

ISBN 978-85-02-04194-3 obra completa
ISBN 978-85-02-18891-4 volume 2

— São Paulo — SP

Bitencourt, Cezar Roberto

Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa / Cezar Roberto Bitencourt.
— 13. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.653, 12.720 e 12.737, de 2012 — São Paulo : Saraiva, 2013.

Bibliografia.

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil

I. Título.

CDU-343(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito penal 343(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Lígia Alves
Editora Thaís de Camargo Rodrigues
Assistente editorial Aline Darcy Flôr de Souza
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia
Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan
Liana Ganiko Brito
Arte e diagramação

- Campo Grande

ção, de dois meses a
um a quatro anos, se
doze anos, se resulta
na for menor de qua-
e, f e h, não incidem,
a qualquer condição

RIXA

XV

Sumário: 1. Considerações preliminares. 2. Bem jurídico tutelado. 3. Sujeitos ativo e passivo. 4. Participantes da rixa. 5. Tipo objetivo: adequação típica. 6. Tipo subjetivo: adequação típica. 7. Consumação e tentativa. 8. Rixa e legítima defesa. 9. Classificação doutrinária. 10. Figuras qualificadas. 11. Pena e ação penal.

CAPÍTULO IV
DA RIXA

Rixa

Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

Parágrafo único. Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

1. Considerações preliminares

A criminalização da rixa, como crime autônomo, é relativamente recente. O Direito Romano não criminalizava a rixa como tal, limitando-se a disciplinar as lesões corporais graves ou o homicídio que, eventualmente, pudessem decorrer dela. Quando esses crimes ocorressem durante uma rixa investigava-se a possibilidade de atribuí-los a todos os participantes ou se buscava, quando possível, descobrir os causadores dos ferimentos¹.

Na Idade Média algumas legislações adotavam o critério romanístico, embora os práticos, em geral, preferissem o *princípio da solidariedade*, segundo o qual, na dúvida quanto à autoria, aplicavam a todos os participantes uma pena extraordinária, mais branda que a do homicídio. Mas, a exemplo do Direito Romano, a rixa não passava de oportunidade para o homicídio, não sendo criminalizada isoladamente. Com o surgimento das codificações penais, adotaram-se, basicamente, dois sistemas: um que disciplinava o *homicídio* ou *lesão corporal grave em rixa* e outro,

1. *Digesto*, 48, 8, 17.

a participação em rixa, como crime autônomo. Segundo Hungria, "O primeiro, por sua vez, apresenta duas formas: a da *solidariedade* (Códigos da Suécia e do Cantão de Friburgo) e a da chamada 'cumplicidade correlativa' (Códigos austríaco, húngaro e espanhol). Duas modalidades, igualmente, apresenta o segundo sistema: o da punibilidade da rixa em si mesma quando ocorra homicídio ou lesão corporal (Códigos alemão, holandês e italiano de 1889) e o da punibilidade da rixa simples, funcionando o eventual resultado letal ou lesivo como *condição de maior punibilidade*, ressalvada a responsabilidade individual do autor do homicídio ou lesão (Código do Cantão de Vaud, de 1844)"².

No Brasil, os Códigos de 1830 e de 1890 não tratavam do crime de rixa ou do próprio homicídio praticado em rixa. Finalmente, o Código Penal de 1940 introduziu no Direito brasileiro o crime de rixa, autonomamente, desvinculando-o, portanto, do homicídio e da lesão corporal grave. Assim, o atual Código não recepcionou os conhecidos sistemas da *solidariedade absoluta* e da *cumplicidade respectiva*, pelo primeiro, todos os rixosos respondem pelo homicídio ou lesão grave, se ocorrer durante a rixa; pelo segundo, não sendo apurados os autores dos ferimentos causadores da morte ou das lesões graves, todos responderiam por esse resultado, fixando-se, porém, a pena num termo médio entre a que caberia ao autor e aquela que se aplicaria ao partícipe (sistema adotado pelo Código Zanardelli de 1889). O atual Código brasileiro preferiu o sistema da *autonomia*, incriminando a rixa, independentemente da morte ou lesão grave, que, se ocorrerem, somente qualificarão o crime.

2. Bem jurídico tutelado

Apesar de a rixa ameaçar e perturbar a ordem e a paz públicas, não são esses os bens jurídicos protegidos ou, pelo menos, não são predominantes na fundamentação da criação do crime de rixa.

