. 1º, da Resolução nº 1.451/95 do Ministério da Saúde:

**Art. 1º. §1º.** Define-se por URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata.

**§2º.** Define-se por EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato.

**Consumação.** Dar-se-á com a mera exigência da garantia ou de documento ou formulário, sendo estes elementos condicionantes para a realização do atendimento. É denominado, por isso, como sendo crime formal ou de resultado cortado/ de consumação antecipada.

**Tentativa.** São duas posições acerca de tal elemento:

- 1) Segundo *Alexandre Salim*, somente seria possível na modalidade escrita;
- 2) Segundo *Rogério Greco* e *Víctor Eduardo Rios Gonçalves*, não é admitida a tentativa.

**Preterdolo.** Aumentar-se-á a pena até o dobro se desta exigência resultar lesão grave ou gravíssima à vítima. Aumentar-se-á até o triplo se desta exigência resultar a morte da vítima.

**Perigo abstrato ou concreto.** São duas as posições:

- 1) Segundo *Alexandre Salim*, tal crime caracteriza-se por ser de perigo abstrato, ou seja, a situação de perigo é presumida, somente sendo necessário que se prove o fato que, neste caso, é a exigência da condição para o atendimento médico de urgência;
- 2) Afirma *Nucci*:

“O tipo penal foi constituído para figurar como perigo abstrato, ou seja, bastaria provar o fato (exigência da condição para o atendimento médico de urgência), presumindo-se o perigo gerado à vítima, que se apresenta para ser atendida. Afinal, inexistente qualquer menção a perigo iminente ou frase similar. Entretanto, somente se deve utilizar o perigo abstrato, para compor tipo penais, quando a situação espelhar evidente possibilidade de dano ao objeto primariamente tutelado. Ilustrando, quando se trata de tráfico ilícito de drogas, tem-se delito de perigo abstrato, mas é clara a possibilidade de lesão à saúde pública. No caso do tipo penal do art. 135-A, não nos parece seja tão evidente tal perigo. Afinal, não se distinguiu qual a enfermidade ou lesão, que envolve a vítima. Por vezes, um corte no dedo, sem maior gravidade, pode levar alguém ao pronto-socorro, mas, por óbvio, inexistente qualquer possibilidade real de dano se o atendimento atrasar porque o hospital demanda garantia ou preenchimento de formulário. Entretanto, se alguém é vítima de atropelamento e dá entrada ao hospital com múltiplas lesões, muitas delas graves, por certo, o atraso se torna injustificável, mormente a pretexto de satisfação burocrática. Não se pode, com a edição deste tipo incriminador, gerar aos hospitais o dever de atendimento de toda e qualquer ‘urgência’, sob pena de se configurar o delito, pois, assim fazendo, estar-se-ia decretando o atendimento gratuito, em caráter de emergência, para todas as pessoas.”

**Finalizando.** Afirma *Rogério Greco*:

“Para efeitos de reconhecimento da infração penal tipificada no art. 135-A do Código Penal, que recebeu o *nomen juris* de *condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial*, são necessários os seguintes elementos, a saber:

- a) O núcleo *exigir*;
- b) A entrega de *cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia*, bem como o *preenchimento prévio de formulários administrativos*;
- c) Como *condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial*.”

**Classificação.** Crime próprio (só pode ser cometido por sujeito com qualidade especial); de perigo concreto (é preciso comprovar o perigo); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica

ação); unissubsistente (cometido num único ato) ou plurissubsistente (praticado por vários atos), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

#### 6.10. Maus-tratos

**Art. 136, CP.** Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

**Pena** – detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

**§1º.** Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

**Pena** – reclusão, de um a quatro anos.

**§2º.** Se resulta a morte:

**Pena** – reclusão, de quatro a doze anos.

**§3º.** Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de quatorze anos.

**Objeto jurídico.** Proteção à vida e à saúde da pessoa humana.

**Objeto material.** Pessoa que sofre maus-tratos.

**Sujeito ativo.** Aquele que possui autoridade, guarda ou vigilância.

Segundo Nelson Hungria:

“Guarda é a assistência a pessoas que não prescindem dela, e compreende necessariamente a *vigilância*. Esta importa zelo pela segurança pessoal, mas sem o rigor que caracterizaria a *guarda*, a que pode ser alheia (ex.: o guia alpino *vigia* pela segurança de seus companheiros de ascensão, mas não os tem sob sua *guarda*). Finalmente, a assistência decorrente da relação de *autoridade* é a inerente ao vínculo de *poder* de uma pessoa sobre outra, quer a *potestas* seja de direito público, quer de direito privado.”

**Sujeito passivo.** Pessoa que esteja sob a autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo.

**Tipo objetivo.** *Expor*. Segundo Nucci, significa colocar em risco, sujeitar alguém a uma situação que inspira cuidado, sob pena de sofrer um mal.

**Tipo subjetivo.** Dolo, direto ou eventual, não se admitindo a modalidade culposa.

**Consumação.** Há divergência em relação a este elemento. São duas as posições:

- 1) Defendem que alguns meios pelos quais se comete tal crime caracterizam-se por ser de caráter permanente, como a privação de alimentos ou cuidados indispensáveis e a sujeição a trabalho excessivo ou inadequado, ou seja, é

necessário que haja uma *habitualidade* quanto a estas condições para que o crime seja caracterizado;

- 2) Visão defendida pela maioria da doutrina. Defendem que todas as modalidades deste crime são de caráter instantâneo, ou seja, basta que haja exposição a maus-tratos para que se configure o crime.

**Tentativa.** Segundo Rogério Greco, é admissível desde que se possa visualizar o fracionamento do *iter criminis*.

**Conceitos.** São quatro os elementos, segundo Nucci: (1) educação; (2) ensino; (3) tratamento; (4) custódia.

**Educação.** Processo de desenvolvimento intelectual, moral e físico do ser humano, como a relação entre tutor e tutelado.

**Ensino.** Transmissão de conhecimentos indispensáveis ao processo educacional, como a relação entre professor e aluno.

**Tratamento.** Processo de cura de enfermidades e de prover subsistência ao indivíduo.

**Custódia.** Dar proteção a algo ou alguém, como na detenção de alguém para fim autorizado em lei.

**Lei da palmada.** Afirmam os arts. 18-A e 18-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterados pela Lei 13.010/14 (Lei da Palmada):

**Art. 18-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente.** A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

**Parágrafo único.** Para os fins desta Lei, considera-se:

I – castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

- a) sofrimento físico; ou
- b) lesão;

II – tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

- a) humilhe; ou
- b) ameace gravemente; ou
- c) ridicularize.

