

Momento consumativo da extorsão mediante seqüestro: possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em crimes contra a pessoa

Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça

A extorsão mediante seqüestro (art. 159 CPB) nada mais é do que a extorsão qualificada pelo meio. O seqüestro é o caminho eleito pelos seus autores para a obtenção da vantagem ilícita.

Trata-se a infração tipificada no art. 159 do diploma penal, ademais, de crime formal, cabendo ainda denominá-lo de "*delito de consumação antecipada*". Desde já, como premissa necessária à compreensão da tese disposta neste artigo, cumpre fixar a idéia de tratar-se, a extorsão mediante seqüestro, de delito complexo, sendo o patrimônio o bem jurídico predominantemente tutelado.

Cabe indagar, no entanto, na medida em que se trata de crime de consumação antecipada, para que instante se dirige tal consumação.

Não é necessária, posto tratar-se de um delito formal, a efetiva obtenção da pretendida vantagem econômica ilícita. No entanto, se a privação da liberdade é o meio eleito pelo autor do delito, descrito no art. 159 do CPB, para a obtenção da vantagem ilícita, o bom-senso nos ensina que é indispensável a ocorrência fática do seqüestro. Para este ponto, salvo se se admitir a possibilidade de chegar a um fim sem passar pelo meio, se protraí a consumação do crime de extorsão mediante seqüestro.

Reconhecer a imperatividade de ocorrência de seqüestro para verificação, em tese, da extorsão mediante seqüestro não significa negar a unicidade típica dos crimes complexos mas, sim, de reconhecer um mínimo de materialidade dentro da estrutura ontológica do delito descrito no artigo 159 do CPB. O tipo em análise é formal porque prescinde da obtenção da vantagem ilícita, mas consuma-se somente com a efetivação do seqüestro que é delito material.

O mestre Nélson Hungria, denotando a necessidade da privação da liberdade para a configuração do crime de extorsão mediante seqüestro, assim dispõe:

"Quer na extorsão *in genere*, quer na extorsão mediante seqüestro, é irrelevante, para o *summum opus*, que sobrevenha efetiva lesão patrimonial ou que o agente não consiga a vantagem pretendida: na primeira modalidade basta, como já se disse, qualquer dos efeitos imediatos à coação previstos no texto legal (o *facere*, o *pati*, ou o *omittere* por parte do coagido); na segunda, é suficiente o seqüestro da pessoa-refém"(grifo nosso)[1].

Diante do fartamente disposto, como não admitir, embora de difícil verificação, a forma tentada do delito descrito no art 159 do Código Penal, apesar de reconhecer tratar-se de crime formal ? Conclui-se que a linha que delimita o terreno da tentativa e consumação do delito de seqüestro é onde se pode perquirir as respostas para os questionamentos que motivaram o presente artigo.

A atenção se volta, assim, para a análise do delito de seqüestro. É elemento típico e pré-requisito para a configuração do crime prescrito no art 159 do CPB. A análise de seu momento consumativo levanta importante questionamento acerca da aplicação do princípio da insignificância em crimes de violência ou grave ameaça contra pessoa.

Cita-se entendimento a ser refletido de Aníbal Bruno:

"Consuma-se quando o coagido é privado de sua liberdade. (...) A tentativa pode configurar quando o agente, embora ainda não tenha iniciado a privação da liberdade da vítima - Grifamos -, pratica atos executivos...."[2]

Assevera o respeitável professor que o delito de seqüestro atinge seu momento consumativo com a mera privação da liberdade do sujeito passivo. Admite tentativa, posto que é delito material, mas, privada a liberdade, ultrapassa-se sua fronteira.

