

CP

Rogério Sanches Cunha

Código Penal e Lei de Execução Penal

para concursos

 **MAXI
FORMATO**
Leitura otimizada

-  Doutrina
-  Jurisprudência
-  Questões de concurso

17^a
edição

revisão,
atualizada e
ampliada

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

3. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (Vunesp – Juiz de Direito – MS/2015) Quanto à extinção da punibilidade, é correto afirmar que

- a) o curso da prescrição interrompe-se com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.
- b) a punibilidade só se extingue pela morte do agente; pela anistia, graça ou indulto; pela prescrição, decadência ou perempção; pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada e pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite.

c) a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.

d) o perdão expresso ou tácito concedido pelo ofendido a um dos querelados não pode ser aproveitado pelos demais na hipótese de ofensa conjunta por mais de um agente.

e) considerando que o delito previsto no art. 137, caput, do Código Penal prevê pena de detenção de quinze dias a dois meses ou multa, a prescrição da pena em abstrato ocorrerá em dois anos.

GAB	01	C
-----	----	---

◆ PARTE ESPECIAL

▼ TÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

▼ CAPÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A VIDA

HOMICÍDIO SIMPLES

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

CASO DE DIMINUIÇÃO DE PENA

§ 1º Se o agente comete o crime impellido 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.

FEMINICÍDIO

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 3º grau, em razão dessa condição;

VIII – com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

HOMICÍDIO CONTRA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS

IX - contra menor de 14 (quatorze) anos:

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.

§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:

I - 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II - 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madras-ta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

III – 2/3 (dois terços) se o crime for praticado em instituição de educação básica pública ou privada

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 conseqüências 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 conseqüências 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 maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou com 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.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Objetividade jurídica: tutela-se a vida extrauterina, iniciada com o parto. Para E. Magalhães Noronha, mesmo não tendo havido desprendimento das entranhas maternas, já se pode falar em início do nascimento, bastando a dilatação do colo do útero.

Sujeito ativo: qualquer pessoa (crime comum).

Flávio A. Monteiro de Barros, transcrevendo na íntegra a lição de Euclides Custódio da Silveira, apresenta-nos interessante aspecto do crime de homicídio referente a fato praticado por xifópagos (irmãos ligados um ao outro, desde o apêndice xifóide até o umbigo). Nada obstante o pouco interesse prático, vejamos:

“Dado que a deformidade física não impede o reconhecimento da imputabilidade criminal, a conclusão lógica é que responderão como sujeitos ativos. Assim, se os dois praticarem um homicídio, conjuntamente ou de comum acordo, não há dúvida que responderão ambos como sujeitos ativos, passíveis de punição. Todavia, se o fato é cometido por um, sem ou contra a vontade do outro, impor-se-á a absolvição do único sujeito ativo, se a separação cirúrgica é impraticável por qualquer motivo, não se podendo excluir sequer a recusa do inocente, que àquela não está obrigado. A absolvição se justifica, como diz Manzini, porque, conflitando o interesse do Estado ou da sociedade com o da liberdade individual, esta é que tem de prevalecer. Se para punir um culpado é inevitável sacrificar um inocente, a única solução sensata há de ser a impunidade” (Crimes contra a pessoa, p. 12).

Flávio Monteiro, todavia, divergindo da conclusão externada, prefere ensinar que o xifópago autor do crime deve ser processado e condenado por homicídio, inviabilizando-se, porém, o cumprimento da reprimenda, tendo em vista o princípio da intransmissibilidade da pena. Se, no futuro, o outro também vier a delinquir e a ser condenado, ambos poderão cumprir as respectivas penas.

Sujeito passivo: qualquer pessoa.

Quando vigorava a Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), se a vítima fosse o presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal, e o agente tivesse motivação e objetivos políticos, o crime, em face do princípio da especialidade, era o do art. 29 daquele diploma legal. Com a revogação operada pela Lei 14.197/21, não houve tipificação de delito semelhante no Título XII do CP. Nesse caso, há continuidade normativo-típica no art. 121. Houve *novatio legis in mellius*, pois a pena anterior variava entre 15 e 30 anos.

Conduta: matar pessoa após o seu nascimento, pouco importando tratar-se (ou não) de vida viável ou a forma do ser nascente.

A vida extrauterina de um indivíduo começa com o início do parto. Mas quando se inicia o parto?

A doutrina é divergente. Fernando Capez, ao tratar do tema, cita alguns posicionamentos:

“Alfredo Molinario entende que o nascimento é o completo e total desprendimento do feto das entranhas maternas. Para Soler, inicia-se desde as dores do parto. Para E. Magalhães Noronha, mesmo não tendo havido desprendimento das entranhas maternas, já se pode falar em início do nascimento, com a dilatação do colo do útero” (Direito Penal – Parte Especial, v. 2, p. 11-12).

♦ **ATENÇÃO:** responderá por homicídio aquele que omitir seu dever legal de evitar o resultado morte, ignorando sua condição de garante ou garantidor, nos termos do art. 13 § 2º: dever + poder (de prestar atendimento).

Tipo subjetivo: a forma dolosa (direta ou eventual) está prevista no *caput*, §§ 1º e 2º. A culpa vem tipificada no § 3º. O homicídio preterdoloso (dolo na lesão e culpa na morte) se ajusta ao disposto no art. 129, § 3º.

O agente que, sabendo ser portador do vírus HIV, oculta a doença da parceira e com ela mantém conjunção carnal, pratica qual crime?

O STF, no HC 98.712 (tratando de caso semelhante), não vislumbrando na ação do agente a intenção homicida, determinou a desclassificação do crime. O Min. Marco Aurélio, relator, ajustava a conduta do paciente ao crime de perigo de contágio de moléstia grave (CP, art. 131) enquanto o Min. Ayres Britto, ao de lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável (CP, art. 129, § 2º, II). A Corte, ao final, diante do impasse na tipificação, preferiu apenas desclassificar o crime para outro que não doloso contra a vida, sem, no entanto, vincular o magistrado do processo a um tipo penal específico.

Já o STJ, através da sua 5ª Turma, decidiu que a transmissão consciente da síndrome da imunodeficiência adquirida (vírus HIV) caracteriza lesão corporal de natureza gravíssima, enquadrando-se a enfermidade perfeitamente no conceito de doença incurável, previsto no artigo 129, § 2º, II, do CP. O fato de a vítima ainda não ter manifestado sintomas não exclui o delito, pois é notório que a doença requer constante tratamento com remédios específicos para aumentar a expectativa de vida, mas não para cura (HC 160.982/DF).

Para nós, depende. Se a vontade do agente era a transmissão da doença (de natureza fatal), pratica tentativa de homicídio (ou homicídio consumado, caso seja provocada a morte como desdobramento da doença). Se não quis e nem assumiu o risco (usando preservativos, por exemplo), mas acaba por transmitir o vírus, deve responder por lesão corporal culposa (ou homicídio culposos, no caso de morte decorrente da doença).

Consumação e tentativa: consuma-se com a morte, caracterizada pela cessação da atividade encefálica do ofendido (crime material).

Tratando-se de crime plurissubsistente (admite fracionamento da execução), a tentativa é possível. Admite-se a forma tentada, inclusive, no crime cometido com dolo eventual, já que equiparado, por lei, ao dolo direto (art. 18, I, do CP).

♦ **ATENÇÃO:** o homicídio será hediondo quando qualificado (não importando a circunstância qualificadora) ou, mesmo que simples, quando praticado em atividade típica de **grupo de extermínio** (chacina, matança generalizada).

Homicídio privilegiado: o § 1º do art. 121 prevê três hipóteses em que o homicídio terá sua pena diminuída, classificado pela doutrina como privilegiado. São elas: a) motivo de relevante valor social; b) motivo de relevante valor moral; c) sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Motivo de **relevante valor social** diz respeito aos interesses de toda uma coletividade, logo, nobre e altruístico (ex.: indignação contra um traidor da pátria).

Já o **relevante valor moral** liga-se aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão. Assim, o homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio da atenuação da pena que o parágrafo consagra.

A última “privilegiadora” relaciona-se com o **estado anímico do agente** (homicídio emocional).

Neste caso, o sujeito ativo, logo em seguida a injusta provocação da vítima, reage, de imediato, sob intenso choque emocional, capaz de anular sua capacidade de autocontrole durante o cometimento do crime. Em regra, os tribunais têm aceitado a violenta emoção do marido que colhe a mulher em flagrante adultério.

Da simples leitura do § 1º extraímos todos os seus requisitos:

a) injusta provocação da vítima: a “provocação” não traduz, necessariamente, agressão, mas compreende condutas incitantes, desafiadoras e injuriosas. Pode, inclusive, ser indireta, isto é, dirigida contra terceira pessoa. Em qualquer caso, a provocação deve ser grave o bastante para justificar que alguém alegue ter reagido dominado por violenta emoção. É imprescindível, em outras palavras, proporcionalidade entre a provocação da vítima e a ação do agente, e essa proporcionalidade deve ser constatada com base no senso moral médio: outras pessoas reagiriam a uma provocação da mesma forma? Não basta, portanto, a perspectiva do homicida de que a provocação foi injusta.

b) reação imediata (logo em seguida a injusta provocação da vítima): para a configuração do privilégio se exige que o revide seja imediato, logo depois da provocação da vítima, sem hiato temporal (*sine intervallo*), devendo perdurar o estado de violenta emoção. A mora na reação exclui a causa minorante, transmudando-se em vingança.

Na prática, difícil será identificar a proximidade do rebate, razão pela qual o critério mais usado pelos julgadores tem sido considerar imediata toda reação praticada durante o período de domínio da violenta emoção, o que faz depender do caso concreto.

c) domínio de violenta emoção: a emoção não pode ser leve e passageira ou momentânea. E a frieza de espírito, evidentemente, exclui a emoção.

Como bem explica José Henrique Pierangeli:

“Tal emoção deve ser violenta, intensa, absorvente, atuando o homicida em verdadeiro choque emocional, ou seja, ocorre a perda do self control. Já se comparou o homem sob o influxo da emoção violenta a um carro tirado por bons cavalos, mas tendo à boleia um cocheiro bêbado. Na crise aguda da emoção, tornam-se inócuos os freios inibitórios que são deixados a si mesmos, ao desgoverno, aos centros motores de pura execução. Desintegra-se a personalidade psíquica. Antes desse momento, todavia, o processo emocional pode ser interrompido e nessa fase ainda é possível a interferência da autocritica e o indivíduo pode ainda se manter sob controle, ‘dentro de si’, podendo contar até dez antes de agir. Como dizia Sêneca, ‘a emoção incipiente quase sempre aborta quando se apresenta um forte contramotivo’. Após isso, atinge-se um momento agudo da descarga emocional, apresentando-se uma emoção violenta, exatamente aquela que oblitera os sentidos, aquela que, na linguagem popular, cega. Se decorrer na prática do homicídio apenas uma influência da emoção, é de reconhecer apenas a atenuante prevista no art. 65, III, c, do CP [conforme a Parte Geral antes da reforma de 1984].” (Manual de direito penal brasileiro, p. 64)

Nota-se que o domínio de violenta emoção não é algo banal, que possa decorrer de provocações corriqueiras, a que todos estamos sujeitos pela simples convivência com outros seres humanos. Adversidades cotidianas – algumas até de acentuada gravidade – são comuns a todos os indivíduos e devem ser suportadas, pois nos é exigido um nível de maturidade que propicie o autocontrole e a habilidade de superar dissabores. As adversidades não podem ser o estopim para que alguém seja dominado por uma emoção a ponto de matar. Conflitos no trânsito, desentendimentos amorosos, simples ofensas verbais ou gestos obscenos não são suficientes para um choque emocional tamanho que faça um indivíduo matar um seu semelhante. A não ser, talvez, em determinados casos de psicopatia, é fato que ninguém mata desprovido de emoções. Por isso mesmo, não se pode almejar a causa de diminuição invocando emoções superestimadas, decorrentes de situações triviais, que a maioria das pessoas conseguem superar. É necessário ter em mente que o reconhecimento do homicídio privilegiado reduz drasticamente a pena e que isso só deve ser feito em situações excepcionais que realmente evidenciem um colapso emocional justificado, sob pena de proteção deficiente da vida, o bem jurídico mais valioso.

Se o homicida alega o domínio de violenta emoção, é seu o ônus de prová-lo (art. 156 do CPP), e isso deve ser feito mediante perícia médica, a forma adequada de demonstrar o elemento psicológico que pode acarretar a diminuição da pena.