**Art. 18-B.** Os pais, integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel

ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

II – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

III – encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

IV – obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;

V – advertência.

**Parágrafo único.** As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.

**Meios de execução.** São três: (1) privação de alimentos ou cuidados indispensáveis; (2) sujeição a trabalho excessivo ou inadequado; (3) abuso dos meios de correção ou disciplina.

**Privação de alimentos ou cuidados indispensáveis.** *Privar:* destituir alguém de um bem ou objeto determinado. Portanto, tal crime é considerado omissivo, pois a criança é privada de situações indispensáveis à subsistência daquele que está sob guarda, vigilância ou autoridade.

Cabe salientar que há classificações para a *privação de alimentos*, quais sejam: (1) relativa e (2) absoluta. A *relativa* é caracterizada pela não alimentação injustificada da criança quanto a determinada refeição ou parte delas. Por exemplo, segundo Masson, é a mãe que deixa de servir o jantar ao filho. A *absoluta*, porém, deverá apresentar análise mais minuciosa. Somente se caracterizará o crime previsto no art. 136, CP, uma vez que a privação de alimentos objetive tão somente a apresentação de perigo à criança. Tendo como objetivo a morte da criança, caracterizar-se-á o crime de homicídio (se consumado) ou sua tentativa.

*Cuidados indispensáveis*, por outro lado, são ações que visam o bom desenvolvimento e a preservação da vida e da saúde daquele que está sendo educado, tratado ou custodiado, como a dosagem de medicamento em caso de doença, roupagem adequada para o clima, manutenção da higiene etc.

**Trabalho excessivo ou inadequado.** *Trabalho excessivo.* Trabalho que extrapole o limite do indivíduo (quanto ao tempo de trabalho), causando-lhe situação de perigo à vida ou à saúde, por exemplo a exigência de que um indivíduo trabalhe 18 horas por dia. *Trabalho inadequado.* Trabalho cujo esforço físico não condiz com a verdadeira capacidade do indivíduo em questão. É inadequado para o indivíduo especificamente, por exemplo exigir que um indivíduo faça um trabalho que exija esforço físico superior ao que possui, causando perigo à sua vida ou saúde.

**Abusos dos meios de correção ou disciplina.** *Abusar.* Segundo Nucci, significa *usar em excesso ou de modo inconveniente, mas não uma proibição.* Um exemplo

clássico é o *abuso de direito*, ou seja, ações daquele que possui autoridade sobre determinado ente, porém com intensidade superior àquele que lhe cabe. *Correção*. Segundo Masson, é o *meio destinado a tornar certo o que está errado*, sendo a disciplina o expediente utilizado para preservar a normalidade daquilo que está correto.

**Crime não transeunte.** Em alguma de suas modalidades, gera-se vestígios quanto aos maus-tratos. Como sabemos, nestes casos aplicar-se-á o art. 158, CPP:

**Art. 158, CPP.** Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

**Maus-tratos contra idoso.** Afirma o art. 99, da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso:

**Art. 99, do Estatuto do Idoso.** Expor a perigo a integridade física e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

**Pena** – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, e multa.

§1º. Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

**Pena** – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§2º. Se resulta morte:

**Pena** – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

**Ação penal.** Independente das modalidades do crime de maus-tratos, será pública incondicionada.

**Crime de perigo.** Concreto. É necessário que se prove a situação de perigo para que se caracterize o crime em questão.

**Classificação.** Segundo Rogério Greco, *crime próprio (o delito de maus-tratos somente pode ser cometido por quem tenha autoridade, guarda ou vigilância sobre a vítima, que é o seu sujeito passivo); de perigo concreto; doloso; de forma vinculada (pois o tipo penal aponta os meios em virtude dos quais pode ser cometido, por exemplo, privando a vítima de alimentação ou cuidados indispensáveis); comissivo ou omissivo; instantâneo, podendo ocorrer, também, a hipótese de permanência (quando a vítima permanece privada de alimentação, por exemplo); monosubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (pois que, em geral, deixa vestígios passíveis de se aferir mediante perícia); de ação múltipla ou conteúdo variado (podendo o agente praticar os vários comportamentos previstos pelo tipo, a exemplo de sujeitar a vítima a trabalho excessivo, bem como abusar dos meios de correção, somente sendo responsabilizado por uma única infração penal).*

**Preterdoloso.** Afirgam os §§ 1º e 2º deste dispositivo:

**Art. 136, §1º.** Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

**Pena** – reclusão, de um a quatro anos.

**§2º.** Se resulta morte:

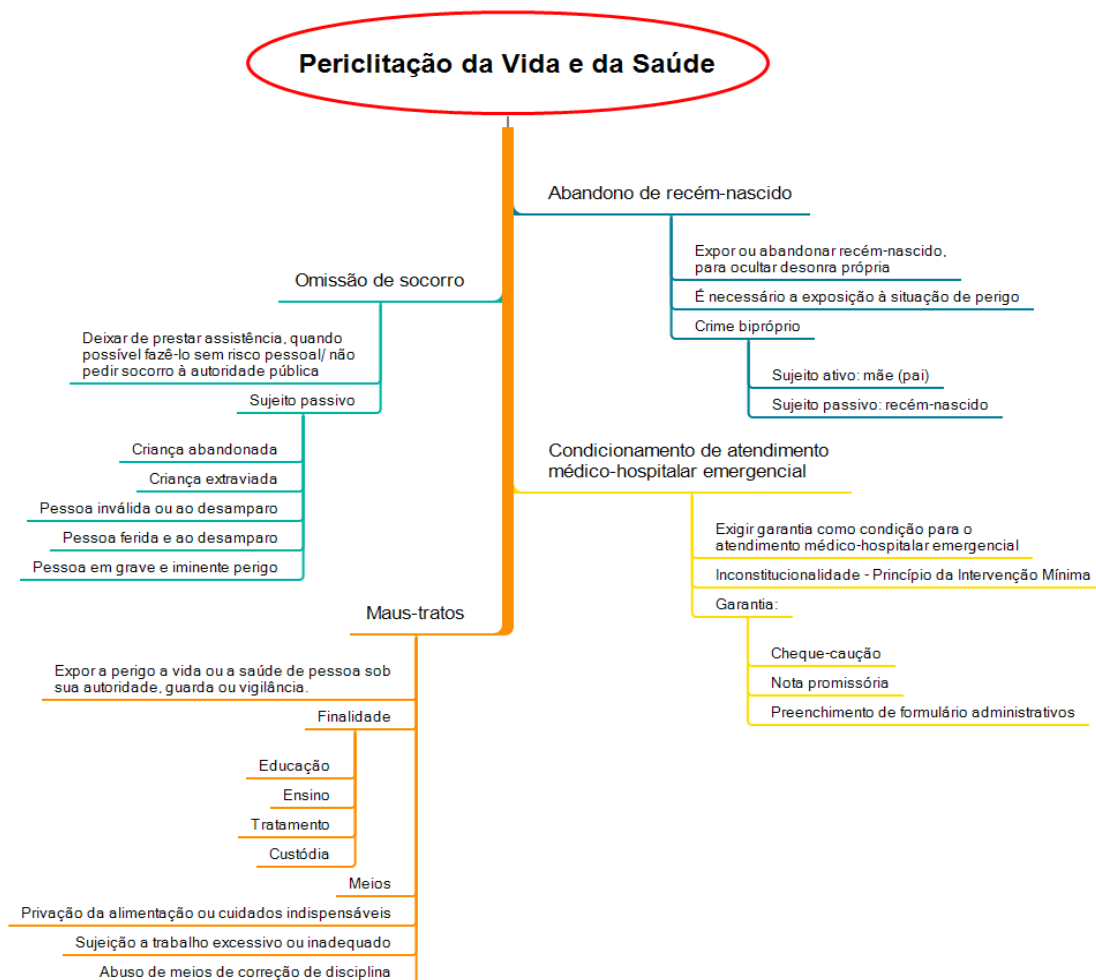
**Pena** – reclusão, de quatro a doze anos.