Ousamos, com o devido acatamento, discordar de Aníbal Bruno. A mera privação da liberdade não pode ser suficiente para que o delito de seqüestro, elemento da estrutura

típica da extorsão mediante seqüestro, se realize. Adotar o posicionamento, eleito por nosso mestre, é negar a possibilidade de aplicação do princípio insignificância, corolário da *stricta* legalidade. A mera privação da liberdade não é suficiente para que se configure o delito de seqüestro; é imperioso que perdure por tempo juridicamente relevante. Sobre o princípio da bagatela assim dispõe Francisco de Assis Toledo:

"Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela própria denominação, o direito penal por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se ocupa de bagatelas"[3]

O magistério de MAGALÃES NORONHA é elucidativo ao afirmar ser "ínsito no conceito de seqüestro ou cárcere privado que a privação da liberdade deve ter certa duração. Uma privação rápida, instantânea ou momentânea configuraria antes a tentativa ou constrangimento ilegal...". Nos dizeres de MANZINI seria a "*durata giuridicamente considerata*"

Deve-se dar atenção àqueles que se levantam contrários à aplicação do princípio da bagatela, no que diz respeito aos crimes que contêm violência contra a pessoa. Nesse quadro, afirmam ser qualquer privação da liberdade suficiente para a configuração do delito de seqüestro. Fundamentam-se, com a devida vênia, em critério pouco afeto à verticalização do estudo da presente *quaestio iuris*. Uma privação da liberdade, qualquer que seja, não pode ser insignificante considerando-se a relevância do bem jurídico liberdade.

Acredita-se, data venia, ser o argumento, acima noticiado, improcedente. É preciso ter sempre em mente que o princípio da insignificância, além de corolário da *stricta* legalidade, é, como será demonstrado, expressão do princípio da proporcionalidade e, por consequência, da igualdade.

Por qual motivo não se poderia considerar a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes cometidos com violência contra a pessoa? A resposta é muito simples: o princípio da bagatela apóia-se no critério da lesividade do bem jurídico penalmente tutelado; desconsiderar a graduação da lesividade, para efeitos de configuração

típica, assim como para mensuração da punibilidade da tentativa, viola o princípio constitucional da proporcionalidade. Não se pode punir, com a mesma intensidade, aqueles que lesaram, de forma gradualmente distinta, um mesmo bem jurídico

Ora, o princípio da insignificância é, portanto, aplicável aos crimes cometidos com violência contra a pessoa pois, caso contrário, violar-se-ia garantia fundamental. A proporcionalidade da pena se liga, em última instância, como já asseverado, ao princípio da igualdade, base de nosso ordenamento constitucional. Tratar o autor de uma privação de liberdade que perdurou por tempo ínfimo com o mesmo grau de censurabilidade daquele que privou a vítima por tempo bem mais significativo (não excedendo 24 horas) é algo que atenta contra nossa consciência jurídica.

Desprezar a insignificância da lesão ao bem jurídico penalmente tutelado como critério de delimitação do injusto, nos crimes praticados com violência contra pessoa, é medida descabida. Ciente do teor constitucional do princípio da insignificância, não há por que relativizá-lo frente a esta ou àquela espécie de delito.

Resta-nos, cientes do acima exposto, discutir a metodologia utilizada para a mensuração do "tempo juridicamente relevante" de privação da liberdade, necessário para a configuração do delito de seqüestro e, via de consequência, extorsão mediante seqüestro. A relevância jurídica do tempo em que a liberdade da vítima foi cerceada deve, por exigência do princípio da legalidade, ser determinada sob prismas eminentemente objetivos. Para entender melhor o que se afirma, é necessário adentrar mais na *questio iuris*.

O princípio da bagatela foi introduzido no sistema penal, segundo Claus Roxin, como uma fórmula geral para a determinação do injusto e como regra auxiliar de interpretação.^[4]

O reconhecimento da insignificância da lesão de uma conduta formalmente típica excluiria sua tipicidade material. Ora, o tipo penal, após a superação do modelo clássico de Beling, passa a ser um tipo de injusto, um momento típico da antijuridicidade, uma expressão da ilicitude penal. A ausência de tipicidade material, por consequência lógica, aponta, de forma clara, para a inexistência da antijuridicidade de uma conduta que, formalmente, se encaixe em um determinado tipo penal.

