

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA
TIAGO SOFIATI DE BARROS CARVALHO**

**ANÁLISE DA TIPICIDADE DA AMEAÇA SUPERSTICIOSA À LUZ DA
OFENSIVIDADE**

**CURITIBA
2018**

TIAGO SOFIATI DE BARROS CARVALHO

**ANÁLISE DA TIPICIDADE DA AMEAÇA SUPERSTICIOSA À LUZ DA
OFENSIVIDADE**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientadora: Christian Laufer

**CURITIBA
2018**

TIAGO SOFIATI DE BARROS CARVALHO

**ANÁLISE DA TIPICIDADE DA AMEAÇA SUPERSTICIOSA À LUZ DA
OFENSIVIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da banca

Curitiba, de de 2018

À minha família, por existir.

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar a tipicidade da ameaça supersticiosa, tendo como referência o Princípio da Ofensividade, que, para esse trabalho, tem base constitucional. Para tanto, será estabelecido um diálogo entre o seu estudo teórico, reconhecendo sua incipiência, posto que a doutrina não trata especificamente dessa modalidade de ameaça, e o estudo prático, possibilitado pela análise do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no Recurso Especial nº 1.299.021/SP, que entendeu por idônea uma ameaça espiritual utilizada como meio para consumar o crime de extorsão. Como desdobramento natural de um estudo pouco abordado pela doutrina, será questionado, por exemplo, se o agente deveria conhecer o significado das palavras e gestos escolhidos, se haveria alguma relevância prática caso entenda que estaria respaldado pela liberdade religiosa e quando estaria agindo efetivamente com animus jocandi, vez que a ameaça precisa ser séria. Por fim, serão expostas hipóteses de incriminação desta conduta, cuja legitimação será analisada à luz da ofensividade e da classificação deste crime como formal.

Palavras-chave: ameaça supersticiosa; ameaça espiritual; tipicidade; ofensividade.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Hipóteses de consumação à luz da ofensividade	54
----------------------------------------------------------------	----

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O DIREITO PENAL E A SUA FUNÇÃO DE TUTELA DOS BENS JURÍDICOS	11
2.1	O CARÁTER SUBSIDIÁRIO E INTERVENTOR DO DIREITO PENAL	11
2.2	A LOCALIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO NA DOGMÁTICA PENAL E A OFENSIVIDADE EM MATÉRIA PENAL.....	17
2.3	DA FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA OFENSIVIDADE	21
3	O CRIME DE AMEAÇA DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	26
3.1	A CONDUTA PUNÍVEL	26
3.2	A CONSTRUÇÃO DO TIPO PENAL.....	32
3.3	AS ELEMENTARES DO CRIME DA AMEAÇA (ART.147).....	35
3.3.1	Dos sujeitos ativo e passivo.....	37
3.3.2	Do tipo objetivo	38
3.3.3	Do elemento subjetivo	41
3.3.4	Da consumação.....	42
3.3.5	Da breve conceituação da conduta típica.....	42
3.4	A AMEAÇA SUPERSTICIOSA	43
4	A JURISPRUDÊNCIA E A AMEAÇA SUPERSTICIOSA	57
4.1	ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.299.021/SP	57
5	DESDOBRAMENTOS DO ESTUDO TEÓRICO E PRÁTICO DA AMEAÇA SUPERSTICIOSA	68
5.1	DA RELEVÂNCIA QUANTO AO PRÉVIO CONHECIMENTO DO <i>SIGNIFICADO DAS PALAVRAS PROFERIDAS PELO AGENTE</i>	68
5.2	DO CONFLITO (APARENTE) ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA DO AGENTE E O DIREITO À INCOLUMIDADE PSÍQUICA DA VÍTIMA	69

5.3	A LEGITIMAÇÃO DA INCRIMINAÇÃO DA AMEAÇA SUPERSTICIOSA À LUZ DA OFENSIVIDADE.....	71
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
	REFERÊNCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

Relevante destacar que o direito penal desdobra-se em diferentes vertentes de estudo, como a dogmática, a criminologia e a política criminal.

Esclarece-se, portanto, que a pretensão deste trabalho é abster-se da criminologia e suas correntes, bem como da política criminal. Mesmo que possa fazer-se necessário pincelar sobre essas disciplinas, não há intenção, por exemplo, de investigar se é o crime que provoca a existência do controle penal ou se é o mecanismo de controle social penal que determina e promove a existência do crime.

A respeito disso, sabe-se que a criminologia crítica defende categoricamente que o sistema penal seleciona algumas condutas próprias das camadas mais humildes da população e, através da criminalização destas, promoveria o estabelecimento de um espaço social delimitado e negativo.

Sem entrar no mérito da criminalização derivada das instâncias de poder, permite-se afirmar que o estudo da criminologia desconsidera o crime como um fenômeno real¹ e ainda permite ir além. Ignora o desvalor intrínseco de, ao menos, algumas condutas incriminadas.

Logo, se a criminologia fica encarregada de buscar uma resposta à infração que não seja somente estatal (penal) ou a potencializar os mecanismos informais de controle social, a dogmática se preocupa em conhecer e interpretar a legislação penal, sem se afastar do seu caráter valorativo, haja vista o necessário cuidado com os direitos fundamentais da pessoa.

Por isso, tem-se que será no âmbito da dogmática penal que este estudo irá se balizar, mais especificamente, através da verificação da tipicidade da ameaça supersticiosa, tendo como referências a teoria geral do crime e toda rede de princípios, - dentre eles, a ofensividade, que orienta e legitima a incriminação de condutas.

A seleção da ameaça supersticiosa como objeto de estudo se justifica pelo fato dessa conduta poder, pelo menos em um primeiro momento, ser confundida com a liberdade religiosa, posto que o conteúdo proferido mediante palavras, gestos ou escritos detém conteúdo fundado em crenças no sobrenatural, ao mesmo tempo

¹ BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos do Direito Penal Brasileiro**. 3ª ed., Curitiba: Edição do autor, 2012, p. 52.

que detém significativo potencial lesivo.

Ademais, como se verá, a subsunção dessa conduta ao tipo penal previsto no art.147 CP não é inquestionável como seria o caso, por exemplo, de uma ameaça de morte. Isto porque, enquanto a morte é um mal mais palpável, o mal da ameaça supersticiosa por vezes sequer é visualizado.

Tendo em vista essas incertezas quanto à tipicidade dessa conduta, e, considerando que a intervenção do direito penal é – ou deve ser – subsidiária, bem como o potencial de ofensa ou perigo ao bem jurídico da ameaça supersticiosa, entende-se que deve haver uma resposta penal, ainda que somente à luz de sua dogmática.

Ainda, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça – STJ confrontou a matéria no início de 2017, tendo se posicionado no sentido de afirmar o potencial lesivo desse tipo de ameaça, o que reforçou a necessidade e relevância de se estabelecer um diálogo entre essa decisão e o seu estudo teórico.

Isto posto, registra-se que este estudo partirá de dois pontos de partida: primeiro, do reconhecimento de que bens jurídicos foram escolhidos em um processo democrático para que o Estado pudesse tutelá-los, razão pela qual foram inseridos na constituição, como será explicado.

Ademais, considerando o caráter enérgico das respostas do direito penal diante da violação destes bens, considerar-se-á legítima, e, portanto, passível de responsabilização, somente aquela conduta que violar ou expor a perigo concreto o respectivo bem jurídico tutelado pela norma penal, que, no caso da ameaça supersticiosa, trata-se da liberdade psíquica da pessoa.

Por fim, em virtude da escassez de estudo acerca da ameaça supersticiosa, frisa-se que este trabalho não pretende esgotar a matéria. Pelo contrário. Como objetivo secundário, intenta-se subsidiar trabalhos futuros, para que se possa ampliar o conhecimento teórico – e até prático – deste tema que está presente no dia-a-dia da sociedade.

2 O DIREITO PENAL E A SUA FUNÇÃO DE TUTELA DOS BENS JURÍDICOS

2.1 O CARÁTER SUBSIDIÁRIO E INTERVENTOR DO DIREITO PENAL

Inerente à função do Estado é a preservação e manutenção da ordem social². O Direito Penal, nesta ótica, se ocupa em regular a relação pena-sociedade³ quando da violação de bens jurídicos, protegendo-os, ao menos em tese, através da imposição das sanções mais severas do ordenamento jurídico.

Como essas sanções acabam colidindo diretamente com um dos direitos mais caros à pessoa, a liberdade, através da pena de prisão, esse mesmo Estado não está absolutamente livre para fazer uso deste poder de punir⁴.

Essa tarefa de aplicação das normas incriminadoras de condutas encontram-se limitadas por uma série de princípios, como o da culpabilidade, dignidade da pessoa, necessidade de castigo, mas, principalmente, para o presente trabalho, o da legalidade, da ofensividade e da intervenção mínima.

Por isso, não sendo a tutela dos bens jurídicos função exclusiva do direito penal, e, reiterando a danosidade das suas penas, temos que este deve atuar somente quando os demais mecanismos de controle social forem incapazes de resolver as demandas mais relevantes da sociedade.

Nesse sentido, parafraseado por Paulo Cesar Busato, Silva Sanchez afirma que o Direito Penal deve prescindir da cominação e sanção penal sempre que couberem efeitos preventivos similares (ou superiores) da intervenção de outros meios menos lesivos, como, por exemplo, medidas estatais da política social, sanções próprias do direito civil, direito administrativo, ou inclusive meios não jurídicos de controle social⁵.

Corroboram com essa ideia Claus Roxin e Quintero Olivares, quando afirmam que, sendo a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado, este não deve recorrer ao Direito Penal e sua gravíssima

² BUSATO, Paulo Cesar, 2012, p. 30.

³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013. p.108

⁴ BUSATO, op. cit., p.30

⁵ BUSATO, 1992 apud SÁNCHEZ, 2012, p. 284.

sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção jurídica com outros instrumentos jurídicos não penais⁶.

Além disso, dado o conhecimento de que a pena é uma solução imperfeita – visto empiricamente pela deficiência da instituição penitenciária em atingir seus objetivos, como a ressocialização – percebemos a necessidade dessa medida apenas em *ultima ratio*. Em outras palavras, cabe ao Direito Penal a interferência somente naqueles casos que afrontem gravemente os bens jurídicos mais relevantes da sociedade⁷, deixando as perturbações mais leves da ordem jurídica aos demais ramos do direito⁸.

Percebe-se, portanto, que o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal pauta-se na escolha e proteção dos bens jurídicos mais- relevantes à sociedade e na ineficácia de resposta dos demais ramos do direito quando da violação destes bens. Caso contrário, Claus Roxin, parafraseado por Nilo Batista, afirma que a utilização do Direito Penal onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica não dispõe de legitimação da necessidade social e ainda perturba a paz jurídica⁹.

Por essa razão, a Constituição da República de 1988, em seu Artigo 22, inciso I, previamente legitimou a União, por meio do Congresso Nacional, a legislar sobre Direito Penal e Processo Penal¹⁰, e, no que tange o objetivo deste trabalho, a definir quais serão as condutas tidas como criminosas quando violarem ou colocarem em perigo os bens mais caros à sociedade.

Diante disso, da seleção dos bens que demandam proteção jurídica e a consequente tipificação das condutas consideradas criminosas quando da sua violação, alcançamos o Princípio da Legalidade em matéria penal. A sua melhor definição encontra-se novamente na Carta Magna, em seu Artigo 5º, inciso XXXIX: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*.

Isto posto, extrai-se que aquela conduta qualificada como crime por violar ou

⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ªed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013. p. 82.

⁷ No caso hipotético de não pagamento de aluguel não amparado pelo Direito Penal, não está sendo negado ao patrimônio a condição de bem jurídico essencial do indivíduo. Apenas está sendo reconhecido a possibilidade de um ataque menos grave a esse bem.

⁸ BATISTA, op. cit., p.84

⁹ BATISTA, loc. cit.

¹⁰ O parágrafo único do Art. 22 da Constituição Federal de 1988 estabelece uma exceção: Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

colocar em risco um bem jurídico relevante à sociedade só poderá ser assim considerada caso exista prévia previsão legal¹¹. Da mesma forma, a pena também não poderá ser desmedida e inédita, já que deve igualmente respeitar o conteúdo prévio da lei¹².

Como bem leciona Nilo Batista acerca do tema, além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, este princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta em lei¹³.

Com o intuito de sedimentar a importância que detém o Princípio da Legalidade em matéria penal, Cesare Beccaria, na sua obra “*Dos delitos e das penas*”, assim pontifica¹⁴:

Apenas as leis podem fixar as penas em relação aos delitos praticados; e essa autoridade não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade agrupada em um contrato social.

A visualização prática da legalidade em matéria penal passa pela adequação do fato concreto ao modelo legal abstrato previsto no tipo penal incriminador. Trata-se do cenário da tipicidade. Inexistente a descrição do tipo penal, não há delito algum¹⁵.

Caminhando um pouco mais além, à luz da ofensividade, que será mais bem vista adiante, este fato concreto deverá necessariamente violar ou colocar em perigo o bem jurídico que fora escolhido para merecer sua tutela.

Do Princípio da Legalidade, alcança-se, mesmo em linhas gerais, o Princípio da Taxatividade, que prega o zelo do legislador ao criar o conteúdo da norma penal, composto por vocábulos e sentenças, coordenadas e bem dispostas, de forma a garantir a exata delimitação do universo da comunicação pretendida¹⁶.

Sua importância reside no fato de aclarar o objetivo de cada figura criminosa,

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 92.

¹² Ibid., p.93

¹³ BATISTA, 2013, p. 65.

¹⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de A. Carlos Campana. São Paulo: Ed. J. Bushatsky, 1978. p.109.

¹⁵ NUCCI, op. cit., p.94.

¹⁶ Ibid., p.213.

permitindo a captação perfeita do sentido dos tipos penais¹⁷. Percebe-se, portanto, que a leitura correta da norma penal, no sentido da legalidade, deve ser orientada pelo bem jurídico tutelado que está por trás de cada norma penal e que confere ao tipo a sua razão de ser, como será mais bem tratado adiante.

Ademais, quando o legislador escolhe as condutas para serem consideradas crimes, o faz mediante fórmulas de descrição típica fechadas ou abertas. De acordo com as palavras de Guilherme de Souza Nucci, as fechadas são as que contém somente elementos descritivos do tipo, aqueles passíveis de verificação sensorial¹⁸.

Já as descrições abertas são passíveis de verificação subjetiva, consistentes em juízo de valor e trazem consigo os elementos subjetivos e normativos, ressaltando que esses últimos são dependentes de valoração cultural ou jurídica e os primeiros se referem à vontade específica do agente.¹⁹

Acerca da natureza destes elementos que compõem o tipo penal, Jorge de Figueiredo Dias complementa a matéria:

Para concretização da ilicitude que neles vive, os tipos incriminadores servem de elementos de dupla natureza: descritivos e normativos. Dizem-se descritivos os elementos que são apreensíveis através da realidade sensorial, isto é, os elementos que referem aquelas realidades materiais que fazem parte do mundo exterior e por isso podem ser conhecidas, captadas de forma imediata, sem necessidade de uma valoração [...] Elementos normativos são aqueles que só podem ser representados e pensados sob a lógica pressuposição de uma norma ou de um valor, sejam especificamente jurídicos ou simplesmente culturais, legais ou supralegais, determinados ou a determinar; elementos que não são sensorialmente perceptíveis, mas só podem ser espiritualmente compreensíveis ou avaliáveis²⁰.

Relevante ainda destacar que Welzel, citado pelo doutrinador português, entende que os tipos penais abertos são aqueles cujos elementos do tipo devem ser completados por uma valoração autônoma, que não se esgota na definição legal da conduta, e que, por estar fora do tipo, constituiria uma pura regra de ilicitude²¹.

Sobre essa lição, tem-se que a consideração dogmática do tipo penal aberto

¹⁷ NUCCI, 2012, p. 213.

¹⁸ O crime de homicídio, por exemplo, previsto no Art.121 do Código Penal, consiste em uma fórmula de descrição típica fechada: “matar alguém”.

¹⁹ NUCCI, 2012, p. 94.

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina do crime, 1ª edição brasileira., Editora Revista dos Tribunais, 2007. pp. 288-289.

²¹ Ibid., p. 290.

nesses moldes evidencia a existência de elementos valorativos globais, que, por possuírem um cunho extremadamente normativo, praticamente arrastam consigo um juízo de valor global sobre a ilicitude da conduta²².

Em verdade, assevera Jorge de Figueiredo Dias que todos os tipos incriminadores deveriam ser interpretados como contendo uma cláusula restritiva de inadequação social, a qual excluiria do tipo de ilícito todas as ações que, embora formal e contextualmente o preenchessem, todavia não cairiam fora da ordenação ético-social da comunidade²³.

Por exemplo, no caso do crime de ameaça – objeto de estudo desse trabalho – trata-se de um tipo penal aberto. Sua descrição típica, *ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave*, possui elemento passível de verificação extra-sensorial e valorativa, o “mal injusto”.

O “mal injusto”, neste caso, por não ser um elemento descritivo, não é aferível por meios sensoriais, sendo necessário um juízo de valor para, primeiramente, compreendê-lo e, em um segundo momento, poder verificar se foi representado ou não em uma conduta.

A partir da leitura atenta dos ensinamentos de Hans Welzel, Jorge de Figueiredo Dias e Guilherme de Souza Nucci, nota-se que, em que pese possa aparentar existir uma contradição entre o tipo aberto e a necessidade dos tipos penais serem inteligíveis, completos e, principalmente, taxativos, para não correr o risco de gerar insegurança jurídica por serem justamente abertos demais²⁴, essa abertura encontra respaldo na atividade valorativa e está limitada pela cultura e aceitação de uma comunidade, que é regida por um ordenamento jurídico específico.

Vê-se que a proposta da abertura dos tipos penais se justifica também pela demanda natural de interpretação, captando sentidos duplos, ocultos ou subentendidos de certos termos, além de, conforme entende Guilherme de Souza Nucci, permitir a ampliação de significados, bem como adaptação de vocábulos a realidades diversas²⁵, sempre limitado por um juízo de valor previamente

²² DIAS, 2007, p. 291.

²³ DIAS, loc. cit.

²⁴ NUCCI, 2012, p.102.

²⁵ NUCCI, 2012, p. 214.

estabelecido em um meio social.

Retornando-se ao crime de ameaça, ao compreender o crime de ameaça supersticiosa à luz das lições desses juristas, e, considerando que o “mal injusto” pode variar consideravelmente em um país de muitas crenças e devoções, a escolha da descrição aberta para esse tipo penal se adequa justamente por permitir a ampliação da interpretação acerca dessa expressão, de forma a abarcar o máximo de situações possíveis considerando a realidade de um País ou de uma região, residindo aí, novamente, o seu limite interpretativo.

Mesmo que alguns possam alegar a falta de segurança jurídica, o tipo penal aberto evita a infinidade de alterações que seriam necessárias para abarcar todas as possibilidades fáticas abrangidas por certo tipo penal²⁶.

Portanto, foi verificado até o momento que o Direito Penal se ocupa em tutelar os bens jurídicos mais relevantes à sociedade e, mais que isso, que somente deve intervir na ocorrência de um dano grave ou perigo de dano a tais bens e quando outros meios mais brandos do Direito não puderem agir com o mesmo fim.

Sendo a resposta mais drástica que o ordenamento jurídico detém, seu caráter de participação mínima se justifica, sob pena de violar direitos fundamentais dos cidadãos.

Com o fim de garantir que nenhuma pessoa venha a ser privada de algum direito injustamente e que, dessa forma, venha a sofrer todos os danos da pena, a conduta que está tipificada em lei deve ser realizada depois de o legislador já a ter qualificada como crime, sempre de forma minuciosa e precisamente descrita.

