

Cezar Roberto Bitencourt

CORTESIA
DA
EDITORA E DO AUTOR

Tratado de *Direito Penal*

PARTE ESPECIAL

4

DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
ATÉ DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

7ª edição

revista, ampliada e atualizada de acordo
com as Leis n. 12.720 e 12.737, de 2012

2013

 Editora
Saraiva

juicidade
processos em
exposição da
os respectivos
esso legal.

BIGAMIA

XVIII

Sumário: 1. Considerações preliminares. 2. Bem jurídico tutelado. 3. Sujeitos do crime. 4. Tipo objetivo: adequação típica. 5. Tipo subjetivo: adequação típica. 6. Consumação e tentativa. 7. Classificação doutrinária. 8. Pena e ação penal.

TÍTULO VII

DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA

CAPÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA O CASAMENTO

Bigamia

Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

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

§ 1º Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

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

1. Considerações preliminares

Com as formalidades legais exigidas para a celebração do casamento, este tipo de infração penal foi perdendo atualidade, ante as dificuldades formais para realizar o matrimônio, tornando-se, enfim, um crime relativamente raro.

Desde Roma, que adotava o casamento monogâmico, sempre foi considerado o segundo casamento um fato juridicamente ilícito, embora fosse naturalmente tolerado. Ao tempo da República e ao início do Período Imperial, o segundo casamento não era punido, a menos que constituísse adultério. “*Deocleciano*, em 285 d.C., incriminou especificamente a bigamia, deixando a pena ao arbítrio do juiz (Cód. 5, 5, 2), visando combater a poligamia, que era então praticada em várias províncias do Império Romano”¹.

1. Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 3, p. 203: “É possível a participação de terceiros nos fatos definidos no *caput* e no § 1º. Se, por exemplo, ele induz o casado à bigamia, incide no *caput*. Se aconselha o não casado, responde nos termos do § 1º”.

ulo correrão em

O Código francês de 1791 punia a bigamia com pena de prisão a ferros, por doze anos. O Código Napoleônico de 1810 criminalizava a bigamia e cominava-lhe a pena de trabalhos forçados temporários, cuja sanção podia ser estendida ao oficial público que contribuísse para a celebração do segundo casamento.

As Ordenações Filipinas criminalizavam a bigamia e cominavam-lhe a pena de morte. Nosso Código Criminal Imperial, inspirado no Código Napoleônico, punia o crime de bigamia com a pena de prisão e trabalhos temporários, além de multa. Finalmente, o Código Penal de 1890 punia o crime de *poligamia*, com prisão celular de um a seis anos. Com essa equivocada redação, referido diploma legal dava a impressão que a primeira bigamia não era punível. Nosso Código Penal de 1940 corrigiu os equívocos do diploma anterior e retomou a definição correta de bigamia, não deixando dúvida quanto a sua punição.

2. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é o interesse do Estado em proteger a organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico, que é adotado, como regra, nos países ocidentais. Tutela-se, igualmente, a organização da família, que é a célula máster da sociedade. Nesse sentido, já era o magistério de Heleno Fragozo, que sentenciava: "é evidente, porém, que o interesse superior ofendido com a ação imcriminada é a organização da família, no particular aspecto da ordem jurídica matrimonial. Com as formalidades legais exigidas para a celebração do casamento, este crime é hoje relativamente raro"².

3. Sujeitos do crime

Sujeito ativo é a pessoa que, sendo casada, contrai novo matrimônio, ou que, sendo solteira, viúva ou divorciada, contrai núpcias com pessoa que sabe ser casada (§ 1º). A bigamia é crime bilateral ou de concurso necessário, isto é, exige a intervenção de duas pessoas, mesmo que uma delas não seja imputável ou impedida de contrair núpcias. Admitimos normalmente a possibilidade de ser aplicado o instituto do concurso eventual de pessoas³.

Sujeitos passivos são, segundo a doutrina, o Estado e a família, e, secundariamente⁴, o cônjuge do primeiro casamento e o contraente do segundo, desde que de boa-fé. Sustentamos, no entanto, que sujeitos passivos são quem contrai matrimônio com pessoa que desconhece ser casada e o consorte do matrimônio anterior. Ao contrário do que normalmente sustenta a doutrina, ninguém tem mais interesse na legitimidade da celebração matrimonial que o próprio indivíduo que o contrai. O

2. Heleno Claudio Fragozo, *Lições de direito penal*; Parte Especial, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, v. 2, p. 92.

3. Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 3, p. 203: "É possível a participação de terceiro nos fatos definidos no *caput* e no § 1º. Se, por exemplo, ele induz o casado à bigamia, incide no *caput*. Se aconselha o não casado, responde nos termos do § 1º".

4. Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal*, p. 314.

Estado, P
instituições
te violado
cado o ent
considera
nador com
rada como
mília, que
não o obje
tender que

4. Tipo

A con
núpcias, se
Deixa de e
ou o poste
exija expre
essa valida
suposto do
nesse tipo
não serve c
razões, se
crime de bi
tinguir-se-á
por motivo

Se hou
suspensa, p
Código de L
mia, por tra

Atos pr
de documen
mento, fals
curso ma
ignorar que
proclamas
civil. Na ver
necessária d
crime-meio

Quando
material de

5. Paulo José

Estado, por sua vez, tem sempre interesse na preservação da ordem pública, das instituições, da ordem jurídica etc. Esse interesse geral do Estado, quando diretamente violado, coloca-o como sujeito mediato do crime. Nessa linha, merece ser destacado o entendimento de Paulo José da Costa Jr., dada sua relevância: "Não pode ser considerado como sujeito passivo o Estado porque, sendo o ente tutelar, é o denominador comum na tutela de todos os crimes. Tampouco a família poderá ser considerada como sujeito passivo do delito, embora possa ser ofendida pela conduta. A família, que empresta o nome ao Título VII, é o objeto *comum* da tutela penal, mas não o objeto *específico* da singular incriminação. Nem se venha porventura a pretender que os sujeitos passivos são todos os membros integrantes da família"⁵.

4. Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em pessoa casada *contrair* (adquirir, assumir) novas núpcias, sendo pressuposto para o delito a existência formal de casamento anterior. Deixa de existir o crime quando declarado nulo ou anulado o matrimônio anterior ou o posterior, este por razão diversa da bigamia (§ 2º). Embora o texto legal não exija expressamente que o casamento anterior seja válido e eficaz, a nosso juízo, essa validade é pressuposto básico da existência do casamento anterior, como pressuposto do crime de bigamia. Na realidade, é despicando que o tipo penal entre nesse tipo de minúcia, pois casamento inválido não é casamento, ou, pelo menos, não serve como pressuposto para a configuração do crime de bigamia. Pelas mesmas razões, se o casamento anterior vier a ser anulado, considerar-se-á inexistente o crime de bigamia, desaparecendo, conseqüentemente, todos os efeitos penais. Extinguir-se-á, igualmente, o crime de bigamia se o segundo casamento for anulado por motivo diverso da bigamia (§ 2º).

Se houver *ação anulatória* do primeiro casamento, a ação penal deverá ser suspensão, pois se trata de *questão prejudicial*, incidindo o disposto no art. 92 do Código de Processo Penal. Casamento anulado não é pressuposto do crime de bigamia, por tratar-se de ato jurídico inexistente.

Atos preparatórios do novo matrimônio poderão configurar o delito de falsidade documental, como é o caso, por exemplo, do agente que, na vigência de casamento, falsifica documentos para convolar novas núpcias. Teoricamente, haverá concurso material de crimes, falsidade documental e bigamia. Contudo, não se pode ignorar que o crime de *bigamia* exige a *precedente falsidade*, pois a elaboração dos proclamas demandará a declaração falsa do agente, no mínimo, sobre seu estado civil. Na verdade, essa circunstância configurará *consumção*, pois a falsidade é fase necessária da realização do crime de bigamia. O *crime-fim* (bigamia) absorve o crime-meio (falsidade ideológica), que é fase necessária da realização daquele.

Quando a pessoa casada contrair mais de um matrimônio haverá concurso material de crimes. O fato de já ser bigamo não imuniza a prática repetitiva do

5. Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, p. 769.

mesmo ato ilícito, embora essa prática repetitiva nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes possa possibilitar o exame de continuidade delitiva. O casamento religioso não é pressuposto deste delito, salvo se efetuado na forma do art. 226, § 2º, da Constituição Federal. O § 1º do art. 235 admite a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, em razão da pena mínima abstratamente cominada (igual a um ano).

Em se tratando de bigamia, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr da data em que o crime se tornou conhecido da autoridade pública, e não da data da celebração do segundo matrimônio.

5. Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o *dolo*, constituído pela vontade consciente de celebrar novo matrimônio, já sendo casado. É necessário que o sujeito ativo tenha consciência e vontade de celebrar um segundo casamento, sabendo que já é legalmente casado. O *erro* sobre a subsistência do matrimônio anterior exclui o dolo, mas a existência de dúvida é suficiente para configurar o dolo eventual.

Não há necessidade de qualquer elemento subjetivo especial do injusto. Não há, tampouco, previsão de modalidade culposa.

6. Consumação e tentativa

A consumação ocorre no instante da celebração do novo casamento, ou, mais precisamente, quando a autoridade, ouvindo a manifestação afirmativa de ambos os nubentes, os declara casados. Portanto, ao contrário do que se tem entendido, a bigamia não se consuma com a simples resposta afirmativa dos nubentes, pois somente a formal e solene declaração da autoridade pública declarando-os casados consuma o segundo matrimônio. É absolutamente desnecessária a existência de conjunção carnal, pois, pelo sistema jurídico brasileiro, o casamento aperfeiçoa-se com o "sim" dos dois nubentes, ratificado pela declaração oficial declarando-os casados.

