

O CRIME DE VIOLAÇÃO DE SEPULTURA¹

HUGO NIGRO MAZZILLI *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito legal do crime. 3. Escorço histórico. 4. Antecedentes legislativos nacionais. 5. O bem jurídico protegido. 6. Dogmática e doutrina sobre o crime: *a*) objetividade jurídica; *b*) núcleo do tipo penal: ação física; *c*) objeto material; *d*) elemento subjetivo; *e*) consumação e tentativa; *f*) sujeito ativo; *g*) concurso de agentes; *h*) sujeito passivo; *i*) concurso de crimes; *j*) confronto do crime com a contravenção; *l*) exclusão do crime; *m*) aspectos processuais. 7. Jurisprudência. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

1. Juridicamente, cessa a personalidade do homem com sua morte. Pode-se dizer, porém, que, sob o aspecto social, de certa forma o morto ainda continua a existir e a ter importância, pois sobrevive na memória dos seus parentes e dos que continuam a sentir a influência de suas obras, a ponto de já se ter afirmado que cada vez mais os mortos governam os vivos².

Mistério e grandeza impregnam a morte, que atrai o homem. Nós, que aqui estamos, por vós esperamos — é a filosófica assertiva que se lê no frontispício do Cemitério Municipal de Paraibuna (SP).

1. Em 1986, publicamos o artigo *Violação de sepultura*, em RT 608/275, cuja revisão, atualização e ampliação, necessárias, ora são empreendidas. Esta versão atual do artigo encontra-se publicada na *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal* - v. 5, n. 27, dez./ jan. 2009.

2. Auguste Comte, *Catéchisme positiviste*, Paris, 1852: "a verdadeira sociabilidade consiste antes na continuidade sucessiva que na solidariedade atual. Os vivos são sempre, e cada vez mais, governados necessariamente pelos mortos: tal é a lei fundamental da ordem humana" (nossa a tradução).

* Ex-presidente da Associação Paulista do Ministério Público. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Procurador de Justiça aposentado. Advogado e consultor jurídico.

Desde a origem dos povos, por imaginar-se uma vida além da morte, a preocupação com o cadáver e com sua sepultura adquiriu um fundo de temor, de quase-superstição, além do caráter de culto religioso.

O respeito aos mortos provém do culto dos antepassados; é mais um valor social de cunho ético, político e religioso do que jurídico. Contudo, o Direito preocupa-se não só com a sucessão do morto, numa espécie de perpetuação de sua família, como, também, com o próprio morto ou, pelo menos, com as pessoas que reverenciam sua memória. Dá-lhe a lei o dia 2 de novembro para culto; acata-lhe a vontade nos testamentos; faz respeitar sua memória, protegendo-a de calúnias; admite revisão de condenações criminais que o *de cujus* teve em vida; faz proteger-lhe os restos mortais e a última e definitiva morada.

2. A lei brasileira não exige, porém, o respeito pelos mortos, porque se o fizesse estaria criando inadmissível forma de culto obrigatório (art. 5º, VI e VIII, da CF de 1988), mas pode obrigar, e obriga, ao respeito dos sentimentos daqueles que — estes, sim — respeitam os mortos e os locais onde eles são sepultados.

3. Especialmente no tocante à tutela jurídica dos sepulcros, o Direito Penal não é, no caso, meramente sancionador, mas constitutivo, como diz MANZINI, pois se contenta com a existência da norma criminal, que tem preceito e sanção.

4. Pode-se falar em *jus sepulchri*, distinto do direito de propriedade sobre o local onde está a sepultura. O imóvel pode ser alienado, ou transmitido sob qualquer forma, desde que respeitada sua destinação. O direito de sepulcro, propriamente, compreende dois momentos: o direito principal ou primário de sepulcro — direito de usar a sepultura, de sepultar, o qual se exaure quando há o sepultamento —, e o direito secundário de sepulcro — mais limitado, personalíssimo, de opor-se a qualquer ato que constitua violação ou profanação da sepultura.

A destinação e a efetiva utilização do local como sepulcro limitam o direito de propriedade e outros eventuais direitos reais que gravem o imóvel, e passam a ser passíveis de tutela criminal e civil.

2. CONCEITO LEGAL DO CRIME

5. O CP de 1940, na redação atual de seu art. 210, define o delito de forma bastante sintética: “*Violação de sepultura*. Violar ou profanar sepultura ou urna funerária: Pena — reclusão, de um a três anos, e multa”.

Houve críticas isoladas ao *nomen juris* do delito, que fala em violação de sepultura apenas, quando o tipo penal inclui também violação de urna e profanação de urna e de sepultura. Mas, levando em conta o caráter de concisão do *nomen juris* da infração e a origem histórica do instituto, as críticas não

poderiam vingar, mesmo porque, se o *nomen juris* do delito tivesse, necessariamente, que conter toda a ação física e todo o objeto material, então teria de ser assim grafado: *violação ou profanação de sepultura ou urna funerária* — e aí não haveria mais distinção entre o nome do crime e o seu conceito legal... Por isso, em nada melhorou a situação o Código Penal de 1969, em boa hora revogado, que denominava esse crime de *Violação de sepultura ou urna funerária*. Preferível, assim, o *nomen juris* atual (que foi, aliás, conservado no anteprojeto de Código Penal, art. 227, pub. DOU 19-07-84).

Por outro lado, na definição do crime, também foi oportuno que a lei usasse expressão concisa e genérica, para alcançar a grande variedade das hipóteses fáticas que visa a coibir (v. *infra*, ns. 21-32).

6. Anote-se que a violação de urna ou de sepultura, curiosamente, é punida com maior rigor que o vilipêndio do próprio cadáver³. Sabe-se que essa também foi a solução do Direito italiano, que em muito inspirou a elaboração de nosso diploma criminal (arts. 407, 408 e 410). Contudo, inconsequentemente, nossa lei pune menos gravemente o vilipêndio do próprio cadáver que a profanação de sua sepultura; pune mais gravemente a profanação da urna com as cinzas do cadáver que o vilipêndio do cadáver todo. É estranhável, dado que a objetividade jurídica protegida em ambos os artigos é o sentimento de respeito aos mortos, que haveria de estar mais especialmente presente no vilipêndio do próprio cadáver e não apenas no do local de sua última morada. Anote-se que o anteprojeto de Código Penal de 1984 buscava corrigir o equívoco, equiparando as penas dos delitos (arts. 227 e 229); contudo, não o fizera de todo, já que previra forma qualificada de violação de sepultura com fim de lucro (parágrafo único do art. 227), mas não previra igual qualificadora quando se tratasse de vilipêndio de cadáver (art. 229).

3. ESCORÇO HISTÓRICO

7. Admite-se que o homem, desde as mais primitivas épocas, já demonstrava crenças e religiosidade. A veneração dos restos mortais fundava-se, então, na crença religiosa numa vida além-túmulo, assim como no medo inspirado pelos mortos.

A sobrevivência da alma para os antigos gregos, fenícios, chineses e etruscos estava intimamente ligada à sorte dos cadáveres, à maneira de sepultá-los e, especialmente, à de proteger suas sepulturas, pois o enterramento numa fossa não era abandono, mas simultaneamente abrigo e prisão... Diversamente dos calatienses, que teriam o hábito de comer seus cadáveres, nos outros povos, a

3. Art. 210 do CP: Violar ou profanar sepultura ou urna funerária: Pena — reclusão, de um a três anos, e multa. Art. 212 do CP: Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena — detenção, de um a três anos, e multa.

proteção e a manutenção das sepulturas era mera consequência das premissas acima, quer costumassem eles queimar ou enterrar seus cadáveres ou suas cinzas.

8. No Direito romano, a violação das sepulturas adquiriu, desde o início, o caráter de infração contra a religião, dado o aspecto sagrado que se conferia ao local de sepultamento. Os romanos respeitavam seus mortos menos por piedade do que por um sentimento de religião feita mais de temor que espontânea veneração.

Na Lei das XII Tábuas, não havia disposições penais a propósito da violação de sepulturas, embora nos tenham chegado disposições fragmentárias a respeito dos sepultamentos (10ª Tábua, 2ª lei e segs.; CÍCERO, *De legibus*, II, 26; norma esta derivada da legislação soloniana).

Com o *Digesto*, deu-se organicidade ao *jus sepulchri* (direito de sepultar um cadáver, de ser sepultado, de cumprir as cerimônias do culto, de vigiar e visitar a sepultura). O Tít. XII do Livro XLVII foi dedicado à *actio sepulchri violati* (C. 9, 19). Tratava-se de ação infamante, atribuída em primeiro lugar aos titulares do sepulcro (lei 6) e, se não fosse intentada por estes, poderia sê-lo por *quivis de populo*. As reformas eram possíveis desde que intocados os defuntos (lei 7). O crime de violação de sepulcro era enquadrado na *Lex Iulia de vi privata* (ou, se cometido com violência, na *de vi publica*), assemelhada a violação de sepulcro ao impedimento de funerais, por equivaler a deixar insepulto o que estava enterrado (lei 8). Pela violação de um sepulcro se dava também uma ação pecuniária (lei 9), que cabia ao herdeiro necessário, ainda que tivesse renunciado à herança (lei 10).