O § 1º traz circunstâncias, isto é, dados eventuais, interferindo apenas na quantidade da pena e não na qualidade do crime, que permanece o mesmo (homicídio). Por essa razão, na hipótese de concurso de pessoas, tais circunstâncias minorantes – subjetivas – são incomunicáveis entre os concorrentes (art. 30 do CP).

Reconhecido o homicídio privilegiado, a redução da pena é obrigatória, segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência.

Homicídio qualificado: Algumas são subjetivas, ligadas aos motivos determinantes do crime, indiciários de depravação espiritual do agente: a) paga ou promessa de recompensa, ou outro motivo torpe (inc. I); b) motivo fútil (inc. II); c) para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (inc. V); d) a nosso ver, aqui também se inclui o feminicídio (inc. VI); e) contra autoridade ou agente de segurança *em decorrência da função*, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, *em razão dessa condição* (inc. VII). Outras são relativas ao modo de execução ou a outras circunstâncias de caráter objetivo: a) emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (inc. III); b) traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (inc. IV); c) contra autoridade ou agente de segurança *no exercício da função* (inc. VII); d) emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido (inc. VIII); e) contra menor de 14 anos (inc. IX).

Motivo torpe: é o motivo vil, ignóbil, repugnante e abjeto. O próprio legislador começa o inc. I com exemplo de torpeza: homicídio mercenário, caso em que o agente mata mediante paga ou promessa de recompensa. Trata-se de delito de concurso necessário (ou bilateral), no qual é indispensável a participação de, no mínimo, duas pessoas: o mandante (aquele paga ou promete futura recompensa) e o executor (quem aceita, praticando o combinado).

Existe divergência na doutrina sobre se a qualificadora em tela é simples circunstância, com aplicação restrita ao executor do crime, que é quem mata motivado pela remuneração, ou se será aplicada também ao mandante, configurando verdadeira elementar subjetiva do tipo.

O STJ tem decisões tanto no sentido de que se trata de elementar, que, portanto, se comunica automaticamente ao mandante, quanto no sentido de que, embora não se trate de elementar, pode haver a comunicação, a depender do caso concreto:

“Não obstante a paga ou a promessa de recompensa seja circunstância accidental do delito de homicídio, de caráter pessoal e, portanto, incomunicável automaticamente a coautores do homicídio, não há óbice a que tal circunstância se comunique entre o mandante e o executor do crime, caso o motivo que levou o mandante a empreitar o óbito alheio seja torpe, desprezível ou repugnante. 2. Na espécie, o recorrido teria prometido recompensa ao executor, a fim de, com a morte da vítima, poder usufruir vantagens no cargo que exercia na Prefeitura Municipal de Fênix. 3. Recurso especial provido, para reconhecer as apontadas violações dos arts. 30 e 121, § 2º, I, ambos do

Código Penal, e restaurar a decisão de pronúncia, restabelecendo a qualificadora do motivo torpe, a fim de que o réu seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal” (REsp 1209852/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 02/02/2016);

“A qualificadora do homicídio mediante paga é elementar do tipo penal, estendendo-se também ao mandante do delito. Assim, não há falar em existência de constrangimento ilegal na comunicação ao paciente, autor intelectual do crime, da qualificadora prevista no inciso I, do § 2º do art. 121 do Código Penal – CP” (HC 291604/PI, Rel. Min. Ericson Maranhão (desembargador convocado do TJ/SP), DJe 22/10/2015).

O tribunal também já decidiu que a qualificadora é incompatível com a posição de mandante, porque, para ele, o pagamento é a conduta que o integra no concurso de pessoas, mas não o motivo do crime:

“Inicialmente, segundo a jurisprudência desta Quinta Turma, os motivos do homicídio têm caráter eminentemente subjetivo e, dessa forma, não se comunicam necessariamente entre os coautores. Especificamente sobre a qualificadora da paga, este colegiado sedimentou a compreensão de que tal circunstância se aplica somente aos executores diretos do homicídio, porque são eles que, propriamente, cometem o crime "mediante paga ou promessa de recompensa". Como consequência, o mandante do delito não incorre na referida qualificadora, já que sua contribuição para o cometimento do homicídio em concurso de pessoas, na forma de autoria mediata, é a própria contratação e pagamento do assassinato.

Existem precedentes mais antigos desta Turma em sentido contrário, permitindo a aplicação da qualificadora também ao mandante do homicídio. Nem se ignora que, na Sexta Turma, já se afirmou que "é possível a aplicação da qualificadora descrita no inciso I do § 2º do artigo 121 do Código Penal ao mandante do crime de homicídio" (HC n. 447.390/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 30/4/2019).

No entanto, como destaca a doutrina, os motivos do mandante - pelo menos em tese - podem até ser nobres ou mesmo se enquadrar no privilégio do § 1º do art. 121, já que o autor intelectual não age motivado pela recompensa; somente o executor direto é quem, recebendo o pagamento ou a promessa, a tem como um dos motivos determinantes de sua conduta. Há, assim, uma diferenciação relevante entre as condutas de mandante e executor: para o primeiro, a paga é a própria conduta que permite seu enquadramento no tipo penal enquanto coautor, na modalidade de autoria mediata; para o segundo, a paga é, efetivamente, o motivo (ou um dos motivos) pelo qual aderiu ao concurso de agentes e executou a ação nuclear típica.

E, como se sabe, a qualificadora prevista no inciso I do art. 121, § 2º, do CP, diz respeito à motivação do agente, tendo a lei utilizado, ali, a técnica da interpretação analógica. Vale dizer: o homicídio é qualificado sempre que seu motivo for torpe, o que acontece exemplificativamente nas situações em que o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa, ou por motivos assemelhados a estes.

Em conclusão, como a paga não é o motivo da conduta do mandante, mas sim o meio de sua exteriorização, referida qualificadora não se aplica a ele.

O direito penal é regido pelo princípio da legalidade, de modo que considerações sobre justiça e equidade, ponderáveis que sejam, não autorizam o julgador a suplantar eventuais deficiências do tipo penal. Outrossim, a jurisprudência mais recente deste colegiado tem se orientado pela inaplicabilidade da qualificadora ao mandante, forte nas razões de legalidade acima referidas." (REsp 1.973.397/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06/09/2022).

A vingança pode ou não ser torpe, dependendo do caso concreto, embora seja um ato reprovável. Nesse sentido, aliás, decidiu o STJ:

"4. O motivo do crime – ceifar a vida da vítima para vingar a morte do irmão –, embora reprovável, não pode ser considerado abjeto, repugnante e vil, afastando-se a torpeza como qualificadora do delito, por manifesta improcedência. 5. A vingança como motivo é aquela que mais vivamente ofende a moralidade média, o senso ético social comum. É o motivo abjeto, repugnante, indigno. A realidade fática, as características do acontecimento, as peculiaridades relevantes e as condições das pessoas envolvidas é que nortearão o intérprete na acolhida ou na repulsa do gravame (REsp 1637001/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017). 6. Assim, A vingança, por si só, não substantiva o motivo torpe; a sua afirmativa, contudo, não basta para elidir a imputação de torpeza do motivo do crime, que há de ser aferida à luz do contexto do fato (STF, HC 83.309/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06/02/2004)" (REsp 1.816.313/PB, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 10/09/2019).

O STJ também tem decidido que o motivo torpe é compatível com o dolo eventual:

"A jurisprudência desta Corte reconhece a compatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras de ordem subjetiva, como o motivo torpe" (AgRg no HC 504.202/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 04/06/2019).

Motivo fútil: previsto no inc. II, é o motivo desproporcional, insignificante, caso em que o agente executa o crime por mesquinaria. Não se deve confundir-lo com o motivo injusto. Este é elemento integrante do crime. Para que se reconheça a futilidade da motivação é necessário que, além de injusto, o motivo seja realmente insignificante.

Por fim, embora pudesse haver alguma divergência no passado, a Quinta e a Sexta Turmas do STJ têm admitido a compatibilidade do motivo fútil com o dolo eventual:

"HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. MOTIVO FÚTIL. DOLO EVENTUAL. COMPATIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Afigura-se possível a incidência (concomitante) da qualificadora insculpida no art. 121, § 2º, inciso II, do Estatuto Repressor com o dolo eventual presente na conduta do agente, quando predicada pela breve, prévia e insípida desavença deste com a vítima. 2. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp 468.049/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/03/2018).

"A jurisprudência desta Corte Superior entende não ser incompatível a qualificadora do motivo fútil com o dolo eventual, pois o dolo do agente, direto ou indireto, não se confunde com o motivo que ensejou a conduta capaz de

colocar em risco a vida da vítima" (REsp 1.779.570/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/08/2019).

Com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum: o homicídio, nos termos do inc. III, é qualificado quando cometido com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso (dissimulado) ou cruel (aumenta inutilmente o sofrimento da vítima), ou de que possa resultar perigo comum (capaz de atingir número indeterminado de pessoas).

Este inciso também emprega fórmula casuística inicial e, ao final, usa fórmula genérica, permitindo ao seu aplicador encontrar casos outros que denotem insídia, crueldade ou perigo comum advindo da conduta do agente (interpretação analógica).

♦ **ATENÇÃO:** se a morte é o fim colimado pelo agente e a **tortura** é o meio empregado, o crime será homicídio qualificado, nos moldes do art. 121, § 2º, III (**crime doloso**). Se a tortura é o fim do agente, mas a morte adveio culposamente, o crime será tortura qualificada pela morte, art. 1º, § 3º da lei 9.455/97 (**crime preterdoloso**).

Há quem sustente que o emprego do meio cruel é incompatível com o dolo eventual, uma forma de dolo indireto ou indeterminado em que o agente revela *indiferença* em relação ao resultado possível. Seria impensável, sob essa ótica, que o indivíduo indiferente em relação à ocorrência da morte adotasse meio que, por sua natureza, pressupõe um caráter sádico sob o qual se busca matar a vítima submetendo-a a um sofrimento atroz. Mas o STJ não tem aderido a essa orientação:

"No caso, o acórdão recorrido, mantendo a sentença de pronúncia no que se refere à materialidade, à autoria e ao elemento subjetivo do agente (dolo eventual), afastou a qualificadora do meio cruel, ao entendimento de que, por servir de fundamento para a configuração do dolo eventual, os fatos que a princípio ensejariam a crueldade do meio não poderiam ser utilizados para qualificar o crime. Tal entendimento não se harmoniza com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual não há falar em incompatibilidade entre o dolo eventual e a qualificadora do meio cruel (art. 121, § 2º, III, do CP). O dolo do agente, seja direto ou indireto, não exclui a possibilidade de o homicídio ter sido praticado com o emprego de meio mais reprovável, tais quais aqueles descritos no tipo penal relativo à mencionada qualificadora" (REsp 1.829.601/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 12/02/2020).

De acordo com o STJ, se o agente utiliza arma de fogo, a qualificadora relativa ao perigo comum pressupõe a reiteração de disparos ou, no mínimo, que o disparo efetuado tenha potencial para atingir várias pessoas:

"Para a qualificadora do art. 121, § 2º, III, do CP, o TJPR constatou indícios de que apenas um disparo apto a acertar única pessoa foi direcionado aos participantes da festa, embora testemunhas tenham afirmado que ouviram mais de um disparo. A configuração do perigo comum por disparo de arma de fogo tem como pressuposto mais de um disparo

direcionado aos presentes no local ou único disparo a eles direcionado com potencialidade lesiva apta para alcançar mais de um resultado, o que não foi constatado.” (REsp 1.836.556/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 15/06/2021)

À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido: qualifica o crime de homicídio utilizar o agente algum recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima, exemplificando o Código alguns modos particularmente insidiosos de praticá-lo, como a traição, emboscada e dissimulação, cabendo, desse modo, a interpretação analógica. Registramos que a idade da vítima (tenra ou avançada), por si só, não possibilita a aplicação da presente qualificadora, porquanto constitui característica da vítima, e não recurso procurado pelo agente (TJSP, RT 683/303).