Admite-se, teoricamente, a tentativa, embora altamente controvertida, por exemplo, com o começo da realização de alguns atos de celebração, interrompida por circunstâncias alheias à vontade dos contraentes.

7. Classificação doutrinária

Trata-se de *crime próprio* (exige determinada qualidade do sujeito ativo, no caso, ser *casado*); *comissivo* (a ação representada pelo verbo nuclear implica ação positiva do agente); *plurissubjetivo* (necessariamente deve ser praticado por mais de uma pessoa, mesmo que uma delas não seja impedida de casar-se — também é conhecido como crime de concurso necessário); *plurissubsistente* (via de regra, a conduta é necessariamente composta por atos distintos); *instantâneo de efeitos permanentes* (o resultado se produz de imediato, numa relação de proximidade entre ação e consequência, mas seus efeitos perduram, independentemente da vontade do agente).

8. Pena e
A pena e
duta prevista
anos.

A ação pe
à regra geral,
partir da data

ndições de tempo,
ar o exame de con-
ste delito, salvo se
§ 1º do art. 235
da Lei n. 9.099/95,
ano).

em julgado a sen-
onhecido da auto-
ônio.

ciente de celebrar
vo tenha consciên-
á é legalmente ca-
lui o dolo, mas a

lo injusto. Não há,

samento, ou, mais
nativa de ambos os
m entendido, a bi-
entes, pois somente
s casados consuma
ncia de conjunção
oa-se com o "sim"
s casados.

ontrovertida, por
ção, interrompida

o sujeito ativo, no
clear implica ação
ticado por mais de
e — também é co-
e (via de regra, a
ntâneo de efeitos
o de proximidade
entemente da von-

8. Pena e ação penal

A pena cominada, *isoladamente*, é a reclusão, de dois a seis anos. Para a con-
duta prevista no § 1º, a pena é *alternativa*, de reclusão ou detenção, de um a três
anos.

A ação penal é pública incondicionada. O lapso prescricional, contudo, fugindo
à regra geral, começa a correr não na data em que o crime se consumou, mas a
partir da data em que o fato se tornou conhecido (art. 111, IV, do CP).

INDUZIMENTO A ERRO ESSENCIAL E OCULTAÇÃO DE IMPEDIMENTO

XIX

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Pena e ação penal.

Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento

Art. 236. Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitado em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

1. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a constituição regular da família através do matrimônio, que, para alguns, está representado no interesse do Estado em proteger a organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico, que é adotado como regra nos países ocidentais. No entanto, a conduta do agente não objetiva atingir nem o matrimônio nem a família regularmente constituída.

2. Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, desde que solteira. Se casada for, o crime, em princípio, poderá ser de bigamia. Admitimos, igualmente, a possibilidade de ser aplicado o instituto do concurso eventual de pessoas¹.

Pode ocorrer uma situação inusitada: é possível que ambos os contraentes estejam se enganando, um ao outro, reciprocamente. Nessa hipótese haverá dois crimes autônomos e não um crime subjetivo, e tampouco estará configurado o concurso eventual de pessoas, pela falta do vínculo subjetivo na *fraude*.

1. Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 3, p. 203: "É possível a participação de terceiro nos fatos definidos no *caput* e no § 1º. Se, por exemplo, ele induz o casado à bigamia, incide no *caput*. Se aconselha o não casado, responde nos termos do § 1º".

*Sujeito pa
razões que lá
trai matrimôn
impedimento*

3. Tipo ob

A conduta

A primeira, in

1.557 do Códic

to que não seja

go Civil, que fa

do CC).

O meio en

suspensão conc

nada — inferior

A ação pen

privada. O trã

suposto proces

existência do c

condição para

A prescriçã

do a sentença a

exercer a preter

4. Tipo sub

Elemento su

realização de ca

pedimento.

Não há prev

especial do tipo.

5. Consuma

Consuma-se

que se realiza o m

A tentativa é

sabilidade previs

ível, seria impur

6. Classifica

Trata-se de c

do sujeito ativo);

doloso (não há pr

XIX

Sujeito passivo, a exemplo do crime de bigamia, não poderia ser o Estado, pelas razões que lá expusemos. Sustentamos, com efeito, que sujeito passivo é quem contrai matrimônio laborando em erro essencial ou desconhecendo a existência de impedimento legal, com exceção de matrimônio anterior.

3. Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada consiste em *contrair casamento*, sob duas modalidades. A primeira, *induzindo* (aliciando, persuadindo) a erro essencial, previsto pelo art. 1.557 do Código Civil. A segunda, *ocultando* (escondendo, sonegando) impedimento que não seja casamento anterior, e sim aqueles presentes no art. 1.521, do Código Civil, que fazem com que o matrimônio seja nulo ou anulável (arts. 1.548 e 1.550 do CC).

O meio empregado pelo agente deve ser hábil a enganar. O crime admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* os arts. 1.521, 1.548 a 1.562 do Código Civil.

A ação penal, que só pode ser intentada pelo cônjuge enganado, é de natureza privada. O trânsito em julgado de sentença que anulou o casamento constitui pressuposto processual ou *condição de procedibilidade*, que não se confunde com a existência do crime ou com *condição objetiva de punibilidade*. Trata-se apenas de condição para o exercício válido da ação penal.

A prescrição somente começa a correr a partir do dia em que transita em julgado a sentença anulatória do casamento. A partir desse momento surge o direito de exercer a pretensão punitiva.

4. Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente dirigida à realização de casamento, induzindo a vítima a erro essencial ou ocultando-lhe impedimento.

Não há previsão de modalidade culposa, tampouco se exige elemento subjetivo especial do tipo.

5. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a celebração do casamento, isto é, no momento em que se realiza o matrimônio.

A tentativa é juridicamente impossível, em decorrência da condição de processabilidade prevista no art. 236, parágrafo único. A tentativa, ainda que fosse possível, seria impunível.

6. Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo); *material* (crime que causa transformação no mundo exterior); *doloso* (não há previsão de modalidade culposa); *de forma livre* (pode ser praticado

por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo); *comissivo* (o verbo nuclear "contrair" implica prática de uma ação); *instantâneo* (a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado); *unissubjetivo* (pode ser cometido por uma única pessoa); *plurissubsistente* (a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso).

7. Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a reclusão, de dois a seis anos. A ação penal é de exclusiva iniciativa do cônjuge enganado e somente pode ser intentada após transitar em julgado a sentença que anular o casamento.

Conhe
A
cause
Pe

1. Be

Be
mente,
na soci
mente

Dis
to em c
mento
Constit
desta n
um par

2. Su

Suje
casamen
conheci
ral se an

Suje
existênc
também
o consid

1. Helen

CONHECIMENTO PRÉVIO DE IMPEDIMENTO

XX

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Questões especiais. 8. Pena e ação penal.

Conhecimento prévio de impedimento

Art. 237. Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

1. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a regularidade formal do matrimônio, que, historicamente, tem sido a base da formação da família; a despeito da perda da importância na sociedade moderna, o tipo penal ainda tem como objetivo proteger particularmente a ordem matrimonial.

Dispositivos como esse perderam parte de sua importância a partir do momento em que a própria Constituição não apenas reconhece como equiparou ao casamento toda sorte de uniões interpessoais. Heleno Fragoso¹, muito antes da atual Constituição Federal, já afirmava que “o legislador não foi feliz na formulação desta norma”; talvez fosse melhor (ou menos pior) que este tipo penal constasse de um parágrafo do artigo anterior.

2. Sujeitos do crime

Sujeito ativo é qualquer pessoa, homem e mulher, desde que solteiro, que contraia casamento ciente da existência de impedimento absoluto. Se ambos os cônjuges têm conhecimento e comungam do mesmo sentimento há coautoria. Há autoria colateral se ambos ignoram que o outro conhece a existência de impedimento.

Sujeito passivo imediato é o cônjuge que contraiu núpcias desconhecendo a existência de impedimento absoluto. Secundariamente, admitimos que o Estado também possa ser tido como sujeito passivo, embora a imensa maioria da doutrina o considere como sujeito passivo imediato.

1. Heleno Fragoso, *Lições de direito penal*, v. 2, p. 101.

3. Tipo objetivo: adequação típica

Trata-se de norma subsidiária em relação à prevista no artigo anterior (art. 236 do CP). Aqui se contrai casamento sabendo da existência de impedimento que leve à nulidade absoluta.

O tipo não exige um comportamento ativo. Assim, é suficiente deixar de declarar a existência de causa de nulidade absoluta, sendo suficiente, pois, a simples omissão. O impedimento deve ser absoluto, isto é, apto a tornar o matrimônio nulo, previsto no art. 1.521 do Código Civil.

4. Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente dirigida à realização de casamento, induzindo o outro a erro essencial sobre sua pessoa ou ocultando-lhe impedimento matrimonial.

É indispensável que o sujeito ativo tenha consciência da existência do impedimento; essa exigência afasta a possibilidade de dolo eventual.

5. Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a efetivação do casamento, isto é, com a conclusão da celebração matrimonial.

A tentativa, embora de difícil configuração, é teoricamente admissível. A publicação dos proclamas não passa de meros atos preparatórios.

6. Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo); *material* (crime que causa transformação no mundo exterior); *doloso* (não há previsão de modalidade culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo); *comissivo* (o verbo nuclear implica prática de uma ação); *instantâneo* (a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado); *unissubjetivo* (pode ser cometido por uma única pessoa); *plurissubsistente* (a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso).

7. Questões especiais

Caso o impedimento conhecido seja o do art. 1.521, VI, do Código Civil (casado), haverá crime de bigamia (art. 235 do CP). A ação penal é de natureza pública em virtude da admissibilidade da coautoria entre os cônjuges. O tipo é um exemplo de *norma penal em branco*, visto que o conceito de impedimento é fornecido pela lei civil. Trata-se de infração de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099/95), com a competência para o processo e julgamento reservada aos Juizados Especiais Criminais. O crime admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* arts. 183 a 191 do

Código Civil; arts. 60, 61 e 89

8. Pena e ação
A pena com
A ação pena

Código Civil; art. 3º do Decreto-lei n. 3.200/41 (organização e proteção à família); arts. 60, 61 e 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8. Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é de detenção, de três meses a um ano.
A ação penal é pública incondicionada.

SIMULAÇÃO DE AUTORIDADE PARA CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO

XXI

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Questões especiais. 8. Pena e ação penal.

Simulação de autoridade para celebração de casamento

Art. 238. Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

1. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a regular formação da família, em particular a ordem matrimonial.

Aqui também o bem jurídico que se protege é a regularidade formal do matrimônio, que historicamente tem sido a base da formação da família; a despeito da perda da importância na sociedade moderna, o tipo penal ainda tem como objetivo proteger particularmente a ordem matrimonial.

2. Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, independentemente de qualquer qualidade ou condição especial, que se intitule autoridade competente para celebrar casamento.

Sujeitos passivos são os cônjuges que agem de boa-fé, isto é, que são ludibriados e acreditam que realmente estão diante de autoridade competente para celebrar o casamento.

3. Tipo objetivo: adequação típica

A conduta incriminada está em *atribuir-se* (imputar-se) falsamente (com mentira, fingimento) autoridade para a celebração de casamento. O agente proclama-se autoridade para a celebração de casamento. Essa *atribuição falsa* exige conduta inequívoca do agente, que procura demonstrar que possui tal atribuição. Alguns autores falam em “competência”, que a toda evidência é uma linguagem imprópria,

considera
específico

O caso
Código Ci
do não ale
ção pelo d

4. Tipo

O elem
falsamente
qualquer e

O erro
Não há pre

5. Consu

Ocorre
se atribuiu f
efetivament

No pas
de sua comp

vista que o t
dutas que nã
puníveis. Co
penais espec

de moeda' (a
mento' (art.

239) etc. De s
por si mesm

bem por esse

plesmente à p
à segurança d

6. Classifi

Trata-se
sujeito ativo)

sitiva do agen
de uma pesso

1. Magalhães N
v. 2, p. 103.

2. Cezar Robert

considerando-se que, juridicamente, a palavra "competência" tem sentido muito específico¹.

O casamento realizado perante *autoridade incompetente* é nulo (art. 1.550 do Código Civil). No entanto, a nulidade será considerada sanada em dois anos quando não alegada, o que não impede a configuração do delito. Em síntese: sua validação pelo decurso de tempo não retroage para afastar sua tipicidade.

4. Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de atribuir-se, falsamente, autoridade para a celebração de casamento. Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do injusto.

O erro do agente quanto a sua atribuição para a prática do ato exclui o dolo. Não há previsão de modalidade culposa.

5. Consumação e tentativa

Ocorre a consumação quando o agente pratica ato próprio da autoridade que se atribuiu falsamente. É indispensável que o sujeito ativo tenha consciência de que efetivamente não detém a autoridade que se autoproclama.

No passado chegamos a admitir a tentativa, a despeito da grande dificuldade de sua comprovação, mas, refletindo melhor, concluímos que não se pode perder de vista que o tipo penal, por si só, já representa *antecipação da punibilidade de condutas* que não iriam além de simples atos preparatórios que, via de regra, não são puníveis. Com efeito, "algumas vezes, o legislador transforma esses atos em tipos penais especiais, fugindo à regra geral, como ocorre com 'petrechos para falsificação de moeda' (art. 291); 'atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento' (art. 238), que seria apenas a preparação da simulação de casamento (art. 239) etc. De sorte que esses atos, que teoricamente seriam preparatórios, constituem, por si mesmos, figuras delituosas. O legislador levou em consideração o valor do bem por esses atos ameaçados, em relação à própria perigosidade da ação ou simplesmente à perigosidade do agente, que, por si só, já representa uma ameaça atual à segurança do Direito"².

6. Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (não exige determinada qualidade ou condição do sujeito ativo); *comissivo* (a ação representada pelo verbo nuclear implica ação positiva do agente); *purissubjetivo* (que necessariamente deve ser praticado por mais de uma pessoa — também é conhecido como crime de concurso necessário); *pluris-*

1. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 3, p. 308; Heleno Fragoso, *Lições de direito penal*, v. 2, p. 103.

2. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*; Parte Geral, v. 1, p. 362.

subsistente (via de regra, a conduta é necessariamente composta por atos distintos); *instantâneo* (o resultado se produz de imediato, numa relação de proximidade entre ação e consequência).

7. Questões especiais

Pelo que dispõe o art. 1.514 do Código Civil, o escrivão não possui autoridade para celebrar casamento. Todavia, se o sujeito se faz passar por *juiz de paz* e, simultaneamente, outro se declara escrivão, há concurso de pessoas. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* os arts. 1.533 a 1.542 do Código Civil; art. 47 do Decreto-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais); art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8. Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A ação penal é pública incondicionada.

ção
caç

Simulação

Art.

Pena

crime ma

1. Bem

Bem
matrimo

Aqui
mônio, qu
perda da i
proteger p

2. Suje

Sujeito
ticiparem
eventual d

O repr
do seu con
tenha conl
ge que o c
celebração

Sujeito
legal —, al

3. Tipo

O comp
tar, disfarç

SIMULAÇÃO DE CASAMENTO

XXII

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Pena e ação penal.

Simulação de casamento

Art. 239. Simular casamento mediante engano de outra pessoa:

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

1. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a regular formação da família, em particular a ordem matrimonial, cujo sistema adotado é monogâmico.

Aqui também o bem jurídico que se protege é a regularidade formal do matrimônio, que, historicamente, tem sido a base da formação da família; a despeito da perda da importância na sociedade moderna, o tipo penal ainda tem como objetivo proteger particularmente a ordem matrimonial.

2. Sujeitos do crime

Sujeito ativo será qualquer pessoa que simule o matrimônio. Aqueles que participarem do casamento, tendo ciência da simulação, são alcançados pelo concurso eventual de pessoas (art. 20).

O representante legal (ascendente, tutor ou curador) será sujeito ativo quando seu consentimento for indispensável à celebração do casamento, desde que tenha conhecimento da simulação. Para a configuração desse delito não se exige que o casamento seja realizado perante autoridade incompetente para sua celebração.

Sujeito passivo é a pessoa enganada — o outro nubente ou seu representante legal —, além do próprio Estado, como passivo mediato.

3. Tipo objetivo: adequação típica

O comportamento tipificado é *simular*, que tem o sentido de fingir, de representar, disfarçar, aparentar aquilo que não é. No magistério de Hungria, “é figurar

como contraente do matrimônio numa farsa que resulte para outro contraente a convicção de que está casando seriamente”¹.

É indispensável a utilização de *meio enganoso* para a prática do crime. Se os dois contraentes simulam o casamento, não se configura este crime, uma vez que faltou o “engano de outra pessoa”.

Para configurar-se o crime é indispensável que a simulação de casamento ocorra por meio de engano (ardil, fraude, armadilha) do outro contraente. Assim, a simples *representação* de estar se casando, para “pregar uma peça nos amigos”, é insuficiente para caracterizá-lo.

Este crime será absorvido se o comportamento puder tipificar crime mais grave, e isso poderá configurar-se quando houver, por exemplo, algum outro fim especial na conduta, como “posse sexual mediante fraude”, usando a simulação de casamento como meio.

4. Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, que consiste na vontade consciente de enganar o outro contraente simulando casamento, por meio de engano. Não há necessidade de elemento subjetivo especial do injusto, que, se existir, poderá configurar outro crime.

Não há previsão de modalidade culposa.

5. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de “simulação de casamento” com a *efetiva simulação*, mesmo que o casamento não se realize. A tentativa é, teoricamente, admissível.

6. Classificação doutrinária

Trata-se de *crime comum* (não exige determinada qualidade ou condição do sujeito ativo); *comissivo* (a ação representada pelo verbo nuclear implica ação positiva do agente); *purissubjetivo* (que necessariamente deve ser praticado por mais de uma pessoa — também é conhecido como crime de concurso necessário); *plurisubsistente* (via de regra, a conduta é necessariamente composta por atos distintos); *instantâneo* (o resultado se produz de imediato, numa relação de proximidade entre ação e consequência).

7. Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A ação penal é pública incondicionada.

1. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 344.