Digna de nota é a lei 11: "*Rei sepulchrorum violatorum, si corpora ipsa extraxerint, vel ossa eruerint, humiliores quidem fortunae sumo supplicio adficiuntur, honestiores in insulam deportantur: alias autem relegantur, aut in metallum damnantur*" — ou seja: "Os réus de violação de sepulcros, se tiverem exumado os cadáveres ou desenterrado os ossos, serão castigados com a pena capital, os de condição mais humilde, e os de mais elevada condição serão deportados para uma ilha; em outros casos de menor gravidade, serão relegados ou condenados ao trabalho numa mina" (D., XLVII, XII, 11, Paulus, lib. 5, *Senten-tiarum*).

9. A legislação romana influenciou o velho Direito espanhol, que também cominava gravíssimas penas para a violação de sepulcro no *Fuero Juzgo*, *Fuero Real* e *Las Partidas*. Também no velho Direito francês a punição desse crime, como no Direito romano, dependia da qualidade do agente, e se tratava de um delito contra a religião, como, aliás, no Direito espanhol e no germânico, nos quais as penas chegavam até à de morte.

A intolerância religiosa da Idade Média permitiu que o sujeito passivo do delito não fosse o Estado, mas o próprio Deus, concebido antropomorficamente.

Houve uma reação no sentido da liberdade de crença a partir da Revolução Francesa, laicizando-se o Estado. Passou-se, nesta matéria, a incriminar apenas os atos atentatórios à liberdade individual em matéria religiosa, ou então atentatórios ao sentimento de piedade pelos defuntos, ou por fundamentos ainda diversos, que serão desenvolvidos adiante (*v., infra, ns., 16-20*).

Na evolução histórica do instituto, interessa anotar que o Direito Canônico, inicialmente, pôs extremo rigor na proteção às sepulturas. O *Codex Iuris Canonici* de 1917 chegou a considerar sua violação como quase-sacrilégio, passível de excomunhão (cânones 2.314 e segs. e 2.328).

O atual *Codex Iuris Canonici*, em vigor desde 27-11-83, é mais brando. Além de reduzir de 37 para 7 as excomuniões automáticas (ditas *latae sententiae*), dentre estas não incluiu a *violatio sepulchri*.

“O novo Código — salienta o Pe. Jesus S. Hortal, S. J. — não reivindica mais o direito de a Igreja possuir cemitérios próprios. Apenas enuncia um desejo e regulamenta o fato da existência de cemitérios especialmente destinados à sepultura dos fiéis. Por outro lado, deixa esta matéria quase inteiramente para o Direito particular”. A Igreja continua incentivando insistentemente o costume de dar sepultura ao defunto, embora não proíba sua cremação (cânones 1.176 e § 3º e 1.177 e segs.). Considera os cemitérios e os espaços destinados aos fiéis defuntos como locais sagrados, estavelmente destinados ao culto divino, ainda que pertencentes a particulares (cânones 1.171, 1.205 e 1.240-1.243).

Atualmente, o Direito Canônico considera atos de violação os gravemente injuriosos, perpetrados contra a destinação sagrada dos lugares e com escândalo dos fiéis (cânone 1.211). Ao cuidar das sanções, não há mais norma específica para a *violatio sepulchri*, que é compreendida nesta disposição genérica do cânone 1.376: “quem profana coisa sagrada, móvel ou imóvel, seja punido com justa pena” — entre as quais se incluem, de acordo com a situação concreta, as penas de censura (ditas medicinais), as expiatórias, os remédios penais e as penitências (cânones 1.331-1.353).

4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NACIONAIS

10. Também entre nós, até a República, os cemitérios foram locais quase-sagrados, sob a direção da Igreja. Com o Dec. 789, de 27-09-1890, os cemitérios foram secularizados, passando para a Administração municipal (cf. arts. 72, § 5º, da CF de 1891; 113, n. 7, da CF de 1934; 122, n. 5, da Carta de 1937; 141, § 10, da CF de 1946; a EC 1/69 à CF de 1967 foi omissa a respeito, omissão mantida na Constituição de 1988).

Antes de separar-se a Igreja do Estado, na vigência das Ordenações Filipinas, o Livro V destas, visando à repressão criminal, preocupava-se com a

defesa em geral da religião católica; entretanto, o Código Criminal do Império (1830) não cuidou da tutela específica da violação de sepultura.

11. Esta surgiu com o Código Penal de 1890, que previa algumas infrações contravencionais a respeito: *qualquer desacato tendente a quebrantar o respeito devido aos mortos* ou, ainda, *violiar ou conspurcar sepulturas e danificar de qualquer modo os mausoléus, lousas, inscrições e emblemas funerários* (arts. 365 e 366), fixando-se penas de prisão celular de até um ano.

12. O CP vigente (1940), no seu art. 210, puniu a *violatio sepulchri* dos romanos (*v. supra*, n. 5), considerando tal delito ofensivo ao respeito aos mortos, relegando para o art. 67 da Lei das Contravenções Penais (1941) a punição por inumar ou exumar irregularmente, infração, esta, contra a Administração Pública.

13. O Código Penal de 1969 (Dec.-lei 1.004/69 e Lei 6.016/73), natimorto porque revogado antes de efetiva vigência (Lei 6.578/78), pretendia cuidar de tal infração no seu art. 235, mantendo a mesma objetividade jurídica, a mesma descrição típica, mas alterando levemente o *nomen juris* do delito (*v. supra*, n. 5) e cominando penas corporais que iam até 3 anos de reclusão e pecuniárias de 5 a 20 dias-multa.

Já o anteprojeto de 1984, no seu art. 227, pretendia manter o *nomen juris* tradicional, conservando a descrição do tipo de 1940; apenas sugeriu alterar a sanção, substituindo a reclusão por detenção, que passaria de nove meses a três anos. Além disso, sugeriu um parágrafo único visando ao aumento de até 1/3 na pena, cumulada com multa, se o crime fosse cometido com o fim de lucro.

Assim, no Direito brasileiro, o crime de violação de sepultura é definido exatamente nos mesmos termos da redação original do CP de 1940, exceto no tocante à sanção pecuniária, que agora é calculada na forma genérica do art. 49 (alterações da Lei n. 7.209/84, art. 2º).

5. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

14. Com rigor diverso e eleição de penas corporais somadas ou alternadas com as pecuniárias, os legisladores têm punido a violação de sepulcro com fundamentos também díspares.

15. Como já destacamos em estudo anteriormente feito a respeito da matéria, legisladores de diferentes países consideraram a violação de sepultura ora um crime contra os próprios mortos, ora contra a piedade ou o respeito aos mortos, ora contra a religião, ora contra a paz, a ordem pública, a segurança ou a tranquilidade pública, ora contra as relações de vida em sociedade, ora contra a saúde pública, ora contra pessoas ou contra a liberdade individual em matéria religiosa (liberdade de culto), ora como crime de dano moral, ora

contra a intimidade das pessoas, ora como crime de perigo para a comunidade, ora até mesmo como um crime contra a própria inumação ou a exumação, como se estas fossem um bem em si mesmas⁴.

O Código Penal vigente (art. 210) considera-a delito contra o respeito aos mortos.

No exame do objeto jurídico tutelado pela lei penal serão desenvolvidas e criticadas as opções.

6. DOGMÁTICA E DOCTRINA SOBRE O CRIME

a) *Objetividade jurídica*

16. O Código Penal brasileiro em vigor considera o delito do art. 210 um crime contra o respeito aos mortos.

Não é feliz a rubrica do tít. V da Parte Especial de seu cap. II — *crimes contra o respeito aos mortos*. Na verdade, o objeto jurídico tutelado não é o respeito aos mortos, o que induziria à falsa conclusão de que o Direito faz respeitar os mortos, que não são sujeitos de direito. O objeto jurídico realmente tutelado é o sentimento de respeito que os vivos têm pelos mortos, ou seja, um direito dos vivos, à evidência. Melhor fora, pois, que o título mencionasse: *Dos crimes contra o sentimento de respeito pelos mortos*.

17. Como se antecipou (n. 15, *retro*), não é pacífica no Direito comparado a eleição do bem jurídico no crime de violação de sepultura.

Seria um crime de cunho religioso, como nas origens?