Ainda, sem perder de vista a ofensividade dessa conduta, tem-se que somente se e quando a pessoa completar perfeitamente os elementos da norma penal – e, ainda, violar o bem jurídico ou colocá-lo em perigo - é que se justificará toda atuação do Direito Penal.

Sobre a ofensividade, registra-se, em linhas gerais, que a necessidade de encontrar justificativa do ilícito penal na violação ou exposição a perigo dos bens jurídicos não é pacífica entre os filósofos do Direito, mas para este trabalho, foi o entendimento acolhido²⁷.

²⁶ NUCCI, loc. cit.

²⁷ Para Stratenwerth, as condutas desviadas só poderiam ensejar criminalização quando postas em questão normas éticas-sociais elementares, capazes de produzir sobre si um conceito racional e razoável. Importante seria determinar a pauta de um comportamento essencial, que forma parte do consenso normativo básico, sobre o qual se funda a nação. Consenso esse que pertenceria a uma

2.2 A LOCALIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO NA DOGMÁTICA PENAL E A OFENSIVIDADE EM MATÉRIA PENAL

Muito se discute – e ainda tem sido discutido – sobre um conceito material e corpóreo dos bens jurídicos, bem como sobre sua (im)prescindibilidade para a aplicação de uma pena diante de uma conduta tipificada como crime, a ponto de permitir uma visualização de seus alcances e até facilitar o seu enquadramento no estudo do Direito Penal.

Sem adentrar no mérito de que uma definição fechada limitaria muito sua finalidade hermenêutica, sabe-se que a expressão “bem jurídico” estará sempre acompanhada de conceitos subjetivos e valorativos. Talvez a busca por uma definição concreta e palpável aos nossos olhos contrarie justamente a sua essência, seja alargar o seu raio de proteção.

O seu conceito será integrado por elementos da realidade social, da cultura de um povo, de seus anseios, daquelas condições mínimas necessárias para se viver com dignidade. Por isso, não existe a possibilidade de corporificar tais bens, já que seu conteúdo é essencialmente axiológico.

Posto isso, tem-se que o estudo dos bens jurídicos nesse trabalho se justifica pela sua filiação à necessidade de existir ofensa ou risco a estes bens para legitimar a atuação das normas penais. Mesmo que essa necessidade não seja pacífica na doutrina, ressalta-se que encontra respaldo não só no Código Penal Brasileiro, como também na própria Constituição.

A justificativa para o conteúdo dos bens jurídicos ser de natureza axiológica remonta o período da secularização do Direito e a transição da matriz do contrato social, seja da divina para a “terrena”, na qual deixou-se em relevo direitos subjetivos do indivíduo, como a liberdade e a igualdade, sendo estes, inclusive,

consciência moral coletiva que inevitavelmente evoluiria com o tempo; Hirsch aduz que o bem jurídico não possuiria a capacidade de vincular o legislador e que os comportamentos que seriam supostamente excluídos do campo penal já seriam comportamentos juridicamente irrelevantes; Jakobs, por sua vez, parte da compreensão do bem jurídico segundo a finalidade funcional que o autor atribui a norma penal: a estabilidade da própria norma. Ao relacional os fins do direito às garantias das expectativas dos cidadãos em uma conduta correta, e não à proteção de valores socialmente relevantes, identifica o autor a validade fática da norma com o “bem jurídico-penal” a ser resguardado. A função de confirmação da vigência da norma diante da negação desta, deixaria num segundo plano a eventual discussão sobre os bens jurídicos.

limites da garantia da liberdade estabelecida pelo ordenamento jurídico²⁸.

É nessa mesma linha que entende Claus Roxin, ao nos remeter ao Estado Democrático de Direito, período no qual os cidadãos, como detentores do poder estatal, transferiram ao legislador apenas aquelas atribuições de intervenção jurídico-penais necessárias à conquista de uma vida em comunidade livre e pacífica, e somente quando este objetivo não pudesse ser alcançado por meios mais brandos²⁹.

Portanto, quando foi atribuída ao Estado a intervenção apenas naqueles segmentos sociais essenciais à manutenção da ordem, foram, de maneira reflexa, reconhecidos alguns valores sem os quais essa ordem não se materializaria. A proposição de direitos fundamentais, como razão de ser do Estado, está, sem dúvida alguma, revestida por um substrato incorpóreo, mas axiológico e orientador: o bem jurídico.

Fica em relevo, então, que a atuação das normas penais só se justificará quando a lesão ao bem foi de tamanha gravidade que o ordenamento jurídico acaba dispondo das suas respostas mais rigorosas para responder a tal agressão, por considerar os outros meios ineficazes.

Logo, a utilização das normas penais será legítima quando estas visarem a assegurar aos cidadãos essa coexistência livre e pacífica, sob a garantia de todos os direitos humanos³⁰. Como estas normas possuem como pano de fundo a tutela destes bens jurídicos, estes seriam legitimados a receber a proteção do Direito Penal somente se forem essenciais à ordem e manutenção social³¹. Caso contrário, na ótica penal, não se faria necessária sequer à norma incriminadora.

É por isso que o objeto que está sendo protegido se estabelece a partir de um processo democrático de participação política, que deve ter uma correspondência

²⁸ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009. p. 61.

²⁹ ROXIN, 2013, p. 17.

³⁰ ROXIN, loc. cit.

³¹ De forma a exemplificar que a mera lesão ao bem jurídico, mesmo que escolhido durante um processo democrático quando da formação de um Estado, não é suficiente para alavancar a atuação das normas penais, nota-se que o bem jurídico "patrimônio" pode ser violado em duas ocasiões totalmente distintas: 1) no não pagamento de um aluguel; 2) em um roubo. No primeiro caso, há o dano patrimonial, mas não há repreensão penal. No segundo caso, há igualmente o dano patrimonial e há a resposta do direito penal. Em que pese ambos os casos sejam marcados pela violação ao bem jurídico "patrimônio", está claro que o ordenamento jurídico optou por reservar a atuação penal apenas ao segundo caso, por entender que a manutenção da ordem social ficaria abalada apenas neste, sendo que para o último o direito civil poderia ficar encarregado de resolvê-lo.

com a satisfação da necessidade humana³².

Nesse sentido, a vida, o corpo, a liberdade de atuação voluntária e a propriedade são alguns dos objetos legítimos que subjazem a essa condição almejada pela sociedade, de forma a serem denominados *bens jurídicos* pelo doutrinador alemão³³.

Percebe-se, então, que estes bens não precisam ter realidade material. Se assim fosse, nunca poderiam ser violados e a tarefa do Direito Penal se perderia em um enorme vazio. A possibilidade de disposição sobre coisas ou o simples ser livre não são objetos corpóreos. E nem precisam ser.

Neste contexto, apesar de Feuerbach, citado por Fábio Roberto D'ávila, entender que a pena deveria ser aplicada em resposta à violação desses *direitos* constituídos quando da formação do Estado, sendo o crime uma ofensa contida em lei penal ou uma ação que, sancionada por lei, contrariaria o *direito* de outrem³⁴, o próprio jurista brasileiro já destacava que a lesão manifestada em uma ação deveria incidir no *objeto* do direito – e não no direito em si -, sendo este a expressão efetiva do conteúdo do desvalor da norma³⁵.

Não à toa, parafraseia Birnbaum, ao trazer o que seriam as primeiras pinceladas da teoria do bem jurídico:

O conteúdo do crime deveria ser buscado não na violação de direitos subjetivos, mas na ofensa à valores reconhecidos pela sociedade, ou seja, na ofensa à bens protegidos pela norma³⁶.

Nota-se, portanto, que a reação do Direito se dará quando a conduta em questão ferir a razão fundante das normas penais, que, como visto, não é o direito fundamental em si, mas sim, o *bem*, contendo todo seu conteúdo hermenêutico axiológico.

Ademais, a discussão que se segue foi quanto à necessidade da conduta não só ser potencialmente ofensiva – a ponto de justificar a existência de uma norma

³² BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.42.

³³ ROXIN, 2013, p.18.

³⁴ D'ÁVILA, 2009, p.62.

³⁵ Ibid., p. 64.

³⁶ Ibid., loc. cit.

penal que tutele determinado bem -, mas também de ter sido ofensiva no caso concreto, ou, no mínimo, ter exposto a perigo este bem.

Por terem os bens sua gênese no seio da sociedade, durante o processo democrático, e pelo fato de estarem ligados à preservação e promoção do desenvolvimento das personalidades dos indivíduos num contexto social, acabam sendo, portanto, imprescindíveis às condições de vida e à liberdade das pessoas integrantes da comunidade e, assim, acabam valorados pelo Direito, através da internalização pelo ordenamento jurídico, dando-lhes o status de *jurídicos* a estes bens.

A Constituição, neste contexto, acolhe, dentre inúmeros bens jurídicos surgidos na prática social, aqueles mais relevantes, inerentes a uma convivência pacífica na sociedade³⁷. Recebem estes, portanto, a dignidade constitucional, que diante do Princípio da Fragmentariedade, se tornará um *bem jurídico-penal*³⁸.

Ainda assim, a qualidade de *bem jurídico-penal* é insuficiente quando se trata de intervenção da tutela penal, por todos os motivos já expostos. Necessário relembrar o caráter subsidiário da tutela desse ramo do Direito, que só fará uso de seus instrumentos quando da ineficácia de outros meios menos danosos, e, principalmente, da ofensividade.

Finalmente, com o intuito de tentar “conceituar” bens jurídicos, Claus Roxin os define como sendo:

As circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nesses objetivos³⁹.

Nesta mesma esteira, Everaldo da Cunha Luna, parafraseado por Alice Bianchini, estabelece:

Deve-se considerar fundamental o bem jurídico que mais próximo se encontre dos direitos naturais do indivíduo e da sociedade mais profundamente sentidos e vividos, direitos cuja postergação impede ou

³⁷ NUCCI, 2012 p.198.

³⁸ NUCCI, loc. cit.

³⁹ ROXIN, 2013, p.18.

dificulta gravemente a manutenção e o desenvolvimento do homem e da coletividade considerados como um todo⁴⁰.

Permite-se inferir, portanto, que a compreensão acerca da escolha dos bens jurídicos a serem tutelados em uma determinada sociedade passa necessariamente pela Constituição, já que será em seu corpo que os direitos basilares dos cidadãos e os fundamentos do Estado de Direito estarão previstos, estabelecendo, desta forma, as fronteiras de uma punição legítima⁴¹ quando da criação das normas penais. Mais que isso, conferirá a razão de ser da norma penal, seja ela a tutela desses bens, sempre quando outro segmento do Direito não puder fazê-lo e respeitando o Princípio da Legalidade e da Ofensividade.

2.3 DA FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA OFENSIVIDADE

A justificativa constitucional da ofensividade ganha relevância na medida em que esse trabalho defende a necessidade de haver violação ou exposição a perigo dos bens jurídicos pra que se possa falar em tipicidade plena. Do contrário, a responsabilização pela realização de uma conduta típica se daria mediante a simples subsunção da ação ao respectivo tipo penal, sem importar se o bem jurídico foi ou não violado ou se o bem foi exposto a perigo ou não.

O primeiro ponto de partida para a defesa desse entendimento passa por uma perspectiva histórica. É notório que, ao longo do tempo, os modelos de crime refletiram os seus respectivos modelos de Estado, de maneira a revelar elementos significativos sobre a assimilação de formas de estruturação do ilícito penal⁴².

Ademais, é cediço que a conduta-crime, como conduta que ofende bens jurídico-penais, reflete as linhas ideológicas da maioria dos Estados, principalmente o Estado de Direito.

Não a toa que o positivismo recebeu grande crítica por revelar uma maior

⁴⁰ BIANCHINI, 2002, p. 40.

⁴¹ ROXIN, 2013, p. 20.

⁴² D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 83.

preocupação em preservar apenas as escolhas do legislador, sem que fosse necessário um respaldo nestes bens, prevalecendo, assim, a soberania do Estado frente aos interesses dos que o constituíram. Não restaria dúvida de que nesses moldes o caráter crítico e orientador das normas penais ficaria diluído e faltaria qualquer tipo de legitimação social ou vinculação a uma realidade social.

Em contraposição a esse modelo, Von Liszt, parafraseado por Sávio Rodrigues, tentara, através de um conceito naturalista, superar esse conceito formalista e dar um novo viés de escolha dos interesses do Estado. Para este doutrinador, os interesses importantes para as comunidades surgiriam de regras de cultura, da experiência do próprio povo, cabendo à lei tão somente, e posteriormente, consagrá-los com o intuito de prestar-lhes tutela jurídica⁴³, devolvendo o bem jurídico à realidade concreta, já que, com o positivismo, o bem jurídico se resumia ao apego cego à lei.

Nessa mesma esteira, Ihering, também parafraseado por Sávio Guimarães Rodrigues, esclareceu que “as normas direcionadas ao mundo social só poderiam ser interpretadas a partir de seus fins, logo, a proteção das condições de vida em sociedade, sendo este bem jurídico esse fim, esse interesse a ser tutelado pelo Estado”⁴⁴.

Diante disso, Fábio Roberto D’ávila parte deste forte comprometimento do Estado para com os direitos e garantias fundamentais para estabelecer os elementos fundantes dessa orientação axiológica da ofensividade.

Este Estado, laico, plural e multicultural, tratando-se do Estado Democrático de Direito, apoiando-se nessa base político-ideológica e na valorização dos seus cidadãos, acaba por recepcionar esses *direitos e garantias* na sua Constituição, devendo, por consequência lógica, ser recepcionados pela sua respectiva política-criminal⁴⁵.

Com isso, esses elementos passam a configurar-se como verdadeiros critérios constitucionais aptos a delimitar o processo legislativo e hermenêutico-aplicativo, bem como tornam-se limites de contenção da política criminal⁴⁶.

⁴³ RODRIGUES, Sávio Guimarães. **Critério de seleção de bens jurídicos-penais**: Em busca de um conteúdo material para o Princípio da Fragmentariedade. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.20, n.97, p.183-213, 2012. p. 190.

⁴⁴ Ibid. p.191.

⁴⁵ D’ÁVILA, 2006, p. 84.

⁴⁶ D’ÁVILA, 2006, p. 85.

A partir daqui, Fábio Roberto D'ávila explica porque a ofensividade dos bens jurídicos deve ser entendida como uma exigência constitucional. Para tanto, estabelece duas justificativas distintas: uma principiológica e outra baseada nas regras constitucionais.

Na perspectiva principiológica, parte do pressuposto de que o ordenamento constitucional é fundado na inter-relação de regras e princípios, admitindo, portanto, a proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito. Assim sendo, acaba por reconhecer o *Princípio fundamental dos bens jurídicos*, que, por sua vez, densifica esse Estado⁴⁷.

Vem à tona esse princípio justamente por reconhecer-se que a paz e a ordem dependem de bens - ou valores – que se apresentam como substratos axiológicos. Em outras palavras, o estado de paz e ordem só se fará pleno quando estes bens puderem ser gozados igualmente de forma plena e livre, sendo essa a finalidade do Estado, podendo, inclusive, admitir-se que um é pressuposto do outro.

Decorre desse princípio maior o *Princípio da Garantia* (necessidade da ofensa) e o fato de aquele ser um limite para este, ou seja, a tutela dos bens jurídicos. Quer se dizer com isso, com grande razoabilidade, que uma incriminação que vá além da ofensividade não corresponde aos interesses político-criminais legítimos⁴⁸.

A razão para tanto seria o fato de essa incriminação estar fora do âmbito de proteção do princípio conformador. Nota-se que o Estado passou a ser balizado pelo *Princípio do bem jurídico* por entender que há bens que, se preservados, refletirão na concretização daqueles direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. A incriminação de uma conduta, à luz desta hermenêutica axiológica, só fará sentido se a conduta acabar violando aquele bem que deu margem ao surgimento do princípio conformador. Se não violar ou, pelo menos, expuser a perigo, não há nem que se falar nesse princípio, por não ser, nesse caso, sequer necessário.

Ademais, na ótica das regras constitucionais, a exigência da ofensividade também se verifica. Para tanto, Fábio Roberto D'ávila se valeu da teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy, a qual tem como ponto de partida a duplicidade das normas constitucionais, sendo elas tanto princípio, como regra⁴⁹.

⁴⁷ D'ÁVILA, loc. cit.

⁴⁸ Ibid., p. 86.

⁴⁹ D'ÁVILA, 2006, p. 87.

Nesse caso, expõe, por exemplo, que a norma constitucional da inviolabilidade do direito à liberdade pode ser analisada como regra, a regra da liberdade, sujeita ao regime das regras e como princípio, o princípio da liberdade, sujeito à ponderação.

Sendo a liberdade apenas um dos valores recepcionados pela Constituição, naturalmente se fala em ponderação de valores, tendo em vista que aquela pode colidir-se com outros de igual relevância. Entretanto, não se fala em ponderação irrestrita, devendo-se valer de uma *cláusula restritiva referida a princípios*, decorrente da vinculação de ambos os planos, regras e princípios⁵⁰.

Deste ponto, vê-se que o processo legislativo criador de um tipo penal incriminador igualmente se dá após uma nítida ponderação de valores, na qual o direito fundamental da liberdade fica restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevância para a sociedade.

É o que se vê quando a liberdade fica restrita ao ser confrontada com o patrimônio alheio, como nos crimes de roubo e furto, com a integridade física, nos casos de lesão corporal, com a honra de terceiros, etc. Nesse sentido, Fábio Roberto D'ávila expõe porque essa ponderação não é gratuita, devendo, inclusive, ser de natureza obrigatória:

Mostrar-se-ia absolutamente inaceitável cogitar-se a restrição do direito fundamental à liberdade em benefício da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social⁵¹.

Os critérios para ponderar esses valores delimitados no seio da sociedade não são arbitrários, devendo, como exposto, ser constitucionais, pelo fato de a Constituição, em respeito a sua razão de formação, delimitar seu âmbito de proteção, sendo esse a tutela de bens jurídicos que refletirão na realização de direitos e garantias de seus cidadãos.

Logo, para que possa restringir a liberdade, faz-se necessário uma exigência formal de hierarquia normativa que limite a ponderação a bens com dignidade constitucional, uma compatibilidade axiológica e a necessidade de tutela⁵². Em

⁵⁰ Ibid., p. 86.

⁵¹ Ibid., p. 87.

⁵² D'ÁVILA, 2006, p. 87.

outras palavras, essa ponderação deve se pautar no interesse reconhecido igualmente como bem jurídico.

Por fim, Fábio Roberto D'ávila sedimenta a relevância da ofensividade em matéria penal:

A proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade – como também da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, veda a instrumentalização do homem em benefício de meros interesses administrativos – impedem por tudo isso, o alargamento da tutela penal para além dos casos em que seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídicos em harmonia com a ordem constitucional⁵³.

Não obstante, em termos mais palpáveis, nota-se também que o próprio Código de Penal Brasileiro, Decreto-lei nº 2.848 de 1940, prevê em seu corpo dois institutos que deixam em evidência a relevância da ofensividade, a tentativa (art.14 II, CP) e o crime impossível (art.17, CP).

É notório que o diploma legal em comento opta por dar mais relevância à ofensa ao bem jurídico que se encontra por trás do tipo penal do que para o resultado concreto da ação. De forma ilustrativa: o agente que, por motivos alheios a sua vontade, não conseguir ceifar a vida de outrem não está isento de pena, posto que já, no mínimo, colocou o bem jurídico *vida* em perigo. Já quem efetivamente consegue o resultado recebe uma pena maior, justamente por conta da lesão ao bem jurídico.

Da mesma forma, aquela conduta entendida como crime impossível, como, por exemplo, aquela cujo agente tenta matar um cadáver, está fora do âmbito de responsabilização pelo fato de essa conduta, notoriamente, não possuir potencial lesivo algum ao bem jurídico.