REGIS

Su
ção típica
ção do

Registro de n
Art. 241.
Pena — n

1. Bem ju

Bem jurí
ternidade e a
essência do d
de atingir o e
da proteção d
é o complexo
o direito de f
descendência
nacionalidad
familiar e soc
ordenamento

2. Sujeito

Sujeito a
rentemente.
munhas de s
(art. 29), des
Sujeitos
de alguma fo

1. Giuseppe M

REGISTRO DE NASCIMENTO INEXISTENTE

XXIII

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Pena e ação penal.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO

Registro de nascimento inexistente

Art. 241. Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente:

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

1. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a segurança do estado de filiação (paternidade, maternidade e a filiação) e a fé pública dos documentos oficiais. Na verdade, a essência do crime reside na falsidade de documento público, agravada pelo fato de atingir o estado de filiação. Para alguns autores, também constitui objeto jurídico da proteção deste dispositivo o *status familiae*. Segundo Maggiore¹, o *status familiae* é o complexo de direitos inerentes à pessoa a partir de seu nascimento, que integra o direito de filiação; esse direito demonstra que o indivíduo pertence a determinada descendência, como o *status civitatis* comprova que o cidadão é de determinada nacionalidade. O *status familiae* representa a posição que o indivíduo goza no seio familiar e social, de modo geral, do qual decorrem alguns efeitos determinados pelo ordenamento jurídico.

2. Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, do sexo masculino ou feminino, indistintamente. O médico que fornece o atestado do nascimento inexistente e as testemunhas de seu registro no ofício próprio são alcançados pelo concurso de pessoas (art. 29), desde que tenham conhecimento da falsidade do ato.

Sujeitos passivos são, particularmente nesta infração penal, todas as pessoas que de alguma forma sejam prejudicadas pelo *registro falso*, devendo-se, contudo, ter a

1. Giuseppe Maggiore, *Diritto penale*, v. 2, t. 2, p. 674.

cautela de não confundir sujeito passivo com prejudicados pelo crime. Não se afasta a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, não haver sujeito passivo *stricto sensu*.

Secundariamente, como ocorre em todos esses crimes, aponta-se o Estado, representando toda a coletividade, como sujeito passivo mediato.

3. Tipo objetivo: adequação típica

A ação típica consiste em *promover, que tem o sentido de causar, originar, provocar, requerer ou propor*, no registro civil das pessoas naturais, a inscrição de registro de pessoa inexistente, ou seja, a *falsidade* (material ou ideológica) integra a conduta do agente. Configura essa infração penal, por exemplo, registrar filho de mulher que não pariu, ou filho nascido morto como se vivo fosse.

É irrelevante que a mulher simule a gravidez e o parto ou que ambos — gravidez e parto — sejam verdadeiros, substituindo-se apenas um natimorto por um neonato: o crime estará igualmente configurado. Assim, conclui-se, indiferente que a *declaração falsa* verse sobre pessoa viva ou natimorto. Desnecessário referir que é isento de pena o agente que age com erro de proibição (art. 21). *Vide* o art. 1.604 e a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Este crime absorve o crime de falsidade ideológica, pela especialidade e pela consunção.

4. Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo dolo, representado pela vontade consciente de promover o registro civil de nascimento inexistente.

Não há exigência de *elemento subjetivo especial do injusto*, embora a doutrina, de modo geral, venha sustentando que consta da descrição típica. Adverte Paulo José da Costa Jr. que a Consolidação das Leis Penais previa a necessidade de “dolo específico” por meio da locução “para criar ou extinguir direito e prejuízo de terceiro” (art. 286)². Nesse particular, aliás, merece elogios o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que prevê a necessidade de elemento subjetivo do tipo nos seguintes termos: “Promover registro de nascimento inexistente, *para obter vantagem ou prejudicar direito de outrem*” (art. 253). Tampouco se criminaliza a figura culposa.

5. Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a efetiva inscrição no registro civil das pessoas naturais de nascimento inexistente, independentemente da ocorrência efetiva de prejuízo para alguém.

Admite-se, teoricamente, a tentativa.

2. Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, p. 784.

6. Cla
Trat
qualquer
próprio
tiva); do
praticado
(sua con
subjetivo
subsistem
mesma c

7. Pen

A pe
começa a
do CP).

A açã
haverá q
maioria c

6. Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (qualquer pessoa pode praticá-lo, não sendo exigida qualquer qualidade ou condição especial de seu autor); *comissivo* (é da essência do próprio verbo nuclear, que somente pode ser praticado por meio de uma ação positiva); *doloso* (não há previsão legal para a figura culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio, forma ou modo); *instantâneo de efeitos permanentes* (sua consumação não se alonga no tempo, embora seus efeitos perdurem); *unisubjetivo* (pode ser praticado, em regra, por um agente, individualmente); *plurisubsistente* (pode ser desdobrado em vários atos, que, no entanto, integram uma mesma conduta).

7. Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a reclusão, de dois a seis anos. A prescrição começa a correr somente da data em que o fato se torna conhecido (art. 111, IV, do CP).

A ação penal é pública incondicionada, até porque, com alguma frequência, não haverá quem se interesse em representar contra o sujeito ativo, deixando impune a maioria dessas infrações penais.

PARTO SUPOSTO. SUPRESSÃO OU ALTERAÇÃO DE DIREITO INERENTE AO ESTADO CIVIL DE RECÉM-NASCIDO

XXIV

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Forma privilegiada. 8. Pena e ação penal.

Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido

Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

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

Parágrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena — detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

1. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a segurança do estado de filiação e a fé pública dos documentos oficiais. A substância do crime reside na falsidade de documento público, que tem sua reprovação agravada pelo fato de atingir o estado de filiação, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.

2. Sujeitos do crime

Sujeito ativo da modalidade “dar parto alheio como próprio” é somente a *mulher*. Nas demais formas, será qualquer pessoa.

Sujeito passivo é o Estado, bem como os herdeiros prejudicados, as pessoas lesadas com o registro e os recém-nascidos.

3. Tipo objetivo: adequação típica

O tipo apresenta quatro formas de conduta. A primeira consiste em *dar* (conceber ou outorgar) *parto alheio como próprio*, parto suposto, no qual a mulher atribui a si “a maternidade de filho alheio, em regra, simulando prenhez e parto”. A segunda forma é *registrar* (escrever ou lançar) no registro civil, como sendo seu, filho de outra pessoa. A terceira é *ocultar* (encobrir, esconder) o neonato, com a

supressão (eliminação do recém-nascido não é apresentação (trocar fisicamente) o direito inerente ao estado civil que a outro competente)

Dar parto próprio isto é, mulher que levanta nas sanções do tipo de natureza documental, previsto no Código Penal brasileiro, a dar parto próprio com

A eventual falsificação do art. 242 fica absorvida pelo art. 299, em vigor desde 1981, o presente é a lógica (art. 299), em

O privilégio previsto no art. 242 é a forma privilegiada e condicional do processo, com pena de um ano. Vide a Lei

4. Tipo subjetivo

O tipo subjetivo é o dolo, determinado pela vontade de dar parto alheio como próprio, recém-nascido com o estado civil ou substituir o estado civil ou substituir o estado civil dos recém-nascidos inerentes a seu estado civil. *subjetivo especial* do estado civil dos recém-nascidos

5. Consumação

Consuma-se o crime desde que o parto seja realizado no tipo penal, seja como próprio, seja como alheio, ou alterar direito i

1. “Quem mediante reclusão de três a dez anos, após o nascimento, alterar o estado civil do recém-nascido ou substituir o estado civil dos recém-nascidos ou alterar o estado civil dos recém-nascidos”
2. Paulo José da Costa

XIV

supressão (eliminação) de direitos inerentes a seu estado civil, ou seja, o recém-nascido não é apresentado para assumir seus direitos. A quarta modalidade é *substituir* (trocar fisicamente) os recém-nascidos, alterando (modificando), conseqüentemente, direito inerente ao estado civil destes, de modo que a um se atribua o estado civil que a outro competia.

Dar parto próprio como alheio não corresponde à conduta descrita no art. 242, isto é, mulher que leva a registro o próprio filho como sendo de outra não incorre nas sanções do tipo em exame, podendo, é verdade, responder pelo crime de falsidade documental, previsto no art. 299. Essa alternativa justifica-se porque o Código Penal brasileiro, ao contrário do que prevê o italiano¹, não criminaliza a ação de dar parto próprio como alheio.

A eventual *falsidade* que venha a servir de *crime-meio* para a prática do delito do art. 242 fica absorvida por este. Com o advento da Lei n. 6.898, de 30 de março de 1981, o presente dispositivo passou a prevalecer sobre o crime de falsidade ideológica (art. 299), em virtude do princípio da especialidade da norma penal.

O privilégio previsto no parágrafo único é aplicável a todas as formas típicas. A forma privilegiada prevista no parágrafo único deste artigo admite suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

4. Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é composto, em todas as condutas descritas, pelo *dolo*, representado pela vontade consciente de praticar as ações incriminadas, isto é, de dar parto alheio como próprio, registrar falsamente o filho alheio como próprio, ocultar recém-nascido com a finalidade de suprimir ou alterar direitos inerentes a seu estado civil ou substituir recém-nascido, com a finalidade de suprimir ou alterar direitos inerentes a seu estado civil. Nas duas últimas modalidades², porém, o *elemento subjetivo especial do tipo* consiste no *especial fim* de suprimir direitos inerentes ao estado civil dos neonatos.

5. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a realização efetiva de qualquer das condutas descritas no tipo penal, seja dando parto alheio como próprio, seja registrando filho alheio como próprio, seja ocultando ou substituindo recém-nascido, de forma a suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil.

1. "Quem mediante a substituição de um neonato, altera-lhe o estado civil é punido com reclusão de três a dez anos. Aplica-se a reclusão de cinco a quinze anos a quem, na formalização do nascimento, altera o estado civil de um neonato, mediante falsos certificados, falsos atestados ou outras falsidades" (art. 567).

2. Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, p. 786.

Admite-se, teoricamente, tentativa, ante a possibilidade de fracionamento da fase executória.

6. Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo); na primeira modalidade, no entanto, trata-se de *crime próprio*; *material* (crime que causa transformação no mundo exterior); *doloso* (não há previsão de modalidade culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo); *comissivo* (os verbos nucleares implicam prática de uma ação); *instantâneo* (a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado); *unissubjetivo* (pode ser cometido por uma única pessoa); *plurissubsistente* (a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso).

7. Forma privilegiada

A pena poderá ser atenuada, podendo, inclusive, ser concedido o perdão judicial ao agente, desde que tenha praticado o crime por motivo de reconhecida nobreza (altruísmo, humanidade, solidariedade — art. 242, parágrafo único).

Enfim, sendo reconhecida a motivação nobre da conduta tipificada, apresenta-se alternativamente a possibilidade de substituir a pena de reclusão por detenção, reduzindo-a ainda para entre um a dois anos; dependendo das circunstâncias concretas, pode o julgador deixar de aplicar qualquer pena. Acreditamos que, sempre que os fatos permitirem a conclusão da absoluta desnecessidade da pena, quer pela nobreza da ação, quer pelas consequências que produziram, seja recomendável a isenção de pena, concedendo-se o que a doutrina denomina perdão judicial.

8. Pena e ação penal

Para o *caput* é de reclusão, de dois a seis anos. A forma privilegiada comina pena de detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

A ação penal é pública incondicionada.

SO

Su
ção típica
ção do

Sonegação de
Art. 243.
próprio ou alh
prejudicar dire
Pena — re

1. Bem jur
Bem jurídi
documentos o
que o mero es
atingir. A falsic
vação agravad

2. Sujeitos
Sujeito ativi
vez que pode s
Sujeito pas
pela ação do su
são ou alteraçã
admitir o Estad

3. Tipo obj
O núcleo d
largar) filho pr
menor ou a alte
não lhe revelan
O simples a
caracterizar esta
ocultação da fi

SONEGAÇÃO DE ESTADO DE FILIAÇÃO

XXV

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Limitação à liberdade de prova penal. 8. Pena e ação penal.

Sonegação de estado de filiação

Art. 243. Deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência filho próprio ou alheio, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

1. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a segurança do estado de filiação e a fé pública dos documentos oficiais. Merecem destaque como proteção da norma penal, mais do que o mero estado de filiação, os direitos civis do menor, cuja conduta pretende atingir. A falsidade de documento público é a substância do crime, tendo sua reprovação agravada pelo fato de suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil.

2. Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (crime comum), homem ou mulher, uma vez que pode ser praticado contra filho próprio ou alheio.

Sujeito passivo, seguindo a orientação que adotamos, é o menor prejudicado pela ação do sujeito ativo, quer pelo abandono propriamente dito, quer pela supressão ou alteração de direitos inerentes ao estado civil. Secundariamente, pode-se admitir o Estado como sujeito passivo mediato.

3. Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo do tipo está representado pelo verbo *deixar* (abandonar, desamparar, largar) filho próprio ou alheio, sendo necessário que o agente oculte a filiação do menor ou a altere, não a declare ou lhe dê outra. O agente deixa o menor em asilo, não lhe revelando a filiação ou lhe atribuindo filiação falsa.

O simples abandono de filho próprio ou alheio, por si só, é insuficiente para caracterizar esta infração penal; necessário se faz que o abandono seja sucedido da ocultação da filiação ou a atribuição de outra em lugar da legítima. Em outros

termos, o sujeito passivo deixa o menor em um asilo ou instituição similar, sem revelar sua filiação ou atribuindo-lhe uma falsa.

O abandono deve ocorrer num *asilo de expostos* ou outra *instituição similar* (pública ou particular), desde que se assemelhe ao asilo. O eventual abandono em local de outra natureza não tipificará, com certeza, este crime, mas poderá configurar o dos arts. 133 (abandono de incapaz) ou 134 (abandono de recém-nascido), conforme o caso¹. *Asilo de expostos* ou instituição similar constitui elemento típica, indispensável para a caracterização deste tipo penal. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

4. Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade consciente de deixar menor em asilo de expostos ou em local similar, complementado pelo *elemento subjetivo especial* do tipo, que consiste no *especial fim de prejudicar* direito inerente ao estado civil.

Não há previsão de punição da modalidade culposa.

5. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de *sonegação do estado de filiação* com o efetivo abandono no local previsto e nas condições mencionadas, verificando-se a ocultação ou a alteração do estado civil, desde que, logicamente, tenha a finalidade de prejudicar direito inerente à filiação.

A tentativa é, teoricamente, possível, configurando-se sempre que, iniciada a execução, circunstâncias estranhas à vontade do agente impedirem sua consumação.

6. Classificação doutrinária

Trata-se de *crime material* (cuja execução causa transformação no mundo exterior, deixando vestígio), *de tendência, comissivo* (não há previsão de modalidade omissiva) e *plurissubsistente* (uma única conduta que pode dividir-se em vários atos).

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo); na primeira modalidade, no entanto, trata-se de *crime próprio; material* (crime que causa transformação no mundo exterior); *doloso* (não há previsão de modalidade culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo); *comissivo* (os verbos nucleares implicam prática de uma ação); *instantâneo* (a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado); *unissubjetivo* (pode ser cometido por uma única pessoa); *plurissubsistente* (a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso).

1. Ver Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, Parte Especial, v. 2, Capítulos X e XI.

7. Limitação
Adotam-se,
quanto ao estado
em relação à família
civil das pessoas
resolvidas no juízo

8. Pena e ação
A pena com
Ação penal:

7. Limitação à liberdade de prova penal

Adotam-se, no juízo penal, as restrições à prova estabelecidas no juízo cível, quanto ao estado das pessoas (art. 155 do CPP). O *estado* é a situação da pessoa em relação à família, à capacidade e à cidadania. Ademais, as relativas ao estado civil das pessoas constituem questões prejudiciais de natureza civil, que devem ser resolvidas no juízo cível.

8. Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a reclusão, de um a cinco anos, e multa.
Ação penal: pública incondicionada.

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Questões especiais. 8. Pena e ação penal.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR

Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena — detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

- *Caput* com redação determinada pelo Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741, de 1ª de outubro de 2003.

1. Bem jurídico tutelado

Os bens jurídicos protegidos são a estrutura e o organismo familiar, particularmente sua preservação, relativamente ao amparo material devido por ascendentes, descendentes e cônjuges, reciprocamente. Nessa linha era o magistério de Maggiore¹, ao admitir que se tutela o organismo familiar, mediante o reforço das obrigações éticas, jurídicas e econômicas de assistência, impostas pela lei civil aos pais.

1. Giuseppe Maggiore, *Diritto penale*, v. 2, t. 2, p. 681-2.

2. **Sujeitos do crime**
Sujeitos ativos: quem, de fato, deixa de prover a subsistência do cônjuge, filho, ascendente ou descendente gravemente enfermo. O participante não reúne os requisitos para ser considerado sujeito ativo.
Sujeitos passivos: o cônjuge, o filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, o ascendente inválido ou maior de 60 anos, o descendente gravemente enfermo.

3. **Tipo objetivo**
 São três as figuras de *de prover* (atender, socorrer, remediar, fornecer, etc.), o remédio, vestuário, alimentação, etc. para o trabalho, a saúde, etc. É *numerus clausus* de outros parentes como os pais, etc.

O Estatuto do Idoso, de 2003, altera o tipo objetivo do crime de abandono material do Estatuto do Idoso, de 1990, praticamente. Acrescenta a pena de multa em que eventual vantagem econômica dessa proteção penal.

A conduta de deixar de prover a subsistência do cônjuge, filho, ascendente ou descendente gravemente enfermo, não é necessariamente acordada, judicialmente acordada ou majorando-a. O pagamento de pensão alimentícia é obrigatório. O legislador, em que, por vezes, proíbe para evitar seu dolo.

A terceira forma de abandono material é a de deixar de prover a subsistência do cônjuge, filho, ascendente ou descendente gravemente enfermo, claramente, de intenção dolosa.

Deixar de prover a subsistência do cônjuge, filho, ascendente ou descendente gravemente enfermo é parcialmente não atípica. O abandono material para prover a subsistência do cônjuge, filho, ascendente ou descendente gravemente enfermo não prover a subsistência do cônjuge, filho, ascendente ou descendente gravemente enfermo.

O tipo penal de abandono material na expressão "deixar de prover a subsistência do cônjuge, filho, ascendente ou descendente gravemente enfermo" do CP. Configurado.

a do cônjuge, ou de
de ascendente invál-
recursos necessários
acordada, fixada ou
u ascendente, grave-

de uma a dez vezes o

solvente, frustra ou
ado de emprego ou
acordada, fixada ou

0.741, de 1^a de outubro de

mo familiar, particu-
devido por ascenden-
era o magistério de
mediante o reforço das
ostas pela lei civil aos

2. Sujeitos do crime

Sujeitos ativos são os cônjuges, genitores, ascendentes ou descendentes. É perfeitamente possível a adoção do concurso eventual de pessoas, mesmo que o participante não reúna a condição especial exigida pela descrição típica.

Sujeitos passivos são o cônjuge, o filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ascendente inválido ou maior de sessenta anos de idade, ascendente ou descendente gravemente enfermo.