Embora seja de se admitir um fundo religioso, até por razões históricas, a iluminar a repressão penal à violação de sepultura, entendemos que, na verdade, o Direito brasileiro não reprime essa infração por considerá-la um crime contra o sentimento religioso. Há, com efeito, ações típicas que ofendem diretamente a liberdade religiosa, de consciência e de culto, ou o sentimento religioso (como o crime do art. 208 do CP, de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo). O sentimento de respeito aos mortos, porém, transcende e ultrapassa a órbita desta ou daquela religião, podendo-se dizer que é um valor ético e social que o Direito resolve fazer respeitar, sem distinguir se o morto ou seus familiares foram ateus ou convictos religiosos. Para tutela deste crime é, pois, estranho o critério de religião e de culto, assim como o conceito de liberdade. Como argumenta FLORIAN, tal ilícito penal não existe,

4. Em nosso artigo *Violação de sepultura (RT 608/275)*, fizemos a resenha do Direito comparado a propósito da matéria.

pois, para tutela da liberdade dos mortos. Existiria, então, para tutela dos vivos? Mas, de quais vivos? E se o morto não deixou parentes? E para tutela de que tipo liberdade? Liberdade de fazer o quê? Ora, o sentimento de veneração não é uma forma de liberdade.

Admitir, porém, como se faz em alguns sistemas jurídicos estrangeiros, que se trate de uma infração contra a pessoa, não será grande avanço, pois qualquer crime, em última análise, atinge o ser humano. A mesma crítica se faça às legislações que apenas estipulam tratar-se de um crime contra a ordem pública.

Não satisfazem, igualmente, os legisladores que aí só entrevêm um crime contra a saúde pública. Se esta fosse o único bem jurídico colimado, nada impediria inexistisse tutela penal para a profanação sem violação, ou até que cessasse a tutela da violação depois de poucos anos a contar do sepultamento, época a partir de que o legislador local costuma admitir livremente a exumação.

Há, é certo, razões de ordem pública, de saúde, de higiene e até de intangibilidade das coisas alheias a recomendar a tutela penal aos sepulcros, mas esses princípios estão subordinados a um sentimento moral coletivo de respeito em relação àqueles que respeitam os mortos.

18. O Estado não poderia impor, nem impõe religião ou sentimento de respeito pelos mortos (art. 5º, VI e VIII, da CF de 1988). O que pode e deve impor, e o faz, é o respeito pelos sentimentos alheios, mormente o sentimento religioso ou de veneração pelos seus mortos, sempre tão caro a quem o possui.

19. Ainda que a proteção à sepultura constitua uma limitação à propriedade do terreno onde ela se encontre, é restrição legítima, apta a impedir que o direito de propriedade seja exercido de modo a violar interesses de ordem pública que a lei penal protege.

20. Em suma, na tutela penal, o que a lei exige não é o sentimento de respeito pelos mortos, mas sim o respeito por aqueles que sentem respeito pelos mortos.

b) Núcleo do tipo penal: ação física

21. O núcleo da ação no tipo penal em exame é violar ou profanar sepultura ou urna funerária.

Antes de mais nada, cumpre examinar se se trata de expressões sinônimas ou se uma, por ser mais compreensiva, engloba a outra.

22. No Código Penal italiano de 1930, que foi a fonte de nossa atual codificação criminal, o legislador cuidou, em artigos distintos (407 e 408), da

violação de sepulcro e do vilipêndio à tumba (figura, esta, equivalente à nossa profanação)⁵.

Os comentadores à lei brasileira têm admitido que toda violação é profanação, mas pode-se profanar sem violar.

A ser assim, inútil que a lei mencionasse ambas as ações. Bastaria cuidar da profanação de sepultura.

Poder-se-ia até objetar que, se nosso legislador usou as duas expressões, foi apenas para evitar discussões inoportunas, às vezes cavilosas, tendo preferido repetir e reforçar, a escolher e assim correr o risco de ver excluído na interpretação um dos comportamentos que intentava normativamente impedir.

Mas não se crê seja por isso apenas que se justifique a duplicidade de núcleo no tipo penal. Na verdade, as duas ações se completam, às vezes com tênues limites, é certo, mas nem sempre se poderá dizer que toda violação é profanação, nem o contrário. É possível violar (devassar arbitrariamente) sem intenção de profanar, bem como é possível profanar (ultrajar) sem intenção de violar; crime haverá dependendo do exame dos elementos implícitos no tipo (o normativo e o subjetivo, como se verá adiante). Em regra, a profanação é sempre ilegítima, enquanto na violação só haverá crime se o devassamento for arbitrário. Acrescente-se que o próprio conceito de profanação contém uma idéia de ultraje (elemento subjetivo do injusto), enquanto o de violação contém mais uma idéia física de descobrimento ou abertura, e necessitará ser arbitrária para ser criminosa (elemento normativo do injusto). Nos ns. 34, 35 e 40 essas diferenças serão enfatizadas.

A simples abertura de um túmulo, ainda que toda cheia de cuidados, poderá ser violação de sepultura, desde que praticada com o elemento subjetivo necessário (vontade livre e consciente de violar ou devassar a sepultura, ainda que tão-só para rever o semblante do familiar morto, no clássico exemplo comumente admitido como punível). Por sua vez, a profanação supõe uma atitude aviltante em relação a algo consagrado ou destinado a um fim, atitude esta que nem sempre estará presente na violação.

Melhor, assim, que a lei consigne no tipo penal as duas expressões, ainda que apenas para evitar maiores dúvidas ou controvérsias.

23. Violar sepultura ou urna funerária inclui abrir, devassar, escavar, aluir, alterar o túmulo ou a urna de modo a expor o cadáver, seus restos, suas cinzas, ainda que sem removê-los. Em todas as hipóteses, deve haver um devassamento arbitrário.

5. Art. 407: *Violazione di sepulcro: Chiunque viola una tomba, un sepulcro o un'urna è punito con la reclusione da uno a cinque ann.* Art. 408: *Vilipendio delle tombe: Chiunque in cimiteri o in altri luoghi di sepoltura, commette vilipendio di tombe, sepolcri o urne, o di cose destinate al culto dei defunti, ovvero a difesa o ad ornamento dei cimiteri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.*

Profanar a sepultura ou a urna funerária contém ínsita uma idéia de ultrajar, macular, conspurcar, degradar, tratar com desdém injurioso, irreverência, desonra, escárnio, zombaria afrontosa, desrespeito, vilipêndio.

24. As ações de profanação, diversamente das de violação, poderão dar-se até por meios formais, além dos materiais, desde que idôneos para ofender o sentimento de respeito pelo defunto: escritos injuriosos, desenhos obscenos e até mesmo expressões orais, desde que externadas publicamente diante da sepultura.

No caso das expressões orais, será necessária a publicidade da profanação não só porque sob esta modalidade estamos diante de crime formal, que não deixa vestígios (assim, a publicidade será necessária aos fins probatórios), como até mesmo antes disso, para configurar a própria existência do delito (*v. infra*, n. 42). Com efeito, destinando-se a palavra a servir de meio de comunicação, quando a comunicação não é efetiva, a palavra se perdeu, e, destarte, não se sustentaria a presença do crime do art. 210 do CP sequer na forma tentada. O mesmo se diga das expressões aviltantes proferidas noutra língua, totalmente desconhecida dos circunstantes. Seriam como um solilóquio, um monólogo, como se o agente falasse para si mesmo; nesse caso, não se teria violado o objeto jurídico, porque não teria sido ferido o sentimento de respeito de ninguém, por absoluta ineficácia do meio empregado. Diversamente ocorreria na realização do crime na sua forma material, mesmo sem testemunhas, pois o corpo de delito remanescente poderia ferir o sentimento de respeito alheio.

25. No crime de violação de sepultura, são puníveis, destarte, quaisquer atos comissivos de vandalismo contra a sepultura (desenterrar ou expor os restos mortais, descobrir a sepultura ou a urna, arrancar, destruir ou macular a lápide ou a lousa tumular, a cruz ou outro símbolo religioso, os ornamentos estáveis, o epitáfio, lançar imundícies, pichar, fixar símbolos infamantes, *v.g.*). Também são infrações ao preceito, desde que iluminadas as ações pelo imprescindível elemento subjetivo ou normativo do injusto, abrir, devassar, romper, destruir; morar ou dormir numa sepultura, sepultar um cadáver em túmulo alheio, pisotear, esputar, urinar ou defecar no sepulcro, executar sobre este atos de libertinagem, nele depositar objetos que evidenciem ultraje, nele guardar instrumentos ou produtos de crimes, remover ou subtrair a terra que cobre a cova, construir sobre ela, cultivar utilitariamente o local, apascentar ou soltar animais sobre a sepultura, arrancar as flores plantadas sobre a cova, remover pedras, tijolos, ornamentos, retirar a bandeira que envolva o ataúde; colocar objetos que tenham conotação irreverente ou desrespeitosa sobre a sepultura, escrever ou desenhar algo de caráter injurioso ou grosseiro, etc.

Ações cometidas nas imediações da tumba poderão configurar profanação: é o caso dos discursos ou canções libertinas, das orgias em frente ou ao lado do sepulcro, ainda que não diretamente sobre ele.

Enfim, trata-se ora de atos que modifiquem para pior o sepulcro ou a urna, ora de que os alterem na sua unidade, ora, enfim, de atos que os tornem impróprios, ou os degradem ante sua destinação.

c) *Objeto material*

26. O objeto material sobre que recai a ação típica do crime do art. 210 do CP é a sepultura ou a urna funerária.

Sepultura deve ser compreendida tanto no sentido estrito (lugar de inumação) como num sentido mais amplo (os ornamentos e construções ligados a ela de maneira permanente ou ao menos estável).

A sepultura ou sepulcro é o local onde encontram repouso os restos mortais humanos; sem estes, não temos sepultura para os fins penais. Compreende não só a cova onde se enterra o cadáver como, ainda, o sarcófago (que antigamente era de pedra calcárea, para consumir mais rapidamente a carne), os carneiros (casas subterrâneas abobadadas onde também se faz o sepultamento, erroneamente empregados no feminino), o columbário (câmara sepulcral com paredes cobertas de nichos, cada qual destinado a duas urnas). A tumba é empregada como equivalente de sepultura ou jazigo (mas seu significado próprio seria campa, lápide sepulcral, ou monumento funerário sobre a terra, em oposição ao sentido etimológico de sepulcro e sepultura, que seria o monumento funerário sob a terra, *v. sepelire*). Túmulo também tem sido empregado como sinônimo de sepultura, mas significaria, mais propriamente, o monumento em memória de alguém, colocado sobre o local da inumação. Também são considerados sepulcros desde o panteão (local onde se guardam os restos mortais das pessoas ilustres) e o mausoléu (monumento sepulcral suntuoso) até a mera fossa na terra nua, onde o corpo pode estar enterrado em vala individual ou comum, sem mesmo um caixão, féretro, ataúde ou esquife a envolvê-lo.

A sepultura é uma unidade, pois compreende tudo o que lhe é conexo, ou seja, não só a cova onde está enterrado o defunto como qualquer construção sobre esta que proteja o local; inclui a lápide, os ornamentos permanentes ou ligados de forma estável a ela, o epitáfio, a plantação de flores ou de grama, os monumentos, até o caixão com o corpo — isto é, tudo o que é acrescentado de maneira orgânica ou mecânica para proteção, embelezamento ou defesa da sepultura.

Evidentemente, não basta estar um cadáver enterrado num local para este seja considerado sepultura: é necessário que o local seja regularmente destinado a esse fim. Assim, não é sepultura o local onde uma pessoa foi acidentalmente soterrada por um deslizamento de terra, nem o local onde o criminoso enterra sua vítima para ocultar seu corpo. Nesses casos, a autoridade pode desenterrar diretamente os corpos, sem que com isso cometa qualquer delito.

27. Urna funerária, por sua vez, é o recipiente próprio que guarda cinzas (urna cinerária) ou ossos (urna ossária), estando equiparada por lei à sepultura. Não se confunde com o esquife ou ataúde, destinados a receber o cadáver, e não suas cinzas ou ossos. Sem cinzas ou restos mortais humanos, a urna não é objeto de proteção penal.

Da mesma forma do que se disse em relação à sepultura, não basta que haja cinzas ou restos mortais numa urna, para que esta receba a proteção penal: é necessário que a urna seja regularmente destinada a acolher restos humanos. Desta forma, se por acidente ou crime existem restos mortais de um homem num recipiente qualquer, a autoridade investigante pode diretamente abrir o recipiente e fazer examinar seu conteúdo, sem que com isso esteja violando a lei.

28. Não importa o lugar onde estejam a sepultura ou a urna: se num cemitério (necrópole, terra santa, campo santo, adro), numa capela, numa cripta, numa praça, num mausoléu, no pátio de um convento ou de uma faculdade, ou se na terra nua, em pleno campo, ou na beira de uma estrada. A tutela penal é a mesma.

29. Como já antecipamos, embora o Código Penal fale em violação ou profanação de sepultura e urna, na verdade, não busca proteger esses objetos materiais por si mesmos, mas sim, tão-somente, enquanto contenham restos mortais da pessoa humana. A doutrina seguramente predominante entende que, para se configurar a *violatio sepulchri*, é necessário que neste esteja sepultado um corpo humano, ou que nele se contenham cinzas ou ossos de alguém. A não se entender desta forma, estar-se-ia olvidando a objetividade jurídica do delito e teríamos um preceito sem escopo.

Assim, não basta, para fins penais, sabermos que o lugar está destinado a urna ou sepulcro: o que os consagra a essa finalidade é sua regular utilização para recolher restos mortais humanos. Por isso que os cenotáfios (monumentos simbólicos em memória de um falecido, mas sem seus restos mortais) não são urna ou sepultura para os efeitos criminais, pois não estão eles, atual ou efetivamente, servindo para guardar restos mortais do homem.

30. Para o art. 210 do CP, não é mister que o cadáver (corpo humano sem vida) ainda esteja com as partes conectadas, pois o desaparecimento da forma humana não importa neste crime, que também protege até mesmo a urna ossária ou cinerária. Por essa razão, tanto é compreendido na proteção penal o cadáver inteiro como o decomposto em partes, ou reduzido a piedosos resíduos. São alcançadas, igualmente, as sepulturas ainda que não contenham o cadáver todo (nas catástrofes, como nos desastres de avião, pode ocorrer que sejam encontrados e enterrados apenas pedaços do corpo): lá há restos mortais humanos, estando presentes a destinação e a objetividade jurídica colimadas pela lei.

31. O cemitério, local onde mais frequentemente se localizam os sepulcros, tem sido considerado pela doutrina como bem público municipal de uso especial. Contudo, é desnecessário recorrer ao exame de sua natureza jurídica, pois o sepulcro num cemitério público ou particular, secular ou de uma ordem religiosa, é sempre protegido, sem interessar saber quem seja o proprietário do terreno. Todas as sepulturas merecem igual proteção legal, seja a do que morreu só no mundo ou a do que deixou familiares; seja a do religioso ou a do ateu (já que o crime não é contra a religião ou contra o culto); estejam zeladas ou abandonadas; sejam individuais ou coletivas; estejam dentro ou fora dos cemitérios.

32. Embora tenham as urnas ou caixões sido fechados ou enterrados irregularmente, em desconformidade com os regulamentos, caberão, aqui, sanções e providências de índole administrativa, mas nem por isso deixará o lugar de merecer a proteção do art. 210 do CP.

d) Elemento subjetivo

33. O crime do art. 210 do CP é doloso; não se pune a título de culpa.

No exame do elemento subjetivo do crime a doutrina e a jurisprudência divergem sobre a necessidade de contar com o dolo genérico ou o específico.

Hungria menciona especificar-se o dolo pelo fim de violar ou profanar. Mirabete entende ser de todo irrelevante saber-se o propósito do agente, se este tem plena consciência de estar praticando a violação de uma sepultura. Já FRAGOSO distingue, dizendo que só na modalidade de *profanar* é que se exige dolo específico, "pois não há profanação sem o intuito de vilipendiar ou desprezar"; mas na modalidade de *violar*, "basta a vontade consciente de alterar, abrir ou arrebentar sepultura ou urna funerária"⁶.

Refletindo essa controvérsia, a jurisprudência tem, algumas vezes, exigido dolo específico, ou um elemento subjetivo do injusto subentendido no tipo penal, mas outras vezes tem-se contentado com o dolo genérico (pelo dolo específico: RT 443/435, RF 243/265, RJTJSP 21/458; *Justitia* 76/202; RT 374/72; RF 222/350; RT 280/114; RF 182/333; RF 243/265; pelo dolo genérico: RT 305/106; RF 197/328; RF 205/371; RF 167/411; RT 203/553).

34. De nossa parte, podemos identificar um claro elemento *subjetivo* do injusto implícito na modalidade de *profanar*: não se concebe dolo de profanar sem intenção direta ou eventual de ultrajar o sentimento alheio de respeito pelos mortos. É, pois, preciso recorrer ao exame da intenção ulterior do agente: o mero comportamento de pisotear um túmulo, p. ex., pode significar trabalhos de reparo ou denotar desprezo. Já, em outras hipóteses, há ações por si

6. *Lições de Direito Penal*, parte especial, 2, Ed. Bushatsky, 1980, p. 286.

mesmas tão claramente ultrajantes que sua prática voluntária não pode levar a crer que ao agente falte elemento subjetivo do injusto (n. 36).

Mesmo na modalidade de *violar*, cremos que a lei não se contente com a mera ação física de abrir o sepulcro ou a urna. No conceito de *violar* há mais do que *abrir*: insere-se implícito um elemento *normativo* do injusto, pois violar corresponde sempre a abrir ou devassar indevidamente (ou arbitrariamente, nas expressões de HUNGRIA e DAMÁSIO). Mas, nestas modalidades, ao contrário do que ocorre na profanação, não é preciso ânimo especial de ofender o sentimento de respeito pelos mortos. Basta a consciência de que a ação empreendida é violadora e ofensiva a dito sentimento.

Seguindo a concepção de WELZEL sobre o dolo, podemos, pois, concluir que o elemento subjetivo neste delito deve incluir sempre: a) o *fim direto* que o agente pretende alcançar (seja o próprio ultraje, seja o fim de lucro, seja a curiosidade mórbida, seja mesmo o intuito de rever o parente falecido); b) os *meios que emprega para isso* (abertura indevida da urna ou sepulcro, a subtração das peças, *v.g.*); c) as *consequências secundárias* e necessariamente decorrentes (a ofensa ao sentimento comum de respeito aos mortos). Por isso, até mesmo aquele que abre arbitrariamente um sepulcro para rever o parente falecido comete crime, porque, embora seu fim último não seja a profanação, sabe que sua ação, que quer cometer e comete, é ofensiva ao sentimento coletivo de respeito aos que veneram seus mortos, sentimento este que a lei tutela. O mesmo se diga daquele que voluntariamente lança imundícies sobre um sepulcro: não poderia alegar que não tinha vontade de profanar se soubesse que sua ação é conscientemente ultrajante.

Hungria menciona hipóteses de violação de sepulturas nas quais reconhece a existência de crime em tese, mas sem a intenção ulterior de ofender o sentimento de respeito pelos mortos: a ação do saudoso pai que viola a sepultura do filho para contemplá-lo; o concurso material de violação de sepulcro com furto. Nestas hipóteses está patente, pela teoria finalista da ação, que o escopo é apenas de venerar a memória do filho, no primeiro caso, ou de furtar, no segundo: nunca o de desrespeitar, em si. Há culpabilidade bastante, porém, para a configuração do elemento subjetivo da *violatio sepulchri*, pelo menos diante das consequências secundárias que o fim direto e os meios empregados fizeram brotar.

35. Portanto, o fim ulterior concorre para determinar se se trata de profanação; mas, na violação, o fim ulterior pode até não ser o de profanação direta, e, não obstante, também aí haverá crime (injúria à família do morto, lucro, fanatismo religioso ou político, superstição, rituais macabros, curiosidade, estudo, furto, desrespeito, saudade, ou mesmo o propósito de dar ao corpo sepultura mais decorosa ou colocar outro corpo na tumba).

É, pois, indiferente que a violação ou a profanação do sepulcro ou da urna sejam cometidas com o fim de vilipêndio do cadáver, mesmo porque aquelas

são punidas até mais gravemente do que este (arts. 210 e 212 do CP). Poderá haver, no caso, concurso de delitos (n. 52).

36. Há certas ações em si mesmo vilipendiosas e ultrajantes, profanas, e, independentemente de ter o agente a intenção de ofender o sentimento de respeito pelos mortos, ao cometer voluntária e conscientemente tais ações, que sabe ilegítimas, comete o crime, pois sabe que está violando um sentimento de respeito tutelado pela lei, ainda que seu escopo específico não seja esse. Assim, p. ex., o indivíduo que em público urina sobre um túmulo, ainda que movido por simples vontade fisiológica, desde que consciente e voluntariamente o faça sobre o túmulo embora o pudesse fazer noutra local (não se tratando de incoercível estado de necessidade, admita-se, *gratia argumentandi*), seguramente estará profanando a sepultura, ainda que não fosse sua exata intenção ofender os sentimentos de ninguém.

37. Garraud sustenta que o que a lei incrimina não é o fim a que visa o réu, mas o fato que ele cometeu consciente e voluntariamente. Abstraída a intenção última do agente na modalidade de violação (porque é levada em conta na modalidade de profanação, como se viu), pune-se o agente imbuído do dolo de cometer o ato apto a violar o sentimento alheio de respeito aos mortos. Nessa linha, a jurisprudência francesa, citada por Vouin, tem levado em conta o fim objetivado no ato, e não a intenção específica do agente.

38. Poder-se-ia objetar que *violiar* e *profanar* contêm em si mesmos uma idéia ínsita de desrespeito colimado na ação. Esta observação, que só será justa para a profanação (v. *supra*, n. 22), merece ser refutada: responde-se que o que a lei pune — e é expressa a respeito — é a ação ultrajante, violadora, profana, e não a intenção última do agente, que, além de querer praticar o comportamento que sabe ultrajante, violador ou profano, ou arbitrário, em relação à sepultura ou à urna, ainda pode ter outro móvel mais específico (furto, fanatismo político, ou até mesmo a própria vontade de ofender o sentimento coletivo de respeito aos mortos).

É evidente que não se pode deixar de perquirir o que o agente pretendeu, ora para buscar um elemento normativo ou subjetivo do injusto, implicitamente necessário à configuração do tipo, ora como elemento circunstancial, útil para colorir a culpabilidade *lato sensu*, indeclinável para a existência da infração penal.

39. Algumas hipóteses exemplificativas podem ser aventadas nas quais, em tese, se configura o dolo.

Manzini lembra o caso do filho de Giuseppe Garibaldi, que removeu uma pedra do túmulo de Anita Garibaldi para espiar seu interior, o qual foi absolvido por razões mais políticas que jurídicas. Carrara evoca o amante desesperado que desceu ao sepulcro para dar um último beijo na noiva falecida. Sabatini menciona aquele que descobriu a pedra sepulcral para rever os despojos da pessoa querida.

Também se pode conceber a presença de crime na hipótese do coveiro que abre uma sepultura para tirar crânios e outros ossos desejando oferecê-los a estudantes de Medicina e Odontologia. Ou na atitude daquele que viola uma sepultura para nela dormir ou até morar.

Quem abre uma sepultura para tirar o cadáver que ali está por errônea inumação, visando a colocá-lo noutra sepultura, se agir com consciência da ilegitimidade da exumação que intenta fazer, mais que contravenção do art. 67 da Lei das Contravenções Penais, cometerá o crime do art. 210 (*v. infra* ns. 55-57). Ao que abre, porém, uma sepultura só para reformá-la ou repará-la, ainda que irregularmente, poderá faltar o elemento subjetivo necessário à configuração do crime se não tiver consciência da ilegitimidade do devassamento que causar. O coveiro ou o pedreiro que abre uma sepultura para apanhar ferramentas ou objetos seus que foram enterrados por engano junto ao caixão poderá cometer o crime, se consciente da ilegitimidade da violação empreendida (*v.*, *tb.*, n. 60). Na situação cogitada por FLORIAN, que não é de profanação, a rigor teríamos violação de sepulcro pelos primeiros cristãos que, por sentimento de veneração aos mártires, abriam suas tumbas para sepultar seus mortos junto àqueles, ou para tirar-lhes relíquias para veneração.

Possível é que alguém suba, pisoteando um túmulo, danificando-o ou quebrando a lápide, a lousa ou um adorno, para assistir a um sepultamento no túmulo ao lado. Os danos serão criminalmente irrelevantes, se culposos. Mas o ato não se contém numa incrível falta de educação; como nessa matéria basta a irreverência para haver desrespeito, não se pode negar que quem o faz está imbuído do dolo necessário para a presença do delito.

40. Em síntese, o crime do art. 210 só se pune por dolo. Trata-se de um tipo anormal, que inclui no injusto um elemento normativo (na forma de violação ou abertura arbitrária) e um elemento subjetivo (na forma de profanação ou ultraje), ambos subentendidos no tipo.

e) Consumação e tentativa

41. Excepcionalmente a violação de sepultura pode revestir-se de caráter de delito formal (como na profanação por palavras). Na generalidade das hipóteses, porém, o delito do art. 210 do CP é material. Consoma-se com qualquer ato de devassamento arbitrário do sepulcro ou da urna, ou qualquer ato de ultraje ou vandalismo contra eles, qualquer alteração de aviltamento ou grosseira irreverência (RTs 255/89 e 476/339).

Tem-se dito que, nos casos de tentativa de violação, já haveria uma profanação consumada. Contudo, quando se examinou a distinção entre uma ação física e outra (ns. 21-25), ficou explícito que é viável violar sem intenção de profanar e vice-versa, razão pela qual não deixa de ser admissível em tese

uma tentativa de violação sem que esteja presente a profanação consumada. É manifesto, porém, que só no caso de violação com o fim de profanação é que se poderá ter profanação consumada.

42. No tocante à profanação verbal, a tentativa será impraticável. A elocução não tem um *iter criminis* fracionável: ou a profanação oral é produzida ou não, é o que a doutrina tem acertadamente sustentado. Não se encontrou na jurisprudência, porém, caso concreto para exemplificar (a propósito do tema, v. n. 24).

f) Sujeito ativo

43. Pode ser sujeito ativo do crime do art. 210 qualquer pessoa, até o proprietário do solo, o concessionário da sepultura, os parentes do morto, o funcionário público, o administrador, o guarda, o cozeiro do cemitério.

O administrador do cemitério poderá cometer o delito para dispor ilegítimamente do local e obter lucro indevido ao cedê-lo a terceiros antes do tempo, fazendo retirar o morto da sepultura e lançando-o na fossa comum.

g) Concurso de agentes

44. Como em qualquer outro crime, admite-se a coautoria ou o concurso de agentes, desde que haja relação de causalidade e concerto de vontades (arts. 13 e 29, com a redação da Lei 7.209, de 11-07-84).

A jurisprudência apontou interessante caso de coautoria, na modalidade de instigação, que será examinado adiante (v. *infra*, n. 74).

h) Sujeito passivo

45. Sujeito passivo do delito é a coletividade, ou seja, todo o corpo social, indistintamente, e, em particular, mas não necessariamente, a própria família do morto, os parentes e amigos sobreviventes.

São, em suma, estas as pessoas protegidas pela objetividade jurídica do delito.

i) Concurso de crimes

46. Cabe, agora, examinar diversas e interessantes hipóteses nas quais pode ocorrer concurso de crimes e concurso aparente de normas.

47. Quando, numa só ação, o agente profana a sepultura e calunia a memória do morto, pratica em concurso formal os crimes dos arts. 210 e 138, § 2º, do CP. Ainda cometerá concurso formal com crime de dano (art. 163 do CP) quan-

do, ao violar, danificar o sepulcro. A calúnia e os danos têm de ser punidos à parte, porque não são elementos constitutivos nem circunstâncias agravantes ou qualificadoras da violação ou da profanação; ademais, não podem por estas ser absorvidos, ainda que estas sejam mais graves, porque seria desconsiderar as diversas objetividades jurídicas dos delitos (cf. RT 374/72 e RFs 242/135 e 167/411).

48. Como se sustentou, o crime de dano pode concorrer com o do art. 210 do CP, e o mesmo sucede com outros delitos patrimoniais. Isto porque, contrariando a regra civilística de que as construções no solo pertencem ao dono do imóvel, no caso dos túmulos tem-se entendido pacificamente que estes, os materiais com que são construídos e seus ornamentos (estátuas, vasos, cruzes, etc.) são dos concessionários, numa relação de Direito administrativo (cf. RT 374/72).

Assim, a subtração de tais objetos que estão colocados nas tumbas pode concorrer materialmente com o delito de furto (inclusive com a qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo à subtração – art. 155, § 4º, I) ou com o de roubo (se cometida com violência ou grave ameaça à pessoa, *v.g.* parente, coveiro, administrador do cemitério – art. 157 do CP).

Contudo, para haver o concurso de tais crimes patrimoniais com o do art. 210 do CP, é requisito que tais objetos estejam integrados, de maneira estável, à sepultura, pois, quanto às coroas florais, vasos, flores, que não estejam ligados materialmente ao túmulo, sua subtração, como se tem entendido, configurará apenas violação patrimonial, desde que não haja, concomitantemente, profanação nem violação.

49. De interesse é analisar a situação do que viola o sepulcro para subtrair peças anatômicas, ou a dentadura de ouro ou as jóias enterradas com o defunto. O fim de lucro é motivo especial de reprovação; de forma louvável, o anteprojeto da Parte Especial do Código Penal de 1984 procurara criar aumento de pena para a hipótese (parágrafo único do art. 227).

Inicialmente, seria de se indagar se poderiam ser objeto material de furto as joias ou os bens enterrados junto com cadáver, ou até mesmo as próteses e as partes naturais de seu próprio corpo.

Parte da jurisprudência e da doutrina propende no sentido negativo, por entender que se trata de coisas *extra commercium*, insuscetíveis de apropriação patrimonial (nesse sentido, HOEPNER DUTRA, *O furto e o roubo*, S. Paulo, 1955; RJTJSP 107/467, RT 608/305). Outros entendem que a subtração do cadáver, ou de partes dele, configura crime próprio (art. 211 do CP, ou seja, destruição, subtração ou ocultação de cadáver), exceto em situações excepcionais, como quando o cadáver esteja regularmente entregue a entidade para fins de estudo científico, quando haverá crime patrimonial (nesse sentido, Hungria, nos seus comentários ao art. 211; RT 619/291). Ainda há os que sustentam que a sub-

tração de partes de partes do cadáver, para fins patrimoniais, configura apenas furto, como no caso da subtração do ouro existente na arcada dentária (RT 598/313); e, por fim, há os que sustentam que, nesta mesma hipótese, há o crime de furto em concurso material com a violação de sepultura (nesse sentido, MIRABETE, em seus comentários ao art. 211; RF 66/196).

De fato, a solução do problema é delicada. De quem seriam as jóias e outros bens de valor patrimonial que se encontrem dentro de uma sepultura? De ninguém (*res nullius*)? Teria havido um abandono (*res derelictae*)?

A nosso ver, tais coisas, ainda que não estejam direta e fisicamente sob a vigilância dos sucessores (ainda que não herdeiros, como o Estado), estão sob a proteção indireta de quem tem o direito ou o dever de zelar pela sepultura; ora, mesmo que a sepultura esteja abandonada pelos parentes, não cessa a intangibilidade da mesma, garantida, aliás, por preceito legal, tanto que, por ela, também deve zelar o administrador do cemitério. Desta maneira, se o agente subtrai algum bem que está sobre ou dentro da sepultura, está subtraindo para si coisa alheia móvel. Com efeito, estátuas, objetos metálicos, as jóias, próteses dentárias e até as partes destacáveis do cadáver podem tornar-se objeto de comércio, sendo alheias em relação ao agente, razão pela qual, com MIRABETE, cremos dever-se reprimir seu furto em concurso material com a violação.

Também o coveiro que viola a sepultura para vender crânios a acadêmicos pratica os crimes dos arts. 210 e 155 do CP; também o violador que subtrai jóias ou próteses do morto, ou aqueles que comprem todos esses objetos, se previamente ajustados, são coautores; em caso de faltar o ajuste prévio, serão receptadores, culposos ou dolosos, conforme o caso (art. 180 do CP).

A subtração do cadáver, ou de suas partes, sem fim patrimonial (p. ex., vingança ou rituais macabros), não terá conotação de furto, mas poderá ensejar o concurso material do crime do art. 210 com o do art. 211 do CP.

50. Agora, ao contrário, não haveria o concurso de violação com o crime de furto, por falta de *animus furandi*, e só o delito do art. 210 do CP, se o infrator levasse consigo a imagem de santo tirada da urna não para dela se apoderar, mas para jogá-la fora do cemitério, denotando apenas ter exaurido a profanação empreendida (RFs 242/135 e 167/411).

51. Aventa MANZINI a possibilidade do concurso do crime de violação de sepultura, na modalidade de violação, com o de exercício arbitrário das próprias razões.

Imagine-se, exemplificativamente, o concessionário de uma sepultura que resolva tirar por sua conta um cadáver que foi sepultado por erro no túmulo de que tem concessão. Em nosso Direito, o concurso formal seria de reconhecer entre os delitos dos arts. 210 e 345 do CP.

52. Haverá concurso material entre a violação e o vilipêndio do cadáver se ambas as ações típicas forem praticadas (arts. 210 e 212 CP). Assim, suponha-se a violação do sepulcro para fins de necrofilia.

Poder-se-ia buscar recorrer à teoria finalista da ação (WELZEL) para sustentar a só presença do vilipêndio? Ora, não se trata de concurso aparente de normas a ser resolvido pelos princípios da especialidade, da consunção ou da subsidiariedade. Nem faria sentido a absorção da violação pelo vilipêndio, pois este crime é punido mais levemente que o crime-meio e, fosse prevalecer só o crime-fim, então inexistiria o concurso também nos casos de violação de sepultura para fins de furto, roubo, subtração do cadáver etc.

53. A lei considerou equivalente violar ou profanar. Assim, quem faz as duas ações não comete dois crimes, mas um só.

Admite-se, porém, o concurso de crimes de violação. Aquele que, em dias diversos, ou até no mesmo dia, em seguida, depreda diversos túmulos no cemitério em circunstâncias que façam crer a presença da figura do *caput* do art. 71 do CP (com a redação da Lei 7.209/84), comete crime continuado. Mas, se as diversas profanações ou violações forem cometidas com uma só ação (*v.g.*, um explosivo acionado simultaneamente sobre diversos túmulos), o concurso formal poderá estar presente, ressalvada a aplicação cumulativa de pena se a ação ou omissão for dolosa e os crimes concorrentes resultarem de desígnios autônomos (arts. 210 e 70 do CP, com a redação da Lei 7.209/84).

54. Não haverá concurso do crime do art. 210 do CP com a contravenção do art. 67 da Lei das Contravenções Penais (a análise desta contravenção será feita mais diretamente no tópico seguinte). A absorção da contravenção pelo crime será viável, apesar da diversidade de objetos jurídicos nominais, em razão do caráter acessório da contravenção, geralmente infração de perigo. Tendo presentes os princípios que regem a solução do conflito aparente de normas e perscrutando *se o propósito do agente é violar ou profanar, ou se sabe que sua ação voluntária é conscientemente violadora ou profana*, a exumação do cadáver não há de ser punida como mera contravenção, e sim como crime. Em caso contrário, poderemos ter apenas a contravenção.

j) Confronto do crime com a contravenção

55. Cabe ainda uma palavra sobre a contravenção do art. 67 do Dec.-lei 3.688/41, referente à Administração Pública (*inumar ou exumar cadáver, com infração das disposições legais*). Nesta infração, não há o dolo de violar ou profanar uma sepultura, mas o mero descumprimento de formalidades para a inumação ou exumação, as quais, se observadas, tornariam a ação totalmente legítima (p. ex.: prazo insuficiente para exumação, incompetência para autorizá-la, etc.).