Segundo o STJ, esta qualificadora – assim como a anterior – é compatível com o dolo eventual:

“1. A jurisprudência desta Corte e do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF oscila a respeito da compatibilidade ou incompatibilidade do dolo eventual no homicídio com as qualificadoras objetivas (art. 121, § 2º, III e IV). Precedentes. 1.1. Aqueles que compreendem pela incompatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras objetivas do art. 121, § 2º, III e IV, do CP, escoram tal posição na percepção de que o autor escolhe o meio e o modo de proceder com outra finalidade, lícita ou não, embora seja previsível e admitida a morte. 1.2. Tal posicionamento, retira, definitivamente do mundo jurídico, a possibilidade fática de existir um autor que opte por utilizar meio e modo específicos mais reprováveis para alcançar fim diverso, mesmo sendo previsível o resultado morte e admissível a sua concretização. Ainda, a justificativa de incompatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras objetivas, inexistência de dolo direto para o resultado morte, se contrapõe à admissão nesta Corte de compatibilidade entre o dolo eventual e o motivo específico e mais reprovável (art. 121, § 2º, I e II, do CP). 1.3. Com essas considerações, elege-se o posicionamento pela compatibilidade, em tese, do dolo eventual também com as qualificadoras objetivas (art. 121, § 2º, III e IV, do CP). Em resumo, as referidas qualificadoras serão devidas quando constatado que o autor delas se utilizou dolosamente como meio ou como modo específico mais reprovável para agir e alcançar outro resultado, mesmo sendo previsível e tendo admitido o resultado morte” (REsp 1.836.556/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 15/06/2021).

Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: o inciso V enuncia hipóteses de conexão (vínculo) entre o crime de homicídio e outros delitos.

A doutrina subdivide a conexão em:

a) *teleológica*, em que o homicídio é praticado para *assegurar a execução* de outro crime, *futuro*. É o caso, por exemplo, de quem mata a babá para sequestrar a criança.

b) *consequencial*, em que o homicídio visa a *assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem* de outro crime, *passado*. Exemplos: 1) para assegurar a ocultação de uma fraude financeira cometida na empresa em que trabalha, o agente mata um funcionário que havia descoberto a

conduta criminosa; 2) para garantir a impunidade do crime de estupro, o agente mata a vítima que o havia reconhecido; 3) buscando assegurar a vantagem obtida num roubo cometido em conluio, o agente mata seu comparsa.

Feminicídio: a Lei 13.104/15 inseriu o inciso VI para incluir no art. 121 o feminicídio, entendido como a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (leia-se, matar mulher por ser mulher). Com essa lei, o feminicídio passa a configurar a sexta forma qualificada do crime de homicídio.

♦ **ATENÇÃO:** Os filhos e dependentes menores de 18 anos de idade de mulheres vítimas de feminicídio terão direito a uma pensão especial no valor de um salário mínimo. O benefício está na Lei 14.717/23. Para tanto, alguns requisitos devem ser observados, destacando-se: o crime imputado ao agressor deve estar tipificado no inc. VI do §2º do art. 121 do Código Penal; a renda familiar mensal per capita deve ser igual ou inferior a 1/4 do salário mínimo; o valor será pago aos filhos e dependentes menores de 18 anos de idade na data do óbito da mulher vítima (e não da execução do crime). O benefício, aliás, poderá ser concedido provisoriamente antes da conclusão do julgamento do crime se houver indícios suficientes de que o delito de homicídio foi cometido por razões da condição de sexo feminino da ofendida. Se não for reconhecida a qualificadora do feminicídio, o pagamento será imediatamente suspenso, mas sem implicar na obrigação de os beneficiários devolverem o dinheiro já recebido, a não ser que fique comprovada má-fé. No caso de óbito ou maioridade do beneficiário da pensão especial, a cota será reversível aos demais beneficiários.

O § 2º-A foi acrescentado ao art. 121 para esclarecer quando a morte da mulher deve ser considerada em razão da condição do sexo feminino: I – violência doméstica e familiar (feminicídio íntimo); II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher (feminicídio não íntimo).

O conceito de violência doméstica e familiar (inciso I) é obtido a partir da leitura do art. 5º da Lei 11.340/06, isto é, assim se considera qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause a morte da mulher: a) no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente; b) no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; c) e em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Importante destacar três pontos:

I – de acordo com a Lei 14.550/23, que incluiu na Lei Maria da Penha o art. 40-A, esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida;

II – de acordo com o STJ, “Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima” (Súmula 600);

III - ainda de acordo com o art. 5º, as relações pessoais nele enunciadas independem de orientação sexual (parágrafo único).

Note-se que embora a presente norma explicativa do §2º-A, inciso I (feminicídio íntimo), contenha a expressão “violência doméstica e familiar”, deve ser lida como “violência doméstica ou familiar”, pois nada impede que o fato ocorra no âmbito doméstico sem que haja vínculo familiar, nem há óbice a que ocorra fora do âmbito doméstico entre familiares. Isso, aliás, decorre da própria definição do art. 5º da Lei 11.340/06, que se refere expressamente aos crimes cometidos no âmbito da unidade doméstica e no âmbito da família.

No inciso II (feminicídio não íntimo), que trata do menosprezo e da discriminação à condição de mulher fora do ambiente doméstico e familiar, o tipo se torna aberto, pois compete ao julgador estabelecer, diante do caso concreto, se o homicídio teve como móvel a diminuição da condição feminina. Ao contrário do inciso I, não há nada, senão as circunstâncias do fato, em que seja possível se escorar para verificar se a qualificadora se caracterizou.

Pode figurar como vítima do feminicídio pessoa transexual?

Ainda se discute nas mesas de debates se a transexual pode ser vítima de feminicídio. Sendo positiva a resposta, quais os requisitos: deve ela realizar a cirurgia de redesignação sexual? É imprescindível alteração dos seus registros civis?

Inicialmente, como bem ressaltam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,

“o transexual não se confunde com o homossexual, bissexual, intersexual ou mesmo com o travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica.” (*Direito civil – Teoria geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 115).

Em eventual resposta à indagação inicial podem ser observadas três posições: uma primeira, conservadora e antiquada, entendendo que a transexual, geneticamente, não é mulher (apenas passa a ter órgão genital de conformidade feminina), e que, portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial; uma segunda, que exige que a pessoa transexual tenha se submetido a cirurgia de transgenitalização para receber a proteção especial; e a terceira, adotada atualmente pela jurisprudência, que reconhece que a proteção especial a mulheres trans independe de cirurgia de redesignação sexual ou mesmo alteração do registro civil, bastando a autodeclaração.

Lembre-se que a Resolução 11/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, órgão ligado ao Ministério dos Direitos Humanos, estabelece os parâmetros para a inclusão dos itens “orientação sexual”, “identidade de gênero” e “nome social” nos boletins de ocorrência emitidos pelas autoridades policiais no Brasil. Sobre “orientação sexual” e “identidade de gênero”, confirmam-se os comentários abaixo ao art. 2º, item 1. De outra parte, considera-se nome social aquele pelo qual

travestis e transexuais se identificam e são conhecidos pela sociedade. Assim, quando atendidos em uma Delegacia de Polícia, lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais podem indicar, no respectivo boletim de ocorrência, sua orientação sexual e identidade de gênero e, demais disso, apontar o nome social pelos quais são conhecidos.

Ainda nessa linha de raciocínio, vale destacar o teor do Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016, da Presidência da República, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Consta do art. 3º, desse diploma, que “os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo ‘nome social’ em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos”. E também o entendimento do STF, na apreciação da ADI n. 4.275, em 1º de março de 2018, quando a Corte, por maioria de votos, “julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil”.

De sorte que, em regulamentação ao assunto, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 73/2018, publicado em 29 de junho de 2018, estabelecendo regras e otimizando o procedimento de averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e de casamento de pessoa transgênero maior de 18 anos, a ser feita diretamente no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais (vide texto integral do Provimento 73/18 anexo ao final deste livro).

É de se ressaltar que, antes mesmo da edição do referido provimento, decisões de tribunais começaram a se multiplicar no sentido de aplicar a Lei Maria da Penha a mulheres transexuais, reconhecendo a mulher trans como vítima de violência doméstica, bastando a autodeclaração do gênero feminino, independente do fato de ter se submetido a cirurgia de redesignação sexual ou mesmo oficializado a alteração em seu registro civil, sendo suficiente que a violência sofrida se configure em razão da sua identidade de gênero, leia-se, em razão de preconceito, menosprezo ou discriminação.

Assim é o Enunciado 46 do FONAVID:

“A Lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006”

Vale lembrar, ainda, que o enunciado nº 30 (001/2016) da COPEVID (Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), criada pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH)

do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ), assim dispõe:

“A Lei Maria da Penha pode ser aplicada a mulheres transexuais e/ou travestis, independentemente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil” (Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do CNPJ em 15/06/2016).

Na mesma esteira foi a decisão da justiça acreana, proferida em 25/07/2016, no Juízo da Vara de Proteção à Mulher da Comarca da Capital, que impôs medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha em favor de uma mulher transexual vítima de violência doméstica. Na decisão, o magistrado considerou que o sexo biológico de nascimento (masculino) não poderia impedir que a vítima, com identidade sexual feminina, fosse reconhecida como mulher e “sujeito de proteção da Lei Maria da Penha”. Destacando a necessidade de proteção às minorias, argumentou, ainda, que:

[...], partindo da lógica das garantias dos direitos fundamentais, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, considerando ainda a evolução histórica dos direitos humanos consagrada nos pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, entendo que devemos dar amplitude ao sujeito de direito protegido pela norma da Lei Maria da Penha para proteger também as lésbicas, os travestis e os transexuais contra agressões praticadas pelos seus companheiros ou companheiras” (Fonte: Tribunal de Justiça do Acre, disponível em <https://www.tjac.jus.br>, acesso em 28/07/20).

Em outro caso emblemático, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no ano de 2017, em julgamento de recurso interposto pelo Ministério Público (processo nº 1.0382.15.013206-8/001), sob o argumento de que a noção de gênero extrapola o sexo biológico da vítima, interpretou o artigo 5º da Lei Maria da Penha de modo a possibilitar proteção especial também às mulheres transexuais em situação de violência doméstica, garantindo os seus direitos fundamentais (Fonte: MPMG, disponível em <https://www.mpmg.mp.br>, acesso em 28/07/20).

No mesmo sentido, medidas protetivas e outras decisões judiciais são proferidas, inclusive para enquadramento do feminicídio, exigindo-se os requisitos básicos de que a violência se dê em razão dos vínculos de afeto, familiares ou domésticos entre as partes, e que a vítima apresente a identificação com o gênero feminino, enfatizando a situação de dupla vulnerabilidade da mulher trans, seja por causa da assumida condição feminina, seja por pertencer a um grupo ainda estigmatizado pela sociedade.

A 1ª Turma Criminal do TJDFT deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal para determinar que o procedimento que investiga crimes de ameaça e lesões corporais contra transexual feminina deve tramitar no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação das normas protetivas decorrentes da Lei Maria da Penha, destacando o argumento de que “...o gênero feminino da vítima parte de sua liberdade de autodeterminação sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se veste e pela maneira como deseja ser tratada em suas relações

(Processo: 20171610076127-TJDFT. Fonte: TJDFT, disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br>, acesso em 13/08/20).

No Estado de São Paulo, a questão motivou alteração ao Dec. 29.981/1989, que estabelece as atribuições das Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher. O Dec. 65.127/2020 atualizou a norma anterior, substituindo o sujeito passivo “pessoa do sexo feminino”, por “pessoas com identidade de gênero feminino”.

Note-se que, na prática, o atendimento policial especializado das DEAMs às transexuais, vítimas de violência doméstica, já era realizado normalmente, independente da formalização das atribuições, contidas neste novo decreto estadual.

Face à relevância do tema – e a título de complementação – deve ser lembrada a evolução do tratamento psicossocial dado à transexualidade. Num passado recente, era definida, no Manual de Classificação Internacional de Doenças (CID-10), como espécie de transtorno mental relacionado à identidade sexual (CID 64-0). No ano de 2018, a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou a sua intenção de ver excluída do rol de patologias, o que somente foi oficializado no ano seguinte, na 72ª Assembleia Mundial em Genebra, deliberando-se que na nova edição CID-11 (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems) a transexualidade será retirada da categoria de transtornos e classificada como “incongruência de gênero”, integrando o tópico “condições relacionadas à saúde sexual”. Consta, também, que cada país teria até 1º de janeiro de 2022 para se adaptar à CID-11.