3. Tipo objetivo: adequação típica

São três as figuras previstas pelo tipo. A primeira consiste em o agente *deixar de prover* (atender, abastecer, munir) os meios necessários à subsistência (alimento, remédio, vestuário, habitação) de cônjuge, filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ascendente inválido ou *maior de sessenta anos*. Essa enumeração é *numerus clausus*, não admitindo a inclusão, por exemplo, de primos, irmãos ou outros parentes colaterais.

O Estatuto do Idoso, nesta infração penal, substituiu a figura do *valetudinário* pela do *maior de sessenta anos*. Afora o fato de adequar o Código Penal à filosofia do Estatuto do Idoso, troca seis por meia dúzia, isto é, dá uma coisa pela outra, praticamente. Acreditamos, inclusive, que pode representar certa perda, na medida em que eventual *valetudinário*, com idade inferior aos sessenta anos, estará excluído dessa proteção penal, pois, como acabamos de afirmar, é *numerus clausus*.

A conduta subsequente é *faltar ao* “pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada”, sendo necessária a “existência de sentença judicial alimentícia, seja homologando acordo entre as partes, seja fixando a pensão, ou majorando-a”. Também incorre nessa forma típica o devedor que vise fraudar o pagamento de pensão (art. 244, parágrafo único). É considerada abandono pecuniário. O legislador procurou prevenir a conduta fraudulenta do devedor da pensão, que, por vezes, prefere perder o emprego, no qual tem descontada a pensão em folha, para evitar seu desconto. Quem assim age incorre nesse dispositivo penal.

A terceira forma de conduta é *deixar de socorrer* (largar, abandonar) ascendente ou descendente gravemente enfermo (doença física ou mental). O legislador deixou, claramente, de incluir *nessa* figura o cônjuge e os parentes colaterais.

Deixar de prover implica *recusa*, ou desatendimento total da subsistência. Prover parcialmente não significa deixar de prover, constituindo, por isso mesmo, conduta atípica. O abandono material somente se tipifica quando o réu, *possuindo recursos para prover o sustento da família*, deixa de fazê-lo propositadamente. Com efeito, a *ausência de dolo* por parte do réu, ou qualquer outro motivo egoístico no sentido de não prover à subsistência do sujeito passivo, afasta a tipicidade da conduta.

O tipo penal ainda apresenta um elemento normativo justificante, que consiste na expressão “*justa causa*”. Agente que, sem justa causa, deixa de pagar pensão alimentícia fixada judicialmente em favor dos filhos incorre nas sanções do art. 244 do CP. Configura crime de abandono material a falta, sem justo motivo, de assis-

tência material ao cônjuge e aos filhos menores; não basta, para elidi-lo, o recurso financeiro proveniente de terceiro.

A prática de duas ou mais condutas constitui concurso material de crimes, pois não se trata dos chamados crimes de conteúdo variado. As diversas condutas tipificadas constituem crimes distintos, autônomos, cumulativos, dando origem ao cúmulo de penas.

4. Tipo subjetivo: adequação típica

O tipo subjetivo é constituído pelo *dolo*, que consiste na vontade consciente de deixar de prover à subsistência, ou de faltar ao pagamento de pensão, ou, ainda, de omitir socorro, nas diversas hipóteses previstas pela lei. O crime de *abandono material* exige *dolo próprio*, não podendo ser confundido, por exemplo, com o mero inadimplemento de pensão alimentícia formalmente fixada judicialmente.

Não há exigência de qualquer elemento subjetivo especial do tipo.

5. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a recusa do agente em proporcionar os recursos necessários à vítima, ou quando falta ao pagamento de pensão ou deixa de prestar socorro.

É inadmissível a tentativa.

6. Classificação doutrinária

Trata-se de crime *próprio* (somente podem praticá-lo cônjuges, genitores, ascendentes ou descendentes que, responsáveis pelas ações tipificadas, deixarem-nas de cumprir); *omissivo* (é da essência do próprio verbo nuclear — “deixar de” — que só pode ser praticado mediante “ação negativa”); *doloso* (não há previsão legal para a figura culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio, forma ou modo); *permanente* (sua consumação alonga-se no tempo); *unissubjetivo* (pode ser praticado, em regra, por um agente, individualmente); *plurissubstistente* (pode ser desdobrado em vários atos, que, no entanto, integram uma mesma conduta).

7. Questões especiais

Quando o agente pratica mais de uma conduta, configura-se concurso material de crimes. Para a lei penal os meios de recurso à subsistência não são tão abrangentes quanto aqueles previstos no campo do direito civil. O agente já condenado que prosseguir em sua conduta delituosa poderá ser novamente processado, sendo observado o disposto no art. 71 do CP. *Vide* Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); art. 22 e parágrafo único da Lei n. 5.478/68 (ação de alimentos) e art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

8. Pena e ação penal

Detenção, de um a quatro anos, e multa de uma a dez vezes o maior salário mínimo do País.

A ação penal é pública incondicionada.

Sumário
típica. 4. Tipo
doutrinária. 7.

Entrega de filho m

Art. 245. Entre
saiba ou deva sabe

Pena — deten

§ 1º A pena é
to para obter lucr

§ 2º Incorre, t
perigo moral ou m
para o exterior, co

1. Bem jurídico

Bem jurídico p
tência aos filhos m
dever que têm os
destes de ser bem

2. Sujeitos do

Sujeitos ativos
pessoas, mesmo tu
tituto do concurso

Sujeito passivo
filiação, aliás, ago

3. Tipo objet

A conduta típi
ou vigilância) filh

1. Paulo José da Co

ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA

XXVII

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Forma qualificada (§ 1º). 8. Questões especiais. 9. Pena e ação penal.

Entrega de filho menor a pessoa inidônea

Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena — detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

1. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é a assistência familiar, no particular aspecto da assistência aos filhos menores, ou, no dizer de Paulo José da Costa Jr., “é a tutela do dever que têm os pais de criar e educar os filhos, ao qual corresponde o direito destes de ser bem criados e educados por pessoas idôneas”¹.

2. Sujeitos do crime

Sujeitos ativos somente serão os pais (legítimos, naturais ou adotivos); outras pessoas, mesmo tutor, não podem ser autor deste crime, a não ser por meio do instituto do concurso de pessoas.

Sujeito passivo é o filho menor de dezoito anos, sendo irrelevante a natureza da filiação, aliás, agora proibida pela CF.

3. Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em o agente *entregar* (deixar sob os cuidados, guarda ou vigilância) filho menor de dezoito anos a pessoa capaz de colocá-lo em perigo

1. Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, p. 792.

moral (cáften, meretriz) ou *material* (ébrio contumaz, portador de doença infectocontagiosa etc.).

Não é necessário que a entrega seja por tempo de média ou longa duração, como exigia a legislação anterior. É suficiente que haja a entrega, ainda que por período breve, já que se trata de crime de perigo. Aliás, o perigo é presumido em razão das condições pessoais daquele a quem o menor é entregue.

O § 2º prevê uma conduta autônoma desprovida de perigo, referente ao sujeito que auxilia (ajuda) a enviar o menor ao exterior, com intuito de lucro. Nessa hipótese, não se exige a ocorrência de perigo (material ou moral), sendo suficiente o envio do menor ao exterior com o objetivo de obter lucro. É irrelevante, ademais, que o lucro provenha de atividade lícita ou ilícita. Estará tipificada a infração penal, isto é, a intermediação na adoção de menor por casal estrangeiro, com finalidade lucrativa, desde que o menor seja enviado para o exterior.

4. Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade de entregar menor de dezoito anos a pessoa com a qual pode ficar em perigo. Na hipótese de saber que pode correr perigo, o dolo pode ser direto ou eventual; na hipótese em que deve saber, o elemento subjetivo só pode ser dolo eventual. A nosso juízo é inadmissível a forma culposa (contra: Heleno Fragoso).

5. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a entrega efetiva do menor (art. 245, *caput*), ou, na segunda hipótese, com o auxílio nos atos praticados para enviar o menor ao exterior (art. 245, § 2º).

Admite-se, em tese, a tentativa, embora de difícil configuração.

6. Classificação doutrinária

Trata-se de crime *próprio* (somente podem praticá-lo os genitores, responsáveis pelas ações tipificadas); *doloso* (não há previsão legal para a figura culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio, forma ou modo); *instantâneo* (sua consumação não se alonga no tempo); *unissubjetivo* (pode ser praticado, em regra, por um agente, individualmente); *plurissubstistente* (pode ser desdobrado em vários atos, que, no entanto, integram uma mesma conduta).

7. Forma qualificada (§ 1º)

Há duas formas que qualificam o crime: a) quando o elemento subjetivo especial do tipo consiste no especial de fim de obter lucro — o *animus lucrandi* deve ser o motivo propulsor da conduta, que, no entanto, não precisa concretizar-se, sendo suficiente que exista na mente do agente; b) quando o filho é enviado para o exterior — o desvalor da conduta é manifesto, garantidor, igualmente, de maior desvalor do resultado, haja vista os danos materiais, morais e psicológicos que o envio de um menor para o exterior produz naturalmente.

8. Questão
O tutor
cional do pr
um ano. Vid
lescente) e o

9. Pena e
Detença
de reclusão,
A ação p

8. Questões especiais

O tutor não pode ser sujeito ativo deste crime, que admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — igual a um ano. *Vide* os arts. 238 e 239 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e o art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais).

9. Pena e ação penal

Detenção, de um a dois anos, para o *caput*. A forma qualificada comina pena de reclusão, de um a quatro anos (§§ 1º e 2º).