O que se conclui é que, mesmo que haja fins legítimos, poderá haver a contravenção, o que, em princípio, incurreria no crime, pois a presença deles excluiria o dolo, desnecessário para a configuração da contravenção, mas imprescindível para a configuração do crime do art. 210 do CP.

56. A lei dispõe sobre as formalidades da inumação e da exumação, inclusive para fins de investigação criminal (cf. arts. 163 do CPP). As exumações poderão ser feitas por órgãos ou entidades responsáveis pelos cemitérios, desde que observadas as precauções técnicas, as formalidades e os prazos legais.

57. Quando a exumação se realizar culposamente, não haverá condições para responsabilizar seu autor pelo crime, que só é punido na forma dolosa; contudo, a voluntariedade da ação poderá servir para apená-lo pela contravenção.

1) Exclusão do crime

58. O crime do art. 210 do CP não poderá ser reconhecido em inúmeras ocasiões onde falte a antijuridicidade, a tipicidade ou o elemento normativo ou subjetivo do injusto.

59. Como vimos, é indispensável a presença do cadáver ou de restos mortais humanos no sepulcro ou na urna, tendo em vista a objetividade jurídica perseguida. Se o cadáver ou os restos mortais ainda não estão lá, ou se já foram retirados, teríamos um crime impossível se a sepultura ou a urna tivessem sido violadas ou profanadas. No exemplo fornecido por SHAKESPEARE, quando Romeu ingressa no jazigo que acolhe Julieta, não teria ele cometido crime de violação quanto ao sepulcro desta, cujo caixão abriu para beijá-la: nesse momento, ela ainda estava viva.

60. Apenas é crime se houver violação, isto é, ação cometida de maneira ilegítima. É evidente que o ato autorizado pela lei não pode ser punido como violação de sepulcro (exumação ordenada pela Justiça ou obtida regularmente pela família, ou feita na época e na forma correta pelo administrador do cemitério, para retomar a sepultura em proveito da coletividade). O estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito excluem o crime, ainda que erroneamente supostos pelo agente (pois não se pune o crime a título de culpa).

Por falta de elemento subjetivo (dolo) não haverá crime nos casos de culpa, erro de fato, boa-fé etc. A errônea suposição de estar o agente autorizado, ou a de fazer algo legítimo, como se viu, por certo exclui o dolo.

O erro de tipo, sobre as circunstâncias elementares do delito, exclui o dolo. A falsa percepção da realidade afasta o elemento subjetivo do crime. É o caso do agente que, supondo abrir um túmulo para inumação ou exumação permitidas na lei, abre, por engano, túmulo outro; é o caso daquele que abre túmulo ocupado, que supúnha vazio.

Já o erro sobre a ilicitude do fato — também chamado *erro de proibição* — em princípio, não exclui o crime. Se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la (art. 21 do CP, com a redação da Lei 7.209/84). Seria, talvez, a hipótese do operário que suponha ser lícito abrir um túmulo para recuperar sua ferramenta há pouco enterrada com o morto.

61. A simples e regular entrada de alguém numa catacumba, numa cripta, num mausoléu, para prover à limpeza e conservação do local, para nele pôr caixão de outro morto, ou para fazer orações ao lado dos nichos ou urnas, não configura qualquer violação ou profanação, por falta de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A proteção legal virá contra quem aí ingresse ilegítimamente (p. ex., arrombando a porta, violando ou profanando especialmente os nichos, as urnas, os túmulos ali existentes).

62. Com o passar do tempo, chegará, porém, um momento em que a sepultura não mais inspirará o sentimento de respeito com relação aos mortos: sobrevirá um ponto em que despertará, antes, interesse científico (cemitérios antigos, relíquias arqueológicas, múmias e despojos humanos sobre que os artifícios do homem ou o tempo produziram especificações ou grandes modificações).

A norma penal assegura um interesse ético e jurídico, e desde que a sepultura, assim como os restos humanos que ali se contêm, não mais sejam aptos para excitar o sentimento de respeito para com os mortos, não haverá mais crime na sua abertura.

A não se admitir tal limitação temporal, a tutela penal não se prenderia ao fim; seria um preceito sem escopo.

Não se pode fixar um termo exato no tempo: o caráter de sepultura irá gradativamente desaparecendo e a questão só será deslindada nos casos concretos.

m) Aspectos processuais

63. A ação penal do art. 210 do CP é pública incondicionada, promovida privativamente pelo Ministério Público, por meio de denúncia (arts. 24 do CPP e 129, I, da CF).

64. Quando ocorrer concurso do crime do art. 210 do CP com crime de ação privada (p. ex., dano, calúnia contra os mortos, etc.), poderá haver um litisconsórcio ativo entre a parte pública e a privada, ou, então, se propenderá pela separação de processos (art. 80 do CPP)⁷.

7. A propósito da ação penal adesiva, com o eventual litisconsórcio ativo entre o Ministério Público e o querelante, cf. RT 374/72, RF 167/411 e RTJ 95/583, RHC 58.191-RJ.

65. Admite-se que o concessionário do sepulcro, os sucessores e os que tenham sofrido dano material ou moral exercitem a ação civil de reparação e assistam à acusação no processo penal.

66. A proteção civil ao sepulcro deverá ser desdobrada.

No tocante à propriedade do solo onde se ache, virá pelas ações dominiais e possessórias.

No tocante ao direito primário de sepulcro, ou direito de usar a sepultura, estará exaurido com o sepultamento. Ninguém tem o direito *de ser enterrado*, só o de *enterrar*, pois, vivo, falta o termo; morto, não é mais sujeito do direito: há apenas uma relação administrativa decorrente da concessão, e os direitos e obrigações que daí surgem podem ser exercitados pelo concessionário, de um lado, e pela Administração Pública, de outro. No tocante ao direito secundário de sepulcro, se não for o caso de mandado de segurança contra eventual ato de autoridade, contra esta ou contra o particular, se não couber ação possessória ou dominial visando à proteção da sepultura e do material que a constitui, caberá o amplo campo das cautelares e das ordinárias, incluindo reparação por dano patrimonial ou imaterial (RT 559/192).

7. JURISPRUDÊNCIA

67. Embora infelizmente as violações de sepultura sejam muito comuns, o delito do art. 210 do CP não tem frequentado assiduamente os pretórios. Contudo, alguns julgados interessa referir.

68. Reconheceu-se, acertadamente, que o bem jurídico protegido no crime de violação de sepultura não é a paz dos mortos, mas o sentimento coletivo de respeito aos que morreram (RJTJSP 21/458).

69. Num caso de cemitério abandonado há mais de 50 anos, um aresto absolveu os agentes, por considerar inexistir o dolo específico, ou elemento subjetivo do injusto implícito no tipo penal (RT 443/435; RF 243/265; RJTJSP 21/458; *Justitia* 76/202). Noutro caso, um agente destruiu vários túmulos, estátuas, imagens de santos, vasos e cruzeiros de um cemitério enquanto, embriagado, perseguia sua amante, para espancá-la: a absolvição também se fundou no fato de que não teria ele agido com dolo específico, enquanto se reconhecia a ilegitimidade de parte do Ministério Público para denunciar o crime de dano (RT 374/72 e RF 222/350). Absolveu-se, ainda, por falta de dolo específico, o agente que violou uma sepultura para fins de furto (RT 280/114 e RF 182/333). A mesma exigência de dolo específico se constatou no julgamento publicado na RF 243/265. Entendeu-se faltar tipicidade, por ausência de dolo, na conduta de sócio-gerente de cemitério que, diante da inadimplência de parcelas referentes à manutenção e conservação de sepultura, exuma restos mortais, conforme permite o contrato (TAMA, RT 790/656).

Remetemo-nos às passagens pertinentes deste estudo, onde fizemos o exame crítico do elemento subjetivo, cf. ns. 33-40.

70. Diversamente, outros acórdãos têm afastado o requisito do dolo específico no crime do art. 210 do CP (RF 167/411; RT 203/553; RF 205/371; RT 305/106; RF 197/328; v. *supra*, ns. 33 e segs.). A violação e a profanação de sepultura, praticadas por indivíduos voluntária ou culposamente embriagados, levaram-nos à condenação (RTs 476/339 e 255/89 e RF 173/379). A violação de sepulcro para a prática de atos de espiritismo foi considerada criminosa (RT 479/303 e RJTJSP 35/267). Considerou-se suficiente a consciência de se estar praticando uma violação de sepultura, sendo irrelevante a existência exclusiva de *animus furandi*, que, se presente, levaria ao concurso material (RT 305/106 e RF 197/328). Considerou-se violação de sepultura a atitude daquele que abriu o túmulo de terceiro para nele sepultar seu pai (RF 205/371), ou a daqueles que violaram uma sepultura para praticar um trabalho de umbanda, pois “o estado de *transe mediúnico*, eventualmente existente, não se constituiu em causa de diminuição de pena, de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade e, muito menos, de absolvição, pela simples razão de inexistir previsão legal da circunstância, ainda que verdadeira” (TJRS, Ap. Cr. n. 70014529440, tb. cit. em decisão monocrática, proferida no Ag n. 840.936-RS, do STJ).

