

CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES (*)

Heleno Cláudio Fragoso

I

É da tradição do direito penal brasileiro a previsão casuística de circunstâncias agravantes de caráter geral aplicáveis a todos os crimes ou a grupos de crimes. Além de tais *circunstâncias específicas comuns*, situadas na *parte geral do* Código Penal, nossa lei contempla causas especiais de aumento de pena, ou circunstâncias agravantes *especiais*, aplicáveis a determinados crimes e previstas na *parte especial* do código. As agravantes especiais tornam o crime qualificado, constituindo também causas especiais de aumento.

As circunstâncias agravantes *comuns* somente são consideradas quando não constituem ou qualificam o crime (art. 44 Cód. penal).

II

As circunstâncias agravantes previstas pela lei penal brasileira, tanto as comuns como as especiais, são da mais diversa ordem, distinguindo-se, porém, basicamente em subjetivas (ou de caráter pessoal) ou objetivas.

- (a) As circunstâncias de *caráter pessoal* ou subjetivas são as que se referem aos motivos determinantes, à qualidade ou condição pessoal do agente, às suas relações com a vítima ou com os demais participantes. As *agravantes comuns* de caráter pessoal previstas no Código Penal brasileiro são as seguintes:

* Relatório do grupo brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, apresentado ao IX Congresso Internacional de Direito Penal, a se realizar em Haia, em agosto próximo. Veja-se, à pág. 160 as proposições gerais sobre o tema, do relator geral, prof. LERNELL. Este trabalho responde às indagações do relatório geral.

1. *Quanto à motivação ou fim de agir:* motivo fútil ou torpe; para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; fim de lucro (paga ou promessa de recompensa).
2. *Quanto à qualidade ou condição pessoal do agente:* depois de embriagar-se propositadamente para praticar o fato; com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.
3. *Quanto às relações do agente com a vítima ou os demais participantes:* parentesco (crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge); abuso de autoridade ou aproveitamento de relações domésticas, de co-habitação ou de hospitalidade; circunstância de promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes; coagir outrem à execução material do crime; instigar ou determinar a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal.

As agravantes especiais, de caráter pessoal, que qualificam numerosos crimes e que estão previstas na *parte especial* do Código Penal são as seguintes:

1. *Motivação e fim de agir:* motivo egoístico ou fim de lucro (homicídio; instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio; crimes contra a honra; dano, proxenetismo; favorecimento à prostituição; tráfico de mulheres; entrega de filho menor a pessoa inidônea; exercício ilegal da medicina; falsidade material de atestado ou certidão; falsidade de atestado médico); *motivo torpe* (homicídio); *motivo fútil* (homicídio); *assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime* (homicídio).
2. *Condição ou qualidade pessoal do agente:* *Funcionário público com infração de dever funcional* (invasão de domicílio; violação de correspondência; infração de medida sanitária preventiva; crimes assimilados ao de moeda falsa; fabricação, aquisição, fornecimento ou posse de petrechos para falsificação de moeda; falsificação de selo ou sinal público; falsificação de documento público; falsificação ideológica, promover ou facilitar fuga de preso; *qualidade de*

médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro (infração de medida sanitária preventiva); *qualidade de médico, farmacêutico ou dentista* (tráfico de entorpecentes); *qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário, depositário judicial ou titular de ofício, emprego ou profissão* (apropriação indébita).

3. *Relações entre o agente e a vítima: ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor, curador, preceptor, empregador, situação de autoridade sobre a vítima ou condição de pessoa casada* (crimes contra a liberdade sexual); *ascendente, descendente, marido, irmão, tutor, curador ou encarregado de educação, tratamento ou guarda* (abandono de incapaz; seqüestro; proxenetismo, favorecimento da prostituição, rufianismo, tráfico de mulheres).

(b) As circunstâncias agravantes *objetivas* relacionam-se com os meios e modos de execução, o tempo, o lugar e a ocasião, a situação ou condição pessoal da vítima e o objeto material do crime. As agravantes *objetivas comuns*, que estão previstas na parte geral de nosso código, são as seguintes:

1. *Quanto aos meios e modos de execução*: à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum.