No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia já havia publicado Resolução n. 01/2018, na qual orientou os profissionais da área para que não considerassem travestilidades e transexualidades como patologias, posto que as identidades de gênero são “autodeclaratórias”. No ano de 2020, aprimorando a orientação, veio Resolução-CFP n. 08 de 07 de julho de 2020, para que os profissionais psicólogos atuem de forma a “acolher e cooperar com ações protetivas à mulher, seja ela cisgênero, transexual ou travesti, e à pessoa com expressões não binárias de gênero, dentre outras, considerados os aspectos de raça, etnia, orientação sexual, deficiência, quando elas tiverem direitos violados” (Fonte: Conselho Federal de Psicologia, disponível em <https://atosoficiais.com.br/cfp/resolucao-do-exercicio-profissional-n-8-2020>).

Ressaltamos, por fim, que, para nós, a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (matar a mulher por ser mulher, demonstrando evidente preconceito, menosprezo ou discriminação quanto ao sexo). Mesmo no caso do inciso I do § 2º-A, o fato de a conceituação de violência doméstica e familiar ser um dado objetivo, extraído da lei (art. 40-A da Lei 11.340/06), não afasta a subjetividade. Isso porque o § 2º-A é apenas explicativo; a qualificadora está verdadeiramente no inciso VI, que, ao estabelecer que o homicídio se qualifica quando cometido por razões da condição do sexo feminino, deixa evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução.

Contudo, alertamos que, logo em seguida à inserção da qualificadora no Código Penal, tivemos decisão pioneira do TJDF em sentido contrário, argumentando que a qualificadora é objetiva:

“A inclusão da qualificadora agora prevista no art. 121, § 2º, inciso VI, do CP, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a *ratio essendi* da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido.” (Acórdão n.904781, 20150310069727RSE, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 105)

O STJ tem seguido o mesmo passo, com decisões semelhantes em ambas as Turmas com competência criminal:

“2. Não há dúvidas acerca da natureza subjetiva da qualificadora do motivo torpe, ao passo que a natureza do feminicídio, por se ligar à condição especial da vítima, é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea. 3. É inviável o afastamento da qualificadora do feminicídio mediante a análise de aspectos subjetivos da motivação do crime, dada a natureza objetiva da referida qualificadora, ligada à condição de sexo feminino.” (REsp 1.739.704/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/09/2018. No mesmo sentido: AgRg no HC 440.945/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 05/06/2018)

Compreendemos, mesmo discordando da conclusão, o esforço hermenêutico acima exposto para o caso do feminicídio íntimo (cometido no ambiente doméstico e familiar), hoje reforçado pelo art. 40-A da Lei Maria da Penha, mas não o compreendemos na hipótese de feminicídio não íntimo (fora do ambiente doméstico e familiar). Neste segundo cenário a motivação deve ser demonstrada.

Contra autoridade ou agente de segurança pública: a Lei 13.142/15 alterou o § 2º do art. 121 para nele inserir o inciso VII, que qualifica o homicídio se cometido 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 3º grau, em razão dessa condição.

Trata-se de norma penal em branco, pois deve ser complementada pelos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, que nos indicam alguns dos agentes de segurança pública cujo homicídio faz incidir a qualificadora:

a) o art. 142 da CF/88 abrange as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica,

instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem;

b) o art. 144 disciplina os órgãos de segurança pública: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares, polícias penais federal, estaduais e distrital.

O inciso VII faz menção ao art. 144 da CF/88 e, separadamente, inclui os integrantes do sistema prisional. Em 2015 – quando a qualificadora foi inserida no art. 121 – esses agentes públicos não integravam o rol do dispositivo constitucional. Em 2019, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 104, algumas funções relativas ao sistema prisional passaram a compor a estrutura da segurança pública em razão da criação da denominada “polícia penal”. Com a criação dessa polícia, os cargos de agentes penitenciários e equivalentes tiveram sua natureza modificada para a carreira policial, com incumbências específicas e restritas ao setor penitenciário.

Mas a qualificadora do inc. VII é mais abrangente, pois, referindo-se a “integrantes do sistema prisional”, abarca não apenas os agentes presentes no dia a dia da execução penal (diretor da penitenciária, agentes penitenciários, guardas, etc.), mas também aqueles que atuam em certas etapas da execução (comissão técnica de classificação, comissão de exame criminológico, conselho penitenciário etc.). E não poderia ser diferente. Imaginemos um condenado que, revoltado com os vários exames criminológicos que o impediram de conquistar a prematura liberdade, mate em vingança aqueles que subscreveram os exames. Parece evidente a incidência da qualificadora.

O homicídio praticado contra guardas civis (municípios ou metropolitanos) está abrangido na qualificadora do inciso VII do § 2º do art. 121?

Entendemos que sim. Perceba que o dispositivo se refere a crimes praticados contra autoridades ou agentes descritos nos arts. 142 e 144. O art. 144, mais precisamente no seu § 8º, descreve os guardas como atores de segurança pública, anunciando competir aos Municípios o poder de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Desde 2014 temos o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Esse importante documento, no seu art. 5º, parágrafo único, dispõe que, no exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos. Em sintonia com essa interpretação, temos a ADPF 995, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 23 de agosto de 2023, na qual se conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 4º da Lei 13.022/14 e ao art. 9º da 13.675/18 e se declarou inconstitucionais todas as interpretações judiciais que excluíam as Guardas Municipais do Sistema Único de Segurança Pública.

E o homicídio praticado contra agentes de segurança viária, está no âmbito da qualificadora?

A nosso ver, também está abrangido pela qualificadora, pois, a exemplo do que ocorre com os guardas civis, o

art. 144 da Constituição Federal, agora no § 10, dispõe que “A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: I – compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e II – compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei”.

E quanto ao homicídio praticado contra agentes de polícia do Congresso Nacional, pode-se afirmar que atrai a qualificadora?

Não. A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 51, IV e 52, XIII, estabelece competir privativamente à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal dispor sobre sua polícia. Com base nestas disposições, a Câmara e o Senado Federal regulamentaram, por meio das resoluções nº 18/2003 e 59/2002, suas respectivas polícias, que, portanto, não estão disciplinadas no art. 144 da Constituição. Sua abrangência pela qualificadora constituiria vedada analogia *in malam partem*.

c) integrantes da Força Nacional de Segurança Pública: o Departamento da Força Nacional de Segurança Pública ou Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), criado em 2004, com sede em Brasília/DF, é um programa de cooperação de segurança pública brasileiro, coordenado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), do Min. da Justiça. É, em resumo, um agrupamento de polícia da União que assume o papel de polícia militar em distúrbios sociais ou em situações excepcionais nos estados brasileiros, sempre que a ordem pública é posta em situação concreta de risco. É composta pelos quadros mais destacados das polícias de cada Estado e da Polícia Federal.

d) contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até 3º grau de algum dos agentes acima mencionados: o crime de homicídio será punido mais severamente, de acordo com a Lei 13.142/15 quando cometido contra o cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até 3º grau dos agentes de segurança antes descritos. Alerta o legislador, entretanto, ser indispensável que o crime tenha sido praticado em razão dessa condição, ou seja, que o homicida tenha escolhido matar aquela vítima exatamente em razão da ligação familiar com o policial.

Chama a atenção que o legislador tenha utilizado a expressão “parente consanguíneo”. Nos termos do art. 1593 do Código Civil, o “parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. A rigor, portanto, segundo a letra expressa da lei o homicídio de um filho adotivo do agente de segurança pública não atrai a qualificadora. Ainda que não tenha sido a intenção do legislador, cria-se uma distinção entre filiação natural e adotiva que a Constituição Federal repudia veementemente no art. 227, § 6º ao dispor que os filhos por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, sem nenhuma designação discriminatória relativa à filiação. Qual a solução, então, tendo em vista o conflito entre a proibição de que a lei discrimine e a vedação a que se amplie o texto legal incriminador por meio de sua interpretação? De acordo com Bitencourt, a

distinção não pode prevalecer, e a expressão “parentesco consanguíneo” deve ser declarada inconstitucional:

“Acreditamos que a melhor solução será, necessariamente, a declaração de inconstitucionalidade da locução “parente consanguíneo”, para resolver essa limitação legal relativamente ao filho adotivo, ou, mais precisamente, afastando somente o adjetivo “consanguíneo”. Contudo, ainda que se aceite este caminho, teremos outro problema, que é a delimitação dessa declaração de inconstitucionalidade. À primeira vista deveria ser com redução de texto, mas, nessa hipótese, ficaria extremamente abrangente, pois alcançaria cunhado(a), sogros, genro e nora, os quais, claramente, o legislador não pretendia abranger.

Por isso, quer nos parecer que a declaração de inconstitucionalidade deve ser sem redução de texto, para permitir a inclusão do filho adotivo, que, aliás, nem deve ser assim denominado.

Num primeiro momento, com essa sugestão de inconstitucionalidade, poder-se-ia interpretar como uma nova inconstitucionalidade por incluir parente não previsto no texto legal ou por ampliar a abrangência de referido texto. No entanto, não vemos por essa ótica, pois a interpretação que sugerimos não acresce nenhuma locução, nenhuma elementar ao texto penal, mas apenas suprime o adjetivo “consanguíneo” para afastar uma inconstitucionalidade. E suprimir é diferente de crescer, ainda que se amplie a sua abrangência, o que não se pode negar, mas o é por um bem maior, qual seja, salvar o texto legal, que não é de todo ruim” (*Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2 (19 ed.), p. 113).

Ressaltamos que, nas quatro primeiras situações, a qualificadora pressupõe que o crime tenha sido cometido contra o agente no exercício da função ou em decorrência dela. Suponhamos que um policial, no seu dia de folga, encontre-se num bar assistindo à transmissão de uma partida de futebol disputada pelo seu time e, ao vibrar com a vitória da equipe, é morto por tiros disparados por um torcedor fanático do time derrotado, que sabia se tratar de um policial. Percebam que o homicida matou um policial, agente de segurança, condição essa conhecida do executor. Contudo, no exemplo proposto, o crime não foi cometido estando a vítima em serviço, nem sequer tem nexos com a sua função. Incidirão, no caso, outras qualificadoras (motivo fútil e recurso que dificultou a defesa do ofendido), mas não a do inciso VII.

O homicídio de agente de segurança aposentado poderá se inserir nesta qualificadora, a depender do caso concreto. Inicialmente, ressaltamos que na hipótese do homicídio contra alguém “no exercício da função”, é impossível que o agente aposentado figure como vítima, pois, nesse caso, evidentemente não mais integra os quadros do órgão público. Ainda que o ex-servidor esteja exercendo alguma função semelhante na iniciativa privada, não incidirá a qualificadora em virtude da vedação da analogia *in malam partem*. Já no caso do homicídio que se dá “em decorrência da função”, é possível figurar como vítima o servidor aposentado, pois, como bem destaca Bitencourt, nada impede que um policial, após ter se aposentado, seja reconhecido (ou mesmo perseguido) por um criminoso cuja prisão tenha se dado sob sua responsabilidade, e que, para se vingar, o mate. É inegável que, nessa situação, o

homicídio se deu em decorrência da função que o agente de segurança havia exercido até a aposentação (<http://www.conjur.com.br/2015-jul-29/cezar-bitencourt-homicidio-policial-protége-funcao-publica>).

A qualificadora do inciso VII não tem correspondente agravante no art. 61 do Código Penal. Normalmente, quando alguém comete um homicídio com a incidência de mais de uma qualificadora dentre as dispostas nos incisos I a VI, sustenta-se que uma delas sirva para qualificar o delito e as demais sejam consideradas na segunda fase de aplicação da pena. Se, no entanto, em conjunto com a qualificadora do inciso VII incidir outra, utilizada para qualificar o delito, o fato de o sujeito ativo ter matado agente de segurança pública deverá ser considerado na aplicação da pena-base como circunstância mais grave.

Por fim, alertamos que há três correntes a respeito da natureza da qualificadora:

(A) é objetiva, pois não se trata de motivação, isto é, não se exige que o homicídio ocorra em razão da condição da vítima. Considera-se objetivamente que a vítima é ligada ao exercício da segurança pública ou a quem a exerce.

(B) é subjetiva, pois a ligação da vítima com a segurança pública, tanto diretamente quanto pelo parentesco com quem exerce função na área, é o que fundamenta o homicídio e é o móvel do criminoso, que só mata porque se trata de alguém nesta condição, normalmente para demonstrar menosprezo, para criar sensação de insegurança no meio social ou para intimidar;

(C) é objetiva quando se trata de homicídio contra agente de segurança no exercício da função e subjetiva quando o homicídio ocorre em decorrência da função ou em razão da condição de cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau de quem exerce função na segurança pública.