71. Em matéria de concurso de crimes, admitiu-se o concurso material da violação com o furto praticado pelo coveiro que abriu a sepultura para subtrair a dentadura de ouro do cadáver (RF 66/196).

No aresto publicado na RF 242/311, entendeu-se, porém, que os danos trazidos à sepultura eram absorvidos pela violação, e a crítica a respeito já foi anteriormente exteriorizada (v. *supra*, n. 47). A propósito, reputou-se violação de sepultura a mutilação de imagens que ornamentavam o túmulo (RF 167/411).

72. Não cometeram crime os funcionários do Serviço Nacional da Febre Amarela que desenterraram um cadáver para fins de vicerotomia, segundo o julgado publicado na RT 193/429: a eles faltou não só o elemento subjetivo como o normativo do tipo.

73. Podem, ainda, ser mencionados alguns acórdãos de natureza cível com implicações sobre a matéria em estudo. Distinguiu-se entre concessão e propriedade na proteção dos sepulcros (RTs 504/101, 441/116 e 323/461). Afirmou-se não ser personalíssima, mas *intuitu familiae*, a concessão de jazigo (RTs 520/103 e 564/79; RJTJSP 52/143, v.g.). Atribuiu-se indenização por dano material e moral para proteção do *jus sepulchri* (RT 559/192).

74. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram algumas vezes sobre o crime em questão.

Por unanimidade, o STF denegou o HC 33.129-RS (DJU 07-02-55, p. 453), referente à profanação de sepultura praticada por indivíduo que retirou a

cruz de sobre o túmulo; a impetração ainda apontava a inépcia da denúncia, que se limitara a dizer que o co-réu “instigara” o paciente, sem descrever por que maneira o teria feito. Em acórdão relatado pelo Min. Orosimbo Nonato, a Corte recusou a inépcia da denúncia, pois, ainda que não tivesse sido minuciosa, permitira ao réu exercitar regularmente sua defesa; no mérito, afirmou que “o art. 210, ao falar em *profanação de sepultura*, alcança o caso de ser intencionalmente arrancada do túmulo a cruz nele colocada ou emblema religioso outro”; ora, “profanar é procurar tirar da coisa o seu caráter sagrado, que a cruz assinala de modo excelente (vede Jorge Severiano Ribeiro, Cód. de Processo Penal, vol. 4º, p. 86). Profanação, segundo Bento de Faria, é modalidade de violação. Assim, viola a sepultura – diz o autorizado exegeta, citando Saltelli – Di Falco, contra Manzini – não somente quem a inutiliza, por forma a impedir o seu destino normal em relação ao cadáver ou suas cinzas, como quem derruba ou arrasta as suas pedras, mutila os ornamentos, altera ou faz desaparecer as inscrições ou pratica atos de menosprezo”.

Esse mesmo caso já tinha sido submetido ao Pretório Excelso que, no julgamento anterior, tinha afirmado que a retirada da cruz de sobre o túmulo configurava o delito do art. 210 do CP e que consistia instigação e coautoria a atitude de quem apostara com o executor material da profanação no sentido de que este não seria capaz de cometer o delito (RHC 33.034-RS, j. 07-04-54). De nossa parte, acrescentemos que talvez se pudesse supor que, ao apostar que o co-réu *não seria capaz de cometer o delito*, o paciente teria estado interessado em que o outro *não delinqüisse*, porque assim ganharia a aposta; contudo, na verdade, o tribunal bem percebeu que, no fundo, o paciente estava disposto a pagar para que o co-réu cometesse o crime, ou seja, *instigara-o a delinquir*.

O STF denegou, ainda, o HC 38.695-SP, julgado em 08-11-61, referente à Ap. Crim. 70.732, de Limeira, apreciada pelo TJSP em 24-07-61, o qual considerara provada a infração penal (os agentes retiraram a imagem de santo de uma sepultura, colocaram garrafas de cerveja na cabeceira do túmulo de um finado amigo, juntamente com imagens e adornos subtraídos de outros túmulos – livro de Registro de Acórdãos 467, fls. 27-v./29-v.-TJSP).

Reconheceu, ainda, que a violação de sepultura praticada por soldado policial militar no exercício de suas funções de policiamento ostensivo configurava crime da competência da Justiça castrense (RT 524/472).

O STJ inadmitiu o processamento de recurso especial tirado contra acórdão que absolveu o agente, sob o fundamento de que “não ficou evidenciado o dolo necessário a tipificar o crime do art. 210 do CP, eis que o recorrido não atuou com o intuito de desrespeitar ou desprezar o morto, mas tão-somente no escopo de dar cumprimento à legislação municipal, na condição de administrador do cemitério” (Ag n. 876.921-SC, rel. Min. Felix Fischer).

Na esfera cível, o Pretório Excelso admitiu o poder de polícia do Município sobre os epitáfios, matéria onde proclamou que basta a irreverência para não

ser respeito (RT 451/43 e 73 e RTJ 73/173). Afirmou, ainda, a identidade de conceitos entre sepultura e jazigo (RTJ 78/792).

Por sua vez, ainda na esfera cível, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o Município deve responder por indenização, a título de danos morais, quando comprovada violação à sepultura com inobservância do prazo legal para a regular exumação (REsp n. 762.732-MG, decisão monocrática do Min. Mauro Campbell Marques, *DJe*, 22-08-08). Num outro caso, o STJ negou provimento a recurso especial interposto contra acórdão local que tinha dado por configurada a responsabilidade indenizatória do ente público, porque este faltou com o dever de vigilância e cuidado na guarda e conservação dos túmulos, tendo em vista que o cemitério, bem público municipal, é explorado pela Administração, diretamente ou sob regime de concessão, e num dos túmulos violados se esquartejara o corpo de um falecido, para fins de ritual de magia negra (REsp n. 771.909-RS, decisão monocrática do Min. Humberto Martins, *DJe*, 24-04-07).

8. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. "Concessão perpétua de terrenos de cemitério". RTs 252/22, 253/17, 254/3, 255/19, 256/12, 257/43 e 258/59.

CALÓN, Eugenio Cuelo. *Derecho Penal*. v. 4, Barcelona, Editorial Bosch, 1957.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Trad. CNBB, Brasília, 1983.

CORPUS JURIS CIVILIS. *Academicum Parisiense*, org. por C. M. Galisset, Paris, 1862.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. v. IV, Rio, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1943.

FLORIAN, E. "Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti". In *Trattato di Diritto Penale*, Milão, 1936.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. t. II, São Paulo, Ed. Forense, 1980.

FRANCO, Alberto Silva, e outros. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. v. IV, t. I, São Paulo, Ed. RT, 1980.

GARRAUD, R. *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*. Paris, Ed. L. Larose, 1901, n. 2.008.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. *Das Contravenções Penais*. São Paulo, Ed. Freitas Bastos, 1942.

HUNGRIA, Néelson, e outros. *Comentários ao Código Penal*. v. VIII, Rio, Ed. Forense, 1959.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. vs. I-III, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980-1983.

LES CODES PÉNAUX EUROPÉENS. 4 vs., org. por Marc Ancel, Paris, 1971.

LINHARES, Marcello Jardim. *Contravenções Penais*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1980.

Los Códigos Penales Latinoamericanos. 4 vs., org. por Ricardo Levene e Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, 1978.

MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto Penale*. v. II, t. I, Bolonha, Ed. Nicola Zanichelli, 1953.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. v. VI, Turim, 1950.

MAZZILLI, Hugo Nigro. "Violação de Sepultura". RT 608/275.

MEIRA, Sílvio A. B. *História e Fontes do Direito Romano*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1966.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal – Parte Especial*. Buenos Aires, Ed. De Palma, 1959.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. vs. I e II, Atlas, São Paulo, 1991.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro Comentado*. v. VII, São Paulo, Ed. Saraiva, 1954.

_____. *Direito Penal*. v. III, São Paulo, Ed. Saraiva, 1971.

Novissimo Digesto Italiano. vs. XVI e XVIII, verbs. "Sepolcro (Diritto Romano)", "Sepolcro (Diritto vigente)", *Sentimento religioso e pietà dei defunti (Delitti contro il)*", por Giuseppe Ignazio Luzzatto, Franco Carresi e Arturo Santoro, respectivamente, Turim, 1969 e 1957.

PÉREZ, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. t. IV, Bogotá, Ed. Temis, 1971.

RIBEIRO, Jorge Severiano. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v. IV, Rio, Ed. Jacinto, 1945.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. t. II, Rio, Ed. F. Briguiet, 1899.

VOUIN, Robert. *Droit Pénal Spécial*. t. I, ed. Dalloz, 1971.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires, Ed. Roque Depalma, 1956.