Logo, com base no exposto, esse trabalho filia-se àqueles que entendem pela necessidade da ofensividade – em sentido lato, lesão ou colocação em perigo -, para configurar a tipicidade plena e justificar uma punição, principalmente, no caso da ameaça supersticiosa.

⁵³ Ibid., loc. cit.

3 O CRIME DE AMEAÇA DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

3.1 A CONDUTA PUNÍVEL

Como demonstrado no capítulo anterior, o Direito Penal se preocupa em resguardar os bens Jurídicos mais relevantes à sociedade. E o que alavanca a resposta desse Direito é a adequação da conduta realizada pelo agente ao tipo penal, previsto tanto no Código Penal, como em leis extravagantes.

Por isso, o capítulo preocupa-se, em um primeiro momento, em discorrer sobre qual será a conduta passível de receber o tratamento penal, para posteriormente adentrar no tipo penal em si, bem como em todas as circunstâncias e variantes necessárias para que uma conduta possa ser considerada criminosa, principalmente a tipicidade.

Como ponto de partida, interessa ao Direito Penal apenas aquela conduta humana, ou seja, aquela que decorre de uma ação (ou omissão) de uma pessoa⁵⁴.

Deste ponto incontroverso, surgiram diferentes teorias⁵⁵ para conceituar esse comportamento humano, sendo a mais aceita hoje no Brasil, e a mais pertinente para objetivo do presente trabalho, a teoria finalista de Hans Welzel.

A concepção finalista parte da ideia da ação como uma atividade final, sendo esse conceito amplamente utilizado pela doutrina penal brasileira, como nas obras

⁵⁴ Nesse ponto, registra-se que, em que pese o texto tender para a pessoa natural, o ordenamento jurídico brasileiro já consagra a conduta da pessoa jurídica passível de responsabilização. Nota-se o art.225 §3º da Constituição Federal/1988: as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados e o art.3º da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998): Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

⁵⁵ Encabeçada por Franz Von Liszt e Ernst Beling, a Teoria Causalista trata da ação como uma modificação do mundo exterior, decorrente de uma manifestação de vontade. Aqui o elemento volitivo ganha relevância apenas ao resumir a ação ao impulso da vontade, deslocando o dolo e a culpa para a culpabilidade. Apenas a manifestação da vontade, o resultado e o nexos causal entre ambos compõe os elementos do conceito de ação, sendo irrelevante a análise do que o agente desejou com a conduta. Já a Teoria Social da Ação discorre que o conceito jurídico de comportamento humano é toda a atividade humana social e juridicamente relevante, segundos padrões axiológicos de uma determinada época, dominada ou dominável pela vontade.

de Rogério Greco⁵⁶ e Cezar Roberto Bitencourt⁵⁷.

Eles explicam que Hans Welzel partiu do pressuposto do homem ser capaz de dominar a relação causal das suas ações, de modo a permitir que, escolhido um fim, pudesse eleger todos os meios necessários e suficientes para atingí-lo.

O finalismo entende, por essa razão, que uma conduta sem eleição de um fim equivale a um processo causal cego⁵⁸, incluindo, assim, o elemento volitivo na composição do conceito de ação.

Logo, de forma mais precisa, parafraseado por Cezar Roberto Bitencourt, a ação é aquela que, segundo Hans Welzel:

Compõe-se de um comportamento exterior, de conteúdo psicológico, que é a vontade dirigida a um fim, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido, da escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e o movimento corporal dirigido ao fim proposto⁵⁹.

Desse conceito, infere-se que o crime, entendido como conduta típica, antijurídica e culpável, não pode prescindir, antes mesmo de analisar sua tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade, da verificação da existência ou não de uma ação relevante ao Direito Penal.

De toda forma, necessário destacar, antes mesmo de tecer os próximos argumentos, que a legislação penal adotou os crimes dolosos como regra. Entretanto, contrariando a dicção a seguir, registra-se também a previsão dos crimes culposos, caracterizados justamente pela ausência da vontade de delitiva.

Posto isto, uma conduta, como regra, só poderá ser considerada criminosa se, já de antemão, a vontade do agente era a de praticar os atos previstos no tipo penal, se este agente, considerando essa vontade, mentalizou e representou quais seriam os meios necessários para concretizar seu fim esperado, ou seja, seus efeitos, e se, por fim, este agente exteriorizou a conduta.

Não se falará em crime se não houver conduta, uma vez que somente esta

⁵⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15ªed., Niterói-RJ: Editora Impetus, 2013. p. 151.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 23ªed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 300.

⁵⁸ Ibid, loc. cit.

⁵⁹ Ibid., loc. cit.

pode ser típica, antijurídica e culpável. Por isso, de forma exemplificativa, o movimento corporal que decorrer de uma coação física absoluta não poderá ser considerada ação para fins penais, pois carece de finalidade.

Ainda, sendo também possível que a conduta humana possa tratar-se de uma omissão⁶⁰, como por exemplo, no crime de omissão de socorro, registra-se que o crime de ameaça, objeto de estudo deste trabalho, passa por uma conduta comissiva, seja aquela em que o agente direciona voluntária e positivamente sua conduta a uma finalidade⁶¹.

Superada a definição de conduta, tem-se que esta deverá se subsumir a um tipo penal para que se possa falar em crime, cuja explicação remonta o Princípio da Legalidade e a atribuição do *ius puniendi* ao Estado somente nesses casos previstos em lei.

Logo, esse tipo penal, de acordo com Eugenio Raul Zaffaroni:

es la formula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal y al derecho penal para reducir las hipotesis de los hechos conflictivos y para valorar limitadamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica⁶².

Ao complementar seu conceito, o jurista argentino assim explica: fórmula legal por pertencer à lei, necessária ao poder punitivo por não poder se averiguar o caráter delitivo de uma conduta sem antes fixar sua proibição e por fim, necessária ao Direito Penal, pois sem ele, não seria possível uma interpretação restritiva do âmbito dessa proibição, devendo-se partir de uma limitação semântica⁶³.

Assim sendo, quando o legislador resolveu tutelar a liberdade individual da pessoa como bem jurídico, imaginou que esta seria violada ou posta em perigo quando o agente decidisse deliberadamente praticar os tipos penais previstos no

⁶⁰ Nos crimes de omissivos há uma abstenção de uma atividade imposta em lei ao agente. Como define o Prof. Ariel René Dotti, é a abstenção de uma atividade juridicamente exigida. Constitui uma atividade psicológica e física de não-atendimento da ação esperada, que deveria ser praticada. Por exemplo: no crime de omissão de socorro, previsto no art.135 do Código Penal, pratica o crime aquele que, nos casos de criança abandonada ou extraviada, de pessoa inválida ou ferida ou desamparada ou em grave e iminente perigo, deixar de prestar assistência ou não pedir socorro à autoridade pública.

⁶¹ GRECO, 2013, p. 152.

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal:** parte General. 1ªed., Buenos Aires: Editora Ediar, 2005. p.335.

⁶³ Ibid., p. 336.

Capítulo VI do Código Penal Brasileiro, como o de ameaçar alguém, conforme a conduta descrita no tipo penal previsto no art.147 deste diploma legal.

Todo esse processo de adequação perfeita da conduta ao tipo penal, citado desde o início do capítulo, refere-se à tipicidade formal ou legal da conduta, também necessária quando o objetivo for qualificar uma conduta como crime⁶⁴.

Todavia, mesmo que uma conduta se amolde ao previsto no tipo penal, não é ainda suficiente para se concluir pela tipicidade penal plena. Além desta subsunção, é imperioso que esta conduta seja antinormativa, ou seja, contrária à norma penal e seja ofensiva a bens para o Direito Penal, sendo, portanto, materialmente típica.

Quanto à existência de uma conduta antinormativa, esta é relevante para a visualização de uma conduta passível de punição, já que o ordenamento jurídico, como um sistema, não pode aceitar antinomias, ou seja, normas que proíbem aquilo que outras normas impõem⁶⁵.

Por isso, em termos gerais, o agente que tenha a obrigação legal de ceifar a vida de outrem em certas situações, mesmo que sua conduta se amolde perfeitamente ao art.121⁶⁶ do Código Penal, não terá pena alguma por estar protegido por um dever imposto por lei, não configurando, assim, uma conduta que contrarie norma jurídica. Em verdade, na perspectiva da teoria conglobante, não configuraria uma ação típica pela falta da antinormatividade.

Ademais, deve também ser uma conduta materialmente típica. Essa modalidade de tipicidade remonta ao caráter de intervenção mínima e subsidiariedade do Direito Penal, que o torna necessário apenas quando houver violação ou do risco de violação mais significativa aos bens mais caros à sociedade.

Em que pese seja difícil a valoração no plano prático, isso quer dizer que mesmo que uma conduta seja formalmente típica, a ponto de preencher todas as elementares do tipo, a insuficiência da lesão ao bem ou a não colocação do bem em perigo afastaria a tipicidade material⁶⁷, justamente por faltar a ofensividade ao bem tutelado⁶⁸.

Logo, para que a conduta humana se subsuma plenamente ao tipo penal, ou,

⁶⁴ BITENCOURT, 2017, p. 356.

⁶⁵ GRECO, 2013, p.160.

⁶⁶ O art.121 do Código Penal refere-se ao crime de homicídio: matar alguém.

⁶⁷ Neste caso, uma lesão corporal culposa leve provocada em outrem, que beirasse a insignificância (um pequeno arranhão, por exemplo), não seria suficiente para entendê-la como típica, justamente por faltar a ofensividade suficiente ao bem jurídico, mesmo que seja formalmente típica.

⁶⁸ GRECO, 2013, p. 162.

em outras palavras, para que seja plenamente típica, deve encontrar respaldo em um tipo penal, não deve ser imposta por outra norma do Direito e deve violar ou colocar em risco o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Ao retornar à impossibilidade de o ordenamento jurídico possuir normas contraditórias, alcançamos a segunda característica de conduta-crime, a antijuridicidade.

Quando o tipo penal prevê uma conduta passível de responsabilização, a subsunção de uma conduta a ele, por si só, não é suficiente para aplicação da pena de imediato, como já visto. Ressalta-se que a previsão do tipo apenas dá indícios de que aquela conduta pode ser antijurídica, ou seja, possa contrariar o direito.

Logo, nas palavras de Francisco Muñoz Conde, a antijuridicidade nada mais é que a expressão da contradição entre a ação realizada e as exigências do Direito⁶⁹.

Para que a conduta possa ser considerada antijurídica, sobre ela não deve recair nenhuma causa de justificação, pois, se assim for, observando o combate às antinomias pelo sistema, não se falará em crime⁷⁰.

Sobre as causas de justificação, René Ariel Dotti as entende por cláusulas de garantia social ou individual, já que refletem a proteção de direitos individuais ou interesses coletivos. Evidencia-se o porquê desta qualificação por uma passagem de Julio Floretti, citado pelo mesmo autor, que diz que “*quem repele o agressor injusto pratica um acto de justiça social*”⁷¹.

Por essa razão, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 23, confere ao estado de necessidade, ao estrito cumprimento do dever legal⁷², ao exercício regular de direito e à legítima defesa o status de causa legal de justificação⁷³ e ao consentimento do ofendido o status de causas supralegais de justificação.

Ademais, como ocorreu com a tipicidade, a antijuridicidade só será plena, no

⁶⁹ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavez e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988. p. 85.

⁷⁰ Muñoz Conde chama esse processo de processo de constatação negativa de antijuridicidade.

⁷¹ DOTTI, René. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2ªed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 384.

⁷² Do contrário previsto na legislação pátria, Eugênio Raul Zaffaroni, partindo da ideia de tipicidade conglobante, aduz que o estrito cumprimento do dever legal exclui a tipicidade.

⁷³ O Código Penal assim dispõe acerca das causas legais de justificação: art.24. Estado de necessidade: Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se; art.25 Legítima defesa: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

sentido de caracterizar a conduta crime, se for vista formal e materialmente. No primeiro caso, refere-se à contradição entre a ação e o direito, sendo o segundo marcado pela ofensa ou perigo aos bens em decorrência desta contradição⁷⁴.

De passagem, frisa-se, desde já, o destaque que a doutrina confere à ofensa e à colocação em perigo do bem jurídico quando a pretensão é a responsabilização de um agente por uma conduta criminosa, pois, como visto, tanto a tipicidade como a antijuridicidade não dispensam essa ofensa ou esse perigo sobre os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico⁷⁵.

Por fim, resta discorrer sobre o último componente do crime, a culpabilidade, cujo entendimento passa pela presunção de que o tipo penal, uma vez posto, impõe uma obrigação positiva ou negativa, fazendo com que todos tenham que agir conforme a norma.

Afirma-se, portanto, que a culpabilidade reside na contradição entre a vontade da norma e a vontade individual, ou seja, entre o que o agente quis e o que deveria ter querido⁷⁶.

Por essa razão, a imputabilidade configura-se como o principal pressuposto da culpabilidade, já que se entende que o agente imputável pode conhecer certa situação e seu sentido contrário ao dever e determinar sua vontade de acordo com esse entendimento.

Efeito reflexo, afasta-se a culpabilidade quando não houver possibilidade de o agente agir de outra forma, mesmo sabendo da ilicitude da conduta⁷⁷.

Diante do exposto, Rene Ariel Dotti assim conceituou a culpabilidade:

Reprovabilidade de um fato típico e ilícito, quando o seu autor, na situação concreta, podia sujeitar-se aos comandos e proibições⁷⁸.

Superadas as características gerais dos elementos que compõe o crime – conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, adentramos nesse momento

⁷⁴ DOTTI, 2005, p.334.

⁷⁵ CONDE, 1988, p.88.

⁷⁶ DOTTI, op, cit., p.345.

⁷⁷ O art.21 do Código Penal assim dispõe sobre o erro sobre a ilicitude do fato: O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

⁷⁸ DOTTI, op, cit., p. 335.

nas elementares do tipo penal, cuja verificação empírica se faz necessária para a constatação ou não de uma conduta típica e, conseqüentemente, passível ou não de punição.

3.2 A CONSTRUÇÃO DO TIPO PENAL

O estudo das elementares que compõem o tipo penal passa necessariamente por sua função de garantia, que se refere à possibilidade de sanção apenas aos comportamentos subsumidos ao tipo.

Por essa razão, o tipo acaba sendo composto por expressões linguísticas que descrevem, com abstração e generalidade, a conduta proibida ou imposta (no caso dos tipos omissivos)⁷⁹.

Essa característica permite inferir que o tipo contempla cláusulas gerais, pela natural dificuldade em se descrever exaustivamente todas as formas de aparecimento de um delito. Mesmo gerais, em respeito à segurança jurídica, seus conceitos devem ser determinados.

A construção do tipo se dá dessa forma justamente para delimitar ao máximo qual a conduta que poderá ser incriminada caso subsumida ao tipo e, ao mesmo tempo, não deixar vago demais a ponto de contemplar uma infinidade de situações ou deixar dúvida quanto à conduta punível⁸⁰.

Inclusive, a derivação de um mesmo delito por circunstâncias objetivas e pessoais não faz com que tenhamos diferentes crimes, mas sim, tipos penais derivados do crime previsto em sua modalidade simples, ou seja, tipos qualificados ou privilegiados⁸¹.

Dada a estrutura geral do tipo penal, tem-se que o sujeito ativo será aquele que realiza a ação proibida ou não realiza a ação imposta. Quando o crime puder ser realizado por qualquer pessoa, a doutrina o chama de delito comum, sendo o contrário chamado de delito especial.

⁷⁹ CONDE, 1988, p. 46.

⁸⁰ CONDE, loc. cit.

⁸¹ Nota-se que o art.121 CP estabelece a conduta referente ao homicídio simples: matar alguém. No mesmo artigo, o parágrafo 2º II define que se essa conduta se der por motivo fútil se tratará de um homicídio qualificado, cuja pena será maior.

A ação, realizada por esse sujeito ativo, como elemento do tipo, já fora detalhada em momento anterior. Tecnicamente, a conduta que se subsumir ao tipo será aquela que realizar o núcleo do tipo - ou seus núcleos. No caso do crime de ameaça, objeto deste trabalho, o núcleo do tipo é a ação ameaçar.

Não obstante a ação como elemento do tipo, é necessário diferenciá-la do objeto de ação, por, apesar de poder coincidirem ambos os conceitos sobre o mesmo objeto⁸², não são equivalentes, sendo o objeto da ação a coisa do mundo exterior sobre o qual recai determinada ação típica⁸³.

Em contrapartida, o sujeito passivo é o titular do bem jurídico atingido pela conduta criminosa. Pode ser o ser humano, como nos crimes contra a pessoa, o Estado, nos crimes contra a Administração Pública, a coletividade, como nos crimes contra a saúde pública e a pessoa jurídica, como nos crimes contra o patrimônio.

Nota-se que, sob o aspecto formal, o Estado acaba sendo sempre o sujeito passivo do crime, ganhando a qualificação de sujeito passivo mediato. Sob o aspecto material, este sujeito será o titular do bem ou do interesse lesado, não impedindo, contudo, que o Estado seja também o sujeito passivo imediato, como ocorre nos crimes contra a Administração Pública⁸⁴.

Além desses elementos, destaca-se que o tipo penal também é composto por elementos subjetivos. A compreensão destes nos retorna à teoria finalista de Hans Welzel, a qual incluiu a vontade no conceito de tipicidade.

Quando Francisco Muñoz Conde mencionou que o jurista alemão reconheceu que a ação ou omissão subsumível ao tipo não é um simples processo causal cego, mas um processo causal regido pela vontade⁸⁵, reconheceu também que a conduta típica abarcará igualmente o elemento volitivo, que compreenderá o dolo e a culpa.

Em poucas palavras, o dolo⁸⁶ é entendido por consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo já evidenciados neste trabalho, enquanto a culpa refere-se à forma com que o agente realizará a ação, aquela forma que extrapola a devida diligência, no caso, a imperícia, imprudência ou negligência.

⁸² No caso do crime de homicídio, um é objeto material físico sobre o qual recai a ação – a vida (o corpo) de alguém - e o outro é o objeto jurídico – também a vida - como bem ou valor, ao qual a lei reconheceu como ser de proteção.

⁸³ CONDE, 1988, p.50.

⁸⁴ Bitencourt, 2017, p. 312.

⁸⁵ CONDE, op. cit., p. 55.

⁸⁶ Além desse dolo implicitamente presente no tipo penal, alguns tipos detêm, além deste, um dolo especial. Nesses casos, ausentes um dos dolos, não se falará em tipicidade.

Nota-se que o erro de tipo⁸⁷, aquele que recai sobre uma circunstância elementar da descrição típica, afasta a punição do agente no que tange os crimes dolosos justamente por excluir o dolo. Ao provocar uma falsa percepção da realidade sobre um elemento constitutivo do crime, não se pode dizer que o agente teve o animus de realizar uma conduta entendida como crime. Por isso, explica Cezar Roberto Bitencourt, que o erro de tipo inevitável exclui a tipicidade não por falta do tipo objetivo, mas por carência do tipo subjetivo⁸⁸.

Ademais, mesmo que não seja o entendimento majoritário, assim o é para Francisco Muñoz Conde, que identificou o bem jurídico como outro elemento componente do tipo penal. Para ele, mais que um dos componentes, é a chave que permite descobrir a natureza do tipo, dando-lhe sentido e fundamento⁸⁹.

Nota-se que para esse doutrinador, o bem jurídico tem grande valor axiológico e reflete nos bens escolhidos para proteção, tornando, por essa razão, critério de classificação pelo Direito Penal, aglutinando os diversos tipos delitivos em função dos bens jurídicos neles protegidos⁹⁰.