Revisando, denominam-se preterdolosas, pois não há dolo no resultado, mas culpa, ou seja, o indivíduo age com dolo quanto à situação de perigo, porém age com culpa (não objetivando) quanto ao resultado. Se com dolo agisse em relação ao resultado, responderia, conforme o caso, por lesão corporal ou homicídio.

**Aumento de pena.** Afirma o §3º, deste artigo:

**Art. 136, §3º.** Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de quatorze anos.

## 6.11. Sistematizando





## 7. Rixa

**Art. 137, CP.** Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

**Pena** – detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.

**Parágrafo único.** Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

**Conceito.** Dispõe o Dicionário Jurídico Acquaviva:

“Conflito entre três ou mais pessoas, com risco da incolumidade física. Se duas pessoas entram em conflito, com risco de sua integridade corporal, caracterizam-se as vias de fato ou as lesões corporais [recíprocas]. Embora não seja necessário o contato corporal direto entre os participantes da rixa, é preciso que haja iminência de ofensas corporais, bem como animosidade *mútua*, pois, se uma das facções em litígio não reage ou apenas se defende, não há rixa.”

**Objeto jurídico.** Integridade física e a própria vida da pessoa humana.

**Objeto material.** Pessoa que sofre a conduta descrita acima (rixar).

**Sujeito ativo.** Qualquer pessoa, sendo todos os envolvidos na rixa. Crime plurissubjetivo e comum.

**Sujeito passivo.** Qualquer indivíduo, sendo todos os envolvidos na rixa.

Cabe salientar que, como podemos ver, todos os envolvidos na rixa são, ao mesmo tempo, sujeitos ativos e passivos. Alguns doutrinadores, ainda, afirmam ser o sujeito passivo a coletividade.

**Tipo objetivo.** *Participar*. No sentido de tomar parte, concorrer, contribuir, associar-se.

**Tipo subjetivo.** Dolo de perigo, direto ou eventual. O chamado *animus rixandi*. Não é possível tal crime na modalidade culposa.

**Modos de participação.** São dois os modos: (1) material e (2) moral.

- 1) *Modo material* – sujeito que age de modo a agredir e ser agredido na participação da rixa;
- 2) *Modo moral* – sujeito que apesar de não participar efetivamente da rixa, incentiva-a, sendo considerado partícipe. Será considerado o *quarto* participante da rixa, pois como já foi visto é necessário que haja, no mínimo, três contendores.

**Legítima defesa na rixa.** Em regra, não existe. Somente existirá uma vez que o participante da rixa aja de modo a repelir crime diverso da rixa, como por exemplo o homicídio.

Bem exemplifica Masson:

“Exemplificativamente, se no contexto da rixa um dos envolvidos empunha uma faca para atacar outro rixoso, e este se defende, matando-o, a ele será imputada a rixa, pois este delito já estava consumado. Subsiste, contudo, a legítima defesa no tocante ao crime de homicídio.”

**Tentativa.** São dois os tipos de rixa: (1) rixa subitânea ou *ex improviso* e (2) rixa preordenada ou *ex proposito*. Na primeira, a rixa nasce espontaneamente, sem que haja combinação prévia. Neste caso, não há o que se falar em tentativa. Na segunda, porém, há uma combinação prévia quanto ao acontecimento da rixa. Neste caso, não ocorrendo a rixa por circunstâncias alheias, há tentativa.

**Crime de perigo.** Abstrato. Há uma presunção da ocorrência de perigo, não sendo necessário que haja a prova quanto ao acontecimento da rixa, mas em relação à participação de cada indivíduo.

**Consumação.** Estará consumado uma vez que se prove a participação na rixa, não sendo necessário que haja lesão de qualquer natureza.

**Classificação.** Segundo Nucci, *trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); de perigo abstrato (não há necessidade de ser investigado e provado o perigo efetivo, pois é presumido pela lei); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, §2º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); plurissubjetivo (que somente pode ser praticado por mais de duas pessoas); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta de participar); admite tentativa na hipótese da rixa ser preordenada (quando surge de improviso é impossível haver iter criminis definido). Apesar de ser crime plurissubjetivo (de concurso necessário [e condutas contrapostas]), admite participação, ou seja, a presença de um indivíduo que, sem tomar parte na rixa, fica de fora incentivando os demais.*

**Preterdolo.** Se ocorrer morte ou lesão corporal de natureza grave ou gravíssima a pena aplicada é de seis meses a dois anos.

Caso haja identificação do autor do homicídio ou da lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, ainda assim os participantes da rixa responderão por rixa qualificada.

Quanto à punição do autor do homicídio ou lesão corporal, são duas as visões:

- 1) Defendem que, para que não haja *bis in idem*, o sujeito deverá ser acusado por homicídio ou lesão corporal em concurso material com a *rixas simples*. Deste modo, não seria acusado pela qualificadora “morte” ou “lesão corporal” (137) em conjunto com o “homicídio” (121) ou “lesão corporal” (129). Os demais contendores (aqueles que não cometeram os crimes de lesão corporal e homicídio) responderão pelo crime de *rixas qualificada*;

- 2) Defendem que o sujeito deverá ser acusado por homicídio ou lesão corporal em concurso material com a *rixa qualificada*.