Mas, a exemplo do que ocorre com os tipos penais dos arts. 133 e 134, neste não há referência expressa de perigo para a vida ou a saúde da vítima. Adotamos aqui os argumentos que utilizamos ao examinarmos o crime de *abandono de incapaz*. Assim, embora a descrição típica não se refira expressamente à vida ou à saúde do agente, sua preocupação com esses bens jurídicos está exatamente na punição da *simples participação na rixa*, pois o legislador reconhece que esta possibilita, em tese, a produção de maiores danos à integridade físiopsíquica do indivíduo. E a própria posição geográfica desse tipo penal, a exemplo dos antecedentes, admite a afirmação de que a objetividade jurídica é efetivamente a incolumidade da pessoa humana. Na verdade, embora a rixa seja um crime de perigo para a integridade físico-psíquica, a grande preocupação está no dano que dela pode resultar.

2. Néelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. 6, p. 10-1.

Sujeitos ativo e
Os participantes da rixa sa
ção aos outros: rixa é crime
de no mínimo, três contendore
de sua própria, ninguém pode se
za em relação conduta. Na r
passivos. Os rixosos agem uns
passivo do mesmo crime.

Secundariamente, pode-s
que, inevitavelmente, acaba
proteção jurídica. Trata-se,
abul e, secundariamente, co
Os próprios rixosos são
participantes que possam ser at
inclusive, alguém estranho

4. Participantes da

O Código Penal brasil
morte ou das lesões, se ho
fato de ter participado d
uma ameaça concreta à
risco a vida e a integridad
anos a ela⁴.

Flávio Queiroz de M
do do imprevisto entre t
imediatamente à integridade
difícilmente essa dificu
crime de rixa, pois, segu
que se conceba a rixa
menos, a participação
sequer seja identificad

A rixa, como crim
participantes, que nu
todo aquele que estive

3. Para aprofundar os
plurissubjetivos, Belo
4. Antonio Magarino
5. Flávio Queiroz de
6. Maggiore, *Diritto*

3. Sujeitos ativo e passivo

Os participantes da rixa são ao mesmo tempo sujeitos ativos e passivos, uns em relação aos outros: rixa é crime plurissubjetivo³, recíproco, que exige a participação de, no mínimo, três contendores, no Direito pátrio, ainda que alguns sejam menores. No entanto, ninguém pode ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo do crime de sua própria conduta. Na realidade, o rixoso é sujeito ativo da conduta que pratica em relação aos demais e sujeito passivo das condutas praticadas pelos demais rixosos. Os rixosos agem uns contra os outros; por isso esse misto de sujeito ativo-passivo do mesmo crime.

Secundariamente, pode-se afirmar que a própria ordem e tranquilidade públicas, que, inevitavelmente, acaba sendo atingida pela rixa, também constitui objeto da proteção jurídica. Trata-se, enfim, de crime de perigo para a vida e a saúde individual e, secundariamente, contra a *incolumidade pública*.

Os próprios rixosos são também sujeitos passivos, além de eventuais não participantes que possam ser atingidos pela rixa. Com efeito, o sujeito passivo pode ser, inclusive, alguém estranho à rixa, que acaba sendo atingido por ela.

4. Participantes da rixa

O Código Penal brasileiro, independentemente de identificar quem é o autor da morte ou das lesões, se houver, pune a todos os participantes da rixa, pelo simples fato de ter participado dela, pois, na visão do legislador brasileiro, ela representa uma ameaça concreta à ordem e segurança públicas e, particularmente, expõe a risco a vida e a integridade fisiopsíquica não só dos rixosos como de terceiros estranhos a ela⁴.

Flávio Queiroz de Moraes definia o crime de rixa como “o conflito que, surgindo do imprevisto entre três ou mais pessoas, cria para estas uma situação de perigo imediato à integridade corporal ou à saúde”⁵. Ora, como na luta de duas pessoas dificilmente essa dificuldade existirá, é natural que não sirva para caracterizar o crime de rixa, pois, segundo Maggiore, razões de ordem filológica e jurídica impedem que se conceba a rixa entre somente duas pessoas⁶. Assim, é indispensável, pelo menos, a participação de três contendores, ainda que qualquer deles seja menor ou sequer seja identificado.