Ainda, além do elemento subjetivo dos tipos penais, há também os normativos, especiais para o crime de ameaça, vez que o injusto enquadra-se nessa classificação. Mais relevante ainda é o fato de que importa em exclusão da tipicidade a sua ausência.

Logo, observa-se que quando o legislador criou o crime de ameaça, previsto no art.147 do Código Penal Brasileiro, não o alocou em vão no Capítulo VI, dos crimes contra a liberdade individual, e na seção I, dos crimes contra a liberdade pessoal.

Esse enquadramento deve ganhar um aspecto hermenêutico, já que a conduta descrita no artigo citado só será plenamente típica se violar ou colocar em perigo o bem jurídico razão de ser do tipo penal da ameaça, a liberdade da pessoa. Por isso a inclusão do bem jurídico na composição do tipo por Francisco Muñoz Conde.

⁸⁷ O art. 20 do Código Penal Brasileiro assim dispõe sobre o erro de tipo: O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

⁸⁸ BITENCOURT, 2017, p. 379.

⁸⁹ CONDE, 1988, p. 50.

⁹⁰ CONDE, loc. cit.

Uma melhor visualização dessas elementares no plano prático terá início no próximo tópico, a partir do estudo específico do crime de ameaça.

3.3 AS ELEMENTARES DO CRIME DA AMEAÇA (ART.147)

Como visto, o crime de ameaça, dentro do Código Penal, situa-se no Capítulo VI, - dos crimes contra a liberdade individual - e na Seção I, dos crimes contra a liberdade pessoal. É a mesma seção que contempla os crimes de constrangimento ilegal (art.146), sequestro e cárcere privado (art.148) e redução a condição análoga à de escravo (art.149).

Destaca-se, desde já, como art. 147 do Código Penal dispõe sobre o crime de ameaça: ameaçar alguém, por palavras, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.

Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso, a liberdade individual será tutelada na medida em que se configura como um complexo de condições necessárias ao desenvolvimento das atividades em que se manifesta a personalidade humana⁹¹.

Por isso, em todas essas situações, a liberdade da pessoa está sendo tutelada, posto que o legislador entendeu que nesses crimes, mesmo que de maneiras diferentes, o sujeito teria essa liberdade cerceada.

Tudo indica que a restrição na liberdade, nesses crimes, se manifesta de forma peculiar, conforme cada caso. No constrangimento ilegal, parece que a pretensão foi permitir que o sujeito seja livre a ponto de poder determinar-se a agir de acordo com suas convicções e bons costumes. No caso do sequestro e cárcere privado, entende-se que a liberdade é a de ir e vir, podendo até mesmo se falar na liberdade de se ter uma vida substancial. Nesse mesmo sentido, caminha o último crime da seção, que tutela a liberdade do sujeito em ter uma vida digna, em especial quanto a seu trabalho, a ponto de poder desenvolver plenamente suas habilidades.

Além disso, nesses crimes, a ofensa à liberdade esgota-se neste fim, e não pode ser um meio para ofensa de outro bem ou interesse, pois se assim fosse,

⁹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. 10ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988. p. 248.

deveria ser realocado dentro da sistemática do Código Penal⁹².

No que toca ao art.147 do Código Penal Brasileiro, Claus Roxin traz uma relevante contribuição para o estudo deste crime, ainda que indiretamente, na medida em que explica porque a proteção de *sentimentos* merece tutela penal, deixando em evidência qual deverá ser o valor tutelado por trás desse tipo e reconhecendo, ao mesmo tempo, a legitimação dessa conduta como crime:

A proteção de sentimentos somente pode ter-se como proteção de bens jurídicos tratando-se de sentimentos de ameaça. Por isso, quando o legislador alemão sanciona com pena a discriminação de setores da população isto é fundado, pois é tarefa do Estado assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade, *livre de medo*⁹³.

Com esse fragmento, faz-se entender que a conduta típica da ameaça será aquela que possua um potencial de afetar a paz interna do indivíduo, a ponto de influenciar negativa e concretamente sua vida. Em outras palavras, uma conduta se subsumirá plenamente ao tipo penal, inclusive à luz da ofensividade, quando esta for capaz de abalar sua paz, provocando à vítima medo ou temor.

Heleno Cláudio Fragoso complementa que a liberdade no crime de ameaça deve ser vista sob o aspecto da livre determinação da vontade do sujeito segundo seus próprios motivos⁹⁴.

Corroborando com esse entendimento Aníbal Bruno, ao discorrer que:

O seu fim é realmente perturbar a paz do sujeito passivo e com este sentimento pessoal de insegurança restringe-se e muitas vezes se anula a sua liberdade de querer [...] Por essa extensão do efeito da ameaça à capacidade de autodeterminação volitiva da vítima, é que essa figura punível se inclui, com toda justeza, entre os crimes contra a liberdade⁹⁵.

Delimitado o âmbito de proteção do tipo penal, adentramos nas demais elementares, que serão analisadas à luz das lições de Heleno Cláudio Fragoso e Anibal Bruno e complementadas por juristas mais contemporâneos, quando assim

⁹² FRAGOSO, 1988, p. 249.

⁹³ ROXIN, 2013. p. 22.

⁹⁴ FRAGOSO, op. cit., p. 257.

⁹⁵ BRUNO, Anibal. **Direito Penal: Parte Especial**. Tomo 4º (crimes contra a pessoa). 1ª ed., Rio-São Paulo: Editora Forense, 1966. p. 362.

for necessário.

3.3.1 Dos sujeitos ativo e passivo

Doutrinadores como Heleno Cláudio Fragoso⁹⁶, Cezar Roberto Bitencourt⁹⁷ e Luis Régis Prado⁹⁸ entendem que o crime de ameaça pode ser cometido por qualquer pessoa, sendo considerado, portanto, um crime comum. Como se repetirá no estudo do sujeito passivo, o sujeito ativo deverá ser apto a ameaçar alguém, ou seja, deverá conhecer a ameaça e se autodeterminar com isso.

No entendimento de Fragoso, qualquer pessoa também poderá ser sujeito passivo, desde que seja capaz de ser intimidada. Nota-se, neste ponto, que o autor consagra a figura da ofensividade, ao afastar a possibilidade do crime quando não houver risco de ofensa ao bem jurídico pela ausência deste potencial intimidatório.

Por essa razão, estavam excluídos, nos termos da legislação da época, o louco, o ébrio em estado de embriaguez completa, o idiota, as crianças pequenas e a pessoa que dorme⁹⁹.

Corroborou com esse pensamento Aníbal Bruno, ao tratar que a *idoneidade da vítima* para sofrer o efeito da ameaça constitui-se uma das condições que deve se fazer presente no conjunto das circunstâncias em que o ato intimidatório se realiza¹⁰⁰.

Neste mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt aduz que a falta de consciência e capacidade mental do sujeito passivo para entender a gravidade do mal ameaçado afasta a possibilidade de crime, havendo, apenas nesse caso, crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto. Mas, se a incapacidade for relativa, compreende que haverá crime¹⁰¹.

Ainda de acordo com o entendimento deste autor, tem-se que esta

⁹⁶ Fragoso, 1988, p. 251.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial II** (dos crimes contra a pessoa). 11^aed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 411.

⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Especial (Arts.121 a 249). Vol.II. 11^aed. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 331.

⁹⁹ FRAGOSO, op. cit., p. 258.

¹⁰⁰ BRUNO, 1966, p. 366.

¹⁰¹ BITENCOURT, 2011, p. 406.

capacidade do sujeito passivo refere-se ao seu conhecimento quanto à ameaça e à autodeterminação de acordo com esse conhecimento¹⁰², razão pela qual não pode ser confundida com a capacidade jurídica¹⁰³.

Não obstante, Magalhães Noronha traz também uma relevante reflexão acerca desta disciplina, ao asseverar que a sensibilidade do sujeito passivo à ameaça deve se dar por um critério objetivo, ou seja, deve-se ter em vista não o ameaçado, mas a generalidade, a normalidade dos homens¹⁰⁴.

À luz da ofensividade, parece que esse posicionamento não se sustenta, pois, naqueles casos em que a vítima seria idônea a sofrer o mal apenas se fosse considerada essa generalidade, quer se dizer, no caso concreto, que um crime estaria sendo reconhecido mesmo sem violação do bem jurídico ou sem exposição a perigo.

Ainda no que tange o sujeito passivo, destaca-se a necessidade de este ser uma pessoa determinada, sendo desnecessário, de acordo com Aníbal Bruno, que se individualize a ameaça pelo nome da vítima, bastando que esta possa saber que ela é a destinatária do mal¹⁰⁵.

Por fim, tendo em vista a falta de consciência e capacidade mental da pessoa jurídica, apenas a física poderia figurar nesse polo¹⁰⁶.

3.3.2 Do tipo objetivo

A ameaça, como declaração com intenção de causar dano à vítima, deve se dar através de palavra, gesto ou qualquer meio simbólico. O núcleo do tipo *ameaçar* deve ser entendido no sentido da intimidação, de colocar medo em alguém, de

¹⁰² BITENCOURT, loc. cit.

¹⁰³ NORONHA, 2003, p.164

¹⁰⁴ NORONHA, loc. cit.

¹⁰⁵ BRUNO, 1966, p. 366.

¹⁰⁶ Acerca da pessoa jurídica, Cezar Roberto Bitencourt explica que a ameaça recairá nas pessoas que a compõe, e estes, se se sentirem atemorizados, poderão ser sujeitos passivos desse crime. Nesse ponto, questiona-se: a maioria das doutrinas – senão todas – entende que para a consumação do crime de ameaça não se faz necessária a intimidação da vítima, mas sim, apenas o conhecimento por esta de uma ameaça idônea a causar-lhe um mal. Mas quando o autor em discussão condiciona o crime à intimidação dos membros da pessoa jurídica, parece que está realocando o crime à categoria de crime de lesão, quando o mesmo o trata como crime de perigo.

perturbar a paz de outrem.

Entende Aníbal Bruno que esse meio deve ser idôneo para intimidar a vítima, ou seja, deve ser capaz de produzir na vítima um estado de inquietação e temor, representando-lhe um grande pesar moral e espiritual, razão pela qual essa idoneidade, no caso concreto, deve ser verificada segundo as circunstâncias e condições pessoais do ameaçado¹⁰⁷.

Neste tópico específico, Heleno Cláudio Fragoso diverge de Aníbal Bruno, assim como de Magalhães Noronha, como já exposto. Segundo estes autores, a idoneidade deve ter em vista um padrão médio determinado pelo que normalmente costuma acontecer¹⁰⁸.

Não parece ser este o entendimento mais adequado, já que estaria partindo de uma abstração, quando o mais aconselhável seria a partida de uma análise casuística para a determinação ou não do potencial intimidatório, pois, apenas desta forma, o Princípio da Ofensividade estaria sendo considerado.

Além disso, o tipo indica que a ameaça deve consistir em um mal injusto e grave, cujo primeiro termo, como visto, remete ao elemento normativo do tipo penal. Esta gravidade, para Heleno Cláudio Fragoso, se avalia pela extensão do dano prometido¹⁰⁹, enquanto para Cezar Roberto Bitencourt deverá também se relacionar com o mal prometido, que deve ser relevante e considerável diante das circunstâncias concretas¹¹⁰.

Quanto ao “injusto”, ganha o sentido daquilo que não pode ser considerado um direito de fazer do agente¹¹¹. Complementa Cezar Roberto Bitencourt que a ameaça de um “mal justo” pode constituir um exercício regular de um direito (como protesto de um título) ou um estrito cumprimento de dever legal (como um policial que prende um condenado). Neste caso, a ocorrência de ambos afastaria a tipicidade da conduta, posto que a injustiça, na ameaça, é um elemento normativo da conduta descrita¹¹².

Surge, então, uma aparente divergência entre as lições de Aníbal Bruno¹¹³ e

¹⁰⁷ BRUNO, 1966, p. 363.

¹⁰⁸ FRAGOSO, 1988, p. 259.

¹⁰⁹ Ibid., p. 258.

¹¹⁰ BITENCOURT, 2011, p. 408.

¹¹¹ FRAGOSO, op. cit., p. 258.

¹¹² BITENCOURT, op. cit., p. 409.

¹¹³ BRUNO, 1966, p. 364.

Cezar Roberto Bitencourt¹¹⁴. Enquanto o segundo afirma que a ameaça de um mal inverossímil ou para um futuro remoto, ou seja, inconcretizável, não se configura como crime, o primeiro afirma que basta a vítima ressentir o efeito da conduta intimidatória, mesmo que o agente não pretenda realizar o que anunciou.

Questiona-se, portanto, a relevância de esse mal ser concretizável para a verificação de uma conduta típica, passível de responsabilização, já que, como está sendo discutido, o crime de ameaça é um crime de perigo, bastando a ameaça idônea para a consumação do tipo penal. Até mesmo Bitencourt reconhece que não há a necessidade de o agente querer cumprir a ameaça ou ainda, que haja a obrigatoriedade do cumprimento desta¹¹⁵.

Nesse sentido, Aníbal Bruno, além de destacar a idoneidade do mal escolhido pelo agente, afirma que a perturbação da paz do indivíduo é um efeito pressuposto da intimidação, embora *não seja necessária*¹¹⁶.

Essa discussão ganhará mais destaque considerando que a ameaça supersticiosa passa necessariamente pela escolha de um meio cuja concretização do resultado da conduta, razão do temor, é, no mínimo, incerta, já que necessita do sobrenatural, não podendo se afirmar, com grau de segurança, que este mal é concretizável. Mas essa análise não se encerra apenas nesse ponto, como se verá em tópico oportuno.

Ainda no que toca à idoneidade da conduta, tendo como referencial a ofensividade, Cezar Roberto Bitencourt também esclarece que quando a vítima não dá crédito ao ofensor, falta-lhe a potencialidade lesiva, razão pela qual não se configurará o crime de ameaça pelo fato de o meio escolhido e empregado não ter sido idôneo para o fim da intimidação. Não obstante, se a intenção era de fato intimidar a vítima, estaríamos diante de um crime impossível pela absoluta ineficácia do meio¹¹⁷.

Observa-se, portanto, a necessidade da verificação de uma dupla idoneidade, seja quanto à ameaça em si (ao meio) e quanto ao seu receptor.

Por fim, para fins didáticos, estabelece-se uma classificação das condutas de ameaça quanto ao seu modo de formulação:

¹¹⁴ BITENCOURT, 2011, p. 408.

¹¹⁵ Ibid., p. 407.

¹¹⁶ BRUNO, op. cit., p. 364.

¹¹⁷ BITENCOURT, loc. cit.

Vê-se que ela pode ser feita *diretamente*, quando visa à pessoa ou ao patrimônio do ameaçado; *indiretamente*, quando recair sobre pessoa presa ao ofendido por laços de consanguinidade ou afeto; *explicitamente*, quando feita abertamente; e *implicitamente*, quando o seu sentido estiver subentendido e de forma condicional, quando depender de um fato do sujeito passivo ou de outrem¹¹⁸.

3.3.3 Do elemento subjetivo

O elemento subjetivo do crime de ameaça é o dolo, caracterizado pela consciência e vontade de praticar a conduta prevista no art.147 do Código Penal. A consciência da injustiça do mal é essencial, que deverá ser excluída quando o agente supõe erroneamente ser do seu direito praticar esse “mal”.

Como o dolo do agente deve recair no ressentimento da vítima quanto ao seu gesto intimidativo, entende-se que a ameaça não pode partir de uma brincadeira, ou seja, a ameaça deve ser séria e idônea, como já dito.

Nesse ponto, Bitencourt contribui significativamente ao pontuar que, como a seriedade da ameaça comporta uma valoração subjetiva, mais importa do que ser séria, é parecer ser uma ameaça séria¹¹⁹.

Da mesma forma, Magalhães Noronha afirma que o dolo não pode ser encontrado na simples jactância ou mera bazófia, ou seja, não pode ser encontrado naqueles pronunciamentos exagerados ou evidentemente desprovidos de credibilidade¹²⁰.

Posto isso, tanto Heleno Cláudio Fragoso, como Aníbal Bruno entendem que a ameaça proferida após uma explosão de cólera não poderá ser considerada crime. Entretanto, esse posicionamento não é unânime na doutrina. Bitencourt, por exemplo, entende que este estado não exclui a intenção de intimidação, sendo inclusive, a força propulsora da vontade de intimidação¹²¹.

Nesse ponto, parece que a verificação ou não de uma conduta típica passará

¹¹⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. Vol.II (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio). 33ªed., São Paulo: 2003. p.165.

¹¹⁹ BITENCOURT, 2011, p. 410.

¹²⁰ NORONHA, op cit., p.167.

¹²¹ BITENCOURT, 2011, p. 409.

necessariamente por uma análise do caso em concreto. É imprescindível que, mesmo em um estado de cólera ou ira, o sujeito tenha tido consciência e vontade de praticar o mal. Parece prudente destacar que o simples fato de o agente apresentar descontrole, entrando em estado de cólera, não é suficiente para a incidência do tipo. Como visto, é a ameaça em si que deve intimidar, e não o estado de destempero do agente.

Por fim, diferente dos tradicionais doutrinadores trazidos nesse trabalho, Cezar Roberto Bitencourt identificou ainda no crime de ameaça o elemento subjetivo especial, sendo ele o especial fim de intimidar a vítima¹²².

3.3.4 Da consumação

O crime de ameaça se consuma no momento do conhecimento da conduta pelo ameaçado. Nota-se que independe da efetiva intimidação. Justamente por essa razão, é considerado um crime de perigo, não exigindo um resultado. Não é necessário que a vítima sofra realmente a pressão moral, e que daí se turbe a tranquila segurança do indivíduo. Basta a conduta idônea para gerar o temor¹²³.

Pela mesma razão, Cezar Roberto Bitencourt o vê como crime formal, destacando inclusive a desnecessidade da presença do ofendido no momento da exteriorização da ameaça pelo sujeito ativo. E ao identificar que o legislador antecipou a consumação ao conhecimento da ameaça potencial, concluiu que este o satisfaz com o desvalor da ação¹²⁴.

3.3.5 Da breve conceituação da conduta típica

A partir da exposição das elementares que compõem o tipo da ameaça,

¹²² Cezar Roberto Bitencourt explica que esse elemento subjetivo especial do crime de ameaça só se identifica na perversa intenção de incutir medo, exteriorizada seriamente e com ânimo frio pelo agente. (Tratado de Direito Penal – Parte especial)

¹²³ BRUNO, 1966, p. 365.

¹²⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 412.

conclui-se que a conduta será típica quando o agente, com consciência e vontade de causar um mal injusto e grave a outrem, escolhe palavras, escritas, gestos ou qualquer outro meio simbólico capaz de perturbar a paz interior do seu destinatário e o externaliza para essa finalidade, independentemente de obter êxito ou não.

Demonstrado o alcance da conduta típica da ameaça, no tópico seguinte esse conceito será analisado mais detalhadamente à luz da ameaça supersticiosa, objeto de estudo desse trabalho.

3.4 A AMEAÇA SUPERSTICIOSA

O estudo dessa modalidade de ameaça dispensa uma nova construção do tipo penal. As elementares que compõem a ameaça supersticiosa são as mesmas de qualquer outra forma de ameaça. A única diferença é que na ameaça supersticiosa o meio escolhido para causar o mal injusto e grave a outrem já está definido, seja ele qualquer pronunciamento oral ou escrito ou qualquer símbolo voltado à crença, à fé, ao sobrenatural.

Para tanto, tem-se por base a definição de superstição como sendo:

O sentimento religioso baseado no temor ou na ignorância, e que induz ao conhecimento de falsos deveres, ao receito de coisas fantásticas e à confiança em coisas ineficazes; credence; crença em presságios tirados de fatos puramente fortuitos; apego exagerado e/ou infundado a qualquer coisa¹²⁵.