Afirma Fernando Capez:

“**Homicídio e lesão corporal de natureza grave:** se ocorrer a morte ou lesão corporal de natureza grave de um dos contendores ou de alguém estanho à rixa, identificado o autor, responderá este pelo delito de homicídio ou lesão corporal de natureza grave em concurso material com a rixa qualificada (ou, segundo alguns autores, como veremos adiante, em concurso com rixa simples). Os demais contendores, que não são autores das lesões ou do homicídio, responderão pela rixa qualificada. Se o autor não for identificado, ainda assim, todos responderão pela rixa qualificada.”

**Responsabilidade penal objetiva.** Se um dos participantes da rixa desvencilha-se dela, ocorrendo posteriormente um homicídio, este contendor será acusado por *rixa qualificada* da mesma forma. Por outro lado, entrando um contendor após o acontecimento do homicídio, este não será acusado pela forma qualificada, mas pela *rixa simples*.

**Sujeito que separa a rixa.** Em regra, não é acusado pelo crime de rixa.

Afirma, porém, Damásio, contra a maioria da doutrina:

“Não comete crime (o interveniente apaziguador). Não há rixa quando o sujeito intervém para separar os contendores. Assim, inexistente o delito se duas pessoas estão lutando e uma intervém para separá-las. Responde, entretanto, pelo delito se, inicialmente tentando apaziguar, em momento posterior participa efetivamente da luta.”

**Rixa no Código Penal Militar.** Afirma o art. 211, do Decreto-Lei 1.001/69:

**Art. 211, do Código Penal Militar.** Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

**Pena** – detenção, de até dois meses.

**Parágrafo único.** Se ocorre morte ou lesão grave, aplica-se, pelo fato de participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

**Rixa no Estatuto do Torcedor.** Afirma o art. 41-B, da Lei 10.671/2003:

**Art. 41-B, do Estatuto do Torcedor.** Promover tumulto, praticar ou incitar a violência, ou invadir local restrito aos competidores em eventos esportivos:

**Pena** – reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

**§1º.** Incorrerá nas mesmas penas o torcedor que:

I – promover tumulto, praticar ou incitar a violência num raio de 5.000 (cinco mil) metros ao redor do local de realização do evento esportivo, ou durante o trajeto de ida e volta do local da realização do evento;

II – portar, deter, ou transportar, no interior do estádio, em suas imediações ou no seu trajeto, em dia de realização de evento esportivo, quaisquer instrumentos que possam servir para prática de violência.

### 7.1. Sistematizando



## 8. Honra

**Conceito.** É o conjunto de qualidades físicas, morais e intelectuais de um determinado indivíduo, sendo estes elementos segundo os quais o indivíduo é identificado e respeitado socialmente, bem como são os elementos que formam a sua autoestima.

Segundo Nucci, *essa apreciação envolve sempre aspectos positivos ou virtudes do ser humano, sendo incompatível com defeitos e más posturas, embora não se trate de um conceito absoluto, ou seja, uma pessoa, por pior conduta que possua em determinado aspecto, pode manter-se honrada em outras facetas da vida.*

Tal elemento é considerado um direito fundamental do ser humano, estando disposto no art. 5º, X, CF:

**Art. 5º, X, CF.** São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Afirma acerca da honra no Código Civil:

**Art. 12, CC.** Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

**Parágrafo único.** Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

[...]

**Art. 20, CC.** Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

**Parágrafo único.** Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

**ADPF nº 130/09.** Arguição que definiu a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/76). Afirma tal julgado:

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA ‘LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA’, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A ‘PLENA’ LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. [...] PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DE DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. [...]

[...]

EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, ‘de eficácia plena e de aplicabilidade imediata’, conforma classificação de José Afonso da Silva.

[...]

**‘LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO, PELO MÉTODO DA PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. O EXERCÍCIO ABUSIVO DA LIBERDADE DE INFORMAR, DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME AO PATRIMÔNIO MORAL/MATERIAL E À DIGNIDADE DA PESSOA LESADA, ASSEGURA, AO OFENDIDO, O DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL, POR EFEITO DO QUE DETERMINA A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (CF, ART. 5º, INCISOS V E X).’ [...]**

**Crime contra a honra na campanha eleitoral.** São os seguintes artigos:

- 1) *Divulgar fatos que sabe inverídicos sobre partidos ou candidatos* – art. 323, do Código Eleitoral;
- 2) *Calúnia* – art. 324, do Código Eleitoral;
- 3) *Difamação* – art. 325, do Código Eleitoral;
- 4) *Injúria* – art. 326, do Código Eleitoral.

**Espécies de honra.** São duas as espécies: (1) honra objetiva e (2) honra subjetiva.

**Honra objetiva.** Dá-se pelo julgamento e imagem que a sociedade tem do indivíduo, isto é, é a reputação social. Violam tal honra os arts. 138 e 139, CP – calúnia e difamação, respectivamente.

**Honra subjetiva.** Dá-se pela imagem que o indivíduo tem de si mesmo (autoimagem), autoestima. Qualidades atribuídas pelo indivíduo a si mesmo. Segundo Nucci, *trata-se de um senso ligado à dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou ao decoro (correção moral).*

### 8.1. Calúnia

**Art. 138, CP.** Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

**Pena** – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

**§1º.** Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

**§2º.** É punível a calúnia contra os mortos.

**§3º.** Admite-se a prova da verdade, salvo:

**I** – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

**II** – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do artigo 141;

**III** – se do crime imputado, embora da ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

**Conceito.** Calúnia é imputar a alguém fato criminoso que seja falso.

Como afirma Rogério Greco:

“Assim, podemos indicar os três pontos principais que especializam a calúnia com relação às demais infrações penais contra a honra, a saber: a) a imputação de um *fato*; b) esse fato imputado à vítima deve, obrigatoriamente, ser *falso*; c) além de falso, o fato deve ser definido como *crime*.”

Completa Nucci:

“Costuma-se confundir um mero xingamento com uma calúnia. Dizer que uma pessoa é ‘estelionatária’, ainda que falso, não significa estar havendo uma calúnia, mas sim uma injúria. O tipo penal do art. 138 exige a imputação de *fato* criminoso, o que significa dizer que ‘no dia tal, às tantas horas, na loja Z, o indivíduo emitiu um cheque sem provisão de fundos’. Sendo falso esse *fato*, configura-se a calúnia.”

Não importará a natureza da ação do crime proferido, bem como não se caracterizará calúnia, uma vez que profira contra o indivíduo o cometimento de contravenção penal.

Ainda que o fato seja verdadeiro, a vítima poderá acusar o agente por calúnia. Neste caso, cabe ao sujeito ativo provar a veracidade dos fatos, levando o juiz a julgar improcedente a causa.