A rixa, como crime de *concurso necessário*, caracteriza-se pela pluralidade de participantes, que nunca poderá ser inferior a três. *Participante*, como regra, será todo aquele que estiver presente no lugar e no momento da rixa e entrar diretamente

3. Para aprofundar os estudos desses crimes, veja-se Sheila Jorge Selim de Sales, *Dos tipos plurissubjetivos*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

4. Antonio Magarinos Torres, *Autoria incerta*, Rio de Janeiro, 1936.

5. Flávio Queiroz de Moraes, *Delito de rixa*, São Paulo, 1946, p. 35.

6. Maggiore, *Diritto Penale*; Parte Speciale, Bologna, 1958, v. 1, t. 2, p. 794.

no conflito ou auxiliando qualquer dos contendores. O fato de tratar-se de um crime de *concurso necessário* não impede, por si só, a possibilidade de existir a *participação em sentido estrito*, uma vez que o *partícipe*, em nossa definição, não intervém diretamente no fato material, “não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que precipua, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade precipua, moral, será perfeitamente possível, especialmente na rixa *ex proposito*. Por exemplo, não responde pelo crime de rixa quem participa somente da discussão, antes do início desta, salvo se, propositalmente, contribuiu para a sua eclosão. Nesse caso, o *partícipe* deverá responder pelo art. 137 combinado com o art. 29, pois a adequação típica de sua conduta é de *subordinação mediata*, depende da conjugação da norma principal — definidora do crime de rixa — com essa norma secundária de caráter extensivo. Caso contrário, a atividade do *partícipe* será uma conduta atípica.

Quem intervém para *separar* os rixosos não infringe o tipo penal, pois falta-lhe o elemento subjetivo, qual seja, a vontade consciente de participar do conflito. No entanto, se o “pacificador” exceder-se do intuito de apartar os rixosos, transformar-se em participante, e deverá responder pelo crime de rixa.

A velha doutrina, por vezes, procurava distinguir “participação na rixa” e “participação no crime de rixa”: na primeira hipótese, há interferência pessoal na rixa, o ingresso efetivo no conflito; na segunda, há o concurso, material ou moral para a rixa, sem, contudo, a intervenção direta nesta⁸; é, em outros termos, a “participação em sentido estrito”. Para fins penais, no entanto, nosso diploma legal faz diferença apenas no caso da segunda hipótese, como já referimos, o art. 137 deve ser conjugado com o art. 29, ambos do Código Penal.

Será atribuída a responsabilidade penal de todos os crimes que um ou alguns dos rixosos praticarem durante a rixa, desde que devidamente identificada a autoria. Responderá o autor identificado em concurso material com a rixa, simples ou qualificada. Excluem-se somente as *vias de fato*, que são integrantes do conteúdo do crime de rixa. Há quem sustente que o rixoso identificado como autor e responsável pelo homicídio ou lesão corporal grave não pode responder, pelo mesmo fundamento, por rixa agravada, pois violaria o princípio *ne bis in idem*⁹, isto é, um mesmo fato não pode fundamentar duas punibilidades. No entanto, esse não é o entendimento sufragado pela maioria da doutrina¹⁰. Na verdade, há uma duplicidade subjetiva do agente, isto é, age com duplo dolo, qual seja, o de participar na rixa e o de causar a lesão grave ou a morte de alguém.

7. Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*; Parte Geral.

8. Nélon Hungria, *Comentários*, p. 22.

9. Euclides Custódio da Silveira, *Crimes contra a pessoa*, p. 217-8.

10. Damásio de Jesus, *Direito Penal*, p. 194; Aníbal Bruno, *Crimes contra a pessoa*, p. 260; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, p. 117-8.

5. Tipo objetivo: adequação típica

Rixa é uma briga entre mais de duas pessoas, acompanhada de vias de fato ou violência recíprocas. Para caracterizá-la é insuficiente a participação de dois contendores, pois aquela se caracteriza exatamente por certa confusão na participação dos contendores, dificultando, em princípio, a identificação da atividade de cada um¹¹. Os rixosos agem individualmente, agredindo-se reciprocamente.