Logo, para fins desse trabalho, entende-se por ameaça supersticiosa aquela em que o agente faz uso de um conteúdo místico - aquele que renuncia qualquer comprovação empírica-, para causar mal injusto e grave a alguém.

Sem a pretensão de esgotar os exemplos, enquadra-se nessa modalidade de ameaça aquela que faz menção à magia negra, à prática do “vodu”, à “macumba”, aos rituais de passagem, “feitiçarias”, a números cabalísticos, a ícones religiosos,

¹²⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**. 2ªed., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, p. 1631.

etc.

Nesse ponto, em respeito a todas as religiões e crenças do Brasil, reconhecendo a laicidade do País, registra-se que as expressões populares e genéricas citadas acima não o foram de forma leviana, mas sim, propositais, já que é exatamente dessa forma que acabam sendo utilizadas em um sentido negativo.

É cediço que o (des)conhecimento popular distorce realidades, ainda mais considerando o quão vasto é o país. Por isso, quando esse trabalho tratar do “vodu” e da “macumba”, por exemplo, a pretensão não é a de dar-lhes um sentido pejorativo, mas verificar apenas se, mesmo com essa ignorância (ou não) do significado das palavras empregadas, aquele que as proferiu deve ser responsabilizado.

Nesse sentido, Aníbal Bruno entende que não importa o motivo da ameaça¹²⁶, destacando que a necessidade de verificação recai apenas na potencialidade lesiva do meio escolhido. Questiona-se, portanto, a relevância de o ofensor dominar o conteúdo desferido, até porque, na ameaça supersticiosa, não domina.

Por essa razão, não há necessidade de se adentrar nas práticas religiosas em espécie, até mesmo para diferenciar, por exemplo, o vodu como magia negra (bonecos de pano espetados com agulhas) do vodu como doutrina religiosa africana.

Sobre essa distorção das doutrinas religiosas ao longo do tempo, em momento oportuno será verificado se há algum tratamento penal diferenciado – se de fato houver um - entre aquele conteúdo original da doutrina e o distorcido.

A doutrina não tem abordado essa modalidade de ameaça, salvo em pequenas considerações pontuais. Nada que faça concluir que o assunto está pacificado. Muito pelo contrário.

Por isso, a partir das lições gerais de doutrinadores penais como Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, Cezar Roberto Bitencourt, Magalhães Noronha, Rogério Greco, Luiz Régis Prado e outros, a ameaça supersticiosa será estudada em espécie, até onde seus ensinamentos permitirem.

3.4.1.1 As elementares da ameaça supersticiosa

¹²⁶ BRUNO, 1966, p. 364.

Apesar de seu estudo pouco aprofundado e detalhado, a ameaça supersticiosa tem sido contemplada pela doutrina, mesmo com algumas lacunas e incorreções. Esse vazio, provocado pela falta da especificação dessa espécie de ameaça, fica evidenciado, por exemplo, com a defesa, por alguns doutrinadores, da necessidade do mal prometido dever ser concretizável, sob pena de não reconhecer a ameaça idônea.

Especificamente, no caso da ameaça supersticiosa, resta praticamente impossível afirmar, com certeza, que o mal será executável, posto que independe das forças humanas. Nota-se, já neste ponto, que é imprescindível que se reconheça que diferentes formas de ameaças comportam diferentes caracteres, pois, caso contrário, sequer haveria a ameaça na modalidade supersticiosa, pela inexistência de ameaça séria e idônea.

Em razão dessas peculiaridades, a doutrina, aos poucos, vem afunilando seu estudo, ainda muito incipiente na dogmática penal. No exemplo mencionado, autores como Aníbal Bruno e Luiz Régis Prado reconhecem que essa modalidade de ameaça, por vezes, foge da regra geral, apresentando-se como verdadeira exceção, como será explicado na sequência.

De toda forma, mesmo partindo do estudo geral, autores assentiram com a possibilidade de haver o crime de ameaça supersticiosa. Aníbal Bruno, por exemplo, ao tratar das maneiras de se exprimir a ameaça lato sensu, afirma que poderá se dar mediante desenho de um punhal pingando sangue ou quando se pinta uma cruz na porta da morada da vítima¹²⁷.

Nesse mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt admite que a ameaça pode materializar-se através da exibição de bonecos perfurados com agulhas¹²⁸. enquanto Luiz Régis Prado traz o exemplo do encaminhamento de qualquer desenho macabro¹²⁹.

Esses exemplos trazidos pela doutrina, propositalmente ou não, referem-se à ameaça supersticiosa, fazendo com que se subsumam ao estudo desse capítulo.

¹²⁷ BRUNO, 1966, p. 363.

¹²⁸ BITENCOURT, 2011, p. 408.

¹²⁹ PRADO, 2013, p. 333.

3.4.1.2 Dos sujeitos ativo e passivo

A primeira particularidade começa com a qualificação do sujeito ativo da ameaça supersticiosa. Intenciona saber se são relevantes o fato de este sujeito ativo saber ou não saber que a vítima acredita no conteúdo da ameaça proferida e o fato de este mesmo sujeito acreditar ou não neste mesmo conteúdo.

Nesse caso, partindo do pressuposto que o ofensor agiu com dolo em todos os casos hipotéticos, vê-se que é indiferente saber se a vítima acreditava ou não no conteúdo da ameaça, bem como é irrelevante se o sujeito ativo acreditava no que proferiu, já que basta a *ameaça potencialmente lesiva*. Importa, como se verá na sequência, a qualidade do sujeito passivo.

Em verdade, como dito, estaremos diante um crime impossível se o agente utilizar dessa modalidade de ameaça contra uma vítima totalmente cética, por absoluta ineficácia do meio escolhido. Mas esse ponto refere-se mais ao discurso proferido do que à qualidade do sujeito ativo.

Ademais, será verificado, mais adiante, se este cenário se alterará quando o agente supuser que a sua conduta está abarcada por um direito seu, como, por exemplo, o de liberdade religiosa.

Quanto à composição do seu sujeito passivo, temos que a doutrina de Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso havia apontado para a impossibilidade dos loucos, dos idiotas e das crianças de tenra idade figurarem como vítimas de ameaça. A doutrina mais contemporânea, como a de Luiz Régis Prado, de forma mais acertada, afastou desse polo qualquer um que não tenha condições de maturidade e sanidade mental a ponto de sentir a intimidação¹³⁰.

Nota-se que o critério escolhido para afastar a pessoa da condição de sujeito passivo foi a possibilidade de se sentir intimidada. Isso porque, como já visto, o crime se consuma justamente com a externalização de uma ameaça idônea a causar um mal injusto e grave, razão pela qual a doutrina moderna optou por não restringir um grupo, mas ampliando a todo aquele que não possua capacidade para tanto.

Se não figuram como sujeito passivo os incapazes de se sentirem

¹³⁰ PRADO, 2013, p. 329.

intimidados, não importando a razão, tem-se que aquela pessoa cética, que não acredita em absolutamente nada que não seja concretamente aferível, deve se equiparar aos demais membros deste grupo.

O que acontecerá nesse caso é que a vítima escolhida, pelo seu alto grau de ceticismo, não se importará com a ameaça proferida, de forma a não atingi-la e a reconhecê-la como não idônea. Como visto, Cezar Roberto Bitencourt adverte que não haverá crime nessa situação. E mais, diz que se tratará de um crime impossível¹³¹, já que o meio empregado, uma ameaça supersticiosa contra alguém totalmente cético, é ineficaz para atingir o fim pretendido, seja o de abalar a paz espiritual (bem jurídico) do seu destinatário.

Retornamos à discussão acerca do referencial quanto à potencialidade da ameaça. Enquanto Aníbal Bruno entende que esta deve ser vista à luz do ameaçado, outros doutrinadores, como o próprio Heleno Cláudio Fragoso, entendem que o referencial recai sobre o homem médio.

Em que pese essa divergência, tudo indica que o resultado não restaria alterado. Se considerarmos o ameaçado cético, não haveria potencialidade lesiva, da mesma forma se considerarmos o que aconteceria com a maioria de homens médios céticos, vez que não faria sentido contemplar nesse grupo pessoas não céticas.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, mesmo nesse ponto, pendese a acreditar que estaremos diante de um crime impossível se o “sujeito passivo” for absolutamente cético, pelas razões expostas.

Na sequência, será analisada a necessidade de esta ameaça dever ser concretizada pelo sujeito ativo para configurar este crime, considerando uma vítima idônea – pois, caso contrário, o crime encontraria óbice na ausência de lesão ou exposição a perigo do bem jurídico.

Partindo da premissa que qualquer ameaça só será típica se respeitar o Princípio da Ofensividade, lesando o bem jurídico ou o colocando em perigo, tem-se que se a vítima acreditar no conteúdo do discurso proferido na ameaça, ou seja, se for crente, provavelmente se sentirá ameaçada, cumprindo fielmente a proposta do princípio e justificando a responsabilização pela ameaça.

Entretanto, se cogitarmos a possibilidade de a vítima, mesmo crente nos

¹³¹ BITENCOURT, 2011, p. 407.

termos acima explicados, não se sentir ameaçada pelo agente, mesmo que não se pudesse falar em dano ao bem jurídico, seria necessário falar em colocação em perigo para suportar o entendimento doutrinário quanto à desnecessidade da concretização do mal prometido, tema esse que será melhor estudado no Capítulo 4.

À luz do Princípio da Ofensividade, parece ser essa a única maneira de se admitir a desnecessidade da concretização desse mal prometido.

Ainda, essa discussão ganha maior relevo no crime da ameaça supersticiosa, considerando que o que atemoriza a vítima não é propriamente a ameaça em si, mas a consequência da conduta. Em outras palavras, a vítima teme pelo conteúdo proferido, porque acredita que, de alguma maneira, ocorrerá um evento superveniente negativo, colocando o sujeito ativo apenas em uma posição intermediária.

Apenas o conteúdo do discurso do sujeito ativo seria concretizável, mas não é isso, ou principalmente isso, que retira a paz do ofendido. Se considerássemos a necessidade de concretização do mal que atemoriza a vítima, não haveria possibilidade de se falar em crime pela incerteza quanto à concretização do que foi ameaçado.

De forma acertada, até mesmo em respeito à tutela do bem jurídico, encontra-se a lição de Aníbal Bruno, que diz que o dano deve ser possível e realizável por ação ou *interferência* do agente¹³². Ao reconhecer a possibilidade de o agente apenas *interferir de modo causal* na realização do mal, seja por seu discurso, coloca a conduta da ameaça supersticiosa como passível de responsabilização.

Por fim, essa questão resta sedimentada pela doutrina deste mesmo autor, ao tratar que o dano contido na intimidação pode decorrer apenas da *compreensão* da vítima¹³³. Quer se dizer com isso que é suficiente para caracterização do crime aquela conduta que faz com que o sujeito passivo imagine que há possibilidade de concretização do mal, mesmo que isso parta apenas do seu imaginário.

Luiz Régis Prado corrobora este posicionamento ao tratar que, mesmo que o mal ameaçado deva ser executável, sob pena de não se poder falar em ameaça, excetua-se os casos nos quais o coagido o toma, efetivamente, como provável ou possível, como rituais de magia negra¹³⁴.

¹³² BRUNO, 1966, p. 365.

¹³³ BRUNO, loc. cit.

¹³⁴ PRADO, 2013, p. 333.

3.4.1.3 Do elemento subjetivo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, sendo que Cezar Roberto Bitencourt ainda visualiza o especial fim de intimidar a vítima como elemento subjetivo especial. A modalidade culposa não aparece na doutrina, nem no Código Penal.

Ainda assim, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do dolo eventual e da culpa consciente, cuja distinção é sutil, devendo ser aferível inafastavelmente no caso concreto.

Cezar Roberto Bitencourt explica o dolo eventual como sendo a conduta na qual o agente não deseja diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou até mesmo provável, assumindo o risco da produção do resultado. Entende que, neste caso, há tanto o elemento cognitivo como o volitivo, posto que a relação de vontade entre o resultado e o agente pode ser vista justamente no consentimento do resultado, sendo essa uma forma de querer¹³⁵.

O mesmo autor, inclusive, faz uso desse consentimento para diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, ao tratar que a simples previsão do resultado gravoso – sem essa anuência -, ilustra apenas essa última.

Logo, por outro lado, a culpa consciente se faz presente quando o agente conhece a periculosidade da sua conduta, representa a produção do resultado típico como possível (previsibilidade), mas age deixando de observar a diligência necessária a que está obrigado por confiar que o resultado não ocorrerá¹³⁶.

Ocorre que o art.18 § único do Código Penal estabelece que, salvo os casos expressos em lei, ninguém poderá ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente, o que afasta a possibilidade de falarmos da culpa consciente neste caso, pelo fato do art.147 não contemplar a modalidade culposa. Sobra, então, o dolo eventual, devendo este ser diferenciado da culpa consciente, como já visto, em uma análise casuística.

De todo modo, no campo prático e hipotético, há possibilidade de

¹³⁵ BITENCOURT, 2017, p. 370.

¹³⁶ Ibid., p.392.

vislumbrarmos algumas ocasiões nas quais a imprudência foi tão demasiada a ponto de cogitarmos a admissão do risco pelo ofensor, de modo a identificar o dolo eventual.

Observam-se as seguintes possibilidades:

Ofensor sabe da crença da vítima e mesmo assim, “a ameaça”, em tom de brincadeira. Antes de tudo, frisa-se que a doutrina é uníssona em reconhecer que a ameaça deve ser séria e idônea a causar temor à vítima. Espera-se, então, que nessa situação, a vítima ignore a “ameaça”, por entender que era uma brincadeira.

Todavia, em um cenário real, a vítima pode se sentir ameaçada, mesmo com a “brincadeira”. Diante desse quadro, considera-se, além da idoneidade do sujeito passivo, a do meio empregado pelo ofensor, já que houve a intimidação.

A identificação, neste caso, do dolo eventual ou da culpa consciente dependerá de o agente ter assumido o risco de intimidar a vítima ou de ter confiado plenamente na sua não ocorrência. Para solucionar essa questão, será necessária uma análise casuística, restando praticamente impossível saná-la apenas à luz da teoria.

De toda forma, considerando que o ofensor sabia da crença da vítima e do fato de esta ter se intimidado, parece pouco provável afastarmos as duas hipóteses simultaneamente, o que não ocorrerá com a próxima situação¹³⁷.

Consideremos, por outro lado, que o agente desconhecia a crença do ofendido. Tendo em mente que a conduta típica é aquela na qual o agente tem a vontade de praticar os atos previstos no tipo penal, seja provocar um mal injusto e grave, e a mentalização e representação dos meios - ameaça supersticiosa-, não parece provável que este agente, sem saber desta crença, pudesse ter representado e escolhido esse meio com o propósito de intimidar alguém.

Como este discurso baseado na superstição é o meio para intimidação, impede-se imaginar que um agente teria se valido deste sem saber previamente da crença da vítima. Seria a mesma situação de uma pessoa tentar matar outra mediante uma substância a que a vítima é alérgica sem saber que ela teria alergia a esse componente.

Por isso, para essa situação, permite-se falar em ausência de dolo, inclusive na sua modalidade eventual. Na mesma lógica, sabendo da inexistência da

¹³⁷ Se for o caso de culpa consciente, não haverá punição, tendo em vista que o art.147 não admite a modalidade culposa.

modalidade culposa para esse crime, apenas por apego à técnica, ficaria afastada também a possibilidade de estarmos diante da culpa consciente, por não haver mínimo indício que fizesse concluir que o agente poderia conhecer a periculosidade da sua conduta.

Logo, em que pese existam o discurso e o sujeito passivo idôneos, a falta do dolo em todas as modalidades afastaria a tipicidade da conduta neste caso.

Encerrada essa discussão, tendo em vista a dificuldade em se caracterizar esse *animus jocandi* pelo fato da seriedade da ameaça comportar uma valoração subjetiva, Bitencourt já advertia que mais importante que ser séria, é a ameaça parecer ser séria¹³⁸.

Ademais, relevante destacar, neste ponto do trabalho, que a necessidade de uma análise à luz do caso concreto para separar situações pertinentes ao dolo eventual e à culpa consciente corrobora com os doutrinadores que defendem que a idoneidade e a gravidade da ameaça vinculam-se ao sujeito passivo e não ao que a doutrina chamou de “sujeito passivo médio ou normal”, como já visto.

A filiação ao entendimento de que aferição da idoneidade e gravidade da ameaça deve se dar tendo em vista este homem médio impossibilitaria a resolução de situações como as expostas e o estudo desta espécie de ameaça continuaria nebuloso.

Por isso, esse trabalho tende a se inclinar aos doutrinadores que defendem o sujeito passivo individualizado como referencial dessa idoneidade e gravidade, como Luiz Régis Prado¹³⁹, que entende que a gravidade da ameaça está relacionada com o mal prometido, que deve ser considerável, tendo-se em vista as particulares condições da pessoa ameaçada (idade, sexo, saúde, etc).

Não obstante, dessa discussão derivará outra, ainda mais incerta, percorrida em tempo oportuno, seja quando estivermos diante de um sujeito passivo crente, mas cuja crença é tão intensa e enraizada que abrirá margem para questionar a idoneidade de uma ameaça, pelo fato de este achar que nenhum mal poderá atingi-lo.

¹³⁸ BITENCOURT, 2011, p. 410.

¹³⁹ PRADO, 2013, p.322.

3.4.1.4 Do elemento objetivo do tipo: o mal grave e injusto

O núcleo do tipo penal previsto no art.147 CP, ameaçar, significa procurar intimidar, meter medo em alguém. Concretiza-se através de uma promessa de um mal injusto e grave, cujo conteúdo deve, pelo menos, ser apto a violar a liberdade psíquica da vítima¹⁴⁰.

No caso da ameaça supersticiosa, o conteúdo dessa promessa é variado, tendo alguns meios já elencados pela própria doutrina, como a exibição de bonecos perfurados com agulhas e a marcação da residência da vítima com um punhal ensanguentado ou uma cruz. Em verdade, qualquer meio com conteúdo místico e sobrenatural enquadra-se nessa modalidade de ameaça, não sendo necessário um vínculo com alguma religião já conhecida.

Não obstante, para que a ameaça supersticiosa possa ser entendida como crime, far-se-á necessário que este meio utilizado seja um mal e que esse mal seja injusto e grave, ou seja, o conteúdo da promessa deve ser entendido como um mal, sob pena de faltar essa elementar.

Mesmo que na perspectiva da vítima seja mais fácil a identificação deste mal, não se poderá afirmar o mesmo com tanta facilidade se o referencial for o sujeito ativo. Isto porque, diferente do matar, na ameaça de morte, situação que raras pessoas não vão entendê-la como um mal, visto que até o Código Penal tipifica esta conduta, desenhar uma cruz ou outros ícones com conteúdo místico e fazer um vodu ou magia negra, por exemplo, não são, por si só, condutas proibidas, podendo haver, inclusive, relação com a liberdade religiosa

Por isso, a ameaça supersticiosa, pela sua especificidade, faz com que surja a necessidade de se verificar quando essa promessa corresponderá de fato a um mal, já que existe a possibilidade de o agente não entendê-la assim, afastando-se, desta forma, o seu prévio conhecimento acerca da ilicitude da conduta. Questão essa que será enfrentada nos capítulos subsequentes.

Quanto à gravidade da promessa, fora dito que esse trabalho filia-se àqueles autores já mencionados que defendem o vínculo entre esta e as condições pessoais da vítima para mensurar a primeira. Corrobora com esse entendimento Cezar

¹⁴⁰ BITENCOURT, 2011, p. 407.

Roberto Bitencourt, quando assevera que o medo é um sentimento de valoração extremamente subjetiva, podendo variar de pessoa para pessoa, de situação para situação, sendo ele, inclusive, a sensação que se deseja incutir na vítima.