**Objeto jurídico.** Honra e a imagem da pessoa humana.

**Objeto material.** Honra e a imagem da pessoa humana, bem como o elemento anterior.

**Sujeito ativo.** Qualquer pessoa humana.

**Sujeito passivo.** Qualquer pessoa humana e, segundo a Lei 9.605/98, jurídica.

**Tipo objetivo.** *Caluniar*. No sentido de acusar falsamente, retirando a credibilidade social da pessoa atingida.

**Tipo subjetivo.** Dolo, direto ou eventual. O chamado *animus calumniandi*. Não se admite a modalidade culposa e, da mesma forma, não se configurará este crime o *animus jocandi*.

**Formas.** São três as formas: (1) forma inequívoca ou explícita; (2) forma equívoca ou implícita; (3) forma reflexa.

**Forma inequívoca ou explícita.** Ofensa direta, sem qualquer dúvida quando ao proferimento de fato falso considerado crime.

**Forma equívoca ou implícita.** Ofensa velada, discreta. O agente profere a calúnia de maneira indireta, não clara, segundo Masson, sub-repticiamente.

**Forma reflexa.** Sujeito que, ao proferir a calúnia, atinge terceiro para que o indivíduo objetivado seja atingido da mesma forma.

**Tentativa.** Poderá ocorrer ou não, dependendo do meio de execução. Por exemplo, tratando-se de meio verbal, é impossível que se configure a tentativa; contudo, tratando-se do meio escrito, por exemplo, é possível. O indivíduo que escreve calúnias e as intercepta anteriormente à recepção da vítima comete o crime de calúnia tentada.

**Consumação.** Consumar-se-á uma vez que a calúnia chegue ao conhecimento de terceiro ou da própria vítima.

**Calúnia ≠ Denúncia caluniosa:**

Art. 138, CP – Calúnia	Art. 339, CP
Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime	Dar causa a instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente

Ou seja, no primeiro o indivíduo profere calúnias contra terceiro; enquanto no segundo o indivíduo instaura processo contra terceiro, baseando-se em conduta criminoso que sabe não ter sido cometida por este.

**Crime de calúnia no caso de menor.** Bem explica Damásio:

“A doutrina afirma que o menor de dezoito anos não pode ser caluniado, sendo que o fato deve ser imputado a título de difamação. Entendemos que nada impede que o menor de dezoito anos seja caluniado. Os clássicos entendem que não há calúnia na espécie em face de o menor de dezoito anos ser inimputável. Assim, como a culpabilidade constitui elemento do crime nos termos da doutrina clássica, e como ela é excluída pela inimputabilidade, o menor não pratica crime. Se a culpabilidade é elemento do crime, e se o menor de dezoito anos não é culpável, o fato por ele praticado não pode ser considerado delito. Diante disso, aceita a teoria clássica, é lógica a solução no sentido da existência de difamação e não de calúnia. Adotamos a posição de que a culpabilidade não compõe o delito. É pressuposto da pena. O crime possui dois requisitos: tipicidade do fato e sua antijuridicidade. Assim, para nós, o menor de dezoito anos pratica crime. Ora, se isso ocorre, a ele pode ser imputada a realização de um delito.”

**Ação penal.** Afirma o art. 145, CP:

**Art. 145.** Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, §2º, da violência resulta lesão corporal.

Ou seja, será ação penal privada.

**Classificação.** Segundo Nucci, trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“caluniar” implica ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, §2º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de caluniar); admite tentativa, se for plurissubsistente.



§1º. Afirma tal parágrafo:

**Art. 138, §1º.** Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

**Propalar.** Dar publicidade. Proferir a informação para terceiros, normalmente sendo feito de forma oral.

**Divulgar.** Qualquer outro meio de prover publicidade, como internet, folhetos, charges etc.

**Obs.:** Convém atentarmos ao seguinte fato: somente se admitirá, neste caso, o dolo direto, não sendo admitido, portanto, o dolo eventual, pois é necessário que o indivíduo tenha conhecimento quanto à natureza falsa do fato imputado como crime.

§2º. Afirma tal parágrafo:

**Art. 138, §2º.** É punível a calúnia contra os mortos.

Como já dito na introdução deste título (vide tópico 8. *Honra*), a honra dos mortos é protegida constitucionalmente e especificada pelo Código Civil, preservando-se a memória destes indivíduos.

**Exceção da verdade.** Afirma o §3º deste dispositivo:

**Art. 138, §3º.** Admite-se a prova da verdade, salvo:

I – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

A exceção da verdade é uma defesa indireta, uma vez que o acusado pelo crime de calúnia tem a pretensão de provar a veracidade dos fatos outrora narrados. É de relevância tal prova, uma vez que a definição daquele que realmente cometeu o crime é de interesse público, devendo o juiz julgar tal exceção anteriormente ao julgamento do processo de calúnia em questão.

Provada a veracidade do fato, julgar-se-á o processo improcedente, devendo o juiz encaminhar os autos ao Ministério Público para que este entre com ação contra o autor dos crimes proferidos.

**Não caberá a exceção da verdade.** Os incisos de tal parágrafo indicam as situações em que não caberá a exceção da verdade, sendo eles:

I – Em crimes cuja ação penal é privada (por exemplo os crimes de dano), não tendo sido o autor condenado por sentença penal irrecorrível, isto é, não sendo condenado em processo transitado em julgado;

II – Não se admitirá exceção da verdade contra os entes previstos no art. 141, I:

**Art. 141.** As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I – contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro.

Portanto, não se admitirá a exceção da verdade quanto o crime de calúnia for cometido contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro.

III – Não caberá exceção da verdade, ainda que o crime seja de ação penal pública, uma vez que o indivíduo tenha sido absolvido por sentença penal irrecorrível, ainda que a absolvição seja pelo art. 386, VII, CPP:

**Art. 386, CPP.** O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

[...]

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

**Exceção da notoriedade do fato.** Não se configurará crime de calúnia, uma vez que o fato em questão seja de notório conhecimento geral. Afirma o art. 523, CPP:

**Art. 523, CPP.** Quando for oferecida a exceção da verdade ou da notoriedade do fato imputado, o querelante poderá constatar a exceção no prazo de dois dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição às primeiras, ou para completar o máximo legal.

## 8.2. Difamação

**Art. 139, CP.** Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

**Pena** – detenção, de três meses a um ano, e multa.

**Parágrafo único.** A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

**Objeto jurídico.** Honra e imagem da pessoa.

**Objeto material.** Pessoa sobre a qual é proferido o fato.

**Sujeito ativo.** Em regra, qualquer indivíduo.

Há, contudo, algumas exceções:

Afirmam os arts. 29, VIII e 53, CF acerca dos vereadores, deputados e senadores:

**Art. 29, CF.** O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os

princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

**VIII** – inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

[...]