A ação penal é pública incondicionada.

ABANDONO INTELECTUAL

XXVIII

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Pena e ação penal.

Abandono intelectual

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

1. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico protegido é o direito à instrução fundamental dos filhos menores. Tutela-se, enfim, a educação dos filhos menores, procurando assegurar-lhes a educação necessária para facilitar-lhes o convívio social.

2. Sujeitos do crime

Sujeitos ativos são os pais do menor, sejam legítimos, naturais ou adotivos.

Sujeito passivo é o filho em idade escolar obrigatória, qual seja, aquela compreendida entre sete e quatorze anos.

3. Tipo objetivo: adequação típica

A ação tipificada consiste em *deixar de prover*, ou seja, de providenciar a instrução primária de seu filho. O tipo apresenta um elemento normativo, contido na expressão “sem justa causa”, isto é, omitir as medidas necessárias para que seja ministrada instrução ao filho em idade escolar, indevidamente, injustificadamente.

Como causas que *justifiquem* a omissão do agente podem ser entendidas “as dificuldades de acesso às escolas e a falta de escolas, tão comum em alguns Estados, além do grau de instrução rudimentar ou nula dos próprios pais”¹.

A idade escolar de que fala o tipo é apenas uma qualidade pessoal do sujeito passivo. Não há configuração do delito quando a educação do menor é ministrada em casa, em decorrência do local em que se encontra. *Vide* o art. 229 da CF.

1. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, 10. ed., 1988, v. 2, p. 135.

4. Tipo s
O elem
cumprir o d
filho em ida

É indispu
tração do re
nizam os me
se pode fala
se deixa o re
vaga no esta
te caracteriz
Não há

5. Consu

Consum
isto é, os pa
instrução fu

A tenta

6. Classi

Trata-se
pelas ações
forma livre
(sua consur
regra, por u
vários atos,

7. Pena

As pena
ou multa.

A ação

crime. 3. Tipo objetivo: adequação e tentativa. 6. Classifi-

trução primária de filho em
s, ou multa.

amental dos filhos menores,
urando assegurar-lhes a edu-

os, naturais ou adotivos.
ória, qual seja, aquela com-

u seja, de providenciar a ins-
mento normativo, contido na
as necessárias para que seja
damente, injustificadamente.
te podem ser entendidas "as
o comum em alguns Estados"
ópios pais"¹.

qualidade pessoal do sujeito
cação do menor é ministrada
Vide o art. 229 da CF.

og. v. 2, p. 135.

4. Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela vontade consciente de não cumprir o dever de dar educação, ou seja, *deixar de prover* a instrução primária de filho em idade escolar, *sem justa causa*.

É indispensável a demonstração do dolo do agente, sendo insuficiente a demonstração do resultado para que o delito se caracterize. Se, no entanto, os pais oportunizam os meios que estão a seu alcance, com os quais o filho não fica satisfeito, não se pode falar em crime. Assim, por exemplo, não se configura abandono intelectual se deixa o réu pobre de promover a instrução primária do filho menor por falta de vaga no estabelecimento de ensino público local. Estaria, nessa hipótese, plenamente caracterizada a elementar normativa *justa causa*.

Não há necessidade de qualquer elemento subjetivo especial do tipo.

5. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime quando, por tempo juridicamente relevante, o sujeito ativo, isto é, os pais, conjuntamente, ou qualquer deles, isoladamente, não providencia a instrução fundamental do filho.

A tentativa é praticamente indemonstrável.

6. Classificação doutrinária

Trata-se de crime *próprio* (somente podem praticá-lo os genitores, responsáveis pelas ações tipificadas); *doloso* (não há previsão legal para a figura culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio, forma ou modo); *instantâneo* (sua consumação não se alonga no tempo); *unissubjetivo* (pode ser praticado, em regra, por um agente, individualmente); *plurissubsistente* (pode ser desdobrado em vários atos, que, no entanto, integram uma mesma conduta).

7. Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são a detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

A ação penal é pública incondicionada.

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 3.1. Habitualidade. 3.2. Pessoa viciosa ou de má vida. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Questões especiais. 8. Pena e ação penal.

Art. 247. Permitir alguém que menor de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I — frequente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II — frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;

III — resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV — mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública;

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

1. Bem jurídico tutelado

Bem jurídico tutelado é a formação e educação moral do menor, embora o tipo penal não consagre esse *nomen juris*.

2. Sujeitos do crime

Sujeitos ativos serão não apenas os pais, mas qualquer pessoa a quem o menor foi confiado, isto é, que o tenha sob seu poder, guarda ou vigilância.

Sujeito passivo é o menor de dezoito anos submetido ao poder ou confiado à guarda ou vigilância do agente.

3. Tipo objetivo: adequação típica

O núcleo do tipo é o verbo *permitir* (dar liberdade, tolerar, admitir), de maneira expressa ou tácita, que menor de dezoito anos realize qualquer das condutas previstas nos incisos I a IV. O primeiro caso (inciso I) prevê que o menor compareça *com habitualidade* a casa de jogo ou mal-afamada (cassino, cabaré, casa de carteados) ou *conviva* (tenha contato habitual) com pessoa viciosa ou de má vida, como viciados em drogas, prostitutas etc. O inciso II também exige a frequência na conduta do menor em assistir ou participar de espetáculos que venham a pervertê-lo

ou ofender-lhe (mora) ou trabalho meretrício. O dinte) ou sirva paixão) pública

3.1 Habitualidade

O comparecimento caracteriza o vício habitualidade. Se a conduta proibida

Pervertendo o pudor, apresentem certa formação moral

Comiseração pública de alguém busca nas ruas a

Ninguém de em condição de admitem que se viver sem delinq há como, nessa comiseração pública com comida e ro

3.2 Pessoa

O significado do tempo, especificamente compreendida com má vida, por seus hábitos costumes

4. Tipo subjetivo

O elemento subjetivo a liberalidade inciso IV se exige especial fim de exc

5. Consumação

Consuma-se no caso de permitir-se com o asse

ou ofender-lhe o pudor. Na conduta do inciso III o menor reside (fixa residência, mora) ou trabalha (presta serviço, mediante pagamento) em casa onde é realizado o meretrício. O último inciso diz respeito ao menor que mendigue (viva como pedinte) ou sirva a mendigo para excitar (estimular, despertar) a comiseração (compaixão) pública.

3.1 Habitualidade

O comparecimento uma ou outra vez ao local proibido é insuficiente para caracterizar o verbo *frequentar*, que tem o sentido de reiteração, repetição, ou seja, *habitualidade*. Somente o comparecimento reiterado terá idoneidade para tipificar a conduta proibida nos incisos I e II do dispositivo em exame.

Perverter tem o sentido de corromper, de depravar; *ofender o pudor* quer dizer atingir o pudor, envergonhar. É necessário que o menor *frequente* espetáculos que apresentem cenas ou atos depravados, despidorados, capazes de prejudicar sua formação moral.

Comiseração pública é a piedade, a pena, a compaixão que a situação mendicante de alguém pode despertar na sociedade. *Mendigo* é o pedinte andarilho, que busca nas ruas as migalhas doadas que possam garantir-lhe a sobrevivência.

Ninguém desconhece que milhares e milhares de pessoas vivem em nosso país em condição de miserabilidade. Nessa circunstância, quando os pais mandam ou admitem que seus filhos saiam às ruas para *mendigar*, como única forma de sobreviver sem delinquir, não incorrem nas sanções do artigo que ora examinamos. Não há como, nessa hipótese, incriminar os pais, uma vez que o objetivo é *excitar a comiseração pública*, mas, na verdade, prover, de fato, a subsistência dos infantes com comida e roupas, diante do estado de miserabilidade em que viviam.

3.2 Pessoa viciosa ou de má vida

O significado e o alcance de expressões como essas também mudam ao longo do tempo, especialmente passados mais de sessenta anos. *Pessoa viciosa* pode ser compreendida como desregrada, descomprometida com o bom comportamento; *de má vida*, por sua vez, refere-se ao aspecto moral, particularmente em relação aos sadios costumes sociais.

4. Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela vontade consciente de permitir a liberalidade do menor em qualquer das formas previstas no tipo penal. Para o inciso IV se exige também o elemento subjetivo especial do tipo, consistente no *especial fim* de excitar a comiseração pública.

5. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime quando o menor pratica quaisquer das condutas previstas, no caso de permissão anterior; se a permissão for posterior à prática, a consumação dá-se com o assentimento.

Admite-se a tentativa, em princípio, somente se a permissão for antes da prática da conduta.

6. Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer condição especial do sujeito ativo); *doloso* (não há previsão legal para a figura culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio, forma ou modo); *permanente* (sua consumação alonga-se no tempo); *unissubjetivo* (pode ser praticado, em regra, por um agente, individualmente); *plurissubsistente* (pode ser desdobrado em vários atos, que, no entanto, integram uma mesma conduta).

7. Questões especiais

O agente poderá incorrer em *erro* a respeito do local ou atividade (art. 20 do CP). A prática de mais uma conduta dá lugar ao concurso material, pois não se trata de crime de conteúdo variado. Admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. Vide o art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais); os arts. 50, § 4º, do Decreto-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) e 240 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

8. Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são a detenção, de um a três meses, ou multa.

A ação penal é pública incondicionada.

INDUZIMENTO A FUGA, ENTREGA ARBITRÁRIA OU SONEGAÇÃO DE INCAPAZES

XXX

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Questões especiais. 8. Pena e ação penal.