Posto isto, tem-se que o estudo teórico da gravidade, até o momento, permitiu apenas estabelecer que esta deve ser aferida tendo em vista a vítima individualizada, considerando suas particularidades. Em via oposta, caberá unicamente ao caso concreto colher os elementos que possam ser relacionados à gravidade da ameaça, de maneira a permitir a visualização dos pontos que a qualificam e a identificam.

Não à toa a doutrina não se preocupou em conceituar a gravidade presente no tipo penal, de maneira a estabelecer seus contornos, deixando essa tarefa ao julgador. Por essa razão, recorrer-se-á à jurisprudência para tentar aprofundar o entendimento quanto à gravidade necessária para a consumação do crime da ameaça supersticiosa

3.4.1.5 Da consumação

A consumação do crime de ameaça, pelo fato de a doutrina considerá-lo um crime formal¹⁴¹, sendo desnecessário que a vítima sinta-se com medo, a coloca em uma zona nebulosa, ainda mais à luz do Princípio da Ofensividade.

Como visto, esse princípio ensina que somente haverá crime quando a ameaça violar o bem jurídico que legitimou a criação do tipo penal em comento ou caso o coloque em perigo. Ocorre que a admissão da desnecessidade do temor pela vítima faz com que se questione se o bem jurídico sequer foi colocado em risco, vez que se afirma, com grau de segurança, que nas situações nas quais tem-se apenas essa ameaça idônea – sem a intimidação -, não houve violação a bem algum.

O exaurimento da satisfação apenas com o *desvalor da ação* não encontra respaldo no Princípio da Ofensividade, que, como visto, tem base constitucional.

¹⁴¹ Cezar Roberto Bitencourt entende que, a exemplo dos crimes materiais, o tipo penal da ameaça descreve um resultado, mas este (que, no caso, seria o medo sentido pela vítima) não precisa verificar-se para que o crime se consuma. Nesse crime, o autor diz que o legislador antecipou a consumação, satisfazendo-se com o simples desvalor da ação.

Observa-se que há diversas hipóteses que podem ocorrer com a ameaça supersticiosa. O quadro ilustrativo a seguir intenciona apresentar algumas delas, senão todas, de forma a evidenciar que, em algumas possibilidades, o resultado – devida intimidação – é tão remoto, que a classificação desse crime como crime formal fica extremamente distante de qualquer justificativa dentro da dogmática penal.

	Sujeito passivo Cético/crente	Intimidação	Ofensa ao bem	Colocação em risco
1	Cético	Não	Não	Não
2	Cético	Sim	Sim	Sim
3	Crente ¹⁴²	Sim	Sim	Sim
4.1	Crente	Não	Não	Sim
4.2	Crente ¹⁴³	Não	Não	Não Se considerar um sujeito passivo tão crente que julga que nenhum mal é capaz de acometê-lo.

Tabela 1 – Hipóteses de consumação à luz da ofensividade

Com base neste quadro, tem-se que somente nas hipóteses “2” e “3” o crime de ameaça supersticiosa estaria consumado, tanto sob a ótica do crime formal, posto que existiu a ameaça idônea, como na ótica do desvalor do resultado, já que em ambas as situações o bem jurídico tutelado fora violado, cumprindo a ofensividade necessária.

Essa mesma clareza não se vê nas hipóteses “1” e “4”, já que as vítimas não se sentiram intimidadas. Considerando, em um primeiro momento, a classificação doutrinária do crime da ameaça, faz-se necessário, apesar na falta de intimidação, que as ameaças tenham sido idôneas, idoneidade essa que deve ser aferida

¹⁴² Como já explicado no presente estudo, quando mencionado a palavra “crente”, quer se dizer que a vítima acredita no conteúdo do discurso proferido na ameaça.

¹⁴³ Aqui, “crente” refere-se àquela vítima que possui sua crença sem que esta precise estar relacionada ao conteúdo do discurso da ameaça, pois, o que importa, é que este credo faz com que a pessoa se sinta totalmente protegida de qualquer mal.

considerando as condições particulares da vítima, como já demonstrado neste trabalho. À luz da ofensividade, necessário que a conduta, pelo menos, coloque o bem jurídico em risco.

Isto posto, em um cenário absolutamente teórico, no caso da hipótese “1”, o ceticismo da vítima faz com que a ameaça com esse conteúdo seja inidônea, afastando a possibilidade de haver um crime nessas circunstâncias. Ainda nessa linha, parece pouco provável imaginar que o bem ficou exposto a algum risco diante dessa inidoneidade, afastando-se da possibilidade de crime por mais esse motivo.

Diferente da anterior, a hipótese “4” trata de uma vítima que mantém a crença em conteúdos místicos e sobrenaturais, mas que, por alguma razão, não se sentiu intimidada. No que tange à idoneidade da ameaça, parece ser o idôneo meio empregado, tendo em vista justamente a crença da vítima.

Ainda assim, como o Princípio da Ofensividade tem base constitucional, deve necessariamente justificar este crime. Afastada a ofensa ao respectivo bem jurídico, resta a verificação de um risco ao bem, o que parece provável diante da crença da vítima.

Por isso, realça-se a necessidade de se considerar a vítima individualizada, bem como esta inserida no caso concreto. Em que pese não tenha havido a intimidação, a crença da vítima faz com que a ameaça tenha sido idônea, mas que por características do ofensor ou por outras circunstâncias, acabou não se concretizando.

Tudo indica, portanto, que não se trata de *crime impossível*, ou seja, aquelas situações nas quais o meio empregado é absolutamente ineficaz. É razoável considerar eficaz uma ameaça supersticiosa quando figura no polo passivo uma vítima crente, mas que por algum fato específico não tenha a ameaçado¹⁴⁴.

A razão do deslocamento do crime impossível fica mais nítido quando estivermos diante, ainda na hipótese “4”, de um sujeito passivo crente, mas cuja crença é tão enraizada e sólida, que faz com que acredite que nenhum mal poderá acometê-lo.

¹⁴⁴ Nesse caso, a vítima pode não ter se sentido ameaçada pela forma que o ofensor se manifestou ou por julgar que este não teria “força” suficiente para interferir no mal prometido. O resultado poderia ser diferente, caso o sujeito ativo tivesse sido outro. Inclusive, o resultado poderia ter sido outro se o próprio sujeito ativo inicial tivesse se comportado de maneira diversa. Já no segundo caso hipotético, a vítima, que apresenta uma crença sólida, se sente “protegida” de qualquer mal, restando infrutífero qualquer tentativa nesse sentido, em qualquer hipótese.

Nesse caso, em uma ótica apenas teórica, este trabalho inclina-se a verificar a ocorrência do crime impossível, posto que não haveria circunstâncias que permitiriam incutir medo na vítima. Tem-se, portanto, que o meio acaba sendo totalmente ineficaz, apresentando sequer risco ao bem jurídico, afastando-se, assim, a possibilidade de crime.

De todo modo, é cediço que essa análise partiu de uma criação de hipóteses, que nem sempre coincidirão perfeitamente com a realidade. Por isso, a consumação da ameaça supersticiosa deverá necessariamente ser aferida no caso concreto, posto que o julgador conhecerá todas as circunstâncias da conduta e as características dos agentes.

Portanto, para que se tenha uma noção mais fidedigna da consumação deste crime, o próximo capítulo pretende se aproximar das circunstâncias reais que mais corroboram com esse crime consumado, que se fará através do estudo da jurisprudência, em especial do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.299.021/SP, que entendeu como idônea uma ameaça espiritual como meio para extorquir a vítima, condenando o ofensor pelo crime de extorsão.

4 A JURISPRUDÊNCIA E A AMEAÇA SUPERSTICIOSA

Mencionada no capítulo anterior, a ameaça supersticiosa, apesar de reconhecida pela doutrina, não havia sido objeto de análise pelas cortes superiores até 2012, quando chegou ao Superior Tribunal de Justiça – STJ o Recurso Especial nº 1.299.021/SP.

Esse recurso contestou o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, que condenou P.E a 6 anos e 24 dias de reclusão pelo cometimento, em tese, dos crimes de estelionato e extorsão.

Em que pese esse Acórdão não se refira exatamente ao crime previsto no art.147 CP, tem-se que a ameaça, além de aparecer como crime autônomo, também se apresenta como meio para consumação de outros crimes, como a extorsão.

Por isso, a *grave ameaça*, necessária para a consumação da ameaça como crime independente, poderá também ser estudada à luz do crime da extorsão, posto que também é uma elementar desse segundo delito.

Pretende-se, portanto, com o estudo deste Recurso Especial, expor o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da *grave ameaça, do mal injusto e grave* e da *ameaça idônea* no caso concreto, vez que a visualização de todos estes elementos são essenciais para a verificação da ameaça supersticiosa.

4.1 ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.299.021/SP

Inicialmente, atenta-se aos fragmentos da decisão¹⁴⁵ do Ministro Rogério Schietti Cruz (Relator) que julgou o Recurso Especial em estudo, que ilustram, mesmo em linhas gerais, os fatos que subsidiaram a denúncia do Ministério Público:

Afirma a denúncia que, "no dia 11 de outubro de 2007" (1), a vítima entregou à acusada R\$ 280,00 para "sanação do problema, o qual estaria sendo causado por 'dois espíritos ruins'" (fl. 2). Em seguida (2), "a denunciada retomou contato com a vítima" e a convenceu que "seria

¹⁴⁵ Recurso Especial nº 1.299.021/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma. STJ, Julgado em 14/02/2017, Dje: 23/02/2017.

necessário 'terminar o trabalho', pois 'não havia conseguido retirar os espíritos'. Na nova oportunidade (3), a convenceu a pagar R\$ 2.500,00. Ato seguinte (4), a denunciada efetuou várias ligações e comunicou a vítima que o trabalho espiritual não estaria terminado, determinando a entrega de mais R\$3.200,00. Depois da entrega das quantias assinaladas, a recorrente continuou a ligar para a vítima, sem sucesso.

A narrativa acusatória esclarece que **a ré mudou de conduta e "passou a ameaçá-la gravemente (1)**, e constranger a mesma a entregar-lhe a quantia de R\$ 32.000,00 [...], tendo-se em vista que **'tinha alguma coisa enterrada no cemitério' contra os filhos da vítima**" (fl. 20). A vítima sacou a quantia de R\$ 12.000,00 e entregou a quantia à recorrente. Em seguida, a recorrente constrangeu a vítima a entregar a quantia restante de R\$ 20.000,00 (2). Na oportunidade "veio a ameaçar a mesma e a sua família, afirmando 'vou acabar com a sua vida, a vida de seus filhos, te pego aqui na esquina', bem como afirmando que **agiria em nome dos espíritos**" (fl. 2). A vítima sacou a quantia de R\$ 8.000,00 e o entregou à recorrente. A ré (3) "reiterou as ameaças, afirmando que aguardaria a entrega do valor restante de R\$ 12.000,00 na segunda-feira próxima, sendo certo que apenas após a entrega de todo dinheiro, o sofrimento acabaria" (fl. 3).

O acórdão recorrido reconheceu: a) "na primeira oportunidade em que procurou Priscila, esta lhe solicitou [...] quantia [...] para a cura de seus males. Três ou quatro dias depois, ela solicitou e recebeu da vítima mais R\$ 280,00 [...] Vislumbro aqui o primeiro crime de estelionato" (fl. 351); b) "uma nova fraude foi empregada. A ré passou a dizer que a vítima estava com um 'encosto' [...]; para isso, era necessário comprar uma vela com peso equivalente ao peso da vítima ao custo de R\$ 2.500,00. [...] a vítima entregou essa quantia à acusada, consumando-se um segundo estelionato" (fl. 351); c) "mais tarde, dizendo que se tratava de um "espírito enorme e gordo", a apelante solicitou [...] mais R\$ 3.250,00, sendo atendida. Eis o emprego de nova fraude, que configurou o terceiro estelionato" (fl. 352). Decidiu: "quando a vítima [...] tentou dar um basta, pedindo a Priscila que parasse, **sobreveio a ameaça já mencionada**, mediante a qual [...] exigiu a quantia total de R\$ 32.000,00" (fl.352) (Recurso Especial nº 1.299.021/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma. STJ, Julgado em 14/02/2017, Dje: 23/02/2017 – grifo nosso).

Com base nesses fatos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP, nos autos de apelação nº 00155000-25.2007.8.26.0079, entendeu por configurado o crime de extorsão, mantendo a condenação da ré.

Descontente com esta decisão, a recorrente fundamentou o seu Recurso Especial, no que importa para esse trabalho, da seguinte maneira:

A recorrente afirma ser possível a reavaliação das provas para reconhecer a atipicidade da conduta e a contrariedade ao art. 158 do CP, haja vista **não haver "proferido qualquer tipo de grave ameaça à pseudo-vítima"** ou empregado "violência contra a pessoa à caracterizar o delito" (fl. 404).

Ademais, a **ameaça foi fantasiosa e não implicou em mal grave, sério e apto a intimidar o homem médio**, não se podendo cogitar "da figura do art. 158 do CP – grifo nosso"

Brevemente, registra-se que o Acórdão do Recurso Especial foi no sentido de conhecê-lo parcialmente e negar-lhe provimento, cujas razões serão mais bem expostas na sequência. Não obstante, segue a ementa deste julgado denegatório:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO E EXTORSÃO. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. SÚMULA N. 284 DO STF. ART. 599 DO CPP. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. **MAL ESPIRITUAL. INEFICÁCIA DA AMEAÇA NÃO CONFIGURADA.** VÍTIMA QUE, COAGIDA, EFETUOU O PAGAMENTO DA INDEVIDA VANTAGEM ECONÔMICA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 284 DO CP. SÚMULA N. 7 DO STJ. EXASPERAÇÃO DA PENABASE. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP NÃO CONFIGURADA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. OBSERVÂNCIA ART. 33, § 2º, "B", DO CP. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO VIRTUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL NA TUTELA PROVISÓRIA JULGADO PREJUDICADO.

1. O recurso especial que indica a violação do art. 619 do CPP sem especificar a tese que deixou de ser analisada no acórdão recorrido, é deficiente em sua fundamentação e atrai a aplicação do óbice da Súmula n. 284 do STF.

2. Inviável o conhecimento da tese de malferimento do art. 599 do Código de Processo Penal se o acórdão recorrido não emitiu juízo de valor expresso sobre o conteúdo do dispositivo federal ou sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional. Eventual ofensa ao princípio da correlação não pode nem sequer ser acolhida de ofício, pois a recorrente foi julgada estritamente pelos fatos narrados na denúncia, ainda que o Ministério Público não haja pleiteado, expressamente, a aplicação do art. 71 do CP.

3. A **alegação de ineficácia absoluta da grave ameaça de mal espiritual não pode ser acolhida**, haja vista que, a teor do enquadramento fático do acórdão, **a vítima, em razão de sua livre crença religiosa, acreditou que a recorrente poderia concretizar as intimidações de "acabar com sua vida", com seu carro e de provocar graves danos aos seus filhos**; coagida, realizou o pagamento de indevida vantagem econômica. Tese de violação do art. 158 do CP afastada.

4. O pedido de aplicação do princípio da consunção não foi deduzido nas contrarrazões do apelo do Ministério Público, na apelação criminal da defesa e tampouco por ocasião da oposição dos embargos de declaração e, por tal motivo, deixou de ser enfrentado pelo Tribunal de origem, o que caracteriza a ausência de prequestionamento e impede, no ponto, o conhecimento do recurso especial.

5. Não há, na dinâmica dos fatos descritos pelo Tribunal de origem, elemento que autorize, de plano, o acolhimento da tese de que a recorrente agiu com o intuito de, com fórmulas e rituais, resolver os problemas de saúde supostados pela vítima., praticando, em verdade, o crime de

curandeirismo. Para afastar a conclusão da instância ordinária, de que a recorrente, desde o início, valeu-se da liberdade de crença da vítima e de sua fragilidade para obter vantagem patrimonial indevida, seria necessário reexaminar fatos e provas, providência incabível no recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

6. Devidamente motivada a fixação da reprimenda inicial acima do mínimo legal, não há falar em violação do art. 59 do CP. Em relação ao crime de estelionato, o acórdão registrou que a recorrente "explorou os sofrimentos da vítima, bem como obteve ganhos expressivos", elementos que justificam o acréscimo da pena-base em apenas 2 meses de reclusão. Quanto ao crime de extorsão, a instância ordinária exasperou a reprimenda em 8 meses de reclusão, haja vista que a recorrente, além de consumir a extorsão, obteve com a conduta o proveito de R\$ 20.000,00. Correta a mais severa fixação da pena nesta hipótese, quando comparada, por exemplo, com a conduta de agente que consuma a extorsão, mas não exaure o crime, vale dizer, não obtém a indevida vantagem econômica que desejava.

7. Por força do concurso material, as penas foram aplicadas de forma cumulativa, não havendo reparo a ser feito no regime inicial semiaberto, que observou o art. 33, § 2º, "b", do CP.

8. Julgado o recurso especial, sem êxito, não há falar em atribuição de excepcional efeito suspensivo ao reclamo para obstar a execução imediata da pena, providência que está em consonância com entendimento firmado pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral. Agravo Regimental na Tutela Provisória no Recurso Especial prejudicado.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido. Agravo regimental prejudicado – grifo nosso.

Sedimentada essa parte introdutória, atenta-se às razões trazidas pelo Ministro Relator, que entendeu por idônea a ameaça espiritual como meio para consumir a extorsão.

Tem-se, inicialmente, que a análise dessas razões elevará o nível de compreensão do crime da ameaça supersticiosa, ampliando, assim, as fronteiras do seu estudo teórico. Trata-se do entendimento do *referencial quanto à idoneidade, gravidade e seriedade da ameaça, da relevância da qualidade da vítima para a consumação do crime e do mal grave e injusto*.

Ainda, antes de abordar esses tópicos, relevante também ressaltar como esta decisão visualizou as condutas que se adequaram ao conteúdo sobrenatural da ameaça supersticiosa ou espiritual.

O acórdão menciona, como visto no início deste capítulo, que a recorrente passou a ameaçar a vítima gravemente e a constrangê-la a entregar-lhe a quantia de R\$32.000,00, tendo em vista que tinha *alguma coisa enterrada no cemitério contra seus filhos*, bem como passou a afirmar que *agiria em nome dos espíritos*.

Além disso, constam também outras passagens que corroboram com essas anteriores: [...] a recorrente passou a procurar a vítima, de forma insistente, em

várias oportunidades, fazendo-a acreditar que *havia espíritos que poderiam fazer grande mal a ela*; que havia *fantoches enterrados em cemitério* representando seus filhos [...] e [...] em certo dia, a ré a levou até um cemitério, onde encontrou *dois bonecos amarrados*, dizendo que eram os filhos da vítima [...].

Sem a pretensão de restringir as formas de manifestação desse misticismo, nota-se que a impossibilidade de o agente provocar diretamente o temor, e, ao mesmo tempo, a possibilidade de *interferir* de modo causal no resultado, devem ser pontos em comum a todas elas.

No caso em comento, agir em nome dos espíritos e mencionar que haveria coisas enterradas no cemitério contra os filhos da vítima, como bonecos e fantoches, evidenciam a peculiaridade deste crime¹⁴⁶, reafirmando, assim, como já exposto, as lições de Aníbal Bruno¹⁴⁷, que entende que o dano contido no gesto intimidativo pode ser punível e realizado por *interferência* do agente, e de Luiz Régis Prado¹⁴⁸, que, precisamente, decretou que é suficiente que a vítima considere o mal efetivamente como *provável ou possível* para se falar em ameaça idônea.

Retornando à fundamentação do recurso em análise, registra-se que a recorrente partiu de três premissas que entendeu por verdadeiras: 1) que a ameaça foi fantasiosa, quando esta deveria ter sido séria; 2) que esta não implicou mal grave e 3) que não foi apta a intimidar o homem médio.

