

Paulo Queiroz

**DIREITO
PENAL**

Parte Especial

2

4ª edição:

Revista, ampliada e atualizada

2020

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

ANA CLÁUDIA BASTOS DE PINHO¹ E
MICHELLE BARBOSA DE BRITO²

1. INTRODUÇÃO: PONTUANDO A FALA

A proposta é escrever sobre os “crimes contra a vida”, que correspondem ao Capítulo I, do Título I (“crimes contra a pessoa”), do Código Penal Brasileiro.

Sob a rubrica de crimes contra a vida, o Código prevê quatro delitos, a saber: homicídio (art. 121), induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123) e aborto (arts. 124 a 128).

À exceção do homicídio, que admite a forma culposa, esses crimes são puníveis exclusivamente na forma dolosa, isto é, sempre que o agente agir com consciência e vontade de realizar os elementos do tipo, quer direta (dolo direto), quer eventualmente (dolo eventual). E, quando dolosos, a competência para apreciação e julgamento é do Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII, d).

Por óbvio, a escrita não se dará impunemente. Há um local que delimita a fala, a partir do momento em que se estará dizendo algo sobre alguma coisa e, portanto, atribuindo sentido. Quem diz o que diz a lei? Qual a melhor interpretação para esse ou aquele dispositivo legal? É possível oferecer uma resposta em tese, sem que a concretude do caso se imponha? Se é possível, como fazê-lo? Qual o melhor caminho? Se a doutrina deve doutrinar (e, sim, isso é verdadeiro, como sempre pontuam Lenio Streck e Jacinto Coutinho), quais as bases para isso? Que dogmática efetivamente temos? De que dogmática precisamos? Que instrumentos a teoria do Direito Penal nos fornece para a realização de uma política criminal verdadeiramente comprometida com o perfil democrático da Constituição da República? E, antes disso, que modelo de intervenção penal se delinea a partir do texto constitucional?

As respostas a essas indagações, necessariamente, dependem da mesma concepção que se tem sobre o Direito, em geral, e sobre o Direito Penal, em especial. A partir da postura teórica (e, conseqüentemente, ideológica) que se assume, as respostas

1 Doutora em Direito (UFPA). Professora (adjunto I) de Direito Penal da UFPA (graduação e pós graduação). Promotora de Justiça.

2 Doutora e Mestre em Direito (UFPA). Especialista em Ciências Penais (UNISUL). Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Pará.

serão diferentes, o que, em absoluto, implica dizer que serão todas possíveis, do ponto de vista da correção democrática.

Nem todas as repostas são válidas, na medida em que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (Streck). A atribuição de sentidos há de sofrer constrangimentos, se não se quiser chegar a um “vale tudo” hermenêutico e se admitir, por absurdo, que qualquer interpretação que se faça do Código Penal se legitime, tão somente, por um argumento de autoridade ou pela repetição do senso comum teórico (Warat).

Os sentidos das coisas não estão na vitrine, à disposição do intérprete, esperando que escolha o que melhor lhe convier, a partir de seu poder racionalizante. Se o texto (Código Penal) não carrega um sentido pré-dado, de fábrica, por outro lado ao intérprete também não é dado atribuir-lhe qualquer um. Nem a objetividade do texto, tampouco a subjetividade do intérprete. Não há um “grau zero de sentido” (Streck). O texto, ele próprio, já anuncia, já diz. Porém, a resposta há de ser fruto de um diálogo entre intérprete e texto, deixando-se o intérprete levar pela experiência do estranhamento, colocando à prova seus pré-juízos e, constantemente, verificar se eles se confirmam no próprio texto. Essa experiência hermenêutica é uma via privilegiada para demonstrar como se dá a compreensão e de como é possível constranger o poder de decisão jurídica, a partir do reconhecimento dos pré-juízos autênticos e inautênticos e da análise positiva da tradição, por meio de uma interpretação construtiva (Dworkin)³.

Dito de outro modo: a crise que ora se aponta, que é uma crise do Direito mesmo, deriva da crise da interpretação. Não se tem, ainda, no Brasil, uma séria teoria da decisão que aponte caminhos seguros à formação, por exemplo, de uma dogmática penal constitucionalmente orientada. Ainda vigora, em nosso senso comum, a falácia de que qualquer um pode pensar o que quiser sobre Direito Penal. Diálogos do tipo “isso é a sua opinião”, ou “esse é o entendimento do fulano, devemos respeitar” que, ao mesmo tempo tomam ares de certa humildade e resignação, não passam de discursos tão verdadeiros (sim, cada um tem a sua “opinião” sobre algo), quanto inócuos e vazios (Dworkin), visto que em nada fazem avançar a discussão teórica, que é a que verdadeiramente importa.

Seguimos, assim, reféns do monastério dos sábios (Lyra Filho) e do relativismo interpretativo que, à parte a sedução poética que carrega, em nada contribui à construção de um marco doutrinário que respeite a tradição, que se empenhe na análise profunda dos argumentos teóricos, que realize a interpretação construtiva, ingredientes indispensáveis a quem pretende realizar uma tarefa séria de compreensão/interpretação/aplicação do Direito Penal que, num sistema que (ainda) carrega a nódoa

3 Sobre o tema, cf PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

inquisitiva, tendo o juiz como o grande protagonista, é um desafio tão urgente quanto necessário.

Dito isso, assume-se, aqui, uma postura marcada pela teoria agnóstica da pena (no sentido de Zaffaroni e Salo de Carvalho), por se admitir que, numa democracia, o Direito Penal não se legitima como forma de controle a favor da maioria e que, em verdade, deve funcionar como um sistema de garantias às minorias desviantes, impondo-se a adoção de uma política de redução de danos ao imputado, por meio da intervenção mínima e da limitação punitiva. Para a teoria negativa ou agnóstica da pena, construída a partir do comprovado fracasso de todas as teorias positivas, a pena é um fato de poder que o poder dos juristas pode limitar e conter, mas não eliminar (Zaffaroni).

O discurso declarado do Direito Penal, com suas teorias positivas ou legitimadoras da pena (principalmente as de prevenção geral negativa e prevenção especial positiva)⁴, não se sustenta frente a um crivo constitucional e aos desvelamentos promovidos pela criminologia crítica, deixando claro, ao fim e ao cabo, que sua verdadeira função (escamoteada, porém real) é servir de instrumento de exclusão de grupos vulneráveis, sempre eleitos pela seletividade inerente ao sistema de repressão. Somente ocasional e isoladamente o poder punitivo cumpre qualquer das funções manifestas a ele atribuídas.

Isso justifica, grosso modo, a opção ideológica por uma teoria agnóstica da pena e, via de consequência, a inclinação por uma dogmática de redução de danos, que caminhe exatamente nesse eixo político-criminal. Sustenta-se, portanto, a necessidade de uma leitura constitucional sobre o papel da repressão penal como condição de possibilidade para se chegar à pena. É o que se pretenderá nas linhas que seguem.

Vale registrar que quando falamos em “redução de danos” estamos falando em redução de poder punitivo, redução de dor ao imputado, à medida em que não acreditamos que a pena cumpra quaisquer das funções oficiais que se diz perseguir. Pensamos, com Zaffaroni, que a pena não se legitima pela racionalidade jurídica, mas é um evento político, cuja finalidade repressiva/seletiva está escondida por baixo do véu do discurso legitimante.

2. HOMICÍDIO

☉ Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

4 A função da pena no que diz respeito à prevenção geral negativa pretende obter a dissuasão dos que não delinquiram e que podem sentir-se tentados a fazê-lo, sustentando, portanto, que a pena intimida os sujeitos para que não cometam delitos. Já a prevenção especial positiva tem como escopo o melhoramento do infrator e substancia-se nas chamadas ideologias “re”, ou seja, a pena promoveria a ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização e reincorporação do indivíduo. Para essa teoria, a pena é um bem para quem é submetido a ela.

⊙ Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

⊙ Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

⊙ Femicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

VIII - (VETADO na Lei nº 13.964, de 24/12/2019)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

⊙ Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

⊙ Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

- I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
- II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;
- III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;
- IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006

O homicídio – termo que o Código preferiu a assassinato - é a morte de um homem por outro homem (Francesco Carrara); ou, ainda, é a supressão da vida por outrem. Não é homicídio, por conseguinte, a morte que resulta de causas naturais ou de ação da própria vítima contra si mesma (suicídio).

Para fins penais, não é homicídio tampouco, mas aborto, a causação da morte do feto, isto é, do ser ainda em formação que não nasceu, embora já concebido e legalmente protegido desde a concepção. Ressalte-se, no entanto, que segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵, no caso de já ter iniciado o trabalho de parto, não se fala mais em aborto, e sim em homicídio ou infanticídio, conforme o caso, uma vez que não se mostra necessário que o nascituro tenha respirado para configurar o crime de homicídio, bastando a demonstração de que tinha vida.

Não é homicídio a morte do infante, pela própria mãe, durante o parto ou logo a seguir, visto configurar infanticídio, se bem que, a rigor, o infanticídio (espécie) constitui uma das possíveis formas de homicídio (gênero).

Há homicídio – mas não crime de homicídio - independentemente de existir, em favor do autor, excludentes legais de tipicidade, de ilicitude ou de culpabilidade. Justamente por isso, a produção da morte de alguém em legítima defesa, por exemplo, é homicídio, apesar de juridicamente autorizada.

Também por isso, constitui homicídio a execução legal de pessoa humana (pena de morte).

A morte por outrem deixa de caracterizar homicídio sempre que fizer parte de um tipo penal autônomo/diverso. Assim, por exemplo, não é homicídio, mas latrocínio, a morte decorrente do emprego de violência ou grave ameaça para subtrair coisa alheia móvel (CP, art. 157, § 3º, parte final). Não configura homicídio tampouco, mas lesão corporal qualificada, a morte que resultar de preterdolo, isto é, dolo quanto às lesões e culpa quanto ao resultado morte (CP, art. 129, § 3º).

No que diz respeito à conduta do agente, o homicídio pode decorrer tanto da forma comissiva (mais comum), quanto omissiva (omissão imprópria). Quando praticado

5 STJ. Quinta Turma. HC 228.998-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze. Julgamento em 23/10/2012.

por meio de ação (crime comissivo), tem-se um “fazer algo”, um sentido positivo, e quando decorre de uma omissão (crime omissivo), tem-se um “deixar de fazer algo a que se está obrigado”, um sentido negativo, de inércia do agente.

Os crimes omissivos subdividem-se em omissivos próprios, quando o tipo penal descreve como ilícito um não fazer – a exemplo do crime de omissão de socorro, previsto no art. 135 do CP, onde o legislador impõe explicitamente no tipo penal um dever de agir, sob pena de incorrer no delito, e omissivos impróprios ou comissivos por omissão, que não possuem tipicidade autônoma na parte especial do Código Penal, ou seja, correspondem a tipos penais que descrevem uma ação, mas são praticados por omissão, em virtude do que dispõe o art. 13, § 2º do Código Penal, nas hipóteses em que o autor encontra-se na condição legal de garante e que, podendo agir, não o faz (v.g., a mãe que deixa de alimentar o próprio filho e o salva-vidas que não socorre o banhista que está se afogando), quando então responderá dolosa ou culposamente, segundo se trate de omissão dolosa ou culposa.

É importante registrar que na omissão imprópria a relação de causalidade é hipotética, já que não se tem uma ação e o correspondente resultado, mas sim uma omissão que, se não houvesse acontecido, hipoteticamente o resultado não teria ocorrido. A omissão, dito de outra forma, é normativa, e não naturalística. Isto é, resulta de uma regra jurídica, e não de um dado ontológico. Se o pai, que deve garantir a vida do filho criança, deixa-o aproximar de uma piscina, atirar-se na água e não faz absolutamente nada para salvá-lo, pratica, em tese, homicídio por omissão imprópria, não porque a morte tenha sido “causada” pela inação do pai, mas porque esse resultado a ele é “imputado” em virtude de não ter agido da forma que o Direito impunha. Daí a necessária diferença entre “causação” e “imputação”, muito bem delineada pela teoria da imputação objetiva.

Em relação à figura do garantidor, a regra consubstanciada no § 2º do art. 13 apareceu no Código Penal brasileiro com a reforma de 1984, expressando a absorção da construção doutrinária positivista dominante à época, na medida em que vinculou a exigência de um comportamento à lei ou contrato, desvinculando, portanto, a obrigação jurídica de qualquer interferência moral.⁶

Em crítica à corrente adotada pelo Código Penal brasileiro, Zaffaroni et al. observam que a regra contida no § 2º do art. 13 enseja uma leitura redutora diante de casos concretos em que, apesar do sujeito considerado garante não ter agido, a equiparação entre a sua omissão e a obtenção comissiva do resultado é valorativamente inadmissível. Assim, como de fato o deve ser, os autores destacam que somente no plano concreto é que se pode vislumbrar com clareza o garantidor, expressando uma construção doutrinária com base em critérios materiais, mas que, no entanto, deve ser recebida

6 Sobre o tema, cf BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 294-297.

com reservas diante dos critérios formais claramente adotados pelo Código Penal, em atenção ao princípio da legalidade.⁷

Segundo Busato, nos crimes omissivos impróprios, a omissão equivale à ação, em termos de desvalor jurídico, pois resulta a mesma conduta descrita no tipo penal: matar, lesionar etc. Contudo, “é necessário que o resultado lesivo seja passível de evitação, quer dizer, que seja possível ao responsável agir para evitar, mediante a ação esperada pelo direito, a produção do resultado. Caso isso seja impossível, não pode haver responsabilização penal”.⁸

Trata-se de crime material, isto é, exige-se a ocorrência do resultado para consumação. Como regra, a prova da materialidade do homicídio é feita mediante exame de corpo de delito direto, que fará a inspeção ocular e autópsia do cadáver, certificando a causa da morte, os meios que a produziram etc.⁹

Mas, quando impossível a sua realização, quer em razão do desaparecimento ou ocultação do cadáver, quer em virtude da sua extinção por qualquer meio, provar-se-á o homicídio por todas as formas legalmente admissíveis e concretamente disponíveis. É o que estabelece a norma contida no art. 167 do Código de Processo Penal, ao admitir o exame indireto quando os vestígios (no caso, o cadáver) do crime desapareceram e a falta do exame direto é suprida pela prova testemunhal, filmagens, fotografias etc.¹⁰

Está há muito superada, portanto, a posição de Francesco Carrara¹¹, que não admitia homicídio sem cadáver, sobretudo nos dias atuais em que, com alguma frequência, uma vez consumado o crime, os agentes dão cabo ao corpo pelos mais diversos meios e assim impossibilitam a autópsia. Nesse sentido, destaca Aury Lopes Jr:

A ocultação do cadáver (muitas vezes levada a cabo pelo próprio autor do homicídio) impossibilita o exame direto. Contudo, é predominante a jurisprudência brasileira no sentido de admitir o exame de corpo de delito indireto, consubstanciado em prova testemunhal suficiente, aliada, em alguns casos, à prova pericial feita em armas ou vestígios de sangue, cabelos, tecidos etc. encontrados no local do crime ou até mesmo no carro utilizado pelo réu para transportar o corpo.¹²

7 ZAFFARONI, E. Raúl... [et al.]. *Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 358-359.

8 BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 294-297.

9 Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, v. 5. Rio: Forense, 1958, p. 64.

10 LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 619.

11 De acordo com Carrara, “assim foi prevalecendo a regra de que a prova do corpo de delito de homicídio deve construir-se sobre a certeza física, regra que ainda se mantém, inclusive no sistema da convicção íntima. Tão clara quanto absoluta é a razão disso, pois não se pode proceder à procura do autor de um delito enquanto não se comprovar que este delito existe; e não se pode afirmar que existe um delito de homicídio enquanto não se comprovar que um homem foi morto por obra de outro homem; nem se pode dizer com certeza que um homem morreu enquanto não se encontrar o seu cadáver, ou, ao menos, enquanto os restos não sejam devidamente reconhecidos.” Programa, cit., pp. 51/52.

12 LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 620.

À parte sua colocação topográfica privilegiada na Parte Especial do CP/40, o homicídio, chamado por Hungria de “crime por excelência”¹³, está longe de ser o delito considerado mais grave pelo legislador brasileiro.

Devemos isso ao assim chamado movimento de lei e ordem, que se instalou no Brasil a partir da década de 90 do século passado, inaugurado pela emblemática Lei de Crimes hediondos (8.072/90) que, na esteira do Direito Penal simbólico e reafirmando uma política criminal de exclusão, aumentou consideravelmente penas de crimes contra o patrimônio e amputou garantias, numa verdadeira caça às bruxas que, como único efeito, trouxe somente a violação, às escâncaras, da CR/88. Nesse delírio punitivista, ganhou a seletividade e a manutenção da tutela desproporcional do patrimônio em detrimento da pessoa.

O crime apenado com maior rigor, no Código Penal brasileiro, desde então, é a extorsão mediante sequestro seguida de morte (crime qualificado pelo resultado que, em assim sendo, admite a morte a título de culpa - preterdolo), previsto no art. 159, § 3º, do CP, com sanção cominada em 24 a 30 anos de reclusão. Ficando claro: a pena mínima cominada a esse delito (24 anos) é quatro anos superior à pena máxima prevista ao homicídio simples (20 anos). Isto é, a vida dissociada do patrimônio, não é um bem jurídico que reclame proteção penal mais efetiva, mas quando àquela atrelada, ganha ares de tamanha relevância, que demanda uma resposta de tal sorte absurda, que subverte totalmente a coerência do sistema¹⁴.

Em verdade, o Código Penal brasileiro (antes e depois da lei de Crimes Hediondos) é nitidamente produto de um movimento político criminal autoritário (não custa lembrar que nosso diploma repressivo foi concebido em pleno Estado Novo varguista, conhecido como uma réplica - mal feita - do Código italiano de Rocco, da era fascista de Mussolini), em que, claramente, privilegia-se o patrimônio como bem jurídico de tutela preferencial, reproduzindo a exclusão natural que marca os discursos penais nos países marginais (Zaffaroni).

Dito de outra forma: os economicamente favorecidos são duplamente satisfeitos pelo sistema penal (a uma, porque não integram seu alvo de repressão; a duas, porque seu patrimônio segue muito bem protegido) e os pobres e marginalizados, continuam duplamente “punidos e mal pagos” (para usar Nilo Batista), já que são os eleitos preferenciais do sistema para receber a punição e, não bastasse, o bem jurídico que efetivamente possuem (vida) não é contemplado da forma que - pela lógica da teoria do bem jurídico (não vamos aqui, por não caber, lançar maiores olhares sobre a teoria do bem jurídico, que demandaria esforço argumentativo que foge aos propósitos desse texto) - deveria ser.

Voltemos ao homicídio, pois.

13 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Volume V. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. Página 23.

14 Sobre o tema, cf PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

2.1. Homicídio Simples (art. 121, caput)

Com apenas duas elementares (“matar alguém”), o homicídio, em sua espécie fundamental (ou simples) constitui o tipo penal menos complexo do ordenamento jurídico. Chamado tipo penal fechado, demanda a compreensão de seu núcleo (o verbo matar) e do complemento (alguém).

Previsto no *caput* do art. 121, do CP, comina a pena de reclusão de 06 a 20 anos e somente é considerado crime hediondo quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, segundo dispõe o art. 1º, I, primeira parte, da Lei nº 8.072/90.

Sem cair na falácia paleopositivista de que na clareza cessa a interpretação (já pontuamos, no início, que o interpretar/aplicar sempre envolvem uma atribuição de sentido), não resta dúvida de que as grandes narrativas possíveis ao crime de homicídio simples, ficam a cargo da teoria do delito. Dessa forma, imperioso o retorno a algumas questões teóricas de alta indagação pertinentes à parte geral do Direito Penal, algumas das quais tratadas nesse texto, outras no Volume da obra relativo à Parte Geral.

2.1.1. Bem jurídico tutelado

O conceito de bem jurídico integra os objetivos declarados do direito penal, qual seja, o direito penal busca a proteção de bens jurídicos (valores relevantes para a vida humana), promovendo o bem comum. Zaffaroni, contudo, sustenta que os tipos penais não tutelam nem protegem bens jurídicos como tais, mas apenas proíbem algumas condutas particulares que os ofendem. Segundo o autor argentino, a lei penal não tutela a vida, apenas proíbe, sob ameaça de pena, algumas condutas que as ofendem. O poder punitivo não tutela o bem jurídico da vítima porque ele só se exerce quando a lesão já se produziu, de modo que somente seria possível sustentar a tutela penal ao bem, se a pena cumprisse de fato uma função preventiva.¹⁵

Nada obstante as discussões em torno da teoria do bem jurídico, que por óbvio não cabem nesta seção, no caso do homicídio, por evidente não há qualquer questionamento acerca da dignidade penal da vida (que ocupa *status* de direito fundamental, inclusive – CF, art. 5º, caput). Protege-se a vida extra uterina em toda a sua dimensão e sem qualquer restrição ou discriminação, até mesmo porque sua dignidade constitucional não permitiria. Não se exige a viabilidade da vida extra uterina, ou seja, basta o nascimento com vida da vítima e que esta esteja viva no momento da conduta, o que significa dizer que, na hipótese da conduta ser dirigida a um cadáver, tem-se um crime impossível (ou tentativa inidônea) por absoluta impropriedade do objeto (CP, art. 17).

15 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anotações sobre o bem jurídico: fusões e (com)fusões. In: *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Ana Cláudia Bastos de Pinho, Jean-François Y. Deluchey, Marcus Alan de Melo Gomes (coordenadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 16-17.

A doutrina, de um modo geral, considera a vida um bem jurídico indisponível, isto é, ainda que a própria vítima consinta com a sua extinção, será punido o autor da conduta¹⁶. Temos que, nesse particular, a teoria da imputação objetiva (nos moldes delineados por Claus Roxin) pode nos trazer outros aportes de discussão ao introduzir o risco como um elemento normativo da tipicidade, alargando a visão meramente formal dessa categoria dogmática e propondo novos parâmetros de imputação, condicionando-a à criação do risco juridicamente proibido e à realização desse risco no resultado. Dito de outro modo: a autocolocação em risco exclui, em tese, a imputação jurídico-penal, hipótese que não se confunde com a heterocolocação em risco, cujo tratamento é diverso. Consequências mais diretas da teoria da imputação objetiva por autocolocação em risco podem ser observadas no delito de favorecimento ao suicídio, posteriormente analisado.

2.1.2. Elemento subjetivo

O crime de homicídio pode ser doloso ou culposos.

A modalidade dolosa está prevista nas hipóteses de homicídio simples (art. 121, caput), privilegiado (art. 121, § 1º) e qualificado (art. 121, § 2º).

A doutrina tem trabalhado com três modalidades de dolo, a saber: dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual. Diz-se, contudo, que o Código Penal brasileiro teria reconhecido somente duas espécies de dolo: dolo direto e dolo eventual, a teor do que dispõe o art. 18, I.¹⁷

Dolo é, acima de tudo, conhecimento + vontade. Só se pode desejar aquilo que se conhece. Conhecimento dos elementos que integram a definição típica de um crime + vontade de realizar a respectiva conduta. Exatamente por isso, tem-se no ERRO DE TIPO (essencial) uma excludente do próprio dolo, na medida em que ERRO implica DESCONHECIMENTO ou FALSO CONHECIMENTO. Assim, se, no crime de homicídio, o sujeito mata um ser humano, julgando se tratar de um animal, não responde por homicídio doloso, podendo responder por culpa, caso identificada a falta de cautela.

No dolo direto de primeiro grau, há a vontade de produzir o resultado, ao passo que no dolo direto de segundo grau o agente representa o resultado secundário como uma decorrência inevitável de sua conduta dirigida ao resultado pretendido. Já no

16 “Em razão da indisponibilidade e da incontestável magnitude do bem jurídico protegido - a vida humana - é irrelevante, em princípio, o consentimento da vítima”(PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. Volume 2: parte especial. São Paulo: RT, 2000. Página 36). “Contudo, isso não significa que o indivíduo possa dispor livremente da vida. não há um direito sobre a vida, ou seja, um direito de dispor, validamente, da própria vida. Em outros termos, a vida é um bem jurídico indisponível, porque constitui elementos necessários de todos os demais direitos”(BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 2: parte especial. 11a edição. São Paulo: SARAIVA, 2011. PÁGINAS 46/47).

17 Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

dolo eventual, a probabilidade de ocorrência do resultado não o impede de praticar a conduta; não se trata de querer o resultado, mas de ser totalmente indiferente à sua realização, o que, para o legislador, equivale a querer causar o dano.

Vejamos cada uma das modalidades de dolo em relação ao crime de homicídio a partir do seguinte exemplo: Com o objetivo de matar o proprietário de um estabelecimento comercial, A provocou um incêndio na sede da loja de tecidos, em pleno horário comercial, sabendo que, no interior do prédio, ainda se encontravam todos os funcionários e alguns clientes. O corpo de bombeiros foi acionado, de imediato, mas pouca coisa conseguiu fazer. Vinte pessoas que estavam dentro do estabelecimento morreram, inclusive o proprietário, e mais duas que estavam na casa vizinha ao prédio, que também foi atingida pelo fogo.

Pois bem, tem-se que em relação ao homicídio do proprietário do estabelecimento comercial, A agiu com dolo direito de primeiro grau; em relação aos homicídios das outras pessoas (funcionários e clientes) que estavam no interior da loja, A agiu com dolo direto de segundo grau; e em relação aos homicídios das duas pessoas que estavam na casa vizinha, agiu com dolo eventual.

No que diz respeito à modalidade culposa do crime de homicídio, está prevista no art. 121, § 3º e será tratada em momento oportuno.

2.1.3. Consumação e tentativa

De acordo com o art. 14, I do Código Penal, o crime consuma-se quando nele reúnem-se todos os elementos de sua definição legal. A doutrina traz duas concepções acerca da consumação: formal e material. Segundo a consumação formal, em relação aos crimes materiais, como o homicídio, a consumação dá-se com a ocorrência do resultado naturalístico, logo, relaciona-se com a doutrina clássica, cuja concepção é de tipicidade puramente formal. Por outro lado, na consumação material a consumação do delito ocorre quando há lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, exigindo-se, portanto, a concreta afetação de bens jurídicos (resultado jurídico).

Tal distinção torna-se de maior relevância nos casos de crimes formais e de mera conduta, cuja consumação dá-se no momento da ação, cabendo, portanto, nesses casos maior reflexão acerca da exigência do desvalor do resultado para consumir o delito.

De todo modo, no caso do crime de homicídio, tratando-se de crime material, por excelência, o momento consumativo dá-se com a morte da vítima (resultado naturalístico) que, de acordo com a Lei nº 9.434/97, ocorre com a cessação da atividade cerebral – morte encefálica. Assim, por exemplo, ainda que a vítima tenha ficado com gravíssimas sequelas em decorrência de um tiro de arma de fogo, cujo dolo era de matar, na hipótese de persistir sua atividade cerebral, o agente responde pelo crime de homicídio na sua forma tentada.

O homicídio admite a tentativa, que ocorre quando o agente dá início aos atos executórios, contudo, o crime não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade (CP,

art. 14, II). O elemento subjetivo é fundamental para se distinguir a forma tentada de um outro tipo penal autônomo. Por exemplo, na situação em que o agente desfere um golpe de faca na vítima, sendo sua ação interrompida por terceiro: se pretendia matar a vítima (*animus necandi*), responderá por tentativa de homicídio; mas se tinha o dolo de apenas lesionar (*animus laedendi*), responderá por lesão corporal consumada. Registre-se que os atos meramente preparatórios, como a aquisição de uma arma ou escolha do local onde se pretende cometer o crime, não são puníveis, salvo se configurarem delitos autônomos.

De outra parte, se o *iter criminis* é interrompido pela vontade do agente, já não se fala em tentativa, mas sim em arrependimento eficaz ou desistência voluntária.

Ocorrerá, em tese, a desistência voluntária quando, por exemplo, o sujeito, com o objetivo de matar a vítima, dispara um tiro de arma de fogo, porém, ao perceber que o tiro não foi letal, podendo continuar atirando, desiste voluntariamente de prosseguir na realização dos atos executórios. Não se exige, frise-se, espontaneidade na desistência, ou seja, não é necessário que a ideia tenha partido do próprio agente. São irrelevantes as razões pessoais que o motivaram a desistir, bastando que a desistência seja voluntária, não forçada.¹⁸

Já no arrependimento eficaz, o sujeito pratica todos os atos executórios (v.g., joga a vítima ao mar), no entanto, age para impedir a ocorrência do resultado morte (resgata-a antes de seu afogamento).

Em ambos os casos (desistência voluntária e arrependimento eficaz), o agente não responderá por tentativa de homicídio, mas somente pelas lesões corporais provocadas (CP, art. 15).

2.1.4. Sujeitos do crime

Em se tratando de crime comum, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo e/ou passivo do delito. Entretanto, no caso de omissão imprópria, trata-se de crime próprio ou especial, pois só o garante ou garantidor nos termos da lei pode responder a esse título. Se o autor não for garante, haverá, em princípio, simples omissão de socorro (Exemplo: banhistas que assistirem a uma pessoa se afogar e, podendo ajudá-la, nada fazem, praticam, em tese, omissão de socorro. Porém, se a mesma cena for observada pelo salva-vidas da área que, por dolo ou culpa, omite o salvamento, temos homicídio - doloso ou culposo, conforme o caso - por omissão imprópria)

Ademais, não se exige qualquer finalidade específica do sujeito ativo do crime, porém o motivo determinante poderá configurar uma causa de diminuição de pena ou uma qualificadora, conforme se verá mais adiante.

18 QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V.1. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 304.

2.1.5. *Concurso de agentes*

O crime de homicídio pode ser praticado por uma só pessoa ou por várias pessoas (concurso eventual de pessoas), admitindo, portanto, a coautoria e a participação.

No que diz respeito ao tratamento conferido aos agentes que praticam o crime em concurso eventual, o Código Penal brasileiro adotou a teoria monista ou unitária, segundo a qual autores e partícipes respondem pelo mesmo crime, na medida de sua culpabilidade (CP, art. 29), o que, segundo Busato, explica-se pelo fato do mesmo diploma ter adotado o conceito de *causa* próprio da teoria da equivalência dos antecedentes causais (CP, art. 13).¹⁹

A coautoria no crime de homicídio implica dizer que o delito foi praticado por várias pessoas, cada uma querendo o fato como próprio, não se exigindo que as condutas sejam idênticas (normalmente há a repartição de tarefas entre os coautores). Na participação, ao contrário, o sujeito quer o fato como alheio.²⁰ O partícipe não pratica os atos de execução do delito, mas colabora para que se realize.²¹ Assim, se A empresta a arma para que B mate C, A responderá pelo crime de homicídio na qualidade de partícipe, e não em coautoria com B.

2.2. Homicídio privilegiado (art. 121, § 1º)

Trata-se, aqui, de uma causa especial de diminuição de pena (minorante específica), em que se tem em conta a valoração do motivo do delito.

O assim chamado “homicídio privilegiado” configura-se quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima. O *quantum* da redução sancionatória varia de um sexto a um terço.

2.2.1. *Motivo de relevante valor social ou moral*

O motivo de relevante valor social ou moral também está previsto como atenuante genérica no art. 65, III, a do Código Penal. Porém, pela regra da especialidade, no caso do homicídio, prevalece a minorante específica sobre a atenuante genérica.

Na exposição de motivos do Código Penal ficou consignado que “por ‘motivo de relevante valor social ou moral’, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável

19 BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 703.

20 QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral. V.1*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 322.

21 No que diz respeito à situação de dependência e acessoriedade da participação em face da autoria, o Código Penal brasileiro adotou a teoria da *acessoriedade limitada*, segundo a qual a punibilidade do partícipe está condicionada à realização do injusto pelo autor. “Ou seja, o autor necessita ter praticado fato típico e antijurídico. Se o autor não é culpável, mas realiza fato típico e antijurídico, quem participou responde pelo fato. Assim, por exemplo, responde quem auxilia menor de 18 anos na prática de fato típico e antijurídico.” (BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 725).

sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)²², a indignação contra um traidor da pátria, etc.”.

Segundo Hungria, relevante valor social “é aquele que corresponde, mais particularmente, aos interesses coletivos, ou é suscitado por específicas paixões ou preocupações sociais, nobres em si mesmas e condizentes com a atual organização da sociedade”. Daí a referência ao “traidor da pátria”. O exemplo de Hungria é, nesse sentido, emblemático: “a especial atenuação de pena também não poderia ser negada, por exemplo, ao indivíduo que, para assegurar a tranquilidade da população em cujo seio vive, elimina um bandido perigoso”²³.

Pensamos que esse tipo de circunstância, no atual estágio da democracia, não mais se sustenta, posto que configuraria, inclusive, um incentivo para a matança de pessoas “indignas”, de “bandidos perigosos”, de “facínoras”. Isto é, seria a admissão de que a vida de algumas pessoas, num Estado Democrático de Direito, teria menos valor que a de outras. Reprodução clara de um discurso de direito penal de inimigo, que não se harmoniza com os parâmetros constitucionais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual todos tem direito a igual respeito.

O relevante valor moral, encerra, como diz Bitencourt²⁴, interesse individual. O exemplo de Damásio de Jesus é o do pai que mata o estuprador de sua filha²⁵. De igual forma, essa causa de diminuição de pena, também deve ser vista com ressalvas. Por evidente, que não se pode admitir uma espécie de condescendência legislativa para com atos de vingança privada. Não parece correto aplicar a minorante ao pai que mata o estuprador da filha. Que princípio autorizaria esse tratamento mais benéfico, em um sistema democrático? O estado emocional do autor, por óbvio, deverá ser levado em conta num processo de dosimetria de pena (circunstâncias judiciais), porém não concordamos possa ser-lhe aplicada uma causa especial de diminuição. O relevante valor moral - se de todo não se pode negar-lhe vigência - precisa passar por um seguro crivo de interpretação, evitando essas autorizações de vingança privada. Enquanto não definidos os rumos da eutanásia no Brasil (será objeto do projeto de CP), a referida circunstância pode ser dirigida a situações que envolvam esse intrincado caso penal.

Na sistemática da teoria penal, os motivos servem ora para incrementar a pena, ora para abrandar a punição. No caso específico do homicídio, as duas hipóteses se fazem presentes na lei. Ora os motivos aumentam a pena (homicídio qualificado pelos motivos fútil e torpe), ora a reduzem (homicídio privilegiado pelos motivos de relevante valor social e moral).

22 No projeto do novo Código Penal, a eutanásia passa a ser prevista em tipo penal autônomo (art. 122), cuja pena cominada é de dois a quatro anos de prisão. Na redação original do projeto, o § 1º prevê hipóteses de perdão judicial e o § 2º causas de exclusão de ilicitude.

23 In op. cit. páginas 113/114.

24 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 2: parte especial.... p. 70.

25 JESUS, Damásio E. de. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 55.

A exigência legal é, pois, que se valore a motivação do delito. O que teria levado o sujeito ativo a ceifar a vida de outrem? Eis o desafio que o Código Penal nos impõe! Logo de início, é possível perceber a dificuldade de tal empreitada. Afinal, o motivo não está em outro lugar, senão na consciência de quem pratica a conduta proibida. Mas se a ninguém - num sistema acusatório - é dado produzir prova contra si próprio, como, de fato, saber? As dificuldades probatórias, nesse terreno, são inúmeras e, diante disso, não raro, o motivo é desconhecido e, portanto, nem pode diminuir, tampouco incrementar a punição.

Sem dúvida, essa importância conferida à motivação é resquício de uma cultura penalista (ainda) herdeira de um direito penal de autor, onde importam dados intrínsecos a despeito da efetiva lesão causada. Isso fica claro nas seguintes palavras de Hungria: “o motivo é o adjetivo do elemento moral do crime. É através do porquê do crime, principalmente, que se pode rastrear a personalidade do criminoso, e identificar a sua menor ou maior antissociabilidade”²⁶.

Não se está aqui a defender que a motivação do delito deva ser ignorada sob quaisquer circunstâncias. Nada disso. Até mesmo porque, não se há de negar que alguém que pratica eutanásia jamais deve ser tratado da mesma forma que um sujeito que comete homicídio sem a mesma inspiração. Ou que um sujeito que subtrai um alimento para matar a fome merece a mesma reprimenda daquele que pratica o furto sem tal objetivo. Em verdade, a própria legítima defesa, sob esse prisma, configura-se como causa de exclusão de ilicitude exatamente pela motivação (o sujeito mata motivado pelo sentimento de defesa própria, pelo instinto de sobrevivência). Mas não é disso que se trata. A crítica aqui direcionada vai para a utilização da motivação enquanto inspiração (pura e simples) de um direito penal de autor, mais ou menos nos moldes que traçou Hungria na citação acima. Por evidente, a situação é bem mais preocupante quando se trata do homicídio qualificado, posto que, nesse caso, o risco de um mau uso da circunstância levará a considerável incremento de punição.

2.2.2. Crime praticado sob o domínio de violenta emoção

A última causa de diminuição de pena configura-se quando o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Circunstância semelhante também está prevista no art. 65, III, c²⁷ do Código Penal como atenuante genérica, devendo a pena ser atenuada quando o agente comete o crime sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

26 In op. cit. Páginas 112/113.

27 Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

[...]

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

No crime de homicídio, o que distingue a causa de diminuição da circunstância atenuante é que o privilégio exige *reação imediata* do agente em relação à provocação da vítima, ao passo que a atenuante dispensa o requisito temporal. Assim, configura a atenuante genérica (e não o privilégio) quando, por exemplo, o agente age sob a influência de violenta emoção provocada pela descoberta do adultério da vítima, um mês antes do fato delituoso. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é possível a aplicação concomitante do privilégio do § 1º do art. 121 do CP e o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, “c” do CP.²⁸

A emoção é o “sentimento intenso e passageiro que altera o estado psicológico do indivíduo, provocando ressonância fisiológica”, ao contrário da paixão que se caracteriza por ser permanente ou duradoura. A emoção é “violenta” quando resulta de grave desequilíbrio psíquico, capaz de eliminar a capacidade de reflexão e autocontrole do indivíduo. A “provocação” é a atitude desafiadora, que expressa ofensas, insinuações, desprezo etc.²⁹

Entenda-se por “injusta” a provocação ilícita, antijurídica, proibida pelo Direito.

Outra distinção que se faz importante é em relação à legítima defesa. De acordo com o art. 25 do Código Penal, um dos requisitos da legítima defesa é a existência de injusta *agressão*, ao passo que no homicídio privilegiado fala-se em injusta *provocação*. Desta feita, ainda que presentes os demais requisitos do art. 25 do Código Penal, se houve ato de provocação por parte da vítima (e não agressão), não há que se falar em legítima defesa, mas sim na forma privilegiada do crime de homicídio.

De acordo com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁰ e do Supremo Tribunal Federal³¹, há compatibilidade entre as causas de diminuição de pena previstas no art. 121, § 1º do CP, que por sua vez são sempre de natureza subjetiva, com as qualificadoras de ordem objetiva, relativas aos meios e modos de execução do crime, tal como o emprego de meio cruel (art. 121, § 2º, III do CP).

Ademais, também em razão de sua natureza subjetiva, em caso de concurso de agentes, as circunstâncias que privilegiam o homicídio não se comunicam entre os autores do crime (CP, art. 30).

2.3. Homicídio qualificado (art. 121, § 2º)

O homicídio qualificado prevê pena autônoma, de 12 a 30 anos de reclusão, e é considerado crime hediondo, razão pela qual recebe tratamento mais severo no que diz respeito à insuscetibilidade de graça, anistia e indulto, regime inicialmente

28 STJ. Quinta Turma. AgRg no REsp 1835054 / SP. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 22/10/2019.

29 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial: volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

30 STJ. Sexta Turma. AgRg no REsp 950404 / RS. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento em 12/03/2019.

31 STF. Primeira Turma. HC 97034/MG. Relator Ministro Ayres Britto. Julgamento em 06/04/2010.

fechado e a necessidade de cumprimento de dois quintos (réu primário) ou três quintos (reincidente) da pena para progressão de regime, conforme estabelece o art. 1º, I e art. 2º da Lei 8.072/90. As circunstâncias que qualificam o crime de homicídio estão dispostas em sete incisos e distinguem-se conforme sua natureza subjetiva ou objetiva. As qualificadoras de caráter subjetivo estão relacionadas à motivação do agente (art. 121, § 2º, I, II, V, VI e VII do CP), ao passo que as de caráter objetivo dizem respeito ao meio e modo de execução do crime (art. 121, § 2º, III e IV do CP).

Na classificação de Damásio de Jesus, tem-se as seguintes qualificadoras: motivos determinantes (I e II), meios (III), forma (IV) e conexão com outro crime (V). No que diz respeito às qualificadoras relativas ao feminicídio (VI) e crime praticado contra pessoa que atua na área da segurança pública (VII), incluídas pelas Leis nºs 13.104/2005 e 13.142/2015, respectivamente, na classificação proposta por Damásio de Jesus, podemos enquadrá-las como motivos determinantes, ao lado dos motivos torpe e fútil.

2.3.1. *Motivo torpe*

O motivo torpe vem ao lado da paga e da promessa de recompensa. Ou seja, o próprio texto já indica seu sentido. Motivo torpe será, portanto, todo aquele que com a paga e a promessa de recompensa guardar afinidade. É o chamado *homicídio mercenário* ou *por mandato remunerado*. Nas palavras de Rogério Sanches Cunha, o homicídio é praticado por motivo torpe “quando a razão do delito for vil, ignóbil, repugnante, abjeta”³². Se matar é um ato, por si próprio, reprovável, sob o prisma de uma moralidade política (Dworkin), isto é, de uma tradição socialmente compartilhada em uma determinada sociedade (e, sim, é possível dizer que, na sociedade brasileira, a vida é um bem jurídico de inquestionável relevância e que o ato de encerrá-la, via homicídio, merece especial atenção do Direito Penal), matar por um motivo que, igualmente, provoca mais desajuste ainda nesse sistema de moralidade, seguramente torna a conduta mais reprovável. Pensemos no beneficiário de um testamento que mata o testador, para antecipar seu ganho. A situação merece, inclusive, resposta pelo Direito Civil. O que dizer, então, do caso penal?

Muito se fala sobre a “vingança” ser ou não um motivo torpe. Por óbvio que ela, por si própria, não define a torpeza ou não da motivação. Necessário saber o que gerou a vingança. O pai que mata o estuprador da filha age movido por vingança. À parte isso, tal ato é considerado, pela doutrina majoritária, como um homicídio privilegiado, muito embora tenhamos nossas reservas quanto a isso, como acima já expusemos. Mas, não se pode negar que torpe o motivo não é!

No que diz respeito ao homicídio praticado mediante paga ou promessa de recompensa, trata-se de delito de concurso necessário, ou seja, exige a participação de, no mínimo, duas pessoas: o mandante e o executor. Há certa divergência doutrinária

32 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte especial (arts. 121 ao 361). 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 55.

sobre a aplicação dessa qualificadora, se somente deve ser aplicada ao executor ou também ao mandante do crime. De acordo com a jurisprudência do STJ, firmada em recente julgamento de Recurso Especial pela Quinta Turma, a qualificadora do motivo torpe, a exemplo da paga ou promessa de recompensa, não é elementar do crime de homicídio e, em consequência, possuindo caráter pessoal, não se comunica aos mandantes (art. 30, CP). Nos termos do voto vencedor do Relator:

“... Há, assim, sempre a figura de duas pessoas, porém tal fato não impõe, por si só, a obrigatoriedade de os sujeitos responderem pelo delito com as qualificadoras, que são, repetimos, circunstâncias, e quando pessoais, como é o caso da ‘paga ou promessa de recompensa’, não haverá comunicação. [...] Por fim, somente seria comunicável obrigatoriamente se existisse no ordenamento um tipo penal de ‘matar alguém mediante percepção de vantagem’, pois, nessa hipótese, a percepção de vantagem seria elementar do tipo, e não simples circunstância.”³³

Para configuração da qualificadora relativa à paga ou promessa de recompensa, não há necessidade de que o agente tenha efetivamente recebido o pagamento ou que a promessa seja cumprida, bastando que a prática do homicídio tenha sido impulsionada por essa motivação.

2.3.2. *Motivo fútil*

Aqui o legislador não elencou situações análogas, ficando a critério da doutrina a definição do que configuraria a futilidade do motivo. Sob o ponto de vista da definição, em tese, há certa unanimidade em se afirmar que fútil é o motivo “insignificante, flagrantemente desproporcional ou inadequado se cotejado com a ação ou omissão do agente. O motivo fútil não se confunde com a ausência de motivo ou com o motivo injusto”³⁴.

Relevante essa observação final de Prado. Realmente, motivo fútil não se confunde com ausência de motivo. Como já dissemos antes, nem sempre é simples obter dados probatórios que indiquem o motivo do crime. Na falta disso, pelo princípio da presunção de inocência, essa circunstância jamais pode ser invocada para prejudicar o imputado.

A jurisprudência do STJ tem consolidado o entendimento de que o prévio desentendimento entre autor e vítima, por si só, não afasta a qualificadora do motivo fútil da sentença de pronúncia, competindo ao Conselho de Sentença a análise e decisão sobre a ocorrência ou não dessa qualificadora no caso concreto.³⁵

Despiciendo dizer que, no caso da aferição da suposta futilidade do motivo, com bem ficou ressaltado na decisão do STJ, somente diante da concretude do caso, com todos os seus detalhes, a compreensão virá.

33 STJ. Quinta Turma. REsp 1.415.502 / MG. Rel. Min. Felix Fischer. DJe 17/2/2017.

34 PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro. Volume 2: parte especial. São Paulo: RT, 2000. Página 45.

35 STJ. Quinta Turma. AgRg no AREsp 1383395 / MG. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. DJe 15/10/2019.

2.3.3. Emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura, ou outro meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum

Trata-se da qualificadora pelo meio utilizado para a execução. Aqui, mais uma vez, o texto diz algo. A qualificadora justifica-se ora pela dissimulação quanto à eficiência maléfica do meio utilizado pelo agente para praticar o crime (insídia, registrada no uso de veneno, por exemplo, em que a vítima sequer desconfia que está sendo levada à morte), ora pela forma cruel com que o crime é praticado, provocando dor e sofrimento maiores à vítima (asfixia, tortura), ou, ainda, por uso de um meio que possa provocar risco coletivo capaz de alcançar um número indeterminado de pessoas (fogo, explosivo).

O homicídio é qualificado pelo emprego de asfixia quando o agente utiliza meios mecânicos (afogamento, enforcamento, estrangulamento etc.) ou tóxicos (uso de gases tóxicos) que provocam o impedimento da passagem de ar pelas vias respiratórias da vítima, causando a falta de oxigênio no sangue. No caso do emprego de tortura, vale registrar que se o dolo é de matar e o sujeito se utiliza da tortura, responde por homicídio qualificado, submetendo-se ao julgamento pelo Tribunal do Júri. Porém, se o dolo é de praticar a tortura, mas, por culpa, o resultado morte sobrevém, trata-se de figura delituosa específica da Lei n. 9.455/97 (art. 1º, § 3º, segunda parte), cuja competência para o julgamento é do juízo singular. O essencial é, portanto, saber se a morte foi dolosa ou culposa. Em suma, veneno, fogo, explosivo, asfixia e tortura são meios, respectivamente, insidiosos, que causam perigo comum e cruéis. Mas podem não ser os únicos. O homicídio é crime de forma livre. Assim sendo, admite todos os meios de execução. Qualquer outro que, porventura, não tenha sido contemplado no rol exemplificativo, mas que com esse rol se identifique por uma das características já assinaladas, também qualificará o homicídio.

2.3.4. À traição, de embosca, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido

A traição pressupõe a deslealdade, enquanto a emboscada ocorre quando há o ocultamento do agente que, de forma clandestina, aguarda a vítima para surpreendê-la e agredi-la. De outra parte, na dissimulação o agente oculta os seus designios, a sua intenção delitiva. A utilização de tais modos de execução dificultam ou tornam impossível a defesa do ofendido, o que revela maior gravidade ou desvalor da conduta delituosa.³⁶

Trata-se do chamado “elemento surpresa”. Pune-se com mais severidade o homicídio praticado por essa forma/modo de execução, em que a vítima é tomada de inopino, sorrateiramente, sem esperar. A utilização de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido precisa, necessariamente, estar diretamente relacionada com a surpresa. É esse o cerne da qualificadora. Esse é o sentido correto a ser

36 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial: volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

atribuído. Disparidade de armas, pouca ou avançada idade da vítima, desproporção física ou coisas do gênero não qualificam o homicídio, pelo inciso IV. Imprescindível identificar a surpresa. Nesse sentido, o tiro (ou facada, estocada, etc.) “nas” costas nem sempre qualificará o homicídio. Apenas o fará se, além de “nas costas”, tiver sido efetuado “pelos costas”, isto é, sem que a vítima pudesse esperar.

Bitencourt bem o diz: “Para se configurar a surpresa, isto é, o recurso que torna difícil ou impossível a defesa do ofendido, é necessário que, além do procedimento inesperado, não haja razão para a espera ou, pelo menos, suspeita da agressão, pois é exatamente a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de defesa da vítima que fundamenta a qualificadora”³⁷.

2.3.5. Para assegurar a execução, ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime

Essa é a qualificadora da conexão. Aqui, o homicídio é praticado como meio para garantir a execução (conexão teleológica), ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime (conexão consequencial), que pode ser ou ter sido praticado pelo próprio agente ou por terceiro. O que se (des)valora nesse inciso V é o especial fim de agir do sujeito ativo do homicídio, que traça a sua conduta tendo em vista uma conexão finalística com outro delito que pode, inclusive, não correr (ex. sujeito que mata seguranças da criança para praticar a extorsão mediante sequestro).

Registre-se que a qualificadora somente incide quando se trata de homicídio praticado para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime. Portanto, se o homicídio tiver conexão com uma contravenção penal, não há que se aplicar a qualificadora em questão.

2.3.6. Femicídio: a falácia do discurso punitivista para a solução da violência de gênero

No dia 10 de março de 2015, entrou em vigor a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que alterou o art. 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

De acordo com a nova lei, o feminicídio³⁸ configura-se quando o agente mata mulher em razão de sua condição de sexo feminino, ou seja, quando o crime envolve

37 PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro..., p. 85.

38 Ressalta-se a distinção que há entre *femicídio*, que é a morte de uma mulher, e *feminicídio*, que é a morte de uma mulher por razões de gênero, ou seja, quando o agente age com menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

violência doméstica e familiar³⁹, menosprezo⁴⁰ ou discriminação à condição de mulher⁴¹, conforme explicitado no § 2º-A. Assim, comprovando-se que o crime foi motivado pelas razões de gênero estabelecidas no citado dispositivo, o agente responderá pelo homicídio na sua forma qualificada (feminicídio), cuja pena cominada é de 12 a 30 anos de reclusão. Trata-se, portanto, de qualificadora de caráter subjetivo, porquanto relacionada à motivação do agente.

De acordo com o § 2º-A, haverá feminicídio se estiver presente quaisquer das duas condições: o crime envolver violência doméstica e familiar (I) ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (II). No primeiro caso (I), o homicídio é praticado no contexto da violência doméstica ou familiar contra a mulher, portanto, pode incidir tanto na hipótese do delito ocorrer no âmbito doméstico sem a presença de vínculo familiar, quanto fora do âmbito doméstico entre familiares; no segundo (II), a crítica lançada por Gamil Föppel e Rudá Figueiredo, da qual compartilhamos, direciona-se para a expressão “menosprezo” enquanto elemento normativo do tipo penal, cuja abertura excessiva permitirá que tal condição seja totalmente definida a critério do magistrado. Segundo as expectativas dos autores, “na prática, como se verá, as razões de menosprezo à condição do sexo feminino terminarão por ser pressupostos, de sorte que todo homicídio praticado contra mulher implicará em incidência do tipo penal de feminicídio”.⁴²

A qualificadora do feminicídio somente é aplicável no caso de vítima mulher (critério biológico), quando presente o elemento normativo relativo à motivação de sua condição de sexo feminino (questão de gênero), não se podendo, portanto, fazer analogia in malam partem contra o réu, para alcançar também a vítima homem. Da

39 Esse primeiro elemento normativo remete-nos à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que em seu art. 5º aponta que a violência doméstica e familiar contra a mulher configura-se a partir de qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto. Contudo, para que possa configurar feminicídio, é imprescindível que essa violência esteja baseada em uma questão de gênero, ou seja, na relação de dominação do homem e submissão da mulher.

40 Conforme salientam Bianchini e Gomes, “há menosprezo quando o agente pratica o crime por nutrir pouca ou nenhuma estima ou apreço pela vítima, configurando, dentre outros, desdém, desprezo, desaprovação, desvalorização.” Disponível na Internet: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>.

41 De acordo com o artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979, e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984, “a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”

42 EL HIRECHE, Gamil Föppel; FIGUEIREDO, Rudá Santos. *Feminicídio é medida simbólica com várias inconstitucionalidades*. Consultor Jurídico. Disponível na Internet: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/feminicidio-medida-simbolica-varias-inconstitucionalidades>