A noção de tipicidade material e, por conseguinte, de antijuridicidade, pelo já exposto, acaba por comportar a avaliação dos danos sociais ocasionados pela conduta formalmente típica, preservando, assim, a finalidade máxima do direito criminal.

Confirmando o acima explicitado, Juarez Tavares, eminente dogmata, oferta as seguintes palavras:

"A antijuridicidade, concebida aqui como resultado de uma infração formal à norma jurídica, compreende, então, o injusto material como dano social"[5].

Caminhando em nosso trabalho, cumpre indagar como deve ser realizada a mensuração do dano social causado, no caso específico, pela privação da liberdade. Desde já, descarta-se o recurso à perigosa e subjetiva análise da vítima. A determinação da relevância jurídica do tempo de privação da liberdade se perfaz, por exigência do princípio da legalidade, por meio de uma relação dialética entre o dano social e o abalo produzido no ordenamento jurídico. Como parece óbvio, a mensuração só pode ser pautada por parâmetros exclusivamente objetivos. Entender o contrário é colocar a cabo do sujeito passivo o juízo de subsunção típica, rompendo, de vez, com o constitucional princípio da legalidade.

Se nosso ordenamento jurídico não caminhasse no sentido do anteriormente disposto, não teríamos adotado o critério objetivo como norte na legitimação da punibilidade dos crimes tentados. Impressões da vítima, assim como alardes sociais não são base para auferir o grau de punibilidade de uma tentativa, com muito mais razão não serviria para apreciação de sua existência. Zaffaroni, ao criticar a teoria da impressão, assim assevera sobre o tema posto:

"É insustentável a existência de um alarme social sem um fundamento objetivo certo. Por outro lado esta teoria, como prescinde de fundamento objetivo, quer reduzir a teoria fundamentadora subjetiva, apegando-se a outro critério, que também deve ser forçosamente subjetivo: "a impressão na generalidade". Esta não poderá determinar - o que ocorre demasiadamente freqüente - sem um apelo ao

sentimento de comunidade ou a outros conceitos igualmente irracionais que definitivamente, levam à relevância da inimizade ao direito, que, em fim, se resolve em um círculo de apreciações intuitivas, limitadas por outras apreciações intuitivas"[6].

Ora, se alarde social, se o temerário "espírito do povo" não é critério de fixação da desejada punibilidade da conduta criminosa tentada, o que se dirá da impressão da própria vítima. Posicionamentos subjetivos não podem substituir o critério de lesividade do bem jurídico. Ciente disso, pode-se afirmar que posições subjetivistas não servem de base para reconhecimento da incidência do princípio da insignificância, pois pauta sua base ontológica no mesmo critério da "lesividade".

O delito de extorsão mediante seqüestro, conclui-se, consuma-se quando se verifica a privação da liberdade do sujeito passivo por tempo juridicamente relevante, objetivando-se obtenção de vantagem ilícita.

Bibliografia

Bruno Anibal. Direito Penal: Parte Especial. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense. 1966.

Hungria Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume VII. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1955.

Roxin, Claus. Política Criminal y sistema del derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona. 1972.

Tavares, Juarez. Teorias do delito: Variações e Tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

Toledo, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva. 1994.

Zaffaroni, Eugênio Raul; Pierangelli, José Henrique. Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência Bauru:Jalovi. 1981.

[1] Hungria Nelson. *Comentários ao Código Penal. Volume VII.* Rio de Janeiro: Revista Forense. 1955. p.72/73.

[2] Bruno Aníbal. *Direito Penal: Parte Especial. Tomo IV.* Rio de Janeiro: Forense. 1966. p.376.

[3] Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva. 1994. p. 133.

[4] Roxin, Claus. *Política Criminal y sistema del derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona. 1972. p.56.

[5] Tavares, Juarez. *Teorias do delito: Variações e Tendências.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.43.

[6] Zaffaroni, Eugênio Raul; Pierangelli, José Henrique. *DA TENTATIVA: DOUTRINA E JURISPRUDENCIA.* Bauru:Jalovi. 1981. p.47.