**Art. 53, CF.** Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

Afirma o art. 41, V, da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

**Art. 41, da Lei 8.625/93.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

**V** – gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional.

Afirma o art. 41, da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional):

**Art. 41, da Lei Complementar nº 35/79.** Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

Afirma o art. 7º, §2º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil):

**Art. 7º, §2º, da Lei 8.906/94.** O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em Juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

**Sujeito passivo.** Qualquer pessoa humana ou jurídica, não cabendo, neste caso, a proteção ao morto.

**Tipo subjetivo.** Dolo. É necessário que a pessoa aja com *animus diffamandi*. Não se considera a culpa como sendo caracterizadora.

**Tipo objetivo.** *Difamar*. No sentido de proferir fato ofensivo à reputação de alguém, ainda que este seja verdadeiro. Convém analisarmos a precisa redação do artigo, sendo necessário haver *fato ofensivo à reputação*, excluindo-se, portanto, os crimes, sendo estes caracterizadores da calúnia.

Quando ao fato, vide a citação de Nucci no elemento conceito, do tópico 8.1. *Calúnia*.

**Tentativa.** Idem ao tópico anterior – 8.1. Calúnia.

**Consumação.** Sendo crime contra a honra objetiva, estará consumado uma vez que chegue ao conhecimento de terceiros.

**Ação penal.** Condicionada à iniciativa privada.

**Classificação.** Segundo afirma Nucci, *trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente, inclusive de maneiras indiretas ou reflexas); comissivo (“difamar” implica ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, §2º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de difamar); admite tentativa, se for plurissubsistente.*

**Exceção da verdade.** Afirma o parágrafo único, do art. 139, CP:

**Art. 139, parágrafo único, CP.** A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Afirma Cleber Masson:

“Como o art. 139 do Código Penal dispensa a falsidade da imputação como elementar típica, ao contrário do que se dá na calúnia, é indiferente tenha o fato ofensivo ocorrido ou não. Essa é a regra geral: não se admite a exceção da verdade no crime de difamação. De fato, seria irrelevante provar a veracidade do fato atribuído à vítima, pois ainda assim subsistiria o crime.”

Portanto, não se aceita a exceção da verdade como regra. Neste caso, somente se aceitará a exceção da verdade se, e somente se, a difamação for proferida contra funcionário público, sendo este fato relacionado ao exercício de sua função.

### 8.3. Injúria

**Art. 140, CP.** Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

**Pena** – detenção, de um a seis meses, ou multa.

**§1º.** O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II – no caso de retorsão imediata, que consiste em outra injúria;

**§2º.** Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

**Pena** – detenção, de três meses a um ano, e multa, além de pena correspondente à violência.

§3º. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

**Pena** – reclusão, de um a três anos e multa.

**Introdução.** Aqui, diferentemente dos crimes contra a honra anteriores, não se atinge a honra objetiva, ou seja, aquela criada pela sociedade em relação ao indivíduo, mas sim a honra subjetiva, isto é, a imagem que o indivíduo tem de si, a autoimagem, autoestima.

**Objeto jurídico.** Proteção da honra, imagem e autoestima do indivíduo.

**Objeto material.** Pessoa contra a qual é proferida a injúria.

**Conceitos.** *Dignidade.* Referente às qualidades morais do indivíduo. *Decoro.* Referente às qualidades físicas do indivíduo.

**Sujeito ativo.** Qualquer pessoa humana.

**Sujeito passivo.** Qualquer pessoa humana. Não cabe, neste caso, a injúria contra pessoa jurídica e pessoa morta, pois ambos não apresentam capacidade para possuir autoestima/ “amor próprio”, segundo Nucci.

Convém que falemos acerca do menor. Dever-se-á analisar caso a caso, pois somente poderá configurar sujeito passivo, uma vez que o menor possua discernimento acerca da dignidade e do decoro, sendo perceptíveis para o menor as ofensas contra ele proferidas. Caso contrário, o crime não estará configurado.

**Tipo objetivo.** *Injuriar.* No sentido de proferir ofensa (xingar), atingindo a dignidade e o decoro do indivíduo em questão. Neste caso, é necessário que a vítima se sinta ofendida, pois se busca atingir a honra subjetiva, e não objetiva.

**Tipo subjetivo.** Dolo, direto ou eventual. O chamado *animus injuriandi*. Não se considera a modalidade culpa.

**Exemplos.** Segundo Nelson Hungria:

“... a esputação sobre alguém, ainda que sem atingir o alvo; o beijo dado contra a vontade de quem o recebe e sem fim libidinoso (pois, do contrário, será crime *contra os costumes*); afixar rabo em alguém; apresentar capim ou milho a uma pessoa dizendo-lhe: ‘come’; promover um funeral fictício etc. Um caso interessante pode ser figurado: certo indivíduo, para vingar-se de um seu desafeto, ensina um papagaio a insultá-lo. A solução deve ser idêntica à do caso do *mandatário irresponsável*: a palavra do papagaio é como se fora própria palavra do seu dono. Até mesmo simples sons podem ser insultantes. Exemplos: imitar o uivo do cão, o ornejo do asno ou o ruído de gases intestinais, para vexar uma cantora ou um orador.

Multifária é, igualmente, a forma de injúria. Pode esta ser *direta* ou *obliqua* (mediata); direta, quando se refere a qualidades desonrosas inerentes ao ofendido; oblíqua, quando atinge uma pessoa particularmente cara ao ofendido (exemplo: ‘teu filho é um canalha’).

[...]

Da injúria oblíqua distingue-se a injúria *reflexa*, isto é, a que atinge alguém em ricochete. Exemplo: quando se diz de um homem casado que é ‘cornudo’, injuria-se também a sua esposa.

Injúria pode ser também:

*explícita* (expressa de modo franco e positivo) ou *equivoca* (ambígua, velada, fugidia);

*implícita* ou *per argumentum a contrario* (exemplo: ‘não vou à festa em sua casa porque não sou um desclassificado’; ‘não posso deixar-me ver em tua companhia, porque não sou um ladrão’);

*por exclusão* (como quando declaro honestas determinadas pessoas de um grupo, omitindo referência às demais);

*interrogativa* (‘será você um gatuno?’);

*dubitativa* ou *suspeitosa* (‘talvez seja Fulano um intrujão’);

*irônica* (quando alguém, como dizia Farinácio, ‘*alteri dicit aliquid bonum, sed ironice et cum animo injuriandi*’);

*reticente* ou *elíptica* (‘a senhora X, formosa e... modelar’);

*por fingido quiproquó* (‘o meretríssimo, digo meritíssimo juiz’);

*condicionada* ou *por hipótese* (quando se diz de alguém que seria um canalha, se tivesse praticado tal ou qual ação, sabendo-se que ele realmente a praticou);

*truncada* (‘a senhora X não passa de uma p...’);

*simbólica* (dar-se o nome de alguém a um cão ou asno; imprimir o retrato de alguém em folhas de papel higiênico; pendurar chifres à porta de um homem casado).”