A conduta tipificada é *participar* de rixa, que se caracteriza pela existência de agressões recíprocas generalizadas. Essa *participação* pode ocorrer desde o início do conflito ou integrar-se durante a sua realização, desde que ocorra antes de cessada a luta. Estando definida a posição dos contendores, não haverá rixa. É indispensável que haja violência material, produzindo lesões corporais ou, pelo menos, vias de fato, constituída de empurrões, socos, pontapés, puxões de cabelos etc. Embora o conflito se apresente, geralmente, num "corpo a corpo", poderá configurar-se, a distância, através de tiros, arremesso de pedras, porretes e quaisquer outros objetos¹², pois não é indispensável o contato físico entre os rixosos. A simples altercação, troca de palavras ofensivas, não a caracterizam, ou, na expressão de Hungria, "É preciso que os contendores *venham às mãos*, formando-se o entrevero, ou que, embora sem o *contato dos brigadores*, estes se acometam reciprocamente, por exemplo, com pedradas ou disparos de arma de fogo"¹³. Tratando-se de *disparo de arma de fogo*, convém, no entanto, ter cautela, pois poderá constituir, em si mesmo, crime, como, por exemplo, tentativa de homicídio, perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132), e, especialmente, agora com a "Lei do Porte de Armas" (Lei n. 9.437/97), que criminalizou o disparo de arma de fogo em local habitado ou em via pública (art. 10, § 1º, III).

A rixa simulada não constitui crime, ainda que, eventualmente, resulte alguma lesão. Nessa hipótese, quem produziu a lesão ou concorreu para ela deverá responder a título de culpa, não havendo qualquer outra responsabilidade.

6. Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento *subjetivo* desse crime é o *dolo*, representado pela *vontade e consciência* de participar da rixa, isto é, consiste no conhecimento de que se trata de uma rixa e na vontade consciente de participar dela. A *rixas simulada* não constitui crime, pela ausência do *animus rixandi*, ainda que dessa simulação não sobrevenha lesão corporal grave ou a morte de alguém. Nessa hipótese, os autores deverão responder por lesões corporais ou homicídio, conforme o caso, na modalidade culposa.

11. Ariosvaldo Alves de Figueiredo, *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, 1986, v. 2, p. 88.

12. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*; Parte Speciale, Milano, 1977, p. 100.

13. Nelson Hungria, *Comentários*, 5. ed., v. 6, p. 20-1.

A causa que originou a rixa é irrelevante, e, por outro lado, não se exige qualquer fim especial de agir. Pune-se a simples troca de agressões, independentemente de qualquer dos participantes resultar ferido. O perigo é presumido *juris et de iure*. Não há previsão legal de modalidade culposa de rixa.

7. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de rixa com a eclosão das agressões recíprocas, isto é, quando os contendores iniciam o conflito. Consuma-se no instante em que o participante entra na rixa para tomar parte dela voluntariamente. Magalhães Noronha, ao contrário, sustentava, sem razão: "consuma-se o delito no momento e no lugar onde cessou a atividade dos contendores"¹⁴. Ainda que um dos participantes desista da luta antes de esta ter chegado ao fim, responderá pelo crime, inclusive pela qualificadora (lesão grave ou morte), que pode ocorrer após a sua retirada. Para a consumação da rixa é desnecessário que resulte lesão em qualquer dos rixosos. Pelo princípio da autonomia, adotado pelo nosso Código Penal, a rixa é punida em razão do perigo que a sua prática produz.

Pela natureza complexa da *ação nuclear* é praticamente impossível configurar-se a tentativa, embora fosse admitida por Néelson Hungria, Fragoso, Magalhães Noronha e Damásio de Jesus¹⁵. O exemplo trazido por Hungria não serve, pois, segundo afirmava, seriam dois grupos rivais prestes a iniciar confronto previamente combinado quando são surpreendidos pela polícia. Ora, quando há participação de grupos bem definidos, não há rixa que se caracterize pelo tumulto, pela indeterminação da atividade dos participantes. Ou estaremos diante de atos preparatórios, que são impuníveis, ou poderá haver vias de fato, lesões corporais, homicídio, tentativa, mas não rixa.

Enfim, na rixa *ex improviso* é impossível a tentativa. No entanto, na rixa *ex proposito*, naquela que é previamente combinada, em tese, até se pode admitir a tentativa¹⁶, aliás, repita-se, de difícil configuração.

8. Rixa e legítima defesa

Paira grande desinteligência a respeito da possibilidade de invocar-se legítima defesa no crime de rixa¹⁷. No entanto, a despeito de algumas dificuldades práticas, acreditamos na sua possibilidade. Quem, por exemplo, intervém na rixa em defesa própria ou de terceiros poderá invocar a excludente, pois não há participação em

14. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, p. 117.