2. *Relativas ao tempo e lugar*: em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública.

3. *Relativas à pessoa ou à condição da vítima*: crimes contra criança, velho ou enfermo; contra pessoa em situação de desgraça particular; contra pessoa sob imediata proteção da autoridade.

As circunstâncias agravantes *especiais*, de natureza objetiva, previstas em nosso direito penal fundamental são as seguintes:

1. *Quanto aos meios e modos de execução: Meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum ou com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura (homicídio); à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima (homicídio); mediante fraude (aborto não consentido; seqüestro; furto; proxenetismo, favorecimento da prostituição; tráfico de mulheres); grave ameaça (aborto não consentido; dano; proxenetismo; favorecimento da prostituição, rufianismo; tráfico de mulheres); violência (aborto não consentido; violação de domicílio, ultraje a culpa e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo; impedimento ou perturbação de cerimônia fúnebre; proxenetismo; favorecimento à prostituição; rufianismo; tráfico de mulheres); meio que facilite o aumento do dano (crimes contra a honra); emprego de arma (constrangimento ilegal; invasão de domicílio; roubo; extorsão; quadrilha de malfeitores, promover ou facilitar fuga de preso); rompimento de obstáculo (furto; promover ou facilitar fuga de preso); mediante abuso de confiança (furto); mediante escalada ou destreza (furto); mediante suborno (falso testemunho ou falsa perícia); mediante concurso de duas ou mais pessoas (constrangimento ilegal; invasão de domicílio; furto; roubo; extorsão; extorsão mediante seqüestro; crimes contra a liberdade sexual; facilitar ou promover fuga de preso).*
2. *Quanto à condição ou qualidade da vítima: Contra funcionário público em razão de suas funções (crimes contra a honra); contra menor ou pessoa com capacidade de resistência diminuída (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; aborto não consentido; extorsão mediante seqüestro; tráfico de mulheres); ocupação especial da vítima, no transporte de valores (roubo); contra menor virgem (posse sexual mediante fraude; atentado ao pudor mediante fraude; proxenetismo; facilitação à prostituição; rufianismo; tráfico de mulheres); contra pessoa em situação aflitiva (apropriação indébita).*
3. *Quanto ao tempo, lugar e ocasião do crime: Em lugar ermo (abandono de incapaz; violação de domicílio); na faixa de fronteira (abandono de função) na presença de várias pessoas (crimes contra a honra); durante a noite ou o*

repouso noturno (violação de domicílio; furto); *em ocasião de calamidade pública* (interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico).

4. *Quanto ao bem jurídico atingido: patrimônio público* (dano, estelionato, incêndio); *em prejuízo de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência* (estelionato); *casa habitada ou destinada à habitação, obra de cultura; embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo; estação ferroviária ou aeródromo; estaleiro, fábrica ou oficina; depósito de explosivo, combustível ou inflamável; poço petrolífero ou galeria de mineração; lavoura, pastagem ou floresta* (incêndio; explosão).

Em nosso direito, a distinção entre circunstâncias de caráter pessoal (subjetivas) e circunstâncias objetivas é essencial. Somente as primeiras transmitem-se aos co-autores ou partícipes no delito (art. 26 Cód. Penal).

III

As circunstâncias agravantes comuns e especiais previstas na lei brasileira são de aplicação obrigatória pelo juiz, constituindo circunstâncias *legais*. Não se exige qualquer motivação especial para a admissão de semelhantes causas de agravação.

IV

Não há, a rigor, discrepância, na doutrina, quanto à validade e admissibilidade das circunstâncias agravantes previstas na lei.

V

As penas são, no direito brasileiro, cominadas com bastante amplitude, a fim de permitir que se exerça o arbítrio judicial, na individualização da sanção. As circunstâncias agravantes *comuns* (previstas na parte geral) tornam *obrigatória* a

agravação da pena, sem estabelecer, no entanto, critérios especiais para a aplicação de pena mais grave. Essa tarefa é entregue ao prudente arbítrio do juiz.