**Modos.** São dois os modos de ofensa: (1) mediata e (2) imediata. A primeira é a ofensa proferida por terceiro a pedido do agente intencionado a causar a injúria; a segunda ocorre quando o próprio agente profere as injúrias.

**Tentativa.** Idem tópicos 8.1. *Calúnia* e 8.2. *Difamação*.

**Consumação.** Consumar-se-á uma vez que a ofensa chegue ao conhecimento da vítima, não sendo necessário que chegue ao conhecimento de terceiros.

**Classificação.** Segundo Nucci, trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente, inclusive de maneiras indiretas ou reflexas); comissivo (“injuriar” implica ação); e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, §2º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de injuriar); admite tentativa, se for plurissubsistente.

**Exceção da verdade.** Uma vez que se atinja a honra subjetiva, é impossível que haja exceção da verdade, afinal, não se pode provar judicialmente a veracidade de ofensas proferidas contra a dignidade ou o decoro.

**Perdão judicial.** Afirma o §1º, do art. 140, CP:

**Art. 140, §1º, CP.** O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

Portanto, são dois os casos em que o juiz poderá aplicar o perdão judicial:

- 1) Uma vez que o agente tenha ofendido a vítima, pois esta o levou a fazê-lo, ou seja, a vítima provoca o agente de tal forma que o mesmo não é capaz de permanecer silente, proferindo as ofensas.

Segundo Nucci, *configura-se uma hipótese semelhante à violenta emoção, seguida de injusta provocação da vítima;*

- 2) Uma vez que o agente, de modo a revidar ofensa imediatamente proferida pela vítima, profere ofensas contra sua honra subjetiva.

Segundo o mesmo doutrinador, *é uma modalidade anômala de “legítima defesa”.*

**Injúria real.** Afirma o §2º, do art. 140, CP:

**Art. 140, §2º, CP.** Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

**Pena** – detenção, de três meses a um ano, e multa, além de pena correspondente à violência.

Ou seja, sendo a injúria produzida através de violência ou vias de fato, através de um tapa ou cusparadas no rosto, bem como despir o indivíduo em público, todas ações aviltantes/ desprezíveis/ humilhantes, a pena será de três meses a um ano, acrescido da pena correspondente à violência.

**Injúria qualificada pelo preconceito racial.** Afirma o art. 140, §3º, CP:

**Art. 140, §3º, CP.** Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

**Pena** – reclusão, de um a três anos e multa.

**Injúria racial ≠ racismo:**

Injúria racial	Racismo
Art. 140, §3º, CP – Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoas idosas ou portadora de deficiência	Art. 1º, da Lei 7.716/89 – Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional
É a injúria proferida por motivo de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição idosa ou deficiência	É a segregação e preconceito referentes a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Ex.: impedir o acesso de pessoa em um determinado local por motivo de preconceito
Ação penal pública condicionada a representação	Ação penal pública incondicionada
Crime afiançável	Crime inafiançável, conforme redação do art. 5º, XLII, CF <sup>13</sup>
Crime prescritível	Crime imprescritível, conforme redação do art. 5º, XLII, CF

**Injúria racial contra idoso ou deficiente.** Redação dada pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

**Injúria racial e religião.** Segundo o STF, “a diferenciação entre o delito de discriminação religiosa e a injúria qualificada reside no elemento volitivo do agente. Se a intenção for ofender número indeterminado de pessoas ou, ainda, traçar perfil depreciativo ou segregador de todos os frequentadores de determinada igreja, o crime será de discriminação religiosa, conforma preceitua o art. 20 da Lei 7.716/89. Contudo, se o objetivo for apenas atacar a honra de alguém, valendo-se para tanto de sua crença religiosa – meio intensificador da ofensa –, caracteriza-se nesse caso o delito de injúria disciplinado no art. 140, §3º, do Código Penal”.

Afirma o art. 20, da Lei 7.716/89:

**Art. 20, da Lei 7.719/89.** Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

**Pena** – reclusão de um a três anos e multa.

**8.4. Disposições comuns**

**Art. 141, CP.** As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I – contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;

II – contra funcionário público, em razão de suas funções;

<sup>13</sup> **Art. 5º, XLII, CF.** A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.



III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria;

IV – contra pessoa maior de sessenta anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.

**Parágrafo único.** Se o crime é cometido mediante pega ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

**Similaridade dos crimes contra a honra.** Afirma Cleber Masson:

"Os crimes contra a honra previstos no Código Penal apresentam diversas características comuns. São as que dizem respeito:

- (1) à intensidade do mal visado pela conduta;
- (2) à relação entre a conduta e resultado naturalístico;
- (3) aos sujeitos dos delitos (ativo e passivo);
- (4) aos meios de execução;
- (5) ao elemento subjetivo;
- (6) à aplicabilidade de institutos previstos na Lei 9.099/1995, e
- (7) à classificação doutrinária."

**Crime contra a honra do Presidente da República ou de chefe de governo estrangeiro.** Neste caso a ação pública será incondicionada. Tal dispositivo protege a honra, subjetiva e objetiva, em razão do alto cargo de Presidente da República. Será vedada a exceção da verdade no crime de calúnia (já visto), bem como, fere, segundo Nucci, os ditames democráticos e interesses do Estado.

Afirma o art. 26, da Lei 7.170/83:

**Art. 26, da Lei 7.170/83.** Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação:

**Pena:** reclusão, de 1 a 4 anos.

**Parágrafo único.** Na mesma pena incorre quem, conhecimento o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.

**Crime contra os funcionários públicos.** É um dispositivo que protege a consistência da Administração Pública, porém é possível que haja exceção da verdade nos crimes de calúnia e difamação, uma vez que é interesse do Estado a punição de crimes cometidos durante as funções administrativas.

**Na presença de várias pessoas ou meio que facilite a divulgação.** Apresenta pena aumentada, uma vez que tal Capítulo se preocupa com a manutenção da honra dos sujeitos passivos, sendo estes meios uma forma que contribui para a maior visualização do fato, ofendendo a honra em uma escala maior.

**Contra idoso ou deficiente.** Acrescido pelo Estatuto do Idoso. É retirado no caso de injúria para que não haja *bis in idem* em relação ao disposto no §3º do art. 140, CP.

**Motivo fútil.** Aumenta-se a pena em dobro, se o sujeito pratica o crime mediante paga ou promessa de recompensa (vide definição no tópico 1.3.1.1. *Qualificadoras do título 1. Homicídio*).