15. Néelson Hungria, *Comentários*, p. 28; Heleno Fragoso, *Lições de Direito Penal*, p. 124; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, p. 117; Damásio de Jesus, *Direito Penal*, p. 192.

16. Romeu de Almeida Salles Jr., *Código Penal interpretado*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 382.

17. Contra: Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Dos crimes contra a pessoa*, p. 82; a favor: Aníbal Bruno, *Crimes contra a pessoa*, p. 260; Damásio de Jesus, *Direito Penal*, p. 192-3; Flávio Augusto Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, p. 170-1.

18. Néelson Hungria, *Co*

19. Heleno Cláudio Fra

20. Aníbal Br

rixa sem *animus rixandi*¹⁸. A legítima defesa exclui a antijuridicidade da conduta específica daquele contendor por aquele resultado (lesão grave ou homicídio). No entanto, em razão do resultado agravado, a rixa continuará qualificada.

A reação contra uma suposta agressão — legítima defesa putativa — afasta a tipificação do crime de rixa, ainda que o erro seja evitável, pois, mesmo assim, faltaria a vontade consciente de participar de rixa (erro de tipo permissivo).

9. Classificação doutrinária

A rixa é crime de *concurso necessário* (participação de, pelo menos, três) de condutas contrapostas, pois há reciprocidade de agressões. Os crimes de quadrilha ou bando também são de concurso necessário, mas, diferentemente, são de condutas divergentes; de *perigo abstrato*, presumido *juris et de iure*, que decorre da simples troca de desforço físico, na sua modalidade simples; *instantâneo*, porque se consumam no momento da prática das agressões indiscriminadas; *crime plurissubsistente*, que não se completa com ato único; *doloso*, pois não há previsão de modalidade culposa; *comissivo*, pois só pode ser praticado por meio de uma ação ativa, sendo impossível executá-lo por meio de um não fazer.

10. Figuras qualificadas

A ocorrência de lesão corporal de natureza grave ou morte *qualificam a rixa*, respondendo por ela inclusive a vítima da lesão grave. Mesmo que lesão grave ou a morte atinja estranho não participante da rixa, alguém que passava no local, por exemplo, ainda assim se configura a qualificadora. Quando não é identificado o autor da lesão grave ou homicídio, todos os participantes respondem por rixa qualificada; sendo identificado o autor, os outros continuam respondendo por rixa qualificada, e o autor responderá pelo crime que cometeu em concurso material com a rixa qualificada.

A morte e as lesões graves devem ocorrer durante a rixa ou em consequência dela; não podem ser nem antes nem depois. Assim, se ocorrerem antes não a qualificam, simplesmente porque não foram sua consequência, mas sua causa¹⁹. É indispensável a relação de causalidade, isto é, que a rixa seja a causa do resultado, isto é, da lesão grave ou da morte. A ocorrência de mais de uma morte ou lesão grave não altera a unidade da rixa qualificada, que continua sendo crime único, embora devam ser consideradas na dosimetria penal as “consequências do crime”.

O resultado agravado recairá sobre todos os que dela tomaram parte, inclusive sobre eventuais desistentes. O participante que sofrer lesão corporal grave também incorrerá na pena da *rixa agravada* em razão do ferimento que ele próprio recebeu²⁰. Não é punição pelo mal sofrido, mas pela *participação na rixa*, cuja gravidade é

18. Nelson Hungria, *Comentários*, p. 23.

19. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições*, p. 124.

20. Aníbal Bruno, *Crimes contra a pessoa*, p. 260.

representada exatamente pela lesão que o atingiu. Todos respondem pelo mesmo crime, e, como este resultou agravado pela lesão, acabam respondendo pela gravidade de sua própria lesão. A vítima do ferimento grave foi ela, como poderia ser qualquer outra.

11. Pena e ação penal

A pena é *alternativa*; na figura simples, detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. Nas formas qualificadas — com lesão grave ou morte —, reclusão de seis meses a dois anos.

A ação penal é *pública incondicionada*, sendo desnecessária qualquer condição de procedibilidade para instaurá-la ou, no caso da autoridade policial, para iniciar as investigações.

Art. 138. Ca.
Pena — deten.
(1) Na meso
lga.
(2) É pública
ção da verda
(3) Admitido
— do crime
— do crime
— do crime