A nosso ver, e depois de muito refletir sobre o tema nas edições passadas, entendemos assistir razão àqueles que lecionam cuidar-se de natureza mista. Tratando-se de agente de segurança no exercício da função, a lei não pressupõe nenhuma motivação especial, não exige que o homicídio ocorra em virtude da condição da vítima, bastando que ela esteja exercendo sua atividade. Assim, se “A” mata um policial militar que efetuava patrulhamento, incide a qualificadora inclusive se o homicídio decorre de uma rixa pessoal que nada tem a ver com a atividade policial, pois, de qualquer forma, a conduta afeta a função de segurança pública à qual se vinculava o policial. Já nas situações em que o homicídio ocorre em decorrência da função ou contra familiares de quem exerce função de segurança pública a qualificadora é subjetiva, pois das expressões “em decorrência” e “em razão” não é possível desvincular a motivação especial, o fato de que o homicídio ocorre em virtude da condição da vítima.

Na situação em que a qualificadora é subjetiva não há possibilidade de coexistência de circunstâncias que privilegiem o homicídio. Efetivamente, não se pode imaginar a possibilidade de que alguém mate um agente de segurança pública em decorrência da função, ou mesmo que mate um familiar desse agente em razão da condição de parentesco, e o faça por motivo de relevante valor social

ou moral. É impensável que este homicídio seja movido pela manutenção dos interesses da coletividade (aliás, é bem o oposto) ou por sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão.

Tampouco se vislumbra a possibilidade de que alguém cometa o homicídio ao mesmo tempo movido pela condição da vítima e sob domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação.

Com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: incluído pela Lei 13.964/19, o inciso VIII havia sido vetado pelo presidente da República:

“A propositura legislativa, ao prever como qualificadora do crime de homicídio o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, sem qualquer ressalva, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, além de gerar insegurança jurídica, notadamente aos agentes de segurança pública, tendo em vista que esses servidores poderão ser severamente processados ou condenados criminalmente por utilizarem suas armas, que são de uso restrito, no exercício de suas funções para defesa pessoal ou de terceiros ou, ainda, em situações extremas para a garantia da ordem pública, a exemplo de conflito armado contra facções criminosas”.

Os argumentos não foram suficientes para convencer o legislador, que decidiu resgatar a disposição original do projeto aprovado e derrubou o veto.

A qualificadora é uma norma penal em branco, pois os conceitos relativos às armas de uso restrito e às armas de uso proibido devem ser obtidos no art. 3º, parágrafo único, do Anexo I do Decreto 10.030/19:

“II – arma de fogo de uso restrito - as armas de fogo automáticas, de qualquer tipo ou calibre, semiautomáticas ou de repetição que sejam:

- a) não portáteis;
- b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou
- c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules”.

“III – arma de fogo de uso proibido:

- a) as armas de fogo classificadas como de uso proibido em acordos ou tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; e
- b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos”.

Além disso, a Portaria 1.222/19, expedida pelo Comandante do Exército, elenca, no anexo B, os calibres nominais de armas e munições de uso restrito (o que faz do inciso VIII uma norma penal em branco ao quadrado, pois seu complemento imediato deve ser também integrado com outra norma).

Assim como acontece em outros crimes cometidos com o emprego de arma de fogo – como o roubo –, em regra a posse e o porte ilegais são absorvidos pelo homicídio, pois considerados apenas meios para alcançar

o resultado pretendido (ceifar a vida de alguém). Não se exclui, no entanto, a possibilidade de concurso de crimes se as condutas estiverem destacadas no tempo, em distintos contextos fáticos.

Tratando-se de um modo de executar o crime, esta qualificadora tem natureza objetiva.

Contra menor de 14 (quatorze) anos: a Lei 14.344/22 inseriu no § 2º do art. 121 uma qualificadora relativa ao homicídio cometido contra menor de 14 anos (inc. IX). Leva-se em conta, nesse caso, não o motivo do crime nem o modo ou o meio de execução, mas apenas a condição etária da vítima no momento da ação ou omissão – ainda que outro seja o momento do resultado (art. 4º do CP).

É indispensável que a idade do ofendido ingresse na esfera de conhecimento do agente, sob pena de responsabilização objetiva, vedada em nosso sistema penal.

Note-se que, antes da Lei 14.344/22, o homicídio contra menor de 14 anos sofria aumento de pena, fosse por conta da segunda parte do § 4º do art. 121, fosse em razão do § 7º do mesmo artigo, este exclusivo do feminicídio. Como recomendada a boa técnica legislativa, o § 7º teve a redação modificada para excluir a referência ao menor de 14 anos, mas esse cuidado não foi observado no § 4º, que permaneceu intocado. Não obstante, podemos dizer que há uma razão para isso. É que o § 4º do art. 121 serve para majorar a pena do crime de lesão corporal (art. 129, § 7º). Se fosse revogada a circunstância da “pessoa menor de 14 anos”, o crime de lesão corporal perderia essa causa de aumento, que, no seu âmbito, tem aplicação plena, pois a idade da vítima não aparece como qualificadora. Mas não há dificuldade na solução do conflito entre os parágrafos do art. 121: com a alteração promovida pela Lei 14.344/22, quando praticado contra pessoa menor de 14 anos o crime de homicídio se torna qualificado, afastando-se a majorante com o mesmo fundamento, sob pena de *bis in idem*.

Ainda sob a vigência da regra anterior, o STJ decidiu que o homicídio contra alguém com idade entre 14 e 18 anos, embora não se incluísse na majorante (hoje, qualificadora), podia ter a pena-base aumentada em razão das circunstâncias e das consequências mais graves. Matar alguém nessa idade provoca efeitos mais deletérios, inclusive para a família, do que os advindos de crimes contra pessoas de mais idade:

“Em princípio, o homicídio perpetrado contra vítima de tenra idade (adolescente ou criança) ostenta reprovabilidade idêntica àquele perpetrado contra um adulto, pois ambos vulneram o objeto jurídico tutelado pela norma (vida). Não há como ignorar, no entanto, o fato de que o homicídio perpetrado conta a vítima jovem ceifa uma vida repleta de possibilidades e perspectivas, que não guardam identidade ou semelhança com aquelas verificadas na vida adulta.

Há que se sopesar, ainda, as consequências do homicídio contra vítima de tenra idade no núcleo familiar respectivo: pais e demais familiares enlutados por um crime que subverte a ordem natural da vida. Não se pode olvidar, ademais, o aumento crescente do número de homicídios perpetrados contra adolescentes no Brasil, o que reclama uma resposta estatal.

Não ignoro que o legislador ordinário estabeleceu – no art. 121, § 4º, do Código Penal – o aumento de pena para o

crime de homicídio doloso praticado contra pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos. Nada obsta, contudo, que o magistrado, ao se deparar com crime de homicídio perpetrado contra uma vítima com 14 anos de idade ou mais (mas com menos de 18 anos), aumente a pena na primeira fase da dosimetria, pois, como referenciado acima, um crime perpetrado contra um adolescente ostenta consequências mais gravosas do que um homicídio comum.

Assim, deve prevalecer a orientação no sentido de que a tenra idade da vítima (menor de 18 anos de idade) é elemento concreto e transborda aqueles inerentes ao crime de homicídio, sendo apto, pois, a justificar o agravamento da pena-base, mediante valoração negativa das consequências do crime, ressalvada, para evitar *bis in idem*, a hipótese em que aplicada a causa de aumento prevista no art. 121, § 4º (parte final), do Código Penal.” (AgRg no REsp 1.851.435/PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 12/08/2020).

A Lei 14.344/22 também inseriu no art. 121 o § 2º-B, que aumenta de 1/3 a 1/2 a pena do homicídio contra menor de 14 anos se a vítima é pessoa com deficiência ou doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade.

A deficiência pode ser física ou mental. Há também enfermidades que permitem a majoração da pena, desde que provoquem o aumento da vulnerabilidade natural do menor de 14 anos. A depressão e o câncer podem ser citados como exemplos, mas a confirmação depende sempre do caso concreto.

Como destacamos a respeito da idade, a deficiência e a doença que provocam o aumento da vulnerabilidade são circunstâncias que devem ser conhecidas do agente, sob pena de responsabilidade penal objetiva.

A pena é também aumentada de 2/3 se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela. Aqui o aumento diz respeito ao parentesco entre a vítima e o agente, bem como a outras relações pessoais existentes entre eles. Justifica-se o agravamento da pena em razão da maior reprovação moral da conduta, em que o agente abusa das relações familiares, de intimidade ou de confiança que mantém com a vítima.

O crime cometido por professor contra aluno também atrai a majorante. Assim já decidiu o STJ ao analisar o art. 226, inciso II, do CP, que apresenta idêntica redação:

“1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a majorante do artigo 226, inciso II, do CP não possui sua aplicação restrita apenas às relações afetivas, mas toda aquela que, de alguma forma, imponha reverência e temor, como no caso apresentado nos autos. 2. Reconhecida a autoridade que o acusado exercia sobre a vítima, considerando a sua condição de professor, incide a causa de aumento prevista no inciso II do artigo 226 do Código Penal. 3. Agravamento regimental desprovido.” (AgRg nos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1.699.724/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/03/2019)

A Lei 14.811/24 inseriu outra majorante no § 2º-B. Aumenta-se a pena de 2/3 se o crime é praticado em instituição de educação básica pública ou privada. Trata-se de uma reação aos ataques cometidos em escolas do país nos últimos anos e que vitimaram diversas crianças de tenra

idade. A sordidez de condutas dessa natureza, que atingem as pessoas mais vulneráveis em ambientes onde menos se espera que isso possa ocorrer, justifica a elevação da pena.

A majorante é uma norma penal em branco, pois se refere ao crime cometido em instituição de educação básica, cujo conceito deve ser obtido na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), que no art. 4º, I se refere à pré-escola, ao ensino fundamental e ao ensino médio.

O homicídio pode ser privilegiado-qualificado?

Apesar da posição topográfica, convencionou-se ser perfeitamente possível a coexistência das circunstâncias privilegiadoras (§ 1º), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva.

O homicídio privilegiado-qualificado é crime hediondo?

Há duas correntes:

Não	Fazendo uma analogia ao disposto no art. 67 do CP, conclui que o privilégio, sempre subjetivo, é circunstância preponderante, desnaturando a hediondez do delito (é a que prevalece no STF e STJ).
Sim	O art. 67 não serve para analogia, pois trata do concurso de agravantes e atenuantes. No caso do homicídio privilegiado-qualificado estamos diante de um elemento qualificador e de uma causa de diminuição de pena, situação claramente distinta. Esta corrente lembra, ainda, que a Lei 8.930/94, ao incluir o homicídio qualificado no rol dos delitos etiquetados como hediondos, não fez qualquer ressalva.

Homicídio culposo (§ 3º): se o homicídio culposo ocorreu na **direção de veículo automotor**, aplica-se o disposto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro (princípio da especialidade), com pena mais rigorosa (detenção, de 2 a 4 anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir). A diferença das reprimendas (apesar do mesmo resultado) faz com que parcela da doutrina questione a constitucionalidade das consequências trazidas pelo CTB. Prevalece, todavia, que é constitucional, atentando-se para o maior desvalor da conduta (negligência no trânsito é mais perigosa).

Homicídio majorado (§ 4º): o art. 121, § 4º, na sua primeira parte, anuncia quatro causas de aumento para o delito de homicídio culposo:

a) inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício: nesta hipótese, diferentemente da imperícia (modalidade de culpa), o agente tem aptidão para desempenhar o seu mister, mas acaba por provocar a morte de alguém em razão do seu descaso, deliberadamente desatendendo aos conhecimentos técnicos que possui.

b) omissão de socorro: quando o agente, agindo com culpa, deixa de prestar socorro à vítima, podendo fazê-lo e não havendo qualquer risco pessoal a ele, terá a sua pena aumentada de um terço.

Assim, de acordo com o sistema do nosso Código, o caso, em vez de configurar o crime de omissão de socorro (art. 135 do CP), serve apenas como causa especial de aumento de pena.

c) não procurar diminuir as consequências do comportamento: se o agente não procura diminuir as consequências do seu ato também terá a pena aumentada.

d) foge para evitar a prisão em flagrante: a fuga, para evitar a prisão em flagrante, é a última causa de exasperação. Esquivando-se de responder pelo ato praticado, demonstra o agente ausência de escrúpulo, bem como diminuta responsabilidade moral. Torna, além disso, mais difícil e incerta a punição, prejudicando, sobremaneira, a investigação e a eficiência da administração da justiça.