## 8.5. Exclusão do crime

**Art. 142, CP.** Não constituem injúria ou difamação punível:

I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II – a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III – o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

**Parágrafo único.** Nos casos dos nºs I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

**Natureza jurídica.** Causa excludente de antijuridicidade. Apesar de configurar ato típico, se coincidir com os incisos acima dispostos, será lícito.

**Não exclui o crime de calúnia.** Não há casos em que, apesar de haver o ato típico, excluir-se a antijuridicidade, uma vez que o Estado tem interesse em punir os agentes criminosos. Portanto, configurado o ato jurídico, o Estado agirá conforme o *ius puniendi*.

**Hipóteses.** São três as hipóteses que excluem a antijuridicidade dos crimes de injúria ou difamação:

- 1) Ofensas irrogadas em juízo, isto é, não estará configurado o crime de injúria ou difamação se a ofensa for proferida pelas partes ou por seus procuradores no processo, enquanto em uma discussão em juízo – é a chamada *imunidade judiciária*. Configurar-se-á o crime, portanto, uma vez que o agente esteja fora de discussão em juízo.

Afirma Nucci:

“**Discussão da causa:** significa a ofensa produzida no debate, oral ou escrito, ocorrido na relação processual e necessitando, com este, guardar relação. Pode acontecer por petição e ainda durante uma audiência.

[...]

**Ofensa ao magistrado:** não se beneficia da excludente, visto que o juiz não pode ser considerado, no sentido abraçado pelo tipo penal permissivo, parte no processo e não tem interesse algum na discussão da causa.

[...]

**Ofensa ao Promotor de Justiça:** a representante do Ministério Público somente pode ser inserido no contexto da imunidade judiciária (como autor ou como vítima da ofensa) quando atuar no processo como parte.”

- 2) No caso de opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando ficar evidente a intenção de proferir a ofensa, visando difamar ou injuriar. Esta hipótese protege o princípio da liberdade de expressão;
- 3) No caso de conceito desfavorável emitido por funcionário público. Nos pareceres dos funcionários público, prevalece o interesse da Administração Pública ante ao interesse pessoal, por este motivo se torna impossível a configuração do crime, visto que não há a intenção de difamar ou injuriar.

**Divulgação das ofensas.** Aquele que divulga a ofensa no caso de debate em juízo ou no caso de parecer de funcionário público, responderá pelos crimes em questão, visto que não tais ocorridos devem permanecer sob a proteção que lhes foram dados, não extrapolando o ambiente sob imunidade.

## 8.6. Retratação e interpelação judicial

**Art. 143, CP.** O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

**Parágrafo único.** Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.

**Art. 144, CP.** Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.

**Retratação.** É o ato de desdizer, ou seja, o agente tem a chance de esclarecer possíveis equívocos, ambiguidades, dubiedades em relação ao que havia dito, podendo o ofendido ter interpretado suas palavras de maneira errônea.

**Natureza jurídica.** Afirma o art. 107, VI, CP:

**Art. 107, CP.** Extingue-se a punibilidade:

[...]

VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei admite.

Portanto, trata-se de causa de extinção da punibilidade.

**Ação penal.** Afirma Bittencourt:

“A doutrina e a jurisprudência, de modo geral, sustentam que a retratação somente é admissível nos crimes de exclusiva iniciativa privada, exatamente porque a lei se refere somente a ‘querelado’, e este só existe nessa espécie de ação penal. Mas os tribunais também já andaram admitindo que a retratação pode existir independentemente de tratar-se de ação privada ou pública condicionada.”

**Aplicação.** Somente caberá nos crimes de calúnia e difamação, pois estes são determinados pela execução de fatos. Caberá ao agente retratar-se quando à intenção ou entendimento das suas palavras.

**Ofensa por meios de comunicação.** Quando a ofensa é proferida em ambiente recluso, é fácil que haja o alcance de todos os conhecedores do fato. Quando a ofensa é proferida mediante os meios de comunicação, principalmente por meio de redes sociais, o conhecimento acerca da retratação é de maior dificuldade. Por isso, nestes casos, é possível que o ofendido exija que a retratação seja feita, da mesma forma, através dos meios de comunicação em questão.

**Momento processual.** É necessário que o agente se retrate anteriormente a sentença em 1º grau, visto que a retratação posterior não anula sentença já proferida.

**Interpelação judicial.** *Pedido de explicações em juízo.* Da mesma forma que a retratação, será usada em possíveis frases proferidas de maneira dúbia, ambígua, podendo-se retirar delas uma intenção de difamar, injuriar ou caluniar, neste caso.

O ofendido interpelará pelas explicações, podendo dar explicações ou não o agente.

Caso haja explicações, caberá ao próprio ofendido o juízo de equivocidade, ou seja, ou seja, caberá ao ofendido chegar a conclusão de que cometeu um equívoco quanto ao entendimento da intenção das palavras. Contudo, sempre será do juiz a última palavra acerca da aceitação ou não das explicações para o prosseguimento ou não do processo em questão.

**Recusa quanto às explicações.** O Código apresenta uma redação infeliz, pois dá a entender que a recusa do ato de dar explicações configura o agente, automaticamente, como ofensor, de fato, devendo responder pela ofensa que cometeu. Porém não é isso que acontece: uma vez que o ofensor não dê explicações, a vítima deverá entrar com queixa-crime, iniciando-se o processo.

Acerca disso, afirma Damásio:

“A redação do dispositivo é imperfeita. Sua segunda parte dá a entender que se o pretense ofensor se recusa a dar explicações em juízo, ou as dá insatisfatórias, o juiz pode condená-lo no processo do pedido. Isso, porém, não ocorre. O pedido de explicações em juízo segue o rito processual das notificações avulsas. Requerido, o juiz determina a notificação do autor da frase para vir explicá-la em juízo. Fornecida a explicação, ou no caso da recusa, certificada esta nos autos, o juiz simplesmente faz com que os autos sejam entregues ao requerente. Com eles, aquele que se sentiu ofendido pode ingressar em juízo com ação penal por crime contra a honra ou requerer a instauração de inquérito policial. De notar-se que o juiz não julga a recusa ou a natureza das explicações. Havendo ação penal, é na frase do recebimento da queixa que o juiz, à vista das explicações, irá analisar a matéria, recebendo a peça inicial ou a rejeitando, considerando, inclusive, para isso, as explicações dadas pelo pretense ofensor.”

## 8.7. Ação penal nos crimes contra a honra

**Art. 145, CP.** Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do artigo 140, §2º, da violência resulta lesão corporal.

**Parágrafo único.** Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do *caput* do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do §3º do art. 140 deste Código.

Portanto:

