

NÉLSON HUNGRIA

Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal.
Membro da Comissão Elaboradora dos Anteprojeto da Lei das Contravenções
Penais e do Código de Processo Penal. Ministro do Supremo Tribunal Federal

MIGUEL REALE JÚNIOR

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo (USP)

LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

Professor Doutor de Direito Penal da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo (USP)

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL

Dec.-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940

Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984

Volume V

Arts. 121 a 136

5ª edição

GZ
EDITORA

Rio de Janeiro
2018

CAB
EDITORA

PRIMEIRA PARTE

Nélson Hungria

INTRODUÇÃO

CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES EM ESPÉCIE

BIBLIOGRAFIA – Rocco (Arturo), *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1932, n. 192 e ss.; Florian, *Introduzione ai delitti in specie*, 1915, p. 3 e ss.; Von Liszt, *Tratado de Direito Penal alemão*, trad. de José Higino, tomo II, § 79; Liszt-Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal alemão)*, 1927, p. 454 e ss.; Lombardi, *Costume sociale e delinquenza*, 1933, p. 441 e ss., e *Delitti contro la fede pubblica*, in *Trattato de Florian*, 1935, p. 101 e ss.; Montesquieu, *L'esprit des lois*, ed. Génève, 1771, t. II, p. 9; Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 25; Carrara, *Programma*, 1906, § 108; Pessina, *Elementi di diritto penale*, v. II, *Introduzione*; Manzini, *Trattato di diritto penale*, 1934, v. IV, n. 727; Maggiore, *Principii di diritto penale*, v. II, *Introduzione*; Merkel, *Derecho penal*, trad. esp. de Dorado, § 108; Stoos, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts (Tratado de direito penal austríaco)*, 1918, § 84; Hafter, *Schweizerisches Strafrechts, besonderer Teil (Direito penal suíço, parte especial)*, 1937, § 1º; Thormann e Overbeck, *Das schweizerische Strafgesetzbuch (Código penal suíço)*, 1940, 2º volume, *Introdução*; Galdino Siqueira, *Direito penal brasileiro, parte especial, Introdução*; Sabatini, in *Il Codice Penale de Ugo Conti*, v. II, n. 1 e 2; Frank, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich (O código penal do império alemão)*, 1908; Logoz, *Commentaire du code pénal suisse*, 1940; Antolisei (F.), *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, 1954; Maurach, *Deutsches Strafrecht, besonderer Teil*, 1953.

COMENTÁRIO

1. A classificação dos crimes em espécie, segundo um critério sistemático, é exigência de técnica legislativa. Não se trata de um tema fundamental de direito penal. Certamente, não pode este, como ciência, desdenhar critérios fixos de orientação; mas, como observa Maggiore, a ciência do direito penal não decairia de sua importância se os crimes fossem, ao invés de coordenados sistematicamente, “distribuídos numa ordem qualquer, mesmo a alfabética”.

A vantagem prática da classificação das entidades criminais, dentro da lógica de um sistema, é prestar um auxílio mnemônico aos que consultam o Código Penal. Seria de difícil trato um código que deixasse de catalogar, de

maneira mais ou menos racional, os “tipos” de crimes. Antes das primeiras codificações penais, não se conhecia uma classificação de crimes afeiçãoada aos moldes de um sistema orgânico. Predominavam na espécie, até então, critérios empíricos meramente formais ou demasiadamente genéricos. O direito romano distinguia entre *delicta publica* e *delicta privata*, conforme a respectiva acusação e processo coubessem a qualquer do povo ou somente à parte ofendida. Afora esse mesmo critério *processualístico*, os criminalistas práticos da Idade Média não cuidaram de sistema algum na enumeração dos crimes. Quando muito, alinhavam-nos em ordem alfabética, como fez Julius Clarus na sua *Practica Criminalis*, começando pelo *adultério* e rematando com a *usura*.

Só no século da Renascença, quando o pensamento humano se libertou da diretriz escolástica, é que se esboçaram critérios de classificação menos *extrínsecos* que os das fontes romanas. Grotius e Puffendorf foram os primeiros a tentar uma classificação de cunho sistemático. O primeiro, tomando por base o *Decálogo*, dividia os crimes conforme sua gravidade; o segundo repartia-os em seis categorias: crimes contra Deus, crimes contra a sociedade e o Estado, crimes contra o indivíduo (*vita et membra non vitalia*), (crimes contra a família, crimes contra *alias res expetibiles*, (crimes patrimoniais) e crimes contra a honra e a boa fama.

Beccaria, o célebre pioneiro do direito penal moderno, assim classificava os crimes: a) crimes que atacam diretamente a sociedade ou quem a representa; crimes que ofendem o indivíduo na sua vida, bens e honra; c) crimes contrários ao que todo cidadão deve ou não fazer no sentido do bem público.

Gradativamente, foi sendo fixado o racional critério de classificar os crimes segundo a sua objetividade jurídica (isto é, tendo-se em vista o bem ou interesse jurídico tutelado pela lei penal e que o crime ofende ou põe em perigo), o que, aliás, já acenava o direito canônico: *qualitas delicti desumenda est ex objecto legis*. Filangieri assim o formulava: “A divisão geral dos crimes consiste, afinal, em reduzir a algumas classes os crimes, segundo o seu objeto. A divindade, o *Princeps*, a ordem pública, a fé pública, o direito das gentes, a boa ordem das famílias, a vida, a dignidade, a honra, a propriedade privada de todos os membros da sociedade formam os objetos dos nossos deveres e dos nossos costumes sociais.”

Carrara distinguia os crimes em *naturais* e *sociais*: *naturais* os que lesam imediatamente um direito do indivíduo como tal ou atribuído a este pela própria lei da natureza (vida, integridade pessoal, honra, liberdade, direitos de família, propriedade); *sociais* os que ofendem imediatamente um direito nascido do estado de associação e comum a todos os membros da

coletividade (justiça, moral pública, tranquilidade pública, fé pública, saúde pública, religião, monopólios do Estado, direitos políticos).

Igualmente, Pessina fala em crimes *contra o direito individual* e crimes *contra o direito social*. Assim formulado, o critério distintivo ressen-te-se da doutrina do direito natural, que admitia a errônea concepção de direitos inatos ou preexistentes à vida em sociedade. O indivíduo só tem direitos como membro da comunhão social. Além disso, cumpre acentuar que o direito penal não protege interesses jurídicos do indivíduo (ainda quando constituam *direitos subjetivos*) porque sejam tais, mas somente *per accidens*, isto é, somente quando e enquanto coincide a sua proteção com a do interesse social. A reforçada tutela penal somente diz com interesses *socialmente* relevantes. Um interesse jurídico dos indivíduos *uti singuli* só *eventualmente*, e não necessariamente é objeto de proteção penal e penalmente indiferente à lesão de um interesse individual que não gravite na órbita do interesse social.

Franz von Liszt classifica os crimes em *crimes contra os bens jurídicos do indivíduo* (crimes contra o corpo e a vida, crimes contra os bens incorpóreos, crimes contra os direitos autorais, crimes contra os direitos patrimoniais) e *crimes contra os bens jurídicos da coletividade* (crimes contra o Estado, crimes contra o poder público, crimes contra a administração pública). Outros tratadistas preferem uma divisão tripartida: crimes contra os interesses do indivíduo, crimes contra os interesses da coletividade e crimes contra os interesses específicos do Estado (Frank, Hafter).

Pelo seu minucioso rigor sistemático, ressaí a classificação proposta por Arturo Rocco. Partindo de um conceito de Jhering e de Von Liszt, o insigne penalista italiano acentua que a existência humana é o centro de irradiação de todos os bens ou interesses juridicamente protegidos (entendendo-se por *bem* tudo aquilo que pode satisfazer a uma necessidade humana e por *interesse* a avaliação subjetiva do bem como tal); mas, como a existência humana se apresenta, ora como existência do homem individualmente considerado, ora como existência do homem em estado de associação com outros homens, isto é, como coexistência ou convivência dos homens em sociedade, segue-se a distinção entre bens ou *interesses jurídicos* individuais e bens ou *interesses jurídicos coletivos*. A essa distinção deve corresponder a distinção dos crimes, pois estes são lesões ou criam perigo de lesão aos bens ou interesses jurídicos que, segundo a triagem feita pelo legislador, merecem a enérgica tutela penal. Os bens ou interesses jurídicos penalmente protegidos podem ser alinhados na seguinte gradação: 1º) os relativos ao indivíduo; 2º) os relativos à família; 3º) os relativos à sociedade; 4º) os relativos ao Estado; 5º) os relativos à sociedade dos Estados. Os bens ou interesses jurídicos do indivíduo são: *materiais pessoais* (vida, integridade pessoal); imateriais ou

morais pessoais (honra, liberdade); patrimoniais (propriedade, posse), ou mistos (direitos autorais). Os bens ou interesses jurídicos da família ou se referem à sociedade conjugal (vínculo monogâmico, fidelidade conjugal), ou à sociedade familiar em sentido amplo (moral familiar, *status familiae*, assistência familiar). Os bens ou interesses jurídicos da sociedade referem-se a esta como *unidade sociológica* (distinta dos membros que a compõem e distinta do Estado, que é a sua síntese orgânica). Tais são: a ordem pública, a fé pública, a incolumidade pública, a moral pública, a religião.

Os interesses ou bens jurídicos do Estado são: 1º – bens ou interesses jurídicos públicos do Estado, que se subdividem em: a) bens ou interesses políticos do Estado (unidade, integridade, independência e honra do Estado; fidelidade e obediência ao Estado etc.); b) bens ou interesses referentes à atividade administrativa do Estado; c) bens ou interesses jurisdicionais do Estado ou relativos à administração da justiça; 2º – bens ou interesses públicos do indivíduo (liberdades políticas, direitos eleitorais); 3º – bens ou interesses jurídicos públicos de um Estado estrangeiro (honra dos Estados estrangeiros, paz internacional). Os bens ou interesses jurídicos da sociedade dos Estados correspondem às necessidades sempre crescentes da existência da comunhão internacional (segurança dos transportes por mar, prevenção contra moléstias contagiosas, incolumidade dos cabos submarinos etc.).

Contra a *communis opinio* e o *jus positum*, que referem a classificação dos crimes à sua objetividade jurídica, insurge-se Lombardi, propondo que se funde nos *motivos* o critério informativo dessa classificação.

Segundo o professor da Universidade de Nápoles, os crimes deviam ser divididos em cinco grupos: *crimes culposos* (que, aliás, *de lege ferenda*, deviam ser excluídos dos códigos penais, passando à categoria de simples delitos civis), *crimes originados do instinto de conservação ou da paixão instintiva, da ira ou da ebriedade produzida pelo álcool ou substância estupefaciente*, *crimes sexuais* (produzidos pelo instinto da *libido*), *crimes oriundos da vaidade, da ambição, da inveja, do fanatismo, do mórbido desejo de notoriedade e, finalmente, crimes provocados pela cobiça e avareza*.

É de convir, porém, consoante a crítica de Florian, que o critério do *motivo* é imperfeito e conduz à perplexidade. O mesmo *movens* (por exemplo, o *intuito de lucro*) pode inspirar crimes de natureza diversíssima, e, reciprocamente, crimes da mesma índole, como, *verbi gratia*, os *homicídios* podem ser determinados pelos mais variados motivos. Além disso, é muitas vezes difícil, senão impossível, na prática, descobrir-se ou fixar-se, de modo Inequívoco, o móvel do crime.

O novo Código Penal brasileiro manteve o critério tradicional de classificar os crimes segundo sua objetividade jurídica; mas, divergindo do Código de 90, começa pelas crimes contra os interesses ou bens jurídicos individuais (*crimes contra a pessoa* e *crimes patrimoniais*) até chegar aos crimes contra os interesses do Estado como *poder administrativo* (não cuida o Código dos crimes contra a personalidade do Estado ou crimes político-sociais, que continuam sendo objeto de legislação especial). Entre essas duas classes, figura a dos crimes contra os bens ou interesses jurídicos da *sociedade* (entendida esta como *comunhão civil* ou *povo*). Cumpre notar que os crimes contra a *família* estão englobados com os crimes contra a sociedade: os interesses jurídicos daquela são uma subclasse dos interesses jurídicos de ordem geral. Desde a Constituição de 37, a família está colocada sob a “proteção especial do Estado”, e vem assumindo, através da legislação ordinária, o cunho de uma verdadeira instituição pública.

A ordem de classificação adotada pelo Código não só corresponde à ordem de *apresentação histórica* dos crimes (os atentados contra a pessoa foram, presumivelmente, as formas primitivas da criminalidade), como atende ao critério metodológico de partir do mais simples para atingir o mais complexo.

A “Parte Especial” divide-se em onze títulos, com as seguintes rubricas:

Dos crimes contra a pessoa;

Dos crimes contra o patrimônio;

Dos crimes contra a propriedade imaterial;

Dos crimes contra a organização do trabalho;

Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos;

Dos crimes contra os costumes;

Dos crimes contra a família;

Dos crimes contra a incolumidade pública;

Dos crimes contra a paz pública;

Dos crimes contra a fé pública;

Dos crimes contra a administração pública.

PARTE ESPECIAL

TÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

2. A pessoa humana, sob o duplo ponto de vista material e moral, é um dos mais relevantes objetos da tutela penal. Não a protege o Estado apenas por obséquio ao indivíduo, mas, principalmente, por exigência de indeclinável interesse público ou atinente a elementares condições da vida em sociedade. Pode dizer-se que, à parte os que ofendem ou fazem periclitar os interesses específicos do Estado, todos os crimes constituem, em última análise, lesão ou perigo de lesão contra a *pessoa*. Não é para atender a uma diferenciação essencial que os crimes particularmente chamados *contra a pessoa* ocupam setor autônomo entre as *species delictorum*. A distinção classificadora justifica-se apenas porque tais crimes são os que *mais imediatamente* afetam a pessoa. Os bens *físicos* ou *morais* que eles ofendem ou ameaçam estão intimamente consubstanciados com a personalidade humana. Tais são: a *vida*, a *integridade corporal*, a *honra* e a *liberdade*.

A *vida* é pressuposto da personalidade e é o supremo bem individual. A *integridade corporal* é condição de plenitude da energia e eficiência do indivíduo como pessoa natural. Tutelando esses *bens físicos* do indivíduo, a lei penal está servindo ao próprio interesse do Estado, pois este tem como elemento primacial a *população*, e à sua prosperidade não é indiferente a saúde ou vitalidade de cada um dos membros do corpo social. E por isso mesmo que correspondem a interesses imediatos ou diretos do Estado, esses bens são inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis por parte do indivíduo. Representam o conteúdo de direitos subjetivos que a lei penal considera intangíveis, ainda quando preceda, para o seu ataque, o consentimento do *sub-jectum juris*¹.

1 O novo Código não contém um dispositivo geral sobre o *consentimento do ofendido*. Nem era isso preciso. Sustentando uma crítica que fizéramos ao anteprojeto Alcântara Machado, assim nos externamos: “Entre as causas objetivas de exclusão de crime, o anteprojeto, no art. 15, n. 1, inclui o *consentimento do ofendido*, quando o objeto do crime for um bem ou interesse jurídico de que o respectivo titular possa validamente dispor. Critiquei o dispositivo por supérfluo. Raciocinemos. Como é elementar, o direito penal não protege interesses individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidentes com o interesse público ou social; mas, em certos casos, por exceção, condiciona a existência do crime ao dissenso do lesado. Assim, nos crimes patrimoniais e, em geral, naqueles em que o *constrangimento*, o *engano* ou o *arbitrio* por parte do agente entram como condições essenciais. Em tais casos, o não consentimento do ofendido é *elemento*

O novo Código, neste particular, é mais radical que o anterior: não se recusa *privilegium* ao homicídio ou à *violatio corporis* do *consensiente*² e incrimina o simples induzimento ou auxílio ao suicídio (posto que este se consume ou de sua tentativa resulte lesão corporal grave), como também não faz transigência alguma com a violência praticada em “duelo”.

A *honra* e a *liberdade*, por sua vez, são *bens morais* necessários a cada indivíduo, para o fim de sua tranquila participação e êxito no convívio social. E também incidem na órbita finalística do Estado, que, resguardando-os, preserva a paz e a ordem sociais, pois tende a evitar motivos de cizânia entre os indivíduos e a arbitrária interferência de uns na esfera de atividade lícita de outros. Como em geral os direitos de personalidade ou inerentes à pessoa, à honra e à liberdade não podem ser objeto de “negócio jurídico”; mas, como

constitutivo do crime. Ora, se o inciso n. I do art. 15 a eles se refere, sua superfluidade salta aos olhos. É meridianamente claro que se não pode reconhecer a criminalidade de um fato que carece de uma das condições *sine quibus* da sua qualificação legal como crime. O axioma não precisa ser trazido para o texto da lei. O Sr. Alcântara Machado, entretanto, entende que podem apresentar-se outros casos em que o consentimento do ofendido seja excludente do crime. Quais são eles?

Por isso mesmo que se trata de uma exceção ao caráter *publicístico* do direito penal, só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico renunciável, a exclusivo arbítrio do seu titular, estritos casos em que a própria lei penal, na sua parte especial, explícita ou implicitamente, o reconheça.

Não há investigar alhures as hipóteses de *livre disponibilidade* de direitos penalmente tutelados. É este o ponto intransponível para os que, seduzidos pelas chamadas *questões elegantes* de interpretação do *ius positum*, defendem o critério aceito pelo ilustre projetista... O Sr. Alcântara Machado faz alusão especial à *violência esportiva* e ao *dano*. No primeiro caso, não é o consentimento do ofendido que exclui a punibilidade ou o crime, mas a ausência de *voluntas sceleris* ou, se se repele a noção normativa do dolo, a *licitude objetiva* da ação dirigida ao evento lesivo (o esporte violento é permitido e regulado pela própria lei do Estado). No segundo caso, o consentimento do ofendido exclui a injuricidade penal, porque o *dano* é crime patrimonial, que pressupõe, *per definitionem*, a vontade contrária do lesado... A razão está com Paoli (*Il consenso dell'offeso nel progetto preliminare*. Rocco, in *Scuola Positiva*, 1928, p. 207 e ss.): “[...] o consentimento do ofendido não tem jamais o prestígio de excluir a ilicitude da lesão de um bem jurídico protegido pela lei penal, senão quando esta assim o disponha, e isso em razão do interesse público, sempre direto e imediato, que a lastreia.” Veja-se, sobre o tema, O. Stevenson, *Da exclusão de crime*, p. 113 e ss.

2 A Exposição de motivos cita como exemplo do *delictum exceptum*, a que se refere o § 1º do art. 121, o homicídio eutanásico ou por piedade, que, segundo as legislações que expressamente o contemplam, é condicionado à súplica da vítima; mas, aqui, não é o consentimento da vítima que justifica a atenuação da pena, senão a nobreza do motivo determinante.

a tutela penal, na espécie, é concedida, principalmente, pelo fim político de prevenir discórdias (*ne cives ad arma. veniant*) ou indébitos entraves ao jogo normal das atividades coexistentes, desaparece a *ratio essendi* da incriminação, desde que as ofensas à honra ou à liberdade individual anteceda o consentimento do paciente, e o fato não se apresente *contra bonos mores*.

O Código, como já vimos, dedica aos “crimes contra a pessoa” o Título I da sua “Parte Especial”. Subdivide-se o título em seis capítulos, na seguinte ordem:

- I – Dos crimes contra a vida;
- II – Das lesões corporais;
- III – Da periclitacão da vida e da saúde;
- IV – Da rixa;
- V – Dos crimes contra a honra;
- VI – Dos crimes contra a liberdade individual.

O capítulo VI, por sua vez, desdobra-se em quatro *seções*:

- I – Dos crimes contra a liberdade pessoal;
- II – Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio;
- III – Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência;
- IV – Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.

O Código de 90 alinhava em títulos distintos do reservado aos crimes contra a pessoa (“crimes contra a segurança da pessoa e vida”) os crimes contra a liberdade Individual (“crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais”) e os crimes contra a honra (“crimes contra a honra e boa fama”). Não se justificava a separação. Trata-se de crimes ligados pelo mais estreito parentesco. Como justamente acentua o Ministro Campos, na *Exposição de motivos* que acompanhou o projeto definitivo do novo Código, “a honra e a liberdade são interesses ou bens jurídicos inerentes à pessoa, tanto quanto o direito à vida ou à integridade física”.

Já não consagra o novo Código um capítulo especial ao “duelo”, deixando, assim, de seguir o exemplo do Código anterior, que chegava a cuidar quase *reglamentariamente* dos trâmites e circunstâncias do duelo e considerava *delicta excepta* o homicídio e a lesão corporal decorrentes do *cavalheiresco* encontro armado. Explicando o repúdio a tal critério de tolerância para com o duelo, assim se exprimiu a *Exposição de motivos*: “Sobre tratar-se de um fato inteiramente alheio aos nossos costumes, não há razão convincente para que se veja no homicídio ou ferimento causado em duelo um crime *privilegiado*: com ou sem as *regras cavalheirescas*, a destruição da vida ou lesão da integridade física de um homem não pode merecer transigência alguma

do direito penal. Pouco importa o *consentimento recíproco* dos duelistas, pois, quando estão em jogo *direitos inalienáveis*, o *mutuus consensus* não é causa excludente ou sequer minorativa da pena. O desafio para o duelo e a aceitação dele são, em si mesmos, fatos penalmente indiferentes; mas, se não se exaurem como simples jactância, seguindo-se-lhes efetivamente o duelo, os contendores responderão, conforme o resultado, por *homicídio* (consumado ou tentado) ou lesão corporal (isto é, como homicidas ou *vulneratores* comuns). Durante os 50 anos de vigência do Código Batista Pereira, os duelos no Brasil não passaram de casos esporádicos, oriundos de exasperado *cabotinismo*.

Conservar no texto do novo Código a outorga de tratamento especialmente benigno à violência praticada em duelo não seria mais do que persistir na preocupação simiesca e ridícula de imitar critérios legislativos de outros países, em torno de um fato que jamais entrou em nossos hábitos sociais. E seria de todo desaconselhável que a nossa lei penal continuasse, com uma sugestão indireta, a contribuir para o advento, entre nós, do espírito de truculência na solução das questões pessoais – espírito que, culminando na Alemanha de Hitler, levou Hans Kerl, no *Memorial prussiano* sobre o direito penal nacional-socialista, a proclamar a legitimidade do duelo: “O direito penal do novo Estado não pode submeter à pena um fato profundamente radicado no seio do povo e que, como expressão de virilidade e bravura, depara crescente reconhecimento e apoio por parte da coletividade³.

E dizer-se que foi para isto que o mundo viveu vinte séculos de cristianismo...

3 “Das Strafrecht des neuen Staat kann nicht unter Strafe stellen, was tiefen im Volkstum wurzelt und was als Ausfluss mannhaften und wehrhaften Geistes in der Volksgemeinschaft weitreichende Anerkennung und Billigung findet.”