Apesar de aplaudida pela doutrina (em especial a clássica), a causa de aumento é de duvidosa constitucionalidade. A dúvida, contudo, parece não existir na Corte Suprema do nosso país. É que, ao julgar a validade da norma insculpida no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, que pune, com detenção de seis meses a um ano, a conduta de afastar-se o condutor do veículo do local do sinistro, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, o STF concluiu pela constitucionalidade (RE 971.959). Argumentou-se que o dispositivo não estabelece uma espécie de omissão de socorro. O propósito do art. 305 (à semelhança da majorante do art. 121, §4º, CP) é forçar o motorista a permanecer no local a fim de não impedir (ou, pelo menos, dificultar), a apuração dos fatos. Aliás, o motorista que permanece no local do acidente não é (e não deve ser) compelido a produzir provas contra si mesmo. Em nenhum momento da apuração do crime, com efeito, pode ser ele obrigado a praticar qualquer ação que lhe incrimine, nem pode ser obrigado a prestar esclarecimentos, porque a ordem constitucional lhe assegura o direito ao silêncio. O que se pretende é simplesmente a manutenção da sede do acidente para que os órgãos responsáveis possam promover a devida apuração. Manter o local inalterado é imprescindível para a realização de perícias, por exemplo. Como no mais das vezes o motorista foge com o próprio veículo envolvido no acidente, torna-se impossível o exame técnico completo. Na prática, ocorre uma espécie de fraude processual para impedir a adequada investigação.

A segunda parte do § 4º do art. 121, **aplicada apenas aos homicídios dolosos**, aumenta a pena do crime (simples, privilegiado ou qualificado) quando *praticado contra pessoa maior de 60 anos*.

Embora a redação do § 4º ainda se refira ao menor de 14 anos, o crime cometido nessas circunstâncias é qualificado desde a edição da Lei 14.344/22, que inseriu o inciso IX no § 2º, como vimos anteriormente. Dessa forma, a majorante não se aplica mais ao homicídio, mas somente à lesão corporal, porque o § 7º do art. 129 se remete expressamente ao § 4º.

É indispensável que a idade do ofendido ingresse na esfera de conhecimento do agente, sob pena de se caracterizar responsabilidade objetiva.

Perdão judicial (§ 5º): é causa extintiva de punibilidade (CP, art. 107, IX). O juiz, analisando as circunstâncias que envolvem o caso concreto, decidirá sobre a sua aplicação. Diferentemente do perdão do ofendido (CP, art. 107, V), o perdão judicial não precisa ser aceito para gerar efeitos (ato unilateral).

Cabe à defesa demonstrar que as consequências da infração atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se mostra desnecessária. Assim, aquele que comprovar a existência de um vínculo afetivo de importância significativa entre ele e a vítima (pai/filho,

marido/mulher, grandes amigos etc.) merece o perdão; o causador de um acidente que, apesar de ter matado a vítima, ficou tetraplégico sofreu consequências que permitem presumir que a pena, no caso, se tornou desnecessária etc. Sabendo que o ônus da prova é da defesa, não se aplica a máxima do *in dubio pro reo*. Desse modo, comprovando a drasticidade das consequências, o réu merece o perdão; havendo dúvidas, deve ser condenado.

Majorante de pena (§ 6º): a Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012, acrescentou o presente parágrafo, que majora a pena do homicídio quando praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

Por grupo de extermínio entende-se a reunião de pessoas, matadores, “justiceiros” (civis ou não) que atuam na ausência ou leniência do poder público, tendo como finalidade a matança generalizada, chacina de pessoas supostamente etiquetadas como marginais ou perigosas.

Por milícia armada entende-se grupo armado de pessoas (civis ou não), tendo como finalidade (anunciada) devolver a segurança retirada das comunidades mais carentes, restaurando a paz. Para tanto, mediante coação, os agentes ocupam determinado espaço territorial. A proteção oferecida nesse espaço ignora o monopólio estatal de controle social, valendo-se de violência e grave ameaça.

Antes da Lei nº 12.720/12, o fato de o homicídio ser praticado em atividade típica de grupo de extermínio (não havia menção a milícias) servia “somente” para agravar a pena-base (circunstância considerada pelo juiz) e para etiquetá-lo, quando simples, como hediondo, sofrendo os consectários da Lei nº 8.072/90. Tal circunstância, portanto, escapava da apreciação dos jurados.

Agora, com a novel Lei, a circunstância de o crime ter sido (ou não) praticado em atividade típica de grupo de extermínio (ou milícia privada) passou a ser majorante de pena (causa de aumento) e, como tal, dependerá de reconhecimento por parte dos juízes leigos (jurados).

Deve ser observado, porém, **que a Lei nº 8.072/90 não foi alterada**, não abrangendo no rol dos crimes hediondos o homicídio (simples) praticado por milícia privada, em que pese, nesses casos, não se imaginar um homicídio, com esses predicados, ser julgado como “simples”, apresentando-se, na esmagadora maioria das vezes, impregnado de circunstâncias qualificadoras (motivo torpe, motivo fútil, meio cruel etc.).

Quantas pessoas devem, no mínimo, integrar o “grupo” de extermínio ou a milícia privada?

O texto é totalmente silente.

Duas são as conclusões possíveis e já presentes fomentando a discussão na doutrina.

A primeira é no sentido de que o número de agentes deve coincidir com o da associação criminosa (art. 288 do CP), qual seja, três ou mais pessoas.

A segunda (à qual nos filiamos) se alinha ao conceito de organização criminosa, definida e tipificada na Lei nº 12.850/13, exigindo no mínimo quatro pessoas.

♦ **ATENÇÃO:** grupo de extermínio que promove matanças responde pelos crimes dos arts. 121, § 6º e 288-A,

ambos do CP, em concurso material, não se cogitando de bis in idem, pois são delitos autônomos e independentes, protegendo, cada qual, bens jurídicos próprios. O mesmo raciocínio já é aplicado pelo Supremo para não reconhecer bis in idem quando se está diante de associação criminosa (anterior quadrilha ou bando) armada e roubo majorado pelo emprego de arma.

Majorante de pena (§ 7º): a Lei nº 13.104/15 também acrescentou no art. 121 o § 7º, majorante que eleva de um terço até a metade a pena do feminicídio se o crime for praticado:

a) durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto: aplica-se a majorante desde o momento em que gerado o feto até três meses após o nascimento. O aumento da pena se justifica inclusive nas situações em que demonstrada a inviabilidade do feto, pois o objeto da proteção especial é a mulher em fase de gestação, não exatamente o feto. Ressaltamos que o aborto não é pressuposto da causa de aumento, e, caso do homicídio decorra a morte, querida ou aceita, do ser humano em gestação, o agente responderá, em concurso formal, pelo homicídio majorado e pelo aborto. Nesse sentido:

“A jurisprudência desta Corte vem sufragando o entendimento de que, enquanto o art. 125 do CP tutela o feto enquanto bem jurídico, o crime de homicídio praticado contra gestante, agravado pelo art. 61, II, h, do Código Penal protege a pessoa em maior grau de vulnerabilidade, raciocínio aplicável ao caso dos autos, em que se imputou ao acusado o art. 121, § 7º, I, do CP, tendo em vista a identidade de bens jurídicos protegidos pela agravante genérica e pela qualificadora em referência” (STJ: REsp 1.860.829/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 15/09/2020).

b) contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou com doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental: originalmente, ao se referir à idade da vítima, o dispositivo repetia o § 4º do art. 121. A Lei 14.344/22, que inseriu a qualificadora para o homicídio cometido contra menor de 14 anos, modificou a redação do inciso II do § 7º, que, atualmente, no aspecto etário, se limita a majorar a pena do feminicídio cometido contra pessoa maior de 60 anos. Ressalta-se, porém, que, nesta majorante, diferentemente daquela do § 4º, em que o aumento é fixo em um terço, o aumento é variável de um terço à metade.

Outra figura da causa de aumento contempla a vítima com deficiência (física ou mental). O conceito de pessoa com deficiência é trazido pelo art. 2º da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. E, com a alteração promovida pela Lei 13.771/18, majora-se também a pena se a vítima tem alguma doença degenerativa que provoque limitação ou vulnerabilidade física ou mental, como esclerose múltipla, esclerose lateral amiotrófica, Parkinson, Alzheimer, osteoporose, arteriosclerose, diabetes e alguns tipos de câncer.

c) na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima: expressa o texto legal que o comportamento criminoso ocorra na *presença* do ascendente ou do descendente da vítima. Diante do atual estágio de interação humana, em que ambientes de presença virtual são capazes de tornar a comunicação por meio de áudio

e vídeo muito próxima da realidade já sustentávamos, quando o § 7º foi incluído pela Lei 13.104/15, a possibilidade, de interpretação extensiva do vocábulo *presença* para nele abarcar outras formas de interação que não a física, como chamadas com vídeo pela *internet* (Skype, por exemplo). Com a modificação promovida pela Lei 13.771/18, a majoração pela presença virtual é expressa.

d) em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do art. 22 da Lei Maria da Penha: por meio da Lei 13.771/18, inseriu-se nova majorante para as situações em que o homicida comete o crime apesar da existência de medidas protetivas contra si decretadas nos termos da Lei Maria da Penha. O inciso I do art. 22 estabelece a medida de suspensão da posse ou restrição do porte de armas; o inciso II consiste no afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; e no inciso III temos a proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

Desde a entrada em vigor da Lei 13.641/18, o descumprimento de medidas protetivas é crime punido com detenção de três meses a dois anos, mas, se ocorre no mesmo contexto da prática do homicídio, incide apenas a causa de aumento, afastando-se a figura criminosa autônoma diante do *bis in idem* provocado pela imputação simultânea.

Por fim, é imprescindível, para a incidência das majorantes enunciadas acima, que o agressor tenha conhecimento das circunstâncias a elas relativas, evitando-se, assim, a responsabilidade penal objetiva.

Ação penal: é pública incondicionada.

2. ENUNCIADOS DE SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA

♦ **STJ – Súmula 600.** Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima.

3. INFORMATIVOS DE JURISPRUDÊNCIA

♦ **STJ – 623 – Homicídio na direção de veículo após su-
posta ingestão de bebida alcoólica. Dolo eventual *versus*
culpa consciente.**

Observe-se, inicialmente a indagação a respeito da presença do dolo eventual: se o conceito jurídico-penal acerca do que é dolo eventual já produz enormes dificuldades ao julgador togado, que emite juízos técnicos, apoiados em séculos de estudos das ciências penais, o que se pode esperar de um julgamento realizado por pessoas que não possuem esse saber e que julgam a partir de suas íntimas convicções, sem explicitação dos fundamentos e razões que definem seus julgamentos? O legislador criou um procedimento bifásico para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em que a primeira fase se encerra com uma avaliação técnica, empreendida por um juiz togado, o qual se socorre da dogmática penal e da prova dos autos, e mediante devida fundamentação, portanto, não se pode desprezar

esse “filtro de proteção para o acusado” e submetê-lo ao julgamento popular sem que se façam presentes as condições necessárias e suficientes para tanto. Note-se que a primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri tem o objetivo principal de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*iudicium accusationis*) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*iudicium causae*). Deste modo, não é consentâneo, aos objetivos a que representa na dinâmica do procedimento bifásico do Tribunal do Júri, a decisão de pronúncia relegar a juízes leigos, com a cômoda invocação da questionável regra do *in dubio pro societate*, a tarefa de decidir sobre a ocorrência de um estado anímico cuja verificação demanda complexo e técnico exame de conceitos jurídico-penais. REsp 1.689.173/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21/11/2017.

4. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (CEBRASPE – PC/AL – Delegado – 2023) Em relação aos crimes contra a pessoa e contra a fé pública, julgue o item a seguir:

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, não caracteriza bis in idem o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e feminicídio no homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar.

02. (Vunesp – Promotor de Justiça – MPE – SP/2023) O feminicídio foi incluído como uma forma qualificada do crime de homicídio pela Lei nº 13.104/2015. Desde então, várias alterações legislativas foram implementadas, e a jurisprudência e a doutrina se encarregaram de esclarecer o alcance do dispositivo. Com base na legislação e na jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, assinale a alternativa correta.

a) A Lei nº 14.344/22 alterou a legislação para proibir a utilização no Tribunal do Júri da tese de “legítima defesa da honra” como justificante no crime de feminicídio.

b) As qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio são incompatíveis entre si, já que ambas possuem o mesmo caráter subjetivo, caracterizando bis in idem a sua imputação simultânea.

c) O fato de o agente ter praticado o crime de feminicídio na presença de descendente ou ascendente da vítima não deve ser considerado como circunstância judicial negativa no cálculo da pena.

d) O descumprimento de medida protetiva consistente na restrição ou suspensão de visitas aos filhos menores constitui majorante no feminicídio.

e) A pena do feminicídio será aumentada de 1/3 (um terço) até metade, se o crime for praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

03. (Cespe – Promotor de Justiça – MPE – AC/2022) Gabriel, lutador profissional de boxe na categoria peso pesado, assistia a um jogo de futebol em um bar. Em determinado momento, inconformado com a derrota de seu time, desferiu um soco na cabeça de uma mulher que estava ao seu lado e que também lamentava o resultado negativo, causando-lhe a morte. Nessa situação hipotética, conforme a jurisprudência dos tribunais superiores,

a) caracterizado o dolo eventual, Gabriel deverá responder por homicídio qualificado por motivo torpe.

b) Gabriel deverá responder por homicídio simples, sendo afastada a qualificadora relacionada ao motivo fútil, pela sua incompatibilidade com o dolo eventual.

- c) caracterizada a violenta emoção, Gabriel deverá responder por homicídio privilegiado.
 d) por se tratar de vítima do sexo feminino, Gabriel deverá responder por feminicídio.
 e) caracterizado o dolo eventual, Gabriel deverá responder por homicídio qualificado por motivo fútil.

04. (Cespe – Delegado de Polícia – PC – PB/2022) O feminicídio - crime cometido contra a vida da mulher devido à sua condição de sexo feminino - tem aumento de pena se praticado

- a) contra vítima menor de dezoito anos de idade.
 b) contra vítima portadora de doença degenerativa que acarrete condição limitante.
 c) durante a gestação ou nos seis meses após o parto.
 d) na presença física ou virtual de descendente, ascendente ou irmão da vítima.
 e) contra vítima com idade maior ou igual a sessenta e cinco anos.

05. (Instituto AOCB – Defensor Público – DPE – PR/2022) Em relação aos crimes dolosos contra a vida, analise as seguintes afirmações:

I. O crime de homicídio é privilegiado se praticado sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

II. As qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio são incompatíveis entre si, de modo que é vedado sua imputação simultânea, sob pena de bis in idem.

III. O homicídio é qualificado se praticado com o emprego de arma de fogo.

Considerando a legislação aplicável e o entendimento dos Tribunais Superiores, está INCORRETO o que se afirma em

- a) II.
 b) I e II.
 c) II e III.
 d) I, II e III.
 e) I e III.

06. (FGV – Delegado de Polícia – RN/2021) No dia 01/03/2014, Vitor, 60 anos, desferiu um golpe de faca no peito de sua namorada Clara, 65 anos, que foi a causa eficiente de sua morte, pois descobriu que a vítima mantinha uma relação extraconjugal com o vizinho. Foi instaurado inquérito policial para apurar o evento, entrando em vigor, no curso das investigações, a Lei nº 13.104/2015, passando a prever a qualificadora do feminicídio. As investigações somente foram concluídas em 25/01/2021. Considerando apenas as informações expostas, a autoridade policial deverá indiciar Vitor pela prática do crime de homicídio:

- a) com causa de aumento de pena, sem a qualificadora pela condição de mulher da vítima;
 b) sem qualquer causa de aumento de pena e sem a qualificadora pela condição de mulher da vítima;
 c) com a qualificadora pela condição de mulher da vítima, bem como causa de aumento de pena;
 d) com a qualificadora pela condição de mulher da vítima, sem qualquer causa de aumento de pena;
 e) com a qualificadora pela condição de mulher da vítima, além de causa de diminuição de pena pelo relevante valor moral.

GAB	01	V	02	C	03	E
	04	B	05	D	06	A

INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A SUICÍDIO OU A AUTOMUTILAÇÃO

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 3º A pena é duplicada:

I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

§ 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real.

§ 5º Aplica-se a pena em dobro se o autor é líder, coordenador ou administrador de grupo, de comunidade ou de rede virtual, ou por estes é responsável.

§ 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código.

§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código.

1. BREVES COMENTÁRIOS

A Lei 13.968/19 promoveu importantes alterações no art. 122 do CP, que passou a tipificar conjuntamente o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio e à automutilação.

Errou o legislador. Misturou, no mesmo tipo, comportamentos manifestamente distintos. Cumulou na mesma redação típica crime doloso contra a vida e crime de natureza diversa. Não que o delito de participação em automutilação não merecesse punição própria. Apenas deveria estar tipificado em artigo outro, como, por exemplo, art. 129-A, topograficamente mais coerente. As penas cominadas aos dois comportamentos também merecem críticas. As condutas relativas ao suicídio e à automutilação têm exatamente as mesmas consequências penais, algo absolutamente desproporcional em virtude das diferenças essenciais entre as condutas punidas: enquanto as primeiras buscam a eliminação da vida, as outras se limitam à lesão corporal.

Feito o imbróglio (e aqui não existe outra expressão para explicar o ocorrido), vamos, em cada tópico (considerações iniciais, sujeitos do crime, conduta, voluntariedade e consumação) comentar primeiro o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio (art. 122, 1ª, parte), para, em seguida, dedicar os comentários ao induzimento, a instigação e o auxílio à automutilação (art. 122, 2ª parte), esperando, com isso, facilitar a compreensão do leitor.

(A) Induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122, 1ª parte, CP)

NÉLSON HUNGRIA conceitua o suicídio como sendo “a eliminação voluntária e direta da própria vida. Para que haja suicídio é imprescindível a intenção positiva de despedir-se da vida” (ob. cit., v. 5, p. 231).

RICARDO VERGUEIRO FIGUEIREDO, valendo-se de valioso estudo elaborado por EMILE DURKHEIM, explica que,

em Atenas, a atitude daquele que se autoeliminasse era vista como uma verdadeira injustiça contra a sua comunidade, sendo-lhe vedadas as honras da sepultura regular. Além disso, a mão do suicida era cortada e enterrada à parte. Em Roma, o cidadão que desejasse se matar deveria submeter suas razões ao Senado que, então, decidiria se eram ou não aceitáveis, determinando até mesmo o gênero da sua morte. O próprio Direito Canônico já considerou a eliminação da própria vida um crime, prevendo expressamente sanção contra o suicida: a proibição de receber oferendas (*Da participação em suicídio*, p. 4).

No Brasil, a exemplo da maioria das nações modernas, a incriminação aqui estudada não pune o fato de uma pessoa matar-se (ou a sua tentativa), mas sim a conduta do terceiro que participa do evento, instigando, induzindo ou auxiliando aquela a eliminar a própria vida. Só a vida alheia é criminalmente protegida.

Observa CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

“Não sendo criminalizada a ação de matar-se ou a sua tentativa, a *participação* nessa *conduta atípica*, consequentemente, tampouco poderia ser penalmente punível, uma vez que, segundo a *teoria da acessoriedade limitada*, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a punibilidade da *participação em sentido estrito*, que é uma atividade secundária, exige que a conduta principal seja típica e antijurídica. A despeito dessa correta orientação político-dogmática, as legislações modernas, considerando a importância fundamental da vida humana, passaram a prever uma figura *sui generis* de crime, quando alguém, de alguma forma, concorrer para a realização do suicídio (...). Na verdade, os verbos nucleares do tipo penal descrito no art. 122 – *induzir, instigar e auxiliar* – assumem conotação completamente distinta daquela que têm quando se referem à *participação em sentido estrito*. Não se trata de *participação* – no sentido de atividade acessória, secundária, como ocorre no instituto da *participação stricto sensu* –, mas de atividade principal, nuclear típica, representando a conduta

típica proibida lesiva direta do bem jurídico *vida*. Por isso, quem realizar qualquer dessas ações, em relação ao sujeito passivo, não será *partícipe*, mas autor do crime de concorrer para o suicídio alheio, visto que sua atividade não será acessória, mas principal, única, executória e essencialmente típica. E essa *tipicidade* não decorre de sua natureza acessória, mas de sua definição legal caracterizadora de conduta proibida. Não vemos, aí, nenhuma incoerência dogmática” (ob. cit., v. 5, p. 231).

Estamos diante de um crime de menor potencial ofensivo, que admite transação penal e suspensão condicional do processo. Claro que as medidas despenalizadoras não serão aplicadas no JECRIM, pois, tratando-se de delito doloso contra a vida, a competência é do Tribunal do Júri.

Caso incida alguma das causas de aumento dos §§ 3º, 4º e 5º, fica afastada a transação penal. A pena do § 1º continua a admitir a suspensão condicional do processo, incabível nos demais parágrafos.

Admitida transação penal no *caput*, fica inviabilizado o acordo de não persecução penal, nos exatos termos do art. 28-A, § 2º, inc. I, do CPP.

(B) Induzimento, instigação e auxílio à automutilação (art. 122, 2ª parte, CP)

A automutilação, por sua vez, pode ser definida como o ato intencional de provocar lesões no próprio corpo, sem o propósito consciente de cometer suicídio. Figura na literatura médica como sintoma de transtornos mentais e pode ocorrer por meio de inúmeras condutas elencadas na Classificação Internacional de Doenças (CID). O item F98.4, por exemplo, dispõe que “comportamentos estereotipados automutiladores” incluem “bater a cabeça, esbofetear a face, colocar o dedo nos olhos, morder as mãos, os lábios ou outras partes do corpo”. A CID também elenca, entre os itens X60 e X84, diversas formas e meios de lesões autoprovocadas intencionalmente: enforcamento, estrangulamento, sufocação, afogamento, submersão, disparo de arma de fogo na mão, uso de objeto cortante, penetrante ou contundente, precipitação de lugar elevado, precipitação ou permanência diante de um objeto em movimento, impacto de veículo a motor, eletrocussão, inalação de fumaça, exposição ao fogo, a chamas ou a explosivos, exposição a vapor de água, gases ou objetos quentes, dentre outras.

O fundamento para a tipificação de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação reside no número cada vez maior de casos ocorridos especialmente por meio da internet e entre jovens, estimulados a participar de jogos que envolvem lesões a seu próprio corpo e que não raro os levam à morte. Muito embora, como veremos, o tipo não restrinja as condutas aos meios eletrônicos nem tutele exclusivamente crianças, adolescentes ou vulneráveis, não há dúvida de que são eles que, com acesso muitas vezes irrestrito à internet, acabam sendo alvos das condutas punidas. É o que se extrai das justificativas do projeto da lei que reformulou o tipo penal:

“O chamado cutting (ou automutilação) é caracterizado pela agressão deliberada ao próprio corpo, sem a intenção de cometer suicídio. Não há ainda dados disponíveis sobre a

prática no Brasil, mas uma pesquisa divulgada em 2006, na publicação científica da Academia Americana de Pediatria, aponta que 17% dos adolescentes em idade escolar praticaram automutilação mais de uma vez em toda a sua vida.

Especialistas afirmam que o mundo on-line em que as crianças e adolescentes estão inseridos pode estar contribuindo para esse cenário, pelo uso cada vez mais crescente de instrumentos eletrônicos como celulares e tablets. Nesse ambiente, os jovens se sentem pressionados pelas redes sociais a seguir certo estilo de vida, como uma necessidade de [afirmação ou de] reafirmação e de inserção entre outros jovens. Com isso, criam-se novos espaços para a prática do bullying, por exemplo.

A partir daí, tem crescido o número de grupos nas redes sociais que incentivam e estimulam a prática da automutilação entre crianças e adolescentes. Para serem aceitos pelos grupos, os jovens precisam lesionar o próprio corpo e divulgar o resultado por meio de fotos ou vídeos nas redes sociais”.

A exemplo do crime de participação em suicídio, cuida-se de infração de menor potencial ofensivo, que admite transação penal e suspensão condicional do processo. Diferentemente do delito anterior, não sendo crime doloso contra a vida, será processado e julgado, na forma simples, perante o JECRIM.

Caso incida alguma das causas de aumento dos §§ 3º, 4º e 5º, fica afastada a transação penal e a competência do JECRIM. A pena do § 1º continua a admitir a suspensão condicional do processo, incabível nos demais parágrafos.

Admitida transação penal no *caput*, fica inviabilizado o acordo de não persecução penal, nos exatos termos do art. 28-A, § 2º, inc. I, do CPP.