Não obstante, é relevante ressaltar que a construção da ameaça supersiticiosa no campo prático passará pelo diálogo entre essas premissas, as razões utilizadas para denegar o recurso da recorrente e o estudo teórico da ameaça supersticiosa visto no capítulo anterior.

Acerca da necessidade de a ameaça ser séria, de acordo com a doutrina já mencionada no capítulo anterior, tem razão a recorrente neste ponto. Ocorre que o Acórdão se posicionou no sentido de afirmar que a ameaça proferida não deteve o *animus jocandi* ou o aspecto fantasioso pretendido pela ré.

¹⁴⁶ Quer se dizer com isso que não é o discurso proferido pelo agente que provoca o temor na vítima. Este apenas interfere de modo causal no resultado, ou seja, o agente surge como um intermediário, na medida em que suas palavras ou gesto fazem referência ao sobrenatural, causador direto de toda inquietação espiritual. Neste caso concreto, quando a agente mencionou que *agiria em nome dos espíritos* e que havia *coisas enterradas no cemitério contra os filhos da vítima*, o que atemorizou esta última não foi a ameaça em si ou o que esta poderia ser capaz de fazer. O temor veio pelo fato da vítima acreditar que aquelas palavras poderiam, de alguma forma, “invocar” entidades sobrenaturais, estas sim capazes de provocar diretamente algum mal.

¹⁴⁷ BRUNO, 1966, p. 365.

¹⁴⁸ PRADO, 2013, p. 333.

O Ministro Relator partiu da *intimidação* da vítima, observada pelas palavras da própria ofendida – “*as ameaças proferidas pela ré eram sérias e me senti muito intimidada*” - e no fato de esta ter realizado o pagamento à recorrente, para concluir pela seriedade da ameaça.

Retornando ao disposto no tópico 2.4.1.2 deste trabalho, espaço reservado justamente para tratar teoricamente dos limites e características desta ameaça séria, registra-se a lucidez de Cezar Bitencourt quando estabeleceu que mais importante que ser séria, é a ameaça *parecer* séria. Inevitalmente, *parecer séria* remete a um referencial, sendo este, com base no entendimento deste Acórdão, a crença da *vítima*.

Assim sendo, ainda ganha razão a hipótese trazida no tópico acima citado, que tratou da possibilidade de o agente, mesmo com suposto *animus jocandi*, acabar sendo responsabilizado pela ameaça¹⁴⁹, quando *sabia* que a vítima acreditaria em suas palavras.

Portanto, no caso que ensejou o Recurso Especial nº 1.299.021/SP, no qual restou evidente que a recorrente sabia das crenças espirituais da ofendida, fato esse corroborado pela própria denúncia do Ministério Público, ao mencionar que a vítima procurou a recorrente por estar tendo problemas com dois espíritos ruins, parece pouco provável a sustentação da tese de falta de seriedade da ameaça.

Admitindo que o referencial quanto à seriedade da ameaça é a crença da ofendida, o Acórdão concluiu, neste ponto, que a ameaça revelou-se idônea ao fito de atemorizar a vítima e compeli-la a realizar o pagamento de vantagem econômica indevida.

Por outro lado, sobre a alegada inexistência de um mal grave, o tribunal, assim como a doutrina, não soube definir o substrato material dessa gravidade. De toda forma, a leitura atenta do referido Acórdão orienta, pelo menos, o caminho que deve ser perseguido para sua compreensão, discussão essa que se dará após o estudo do tema que se segue.

Isto posto, quanto à alegação de que a ameaça não foi apta a intimidar o *homem médio*, tem-se, desde logo, que a recorrente pretendeu vincular a idoneidade da ameaça a este homem *comum*, quando, na verdade, a decisão indicou que o referencial é a *vítima particularizada*, como se viu na própria ementa

¹⁴⁹ Neste caso, como visto no tópico 2.4.1.2, à luz da teoria, o agente poderia ser responsabilizado pela ocorrência, no mínimo, do dolo eventual.

do Acórdão – *MAL ESPIRITUAL, INEFICÁCIA DA AMEAÇA NÃO CONFIGURADA, VÍTIMA COAGIDA*.

Na sequência da ementa, o Ministro Relator Rogério Schietti explica com mais detalhes essa escolha:

A alegação de ineficácia absoluta da grave ameaça de mal espiritual não pode ser acolhida, haja vista que, a teor do enquadramento fático do acórdão, a vítima, em razão de sua livre crença religiosa, acreditou que a recorrente poderia concretizar as intimidações [...]

Com isso, viu-se que, assim como ocorreu com a seriedade, a vítima também aparece como o referencial da idoneidade da ameaça.

Ademais, ainda refutando o argumento de que essa modalidade de ameaça não comportaria a idoneidade e a seriedade suficientes para intimidar o homem médio, o Acórdão explica, através de outra perspectiva, porque esse referencial também não poderia ser utilizado para desacreditar a ameaça de um mal espiritual:

Para a vítima e boa parte do povo brasileiro, existe a crença na existência de força ou forças sobrenaturais, manifestada em doutrinas e rituais próprios, não havendo falar que são fantasiosas e que nenhuma força possuem para constranger o homem médio.

A partir dessa transcrição, nota-se que a decisão admite – e pontifica – que a ameaça de um mal espiritual ou supersticioso é, sem dúvida nenhuma, perfeitamente idônea a causar temor, perturbação e inquietação nas pessoas.

O alcance desse entendimento pode chegar, por exemplo, na discussão enfrentada no tópico 2.4.1.2, quando foram consideradas duas situações hipotéticas, sendo a primeira ilustrada por um agente que sabia das crenças da ofendida e a segunda por um agente que desconhecia essas mesmas crenças, tendo como ponto em comum o fato de ambos terem ameaçado a vítima em tom, aparentemente, de brincadeira.

À luz dessa lição do Ministro Relator, parece que o dolo eventual aproxima-se ainda mais na primeira hipótese, pois, partindo da presunção do prévio conhecimento geral acerca das diversas crenças e da força com que essas se

vinculam a quem nelas acreditam, a argumentação de que o ofensor não mentalizou o risco de intimidar a vítima parece não prosperar.

Em tese, parece que esse conhecimento acima mencionado recebeu da decisão um aspecto de *dever*, o que tem seu sentido, vez que a sociedade cada dia está mais interligada e conectada, não podendo o ofensor, nesse caso, se valer de um alegado desconhecimento de algo que, de fato, não é suficientemente desconhecido.

Ainda no que diz respeito à passagem acima transcrita, quanto à segunda hipótese, se considerássemos a modalidade culposa do crime de ameaça apenas para fins de estudo, tudo indica que uma ameaça supersticiosa deveria ser feita *evidentemente* em brincadeira para não constituir o crime, mas, mesmo assim, estaria sob o risco do agente ter sido imprudente pelas mesmas razões.

Superado esse ponto, tem-se, na sequência, um dos temas cruciais da tipicidade da ameaça supersticiosa, que, mesmo de forma não expressa, foi abordada pela decisão em discussão, seja a necessidade do mal ser *injusto*, elemento normativo do tipo penal em análise.

Visto neste trabalho, o injusto pode ser considerado o oposto do *direito* ou que não é tutelado ou permitido por ele. Por essa razão, Cezar Roberto Bitencourt explicou que o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de dever legal podem constituir, por exemplo, um mal justo.

Isto posto, é cediço que a Constituição da República de 1988, em seu art.5º VI, garante a todos o direito de liberdade de crença religiosa, podendo cada cidadão brasileiro exercer livremente sua fé.

Todavia, qualquer sistema pautado em direitos fundamentais estará sujeito, inevitavelmente, às situações conflituosas entre dois ou mais deles. No caso deste trabalho, o aparente conflito coloca em um lado o direito à liberdade de crença do agente e do outro lado o direito à integridade psíquica da ofendida, previsto, inclusive, no art.5º (1) do Pacto de San José da Costa Rica¹⁵⁰.

Neste ponto, o Acórdão em estudo esclareceu esse confronto, de maneira a demonstrar que, em verdade, não há conflito algum, posto que há apenas um dos direitos acima assinalados:

¹⁵⁰ O artigo 5º (1) do Pacto de San José da Costa Rica assim estabelece: Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

O trabalho espiritual, quando relacionado a algum tipo de credo ou religião, pode ser exercido livremente, porquanto a Constituição Federal assegura a todos a liberdade de crença e de culto. No entanto, na hipótese dos autos, a teor do enquadramento fático do acórdão, houve excesso no exercício dessa garantia constitucional, com o intuito de obter vantagem econômica indevida, o que caracteriza o crime de art. 158 do CP.

Quis dizer o Ministro Relator que a liberdade religiosa é um direito fundamental, mas seu exercício é limitado, como o de todos os outros. No momento que o agente fez uso desse direito para causar prejuízo a terceiros, de forma até a extrapolar a sua essência, se configurou, nas suas próprias palavras, *exercício abusivo* dessa garantia, perdendo, assim, a tutela pelo Direito.

Logo, em contrapartida ao que foi considerado justo, quando o exercício da liberdade religiosa ocorre de forma abusiva, se afasta da proteção do Direito e se aproxima do conceito de *injusto*, o que detém significativa razão, posto que a Constituição da República de 1988 não garantiria a liberdade de crenças que fizessem mal aos demais.

A compreensão desse caso como uma situação de exercício abusivo da liberdade de crença, permitindo seu enquadramento no conceito de injusto, pode ser corroborado com a análise semântica da palavra *superstição*, que compõe a modalidade de ameaça em estudo.

Visto no tópico 2.4, superstição implica um sentimento religioso baseado no *temor*. Assim sendo, não há como dissociar esse conteúdo das palavras proferidas a terceiros, posto que faz parte da sua composição.

No caso que ensejou o Recurso Especial nº 1.299.021/SP e o seu respectivo Acórdão, a agente incutiu medo à ofendida quando da utilização das palavras de cunho espiritual, pois estas já carregam consigo o temor necessário e, muitas vezes suficiente, para a sua intimidação.

Nota-se, com base no que fora exposto, que diante dessa característica intrínseca da ameaça supersticiosa, parece pouco provável a possibilidade de haver um caso que não esteja abarcado pelo *mal injusto*, salvo exceções¹⁵¹.

Com isso, retornando à discussão acerca da gravidade necessária do mal prometido, viu-se que a decisão indicou que a idoneidade e a seriedade da ameaça

¹⁵¹ Seria o caso de estarmos diante, por exemplo, de um discurso proferido em tom de evidente brincadeira.

possuem como referencial a vítima, razão pela qual a gravidade da conduta deve tê-la como referencial também.

A gravidade, em sua definição, já menciona a seriedade ou algo que torna-se preocupante. Nesse sentido, quando da intimidação da vítima, o ponto de partida para a verificação da gravidade da ameaça acaba sendo justamente esse temor sentido por ela. Afinal, a ameaça espiritual deve ser séria para ela e deve causar preocupação a ela. E não ao homem médio.

Como a decisão optou por afirmar, pelas razões já expostas, que a ameaça espiritual utilizada foi apta a intimidar a vítima, mesmo em silêncio, o Ministro Relator indicou que se tratou de um mal grave.

Vistas as razões utilizadas nesse Acórdão para afastar a argumentação da recorrente, tem-se, de maneira ainda não exaustiva, algumas características da ameaça supersticiosa no campo prático.

Em primeiro lugar, importou mais a qualidade do sujeito passivo do que a do sujeito ativo para a consumação desse crime, vez que a vítima surge como referencial da seriedade, gravidade e idoneidade da ameaça.

Por outro lado, o agente acabou tendo menos possibilidades de alegar a inexistência do dolo de intimidação, posto que a decisão reconheceu que a liberdade religiosa é exercida em todo País. Ainda, em que pese o dolo eventual não tenha sido mencionado no Acórdão, nota-se a possibilidade de sua ocorrência, posto que restou reduzida a probabilidade de o ofensor não saber do risco que palavras com conteúdo supersticioso podem acarretar.

Na mesma esteira, registrou-se também que a ameaça supersticiosa, por si só, não pode ser considerada uma ameaça inidônea ou fantasiosa, como pretendeu a recorrente, pelas razões expostas no parágrafo anterior.

Ademais, como visto, o elemento normativo do tipo, o injusto, está intrinsecamente ligado à ameaça supersticiosa, posto que essa conduta passa, se não todas as vezes, por um abuso da liberdade religiosa, como já explicado.

No caso em comento, o crime restou consumado, pois, como visto, a vítima foi devidamente intimidada pela ameaça que se mostrou idônea. Nesse ponto, evidencia-se que a conduta se adequou ao desvalor da ação e também ao desvalor do resultado, cumprindo com a diretriz do Princípio da Ofensividade.

Observa-se, todavia, que o caso concreto que ensejou este recurso impediu que se visualizasse a possibilidade de haver crime apenas com a ameaça idônea,

mas sem a intimidação. Análise essa que, ainda, ficará a cargo da teoria.

Com isso, tem-se o posicionamento, mesmo sem abarcar todas as variações possíveis para esse crime, do Ministro Relator Rogério Schietti, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que julgou o Recurso Especial nº 1.299.021/SP.

5 DESDOBRAMENTOS DO ESTUDO TEÓRICO E PRÁTICO DA AMEAÇA SUPERSTICIOSA

Discorrida ao longo do trabalho, a ameaça supersticiosa não tem sido um crime muito estudado pela doutrina brasileira. Seu entendimento, por essa razão, decorre muitas vezes do que já fora tratado acerca da ameaça geral, prevista no caput do art.147 do Código Penal.

Não à toa, a generalização deste estudo incorreu, em um primeiro momento, em erros, posto que a ameaça supersticiosa detém algumas particularidades. Foi nesse sentido que Luiz Régis Prado reconheceu, por exemplo, que seria suficiente que a vítima apenas tomasse o mal como provável ou possível¹⁵², em oposição à doutrina da ameaça “comum” que clama pela concretização do mal.

Ademais, incertezas acerca do referencial da idoneidade, seriedade e gravidade da ameaça puderam ser sanadas com base na análise do Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no Recurso Especial nº 1.299.021/SP, como visto.

Todavia, o estudo continua incipiente, razão pela qual restaram vários questionamentos em aberto. Logo, a pretensão desse último capítulo é traçar os primeiros esclarecimentos acerca destes, de maneira a fomentar trabalhos futuros.

5.1 DA RELEVÂNCIA QUANTO AO PRÉVIO CONHECIMENTO DO SIGNIFICADO DAS PALAVRAS PROFERIDAS PELO AGENTE.

O prévio conhecimento acerca do conteúdo do discurso proferido remete, em verdade, ao desconhecimento da ilicitude da conduta.

Intenta-se verificar possíveis consequências ao agente que “faz” uma ameaça supersticiosa sem saber que se trata de uma conduta típica justamente por desconhecer o significado das palavras ou gestos utilizados.

¹⁵² PRADO, 2013, p. 333.

Sobre a questão, atenta-se à dicção do art.21¹⁵³ do Código Penal, que trata do erro sobre a ilicitude do fato. Mesmo que a regra seja que ninguém possa alegar desconhecimento da lei para se isentar de pena, o caput deste artigo garante essa isenção quando o erro sobre a ilicitude for inevitável.

Todavia, visto no capítulo anterior, a Acórdão afirmou que a ameaça espiritual não pode ser considerada fantasiosa, vez que o povo brasileiro tem consciência dos diversos tipos de credos e da influência que estes têm sobre quem acredita. Não que a decisão tenha desejado se referir à totalidade absoluta dos brasileiros, mas sim, à maioria a ou a uma parcela significativa da população.

Com isso, segundo o raciocínio do acórdão, parece ficar afastada a possibilidade de haver uma hipótese de erro de proibição com erro inevitável, já que se espera que todos tenham condições e meios de se informar a respeito.

De toda forma, o parágrafo único do mesmo artigo em comento permite que o agente se beneficie da redução da pena quando aquele for evitável, o que, pelo menos no plano teórico, parece ser o caso.

Exemplificando essa hipótese, tem-se o agente que apenas reproduz uma ameaça com conteúdo espiritual, por ter ouvido de terceiros, mas sem a mínima noção do que se trata. Nesse caso, configurada a intenção de proferir o discurso, e, considerando uma ameaça idônea, tendo em vista as características da vítima, resta reduzir a pena do ofensor em atenção ao art.21 parágrafo único do Código Penal de 1940.

5.2 DO CONFLITO (APARENTE) ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA DO AGENTE E O DIREITO À INCOLUMIDADE PSÍQUICA DA VÍTIMA

Este tópico trata da hipótese em que o agente age pensando estar respaldado por um direito seu, o da liberdade religiosa. Registra-se, desde logo, que essa análise não pretende discorrer sobre as diferentes práticas religiosas, a ponto de

¹⁵³ O artigo em comento assim dispõe: Art. 21 O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

estabelecer o limite e o alcance desse direito. Todavia, algumas considerações acerca do tema merecem serem feitas.

Isto posto, ousa-se afirmar que as crenças partem de uma relação entre o indivíduo e alguma entidade imaterial. Quer se dizer com isso que a crença decorre da voluntariedade dos indivíduos, que, por livre vontade, optam por seguir determinada crença em detrimento de muitas outras ou até em detrimento de não acreditar em nada. Por essa razão, tem-se que não envolve terceiros *desinteressados* em manter relação com religiões e credos.

Portanto, envolver terceiros, sem que a iniciativa tenha partido desses, parece já indicar a intromissão na esfera de direitos alheios, o que representa, no mínimo, um sinal de atenção.

Ademais, neste caso ilustrativo, essa interferência do agente – no caso, mediante uma ameaça supersticiosa - acabou causando um mal à vítima e, por essa razão, como se viu na análise do Acórdão no capítulo anterior, esse mal foi entendido como injusto, afastando-se da tutela do direito.

A decisão, neste ponto, foi precisa ao afastar a possibilidade de se argumentar que a ameaça supersticiosa estaria abarcada pelo direito à liberdade religiosa, como será reiterado.

Mencionado no capítulo anterior, o Ministro Relator assim explicou:

Neste cenário, em que as provas delineadas no acórdão evidenciaram a exigência crescente de remuneração em troca de rituais não solicitados pela vítima e destinados a fins que não eram sua cura, o Tribunal de Justiça conclui, de acordo com sua livre convicção motivada, que a liberdade de crença foi utilizada de *forma abusiva* [...]

Diante do exposto, se outrora o agente teve a liberdade religiosa em seu favor, tem-se que, posteriormente, esta se deu de forma abusiva, merecendo sua censura. Por isso, mesmo em linhas gerais, tudo indica que o indivíduo não possa se valer desse direito como escusa para lesar alguém, posto que essa conduta se mostrou, além de incompatível com o seu próprio direito, violadora de direitos de terceiros, como o direito à incolumidade psíquica.

5.3 A LEGITIMAÇÃO DA INCRIMINAÇÃO DA AMEAÇA SUPERSTICIOSA À LUZ DA OFENSIVIDADE

O tópico que encerra este estudo pretende discorrer sobre a legitimação da incriminação da ameaça supersticiosa, considerando o Princípio da Ofensividade, de base constitucional, e o fato da doutrina classificar esse crime como crime de perigo. Para tanto, fará uso da contribuição da doutrina e o posicionamento da jurisprudência a respeito, já que, de forma inédita, esse crime foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Atenta-se ao fato de a incriminação dos crimes dessa natureza gerar diferentes opiniões, posto que há doutrinadores que condicionam a consumação à ofensividade do respectivo bem jurídico, como os que a dissociam deste princípio.

Por isso, uma série de embates podem surgir daqui, como, por exemplo, sobre a constitucionalidade destes crimes de perigo, principalmente os de perigo abstrato. Dito isso apenas para registrar que o estudo não intenta adentrar nessa seara, apesar de esse tema acabar sendo utilizado para subsidiar a argumentação e conclusão acerca da legitimação da incriminação da ameaça supersticiosa.