CAPÍTULO IV

DOS CRIMES CONTRA O PÁTRIO PODER, TUTELA OU CURATELA

Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes

Art. 248. Induzir menor de 18 (dezoito) anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de 18 (dezoito) anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

1. Bem jurídico tutelado

Os bens jurídicos são o pátrio poder (hoje *poder familiar*), a tutela ou a curatela, mais especialmente os direitos a seu exercício.

2. Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualquer qualidade ou condição especial.

Sujeitos passivos são aqueles que detêm o direito/dever de exercer o poder familiar, tutela ou curatela, isto é, são os pais, tutores ou curadores, bem como menor de dezoito anos ou interdito.

3. Tipo objetivo: adequação típica

São três figuras típicas. A primeira consiste em *induzir* (persuadir, incitar) menor de dezoito anos ou interdito à fuga, ou seja, “deve ser no sentido de que o menor escape por seus próprios meios e para os fins que se propuser”. A segunda conduta é *confiar* (entregar, transmitir) a outrem o incapaz, de modo arbitrário. A terceira conduta, finalmente, é *deixar de entregá-lo* (menor de dezoito anos ou interdito), caracterizando a sonegação de incapaz. Essa modalidade apresenta dois elementos normativos, que são as expressões “sem justa causa” e “legitimamente”.

No crime de *subtração de incapaz*, o menor é tirado do poder de quem o tem sob sua guarda, em virtude de lei ou ordem judicial, ao passo que o de *sonegação de incapaz* consiste na recusa de entrega (retenção), *sem justa causa*, do incapaz a quem legitimamente o reclame.

4. Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas descritas no tipo.

Não há exigência de elemento subjetivo especial do tipo, tampouco previsão de modalidade culposa.

5. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime: a) com a efetiva fuga do incapaz; b) com a entrega; c) com a recusa injustificada do agente.

Admite-se a tentativa somente nas duas últimas modalidades (induzimento a fuga e entrega arbitrária).

6. Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo); *formal* (crime que não causa transformação no mundo exterior); *doloso* (não há previsão de modalidade culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo); *comissivo* (os verbos nucleares implicam prática de uma ação, sendo *omissivo*, contudo, na última figura); *instantâneo* (a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado); *unissubjetivo* (pode ser cometido por uma única pessoa); *plurissubistente* (a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso).

7. Questões especiais

Aquele que, separado judicialmente e desprovido de poder familiar, recusa-se a entregar filho menor incorre nas sanções do art. 359 do CP (nesse sentido, TACrimSP, RT, 500:346). No crime do art. 248, o menor é persuadido a sair do local onde se encontra, o que não ocorre no art. 249, no qual o incapaz é retirado do lugar. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* os arts. 60, 61 e 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais).

8. Pena e ação penal

As penas cominadas, alternativamente, são detenção, de um mês a um ano, ou multa.

A ação penal é pública incondicionada.

SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES

XXXI

Sumário: 1. Bem jurídico tutelado. 2. Sujeitos do crime. 3. Tipo objetivo: adequação típica. 3.1. Fuga do menor: atipicidade. 4. Tipo subjetivo: adequação típica. 5. Consumação e tentativa. 6. Classificação doutrinária. 7. Subtração de incapazes e outros crimes. 8. Perdão judicial. 9. Questões especiais. 10. Pena e ação penal.

Subtração de incapazes

Art. 249. Subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena — detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2º No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

1. Bem jurídico tutelado

O crime de *subtração de incapaz* visa a proteção do pátrio poder (hoje *poder familiar*), tutela ou curatela. Com efeito, os bens jurídicos protegidos são a garantia e a proteção da instituição familiar, particularmente em relação aos direitos relativos ao poder familiar, à tutela ou à curatela, mais especificamente os direitos a seu exercício.

2. Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o pai, a mãe, tutor ou curador destituídos ou temporariamente privados do poder familiar, tutela, curatela ou guarda (§ 1º).

A mãe, como qualquer pessoa, pode ser sujeito ativo do crime de *subtração de incapaz*. A expressão “pai” contida no § 1º do art. 249 do CP não é incriminadora em si. Consequentemente, não se pode tirar ilação *a contrario sensu* para concluir pela não incriminação da mãe que pratica a conduta típica. Por outro lado, sendo autor da subtração o pai da vítima, de cujo poder familiar não estava destituído por lei ou determinação judicial, não há falar em tipicidade, pois a prática do crime só

pode ser atribuível a pessoa diversa. Nessa hipótese, trata-se de, digamos, posse justa ou, em termos mais técnicos, *exercício regular de um direito* no qual está o agente legitimamente investido.

Sujeitos passivos são os pais, tutores ou curadores e, especialmente, o incapaz que é subtraído. Não se pode negar que o menor, a despeito de ser incapaz, não deixa de ser sujeito de direitos, e é exatamente esse estado que o torna sujeito passivo dessa infração penal.

3. Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em *subtrair* (tirar, retirar, furtar) o incapaz do poder, guarda ou vigilância de quem de direito. Para tipificar esta infração, o comportamento deve ser de tal ordem que crie um estado ou situação que inviabilize a guarda ou vigilância do responsável. Eventual *consentimento do incapaz* é irrelevante, na medida em que este não tem capacidade para consentir. No entanto, aquiescendo o menor em acompanhar o agente, havendo o consentimento de seu genitor, não se pode cogitar, sequer em tese, do crime de subtração de incapaz.

Os meios de execução, em tese, são irrelevantes para a tipificação do crime, que pode ser mediante violência ou grave ameaça ou, simplesmente, mediante "sedução", fraude, ardil, estratagemas ou até mesmo com o consentimento da vítima, embora legalmente inválido. Essas questões, contudo, devem ser objeto de avaliação na dosimetria da pena.

Somente haverá o crime se não caracterizar outro de natureza mais grave, e não apenas quando constitua elemento de outro crime, como refere equivocadamente o preceito secundário. Essa questão é facilmente resolvida por meio do conflito aparente de normas.

3.1 Fuga do menor: atipicidade

Se o menor fugir sozinho, procurando, posteriormente, a companhia e a proteção do agente, não se constituirá este crime. Contudo, o eventual auxílio à iniciativa do menor, contribuindo para sua realização, a nosso juízo, tipifica o crime (contrário: Heleno Fragoso).

4. Tipo subjetivo: adequação típica

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente de subtrair o menor ou interdito do poder ou guarda de quem legalmente o detenha. Em outros termos, para a tipificação do delito do art. 249 do CP é necessária a vontade consciente do agente de retirar o menor da guarda de seu responsável.

É indispensável, evidentemente, que o agente tenha conhecimento de que o incapaz se encontra sob a guarda ou proteção legal de outrem.

5. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a efetiva subtração do incapaz, mesmo que o agente não consiga consolidar seu domínio sobre a vítima, mantendo uma posse intranquila.

Admite-se, teoricamente, a tentativa, embora seja de difícil configuração.

6. Classificação
Trata-se de crime
temente de qualifi
figura culposa); d
modo); *instantân*
ser praticado, em
ser desdobrado e

7. Subtração

Se a subtração
1º, V, com redaçã
todo o capítulo d
tração seja a obte
te sequestro). Qu
(física ou moral)
venha a acolher o
de liberdade do i

8. Perdão ju

Por política
o menor ou inte
devolução, nessa
mento posterior
aquele previsto

É inadmissí
reu da apreensã
de do ato.

9. Questões

A subtração
previstos no art
razão da pena m
da Lei n. 9.099
Criança e do A

10. Pena e a

A pena con
fato não consti

A ação pen

6. Classificação doutrinária

Trata-se de crime *comum* (pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial); *doloso* (não há previsão legal para a figura culposa); *de forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio, forma ou modo); *instantâneo* (sua consumação não se alonga no tempo); *unissubjetivo* (pode ser praticado, em regra, por um agente, individualmente); *plurissubsistente* (pode ser desdobrado em vários atos, que, no entanto, integram uma mesma conduta).

7. Subtração de incapazes e outros crimes

Se a subtração ocorrer para *fim libidinoso*, há o delito previsto no art. 148, § 1º, V, com redação determinada pela Lei n. 11.106/2005, a mesma lei que revogou todo o capítulo do crime de rapto (arts. 219 a 222 do CP). Caso a finalidade da subtração seja a obtenção do resgate, configura-se o crime do art. 159 (extorsão mediante sequestro). Quando o sujeito realizar a conduta típica com o emprego de violência (física ou moral), responderá em concurso com ela. Não é sujeito ativo aquele que venha a acolher o menor interdito. Se o objetivo do agente for meramente a privação de liberdade do incapaz, incorrerá no art. 146 (constrangimento ilegal).

8. Perdão judicial

Por política criminal, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se o agente *restituir* o menor ou interdito sem que este tenha sofrido *maus-tratos* ou *privações*. Essa devolução, nessas condições, não deixa de caracterizar uma espécie de “arrependimento posterior”, que, nessa hipótese, recebe um tratamento mais benéfico do que aquele previsto no art. 16 do CP.

É inadmissível o perdão judicial se a restituição não foi espontânea, mas decorreu da apreensão do menor ou de qualquer outro meio que exclua a espontaneidade do ato.

9. Questões especiais

A subtração poderá dar-se por induzimento, porém seus elementos diferem dos previstos no art. 248 do CP. Admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada — inferior a um ano. *Vide* o art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais); art. 237 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

10. Pena e ação penal

A pena cominada, isoladamente, é a detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

A ação penal é pública incondicionada.