Objetividade jurídica: tutela-se a vida humana e a integridade corporal.

Sujeitos do delito:

(A) Induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122, 1ª parte, CP)

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo (crime comum), não exigindo a lei nenhuma qualidade especial do agente. É admissível concurso de pessoas nas suas duas formas: coautoria ou participação.

Sabendo que o suicídio se dá com a eliminação da própria vida, realizada de forma *voluntária* e *consciente* (capacidade de discernimento), claro está que apenas a pessoa *capaz* pode ser sujeito passivo. Tratando-se de “suicida” *incapaz* de entender o significado de sua ação e de determinar-se de acordo com esse entendimento, deixa de haver supressão *voluntária* e *consciente* da própria vida, logo, não há suicídio. Nesse caso, estamos diante de um delito de homicídio, encarando-se a *incapacidade da vítima* como mero instrumento daquele que lhe provocou a morte.

“É mister também que o sujeito passivo realmente queira suicidar-se. Se, v.g., ele aparenta ter sofrido a ação de outro e pretende simular um suicídio, mas desastrosamente se mata, não há crime a punir, pois a ação daquele não teve a potência de instigar ou induzir, não teve a eficiência causal” (Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 34).

Esta ressalva, sempre enfatizada pela doutrina, passou a integrar expressamente o tipo penal após as alterações promovidas pela Lei 13.968/19. Com efeito, o § 7º do art. 122 dispõe que se o suicídio se consuma e a conduta se volta contra alguém menor de quatorze anos ou que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio (art. 121 do CP). A propósito, tratando-se de menor de quatorze anos, o homicídio é qualificado (art. 121, § 2º, IX, do CP).

Por conta dessa lição, concluímos que o legislador, nas disposições do § 6º, errou novamente. De acordo com esse dispositivo, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza gravíssima, e a conduta é praticada contra alguém nas mesmas condições de incapacidade de discernimento, responde o agente pelo crime tipificado no § 2º do art. 129 do CP. Aqui reside o equívoco. Deveria ter seguido o mesmo raciocínio do § 7º. Se o agente induz, instiga ou auxilia alguém a cometer um suicídio que não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade, e a pessoa visada é incapaz de discernir, o correto é imputar ao participante do evento o delito de homicídio (tentado), e não a lesão corporal dolosa. Percebam que ele não participou de suicídio (evento que nunca existiu, por falta de capacidade da vítima). Na verdade, usou o incapaz como instrumento para ceifar a sua (incapaz) vida. Somos obrigados a aplicar, no caso, o tipo e as penas do art. 121 do CP, na forma tentada, e não o art. 129, § 2º, anunciado pelo § 6º do art. 122.

Para a ocorrência do crime de participação em suicídio, exige-se, ainda, que a conduta do agente seja dirigida a uma ou várias pessoas determinadas, não bastando o mero induzimento genérico, dirigido a pessoas incertas (ex.: espetáculos, obras literárias endereçadas ao público em geral, discos etc.). Conforme Euclides Custódio da Silveira:

“É imprescindível que o induzimento vise a uma pessoa determinada; o escritor ou articulista que faz apologia do suicídio não responde pelo delito em exame, se alguém se deixa influenciar pela leitura. É famoso o livro Werther, de Goethe, que tantos suicídios provocou, a ponto de ser proibida a sua venda na cidade de Leipzig, em 1775” (Direito penal – Crimes contra a pessoa, p. 95).

Ainda que o crime seja cometido por meios eletrônicos, como internet e redes sociais, a conduta transmitida deve atingir pessoas determinadas. Caso se trate, por exemplo, de uma página dedicada à apologia do suicídio, sem, contudo, se dirigir a alguém para indução ou instigação concreta, não se perfaz o crime.

O inciso II do § 3º traz causa de aumento de pena para os casos em que a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. Esta majorante já existia antes da alteração promovida pela Lei 13.968/19, e, atualmente, em virtude das disposições dos §§ 6º e 7º, que consideram o menor de quatorze anos incapaz de discernimento para entender a natureza da conduta que o está vitimando, a única conclusão possível é de que o menor aqui mencionado é o adolescente entre quatorze e dezoito anos de idade.

(B) Induzimento, instigação e auxílio à automutilação (art. 122, 2ª parte, CP)

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo (crime comum), não exigindo a lei nenhuma qualidade especial do agente. É admissível concurso de pessoas nas suas duas formas: coautoria ou participação.

Sendo a vítima menor de quatorze anos ou que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, se da automutilação resulta morte (obviamente culposa), diz o § 7º do art. 122 do CP que o agente responde pelo crime de homicídio. Mais um erro do legislador. Como pode o agente responder por um crime doloso contra a vida, sendo a morte, na hipótese, culposa? Aliás, o incapaz é, na verdade, um instrumento nas “mãos” do agente, que busca vê-lo ferido. Não participa de automutilação (que pressupõe capacidade do automutilado). Na verdade, ofende efetivamente a incolumidade física do incapaz. Somos obrigados a concluir que o agente, no caso, deve responder pelo tipo e nas penas do art. 129, § 3º (lesão corporal seguida de morte), delito preterdoloso, de competência do juiz singular. Assim, não apenas se corrige a falta de técnica na imputação legal, mas também se prestigia a proporcionalidade na pena, especialmente quando o comportamento é comparado com o anterior. Esse raciocínio norteou o legislador no parágrafo anterior (§ 6º). Deveria ter sido seguido também no § 7º.

De acordo com o § 6º, se da automutilação resulta lesão corporal de natureza gravíssima, e a conduta é praticada contra alguém nas mesmas condições de incapacidade de discernimento, responde o agente pelo crime tipificado no § 2º do art. 129 do CP.

Exige-se, ainda, que a conduta do agente seja dirigida a uma ou várias pessoas determinadas, não bastando o mero induzimento genérico, dirigido a pessoas incertas (ex.: espetáculos, obras literárias endereçadas ao público em geral, discos etc.).

Ainda que o crime seja cometido por meios eletrônicos, como internet e redes sociais, a conduta transmitida deve atingir pessoas determinadas. Caso se trate, por exemplo, de uma página dedicada à apologia da automutilação, sem, contudo, se dirigir a alguém para indução ou instigação concreta, não se perfaz o crime.

O inciso II do § 3º traz causa de aumento de pena para os casos em que a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. Esta majorante já existia antes da alteração promovida pela Lei 13.968/19, e, atualmente, em virtude das disposições dos §§ 6º e 7º, que consideram o menor de quatorze anos incapaz de discernimento para entender a natureza da conduta que o está vitimando, a única conclusão possível é de que o menor aqui mencionado é o adolescente entre quatorze e dezoito anos de idade.

Conduta:

(A) Induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122, 1ª parte, CP)

Três são as formas de praticar o crime:

a) *induzimento*: hipótese em que o agente faz nascer na vítima a ideia e a vontade mórbida. Aqui o sujeito passivo nem sequer cogitava eliminar a própria vida, sendo convencido pela ação do agente;

b) *instigação*: caso em que o autor reforça a vontade mórbida preexistente na vítima. Aqui o sujeito passivo já pensava em se suicidar, e este propósito é reforçado pelo agente;

c) *auxílio*: o agente presta efetiva assistência material, facilitando a execução do suicídio, quer fornecendo, quer colocando à disposição do ofendido os meios necessários para fazê-lo (ex.: emprestando instrumentos letais).

Nas duas primeiras hipóteses (induzimento e instigação) temos a participação *moral*; já na última (auxílio), a participação é *material*.

Tratando-se de crime de conduta múltipla ou de conteúdo variado (plurinuclear), mesmo que o agente pratique, no mesmo contexto fático e sucessivamente, mais de uma ação descrita no tipo penal, responderá por crime único. Assim, por exemplo, aquele que induz ao suicídio e fornece a substância letal para que a vítima se mate responde por crime único, devendo o magistrado considerar a insistência criminosa na gradação da pena.

Adotando fórmula diversa da original, o legislador dividiu o tipo do art. 122 em parágrafos de acordo com o resultado advindo da conduta.

O *caput* pune com reclusão de seis meses a dois anos os atos de induzir, instigar ou auxiliar materialmente alguém a suicidar-se. Antes a conduta era punida apenas se resultasse em lesão corporal grave ou morte, pois o preceito secundário do tipo penal cominava as penas conforme ocorresse um desses resultados. Mas, na atual sistemática, não se exige nenhum resultado lesivo; basta a prática de uma das condutas sobre determinada pessoa. Ocorrendo lesão, mas leve, continua se subsumindo ao *caput*, devendo o juiz considerar o resultado (lesão leve) na fixação da pena-base.

Cominando pena de reclusão de um a três anos, o § 1º dispõe sobre a lesão corporal grave ou gravíssima resultante da tentativa de suicídio. O que antes era tratado como uma das formas básicas de punição tem atualmente a natureza de qualificadora.

Por expressa disposição do § 1º, os conceitos de lesão corporal grave e gravíssima devem ser extraídos dos §§ 1º e 2º do art. 129:

a) lesão corporal grave: incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; aceleração de parto.

b) lesão corporal gravíssima: incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização do membro, sentido ou função; deformidade permanente; aborto.

O § 2º estabelece pena de reclusão de dois a seis anos para a situação em que o suicídio se consuma. Trata-se também de uma circunstância qualificadora que antes era considerada para a formação do tipo básico da participação em suicídio.

Como podemos observar, as penas cominadas para as situações em que ocorre lesão grave ou morte não se modificaram; apenas passaram a ter natureza diversa. Somente a situação do *caput* é uma novidade, pois antes os atos de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio cuja tentativa não resultasse em nenhuma lesão, ou resultasse em lesão leve, não eram punidos.

Discute a doutrina se o crime admite as duas formas de conduta: ação ou omissão.

Entende a maioria que a colaboração moral (induzir ou instigar) só pode ser praticada por ação.

PAULO JOSÉ DA COSTA JR., porém, enxerga instigação na forma omissiva, explicando:

“Somente a instigação poderá ser vislumbrada através de uma conduta negativa, por parte do sujeito ativo. Figure-se o caso de alguém que comunique a outrem, que sobre ele dispõe de grande influência, estar propenso a dar cabo de sua vida. O terceiro não exercita sua persuasiva para dissuadir o companheiro da ideia macabra, como lhe impunha fazer. Logo, *non fecit quod defetur*, mantendo-se calado e passivo. Sua conduta omissiva poderia em tese incriminá-lo” (Apud Ricardo Vergueiro Figueiredo, ob. cit., p. 55).

Concordamos com a presente lição, desde que o omitente tenha o dever jurídico de evitar o evento.

A mesma discussão se repete na hipótese da cooperação material (*auxílio*). Opinam alguns que a expressão usada no núcleo do tipo (*a prestar-lhe auxílio para que o faça*) traduz sempre conduta comissiva (ação), afastando-se o auxílio omissivo (RT 491/285).

JOSÉ FREDERICO MARQUES, comungando desse entendimento, escreve que a prestação de auxílio é sempre uma conduta comissiva (Tratado de direito penal, v. 4, p. 163). Responderia o omitente, conforme o caso, apenas por omissão de socorro (art. 135 do CP).

NÉLSON HUNGRIA, por sua vez, ensina que:

“A prestação de auxílio pode ser comissiva ou omissiva. Neste último caso, o crime só se apresenta quando haja um dever jurídico de impedir o suicídio” (ob. cit., v. 5, p. 232).

MAGALHÃES NORONHA, reforçando essa última corrente, aduz:

“Diante da teoria da equivalência dos antecedentes, abraçada pelo nosso Código no art. 13, é inadmissível outra opinião: desde que ocorram o dever jurídico de obstar o resultado e o elemento subjetivo, a omissão é causal, pouco importando que a ela se junte outra causa” (*Direito penal*, v. 2, p. 36).

O auxílio, porém, deve ser sempre *acessório* (*cooperação secundária*). Deixa de haver participação em suicídio quando o auxílio intervém diretamente nos atos executórios, caso em que o agente colaborador responderá por homicídio. Sobre o assunto, alerta CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

“O auxílio pode ocorrer desde a fase da preparação até a fase executória do crime, ou seja, pode ocorrer antes ou durante o suicídio, desde que não haja intervenção nos atos executórios, caso contrário estaremos diante de homicídio, como exemplifica Manzini: o agente puxa a corda de quem se quer enforçar; segura a espada contra a qual se atira o suicida; provoca a emissão de gás no quarto onde a vítima