Isto posto, registra-se, desde logo, não haver maiores dúvidas acerca das hipóteses 2 e 3 trazidas no Capítulo 2 posto que em ambas a vítima se sentiu intimidada. Nesses casos, em todas as perspectivas a consumação restaria completa. À luz dos crimes formais, evidenciou-se a ameaça idônea e com a intimação, restou demonstrada a devida lesão à liberdade psíquica da vítima, cumprindo-se a exigência da ofensividade.

Todavia, como se viu, o cenário não é tão transparente nas hipóteses 1 e 4, já que não houve a intimidação da vítima, ou seja, não houve lesão concreta ao respectivo bem tutelado. Resta, portanto, no que tange o Princípio da Ofensividade, que este bem tenha sido exposto a perigo concreto.

Posto isso, nota-se que na hipótese 1 tem-se uma vítima que não acredita no conteúdo espiritual das ameaças, nos fazendo crer que o meio escolhido seja absolutamente inidôneo ao fim pretendido. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt¹⁵⁴, falemos do crime impossível, posto que a vítima escolhida, por sua

¹⁵⁴ BITENCOURT, 2011, p. 407.

característica própria, torna inapta a ameaça.

Não há que se falar sequer em perigo concreto de dano, já que em uma análise *ex post*, nada indica a possibilidade de haver lesão. Em verdade, observa-se que a comprovação casuística do perigo não é condição necessária à caracterização dos crimes de concreto pôr-em-perigo, mas sim, elementar da própria noção de perigo¹⁵⁵.

Quer se dizer com isso, de forma a afastar a possibilidade de existir crime na hipótese 1, que não se pode falar em perigo em caso de total impossibilidade da produção de dano/violação¹⁵⁶. Visto que a vítima é absolutamente cética, resta comprovada esta impossibilidade.

Ademais, ainda nesse sentido, observa-se que Schunemann, parafraseado por Luís Greco, indica que até mesmo os crimes de perigo abstrato se vinculam à possibilidade de dano concreto¹⁵⁷, opinião essa corroborada por Fábio Humberto D'ávila, que entende que esses crimes demandam não apenas possibilidade de dano, mas, ao menos, uma possibilidade não-insignificante¹⁵⁸.

Schunemann, ao criar grupos de delitos de perigo abstrato, propõe, por exemplo, que os delitos ambientais são legítimos de punição por se enquadrarem nos *delitos de cumulação*. Nesse caso, o perigo não seria tomado quando considerada uma única conduta isolada, mas sim, a sua repetição por várias pessoas diferentes¹⁵⁹.

Com isso, percebe-se a necessidade de o bem jurídico ser efetivamente afetado, seja pelo dano ou por um perigo concreto, o que não ocorrerá quando a vítima for cética, como sugere a hipótese 1.

Em contrapartida, no que tange à hipótese 4, tem-se que se fará necessária a verificação do perigo concreto ao respectivo bem jurídico para se falar em consumação na perspectiva da ofensividade, já que a lesão não ocorreu.

Para tanto, estabelece-se, desde logo, nas palavras de Faria Costa, o

¹⁵⁵ DARCIE, Stephan Doering. **A estrutura objetiva dos crimes de concreto pôr-em-perigo**. Trabalho de conclusão do Curso de Direito (Graduação) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Rio Grande do Sul, 2009.

¹⁵⁶ DARCIE, loc. cit.

¹⁵⁷ SCHUNEMANN, Berad. Alternative Kontrolle Der Wirtschaftskriminalität. apud GRECO, Luis. **“Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo** abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.12, n.49, p.89-147, 2004, p. 127.

¹⁵⁸ D'ÁVILA, 2004, p 79.

¹⁵⁹ SCHUNEMANN apud GRECO, 2013, p. 128.

conceito de perigo, sendo ele um estágio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com um bem jurídico-penalmente protegido¹⁶⁰.

Posta essa definição, que surge em função da sociedade de risco atual demandar novas formas de proteção aos bens jurídicos, atenta-se à legitimação da incriminação de uma conduta que apenas coloque em perigo o respectivo bem jurídico, sem lesá-lo.

Neste sentido, tem-se que o crime de perigo só encontrará respaldo no Princípio da Ofensividade, evidenciando um perigo concreto ao bem jurídico, quando passar por dois juízos distintos, porém, plenamente vinculados. Em outras palavras, a interpretação conforme o âmbito da norma em questão deve passar pela vinculação objetiva entre o risco do juízo *ex ante* e o resultado de perigo¹⁶¹, que se dará segundo um juízo *ex post*, como se verá na sequência.

Acerca do juízo *ex ante*, tem-se que este se refere à *probabilidade* de a conduta provocar dano ao bem jurídico, permitindo, inclusive, que se chegue ao segundo juízo.

Isto porque o resultado de perigo analisado *ex post* depende deste primeiro juízo positivo, no sentido de admitir a possibilidade de aquela ação adentrar ofensivamente no bem jurídico-penal, pois, caso contrário, desde logo, não haveria perigo algum.

Ademais, explica Doering Darcie que o juízo *ex ante* tem uma base objetiva, razão pela qual se pauta nos conhecimentos disponíveis quando de sua elaboração em relação às circunstâncias atuantes no momento do fato.

Neste ponto, retornando à ameaça supersticiosa, em que pese a sua idoneidade tenha como referência a crença da vítima particularizada, como visto, tudo indica que, para aferir o potencial da ameaça quanto ao perigo no juízo *ex ante*, faz-se necessário apenas o reconhecimento pelo homem médio quanto à idoneidade da conduta, ou, como atestou Jescheck, citado por Doering Darcie, o perigo deve ser entendido como um estado normal em que, para um *dado observador*, em vista das circunstâncias concretas e atuais, a produção de um dano se afigurara

¹⁶⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal: Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 583.

¹⁶¹ DARCIE, 2009.

evidente¹⁶².

Superado esse primeiro juízo, ainda que em linhas gerais, tem-se o juízo *ex post*, através do qual, determinada a probabilidade de perigo *ex ante*, busca-se verificar se o bem jurídico entrou no raio de ação deste perigo, pois, caso isso ocorra, restará demonstrado o resultado de perigo necessário à incriminação dos crimes de perigo à luz da ofensividade.

Ademais, destaca-se que a probabilidade do perigo não permite afirmar, por si só, que o bem jurídico entrou no seu âmbito de ação, o que faz com que surja a necessidade de se demonstrar quando estaremos diante de um juízo *ex post* positivo.

Para tanto, recorre-se aos seguintes exemplos: em alta velocidade, uma pessoa faz uma ultrapassagem próxima a uma curva sem provocar colisão alguma, posto que nenhum automóvel vinha em sentido oposto. Em contrapartida, tem-se o mesmo caso, que também não resultou em colisão, já que o condutor do veículo que vinha em sentido oposto foi obrigado a sair da estrada.

Considerando ambas as situações hipotéticas, vê-se que apenas na segunda se poderá falar em perigo concreto, ainda que as duas, em uma perspectiva *ex ante*, sejam idênticas¹⁶³. Por isso, como se verá na sequência, a compreensão acerca da diferença de enquadramento dessas hipóteses caminhará no sentido de apontar quando estaremos diante de um caso de perigo concreto.

Afirma-se, então, que apenas no caso em que a colisão não ocorreu pelo fato de o outro condutor ter desviado seu automóvel o bem jurídico esteve efetivamente no raio de ação do perigo, o que corroborou com a existência do perigo concreto. E o que difere essa situação da outra é o total domínio cognitivo do desdobramento causal da conduta realizada¹⁶⁴.

Explica-se: nos dois exemplos, como visto, verificou-se a probabilidade de perigo. Entretanto, apenas em uma das situações exemplificativas houve perigo concreto pois, neste caso, considerando os conhecimentos disponíveis e as circunstâncias causais que levaram à inoccorrência da lesão, constatou-se a relação entre a conduta inicial do agente – realizar ultrapassagem em uma curva em alta velocidade – e o resultado de perigo posterior.

¹⁶² JESCHECK apud DARCIE, 2009.

¹⁶³ D'ÁVILLA, 2009, p.116.

¹⁶⁴ DARCIE, 2009.

No caso em que não se constatou o perigo, não houve bem jurídico exposto a qualquer perigo *ex post*, apesar de a conduta de ultrapassagem, por si só, de acordo com o juízo *ex ante*, conferir indubitável probabilidade de perigo ou dano.

Em contrapartida, na hipótese em que fora evidenciado o perigo concreto, a inocorrência do resultado lesivo só não ocorreu pelo fato de o outro condutor ter conduzido seu veículo para fora da estrada, o que demonstrou a estreita proximidade entre a fonte do perigo e o bem jurídico.

De toda forma, a atividade de percepção da entrada do bem jurídico no raio de ação do perigo demanda um estudo prático e nem sempre será de fácil visualização, como foi o exemplo dado. Por isso, é o caso de avaliar cada caso concreto à luz do âmbito de proteção da respectiva norma.

Ainda assim, tem-se que a interpretação do âmbito de proteção dessas normas, no caso dos crimes de pôr-em-perigo, deve passar pela relação já mencionada, entre o risco *ex ante* e o resultado de perigo.

Por fim, retorna-se à ameaça supersticiosa, no caso da hipótese 4, na qual há uma vítima cuja crença vai ao encontro ao conteúdo do discurso do ofensor, mas que, por alguma razão, não se sentiu intimidada. Como visto, resta evidenciar o perigo concreto para legitimar sua incriminação, posto que não houve lesão ao bem jurídico.

Tendo em vista o que fora explicado nos parágrafos anteriores, a constatação do perigo concreto passa inicialmente pelo juízo *ex ante*. No caso, parece evidente a probabilidade de perigo, vez que há uma ameaça e uma vítima idôneas. Por isso, tem-se, até o momento, uma conduta fonte de perigo com potencial de perturbação da intencionalidade da norma em comento.

Na sequência, necessário verificar se essa potencialidade será suficiente para colocar a liberdade psíquica da vítima no raio de ação do perigo que fora emanada pela ameaça espiritual.

Se a resposta for afirmativa, estaremos diante do perigo concreto, o que corroborará com a doutrina que entende esse crime como formal ou de perigo, como Aníbal Bruno¹⁶⁵, por exemplo. Se a resposta for negativa, surge, talvez, uma crítica quanto a essa classificação doutrinária, posto que não haveria substrato para justificar a ofensividade.

¹⁶⁵ BRUNO, 1966, p. 365.

Ainda que essa análise resulte de um estudo apenas teórico, parece ser o caso de perigo concreto, pois, da mesma forma que foi demonstrado este perigo no caso da incorrência do resultado lesivo quando o condutor do veículo que vinha em sentido oposto desviou seu automóvel para fora da estrada, a vítima que recebeu a ameaça pode não ter sido lesada/intimidada também por um detalhe, como, por exemplo, pela maneira de falar do agente ou até mesmo pelo fato de aquela ter evitado de alguma forma o resultado temido.

Por fim, atenta-se ao desdobramento da hipótese 4 trazida no Capítulo 3, que se refere àquela vítima que crê em entidades imateriais de forma tão enraizada que passa a acreditar que nada de ruim poderá acometê-la.

Firmando o entendimento já exposto no capítulo anterior, o estudo entende que, já no juízo *ex ante*, não se vislucraria qualquer probabilidade de perigo, razão pela qual não se fala, nessa hipótese, em perigo concreto.

Com isso, no que tange ao primeiro caso da hipótese 4, tem-se que o presente trabalho encontra fundamentos que subsidiam o entendimento doutrinário de que a ameaça supersticiosa configura um crime de perigo concreto, de maneira a encontrar harmonia, inclusive, com o Princípio da Ofensividade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo destacou, desde logo, que o direito penal deve se ocupar com a tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade. Considerando que sua resposta guarda as sanções mais drásticas do ordenamento jurídico, como a pena restritiva de liberdade, espera-se que seja usada apenas em *ultima ratio*, e, ainda, quando outros mecanismos de controle social não forem suficientes para tanto.

Em razão desses aspectos, o presente trabalho filiou-se à ofensividade dos bens jurídicos, no sentido de reconhecê-la como um componente inafastável quando da incriminação de alguma conduta. Apesar da divergência que paira sobre essa matéria, como foi discorrida, registrou-se que esse princípio tem base constitucional.

Logo, para que o direito penal possa se fazer presente apenas subsidiariamente, na tentativa de resguardar os bens jurídicos mais relevantes das lesões mais graves, o legislador definiu previamente quais são as condutas entendidas como crime, materializando, assim, as figuras da tipicidade e da legalidade.

Posto isso, para este estudo, importou a liberdade psíquica do indivíduo como bem jurídico, que é tutelado pelo tipo penal da ameaça, previsto no art.147 do Código Penal, que estabelece: *ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.*

Sobre esse crime, viu-se que qualquer pessoa pode praticá-lo e que, em que pese possa figurar no polo passivo também qualquer pessoa, foi destacado que é significativamente relevante o fato dessa ser capaz de se sentir intimidada, vez que o crime de ameaça se consuma com a ameaça idônea, e não com a intimidação da vítima, sendo, portanto, um crime de perigo.

Ainda, tem-se que o elemento subjetivo do tipo é o dolo, que, por sua vez, deve caminhar no sentido do tipo objetivo, causar o mal grave e *injusto* a outrem, ganhando destaque este último por constituir elemento normativo do tipo.

Não obstante, além da relevância da conduta do caput do art.147 CP, afetou ainda mais ao trabalho uma modalidade específica de ameaça, a supersticiosa. Trata-se daquela em que o conteúdo do discurso proferido pelo agente, dos gestos e dos escritos detém significado místico, fundado em superstições e crenças.

Para fins elucidativos, citamos os exemplos trazidos pela própria doutrina:

exibição de *bonecos perfurados com agulhas* ou *pintura de uma cruz na porta da morada* da vítima. Na mesma esteira, o acórdão analisado no Capítulo 3 demonstrou que a menção *agir em nome dos espíritos* também ilustra essa hipótese de ameaça.

Isto posto, com um olhar voltado a este agente que profere uma ameaça dessa natureza, se indagou se deveria conhecer o significado das palavras ou gestos utilizados, se haveria alguma relevância prática achar que estaria respaldado por um direito seu – o da liberdade religiosa -, e, por fim, quando este estaria agindo efetivamente com *animus jocandi*, visto que a doutrina estabelece que ameaça precisa ser séria.

Por outro lado, qualquer pessoa pode ser vítima de uma ameaça supersticiosa. Todavia, viu-se que faz-se necessária uma característica comum a todas elas. Precisam acreditar no conteúdo da ameaça. Em outras palavras, a crença da vítima deve coincidir com este conteúdo, ou, também, servir para que dê credibilidade a ele, de forma a torná-la uma vítima idônea. Por isso, a partir de raciocínio inverso, firmou-se que não haverá crime quando a destinatária da ameaça for cética.

Além disso, ainda que a doutrina esclareça que a ameaça do caput do art.147 deva tratar de um mal concretizável, foi esclarecido que na supersticiosa basta que o agente interfira de modo causal neste mal ou que a vítima entenda sua concretização como provável.

Foi preciso ainda evidenciar que o injusto mantém estreita relação com o conteúdo proferido pelas palavras, gestos ou símbolos da ameaça. Como se trata de um substrato místico, fundado em credos e superstições, confunde-se com a liberdade religiosa, conflito esse que foi dialogado com o acórdão que julgou o Recurso Especial 1.299.021/SP.

Após o estudo teórico da ameaça supersticiosa, hipóteses foram criadas com a intenção de verificar a consumação deste crime à luz do Princípio da Ofensividade e do fato da doutrina entendê-la como crime de perigo.

Na sequência, com a análise do acórdão que julgou o recurso especial, viu-se que a idoneidade, a gravidade e a seriedade da ameaça têm como referência a vítima, o que permitiu concluir que, em que pese o ofensor trate da ameaça com *animus jocandi*, se assim não pareceu para a vítima, estaremos diante de uma ameaça idônea.

Também foi pontificado nessa decisão que a ameaça não pode ser

considerada fantasiosa e que seu exercício importa em abuso da liberdade religiosa.

Com base nesse entendimento jurisprudencial e no estudo teórico da ameaça supersticiosa, os questionamentos iniciais puderam ser, pelo menos em parte, esclarecidos.

Constatou-se que o agente não pode se valer do desconhecimento da ilicitude dessa ameaça para se isentar de pena, vez que o Ministro Relator, em seu voto, pontificou que, para boa parte do povo brasileiro, existe a crença na existência de força(s) sobrenatural(is), o que fez com que o trabalho se posicionasse em favor da possibilidade apenas de redução de pena, considerando que o erro, nesse caso, seria evitável.

Ademais, como exposto, concluiu-se que não procederia a defesa do ofensor de que estaria abarcado pelo seu direito à liberdade religiosa, visto que este exercício seria abusivo.

Por fim, com todo substrato doutrinário e jurisprudencial, o estudo adentrou nas hipóteses que trataram da possibilidade de haver crime de ameaça quando não fosse visualizada ofensa ao bem jurídico, estabelecendo, ao mesmo tempo, um diálogo entre o Princípio da Ofensividade e o fato de ser considerado um crime de perigo.

Nesse sentido, viu-se que quando a vítima for cética ou quando sua crença a fizer crer que está protegida de qualquer mal, não haverá sequer perigo concreto, pelo fato de não existir, em uma análise *ex ante*, possibilidade alguma de perigo em uma análise *ex post*, como fora explicado.

Por outro lado, restou demonstrado que nos casos em que a vítima, por alguma razão alheia ao agente, evitou a ofensa, apesar de ser plenamente idônea, haja vista sua crença coincidir com o conteúdo proferido em ameaça, será legítima a incriminação, tanto à luz da ofensividade, como do fato de ser entendido como crime de perigo.

Isto porque, neste caso, foi visualizada uma significativa probabilidade de perigo em uma análise *ex ante*, bem como a entrada do bem jurídico da vítima no raio de ação deste perigo, em uma análise *ex post*.

Logo, pela observação dos aspectos analisados, conclui-se que a leitura da ameaça supersticiosa deve partir da vítima individualizada, o que detém significativo sentido, posto que esse crime tutela a liberdade individual da pessoa, e, ainda, tendo em vista que a incriminação deverá encontrar respaldo na ofensividade.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12^aed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de A. Carlos Campana. São Paulo: Ed.J.Bushatsky, 1978.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 23^aed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial II (dos crimes contra a pessoa)**. 11^aed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Especial**. Tomo 4^o (crimes contra a pessoa). 1^aed., Rio-São Paulo: Editora Forense, 1966.

BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos do Direito Penal Brasileiro**. 3^aed., Curitiba: Edição do autor, 2012.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1988.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 2^aed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

DARCIE, Stephan Doering. **A estrutura objetiva dos crimes de concreto pôr-em-perigo**. Trabalho de conclusão do Curso de Direito (Graduação) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Rio Grande do Sul, 2009.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina do crime, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal: Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**. 2ªed., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, p. 1631.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. Volume I (arts.121 a 212 CP). 10ªed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

GRECO, Luis. **“Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.12, n.49, p.89-147, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15ª ed., Niterói: Editora Impetus, 2013.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. Vol.II (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio). 33ªed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ªed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial** (Arts.121 a 249). Vol.II. 11ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. **Critério de seleção de bens jurídicos-penais: Em busca de um conteúdo material para o Princípio da Fragmentariedade.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.20, n.97, p.183-213, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2ª ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

STJ. RECURSO ESPECIAL: Resp 1.299.021 SP 2012/0002922-6. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 23/02/2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal: parte General.** 1ªed., Buenos Aires: Editora Ediar, 2005.