Quanto às causas de aumento previstas na parte especial, nossa lei adotou critérios diversos. Em alguns casos, a circunstância agravante dando lugar ao aparecimento do crime qualificado, apresenta cominação de pena autônoma mais grave, mantendo, porém, a mesma margem de arbítrio judicial. Assim, por exemplo, o *homicídio simples* é punido com reclusão, de seis a vinte anos, e o *homicídio qualificado*, com reclusão de doze a trinta anos. Noutros casos, porém, a causa de aumento aparece determinando a agravação dentro de certos limites quantitativos. Exemplo: aumento de um terço até metade (extorsão com emprego de arma). Há casos, porém, em que o aumento aparece previsto em quantidade fixa. Exemplo: aumento de um terço (abandono de incapaz em lugar ermo) ou da quarta parte (crimes contra a liberdade sexual praticados por pessoa casada).

No caso de concurso entre causas especiais de aumento previstas na parte especial do Código Penal, pode o juiz limitar-se a um só aumento. Constituem *circunstâncias preponderantes* as que se referem aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência. Essas circunstâncias preponderantes prevalecem sempre que houver concurso entre causas de aumento e diminuição.

VI

O estudo e sistematização das circunstâncias do crime não têm merecido a atenção da doutrina, fato que explica as deficiências que se observam na dogmática jurídico-penal no tratamento da matéria.

Parece-nos importante fixar, para atenção do congresso e debate, alguns problemas de grande relevo, alguns dos quais mencionamos a seguir:

- (a) Conceituação técnica de *circunstância* do crime e de circunstância agravante. Circunstâncias do crime são somente aquelas que não são elementos constitutivos, mas simplesmente acessórios, que afetam a gravidade do crime ou

seja a *quantitas delicti*. Não são circunstâncias as causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade ou as causas pessoais de exclusão de pena. Os elementos de caráter geral previstos em muitas legislações como critérios ou diretivas para a aplicação da pena pelo juiz (chamadas circunstâncias *judiciais*), como, por exemplo, as previstas no art. 63 do Código Penal Suíço, não são tecnicamente *circunstâncias do crime*. O mesmo ocorre com respeito à reincidência. *Circunstâncias agravantes* são aqueles elementos acessórios, que não afetam a constituição do delito e que influem sobre sua *gravidade*, aumentando-a.

- (b) Constitui tarefa científica importante a classificação das circunstâncias agravantes, o que, todavia, somente poderá ser feito diante do direito positivo de cada país. Todavia, a identificação de algumas categorias, como *genéricas e específicas; comuns e especiais; objetivas e subjetivas; antecedentes, concomitantes e subsequentes*; têm validade geral e devem ser acolhidas.
- (c) As circunstâncias do crime devem ser consideradas tão-somente em relação à gravidade do fato delituoso. Constitui impropriedade e confusão metodológica pretender justificar as agravantes com base na periculosidade do agente.
- (d) No direito penal moderno não pode haver pena sem culpabilidade. A responsabilidade objetiva que algumas leis prevêm, relativamente às circunstâncias agravantes, como faz, por exemplo, o vigente código penal italiano, é intolerável. É indispensável fixar como princípio básico fundamental o de que não pode ser considerada a circunstância agravante se não houve culpa em relação à mesma.
- (e) Atendendo à natureza e à função das circunstâncias agravantes, deve ser igualmente fixado o princípio de preponderância das circunstâncias de caráter pessoal ou subjetivas, em todas as hipóteses de concurso de circunstâncias.
- (f) A previsão casuística de circunstâncias agravantes comuns obrigatórias, de caráter geral e aplicáveis a numerosos crimes, constitui limitação ao arbítrio judicial na individualização da pena, e deve ser restrita exclusivamente àqueles

casos em que se verifica sempre maior culpabilidade e maior gravidade no malefício, de forma genérica. O sistema de agravantes genéricas está mais conforme ao direito penal moderno.

(*) Publicado na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n.º 6, 109 a 113.