

Cleber Masson

DIREITO PENAL

Vol. 2

Parte Especial
(arts. 121 a 212)

11.^a | revista e
edição | atualizada



CAPÍTULO

1

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

1

1.1. DOS CRIMES CONTRA A VIDA

1.1.1. Fundamento constitucional

O direito à vida está consagrado no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal como direito fundamental do ser humano. Trata-se de **direito supraestatal**, inerente a todos os homens e aceito por todas as nações, imprescindível para a manutenção e para o desenvolvimento da pessoa humana.

É, por esse motivo, um **direito fundamental em duplo sentido: formal e materialmente constitucional**. **Formalmente constitucional**, porque enunciado e protegido por normas com valor constitucional formal (normas que, independente do seu conteúdo, possuem *status* constitucional por terem sido elaboradas por meio de um processo legislativo mais complexo que o processo legislativo ordinário).¹ E também **materialmente constitucional**, porque seu conteúdo se refere à estrutura do Estado, à organização dos poderes e aos direitos e garantias fundamentais.

E, se não bastasse a previsão expressa pelo art. 5.º, *caput*, o direito à vida teve sua proteção constitucional reforçada pelos arts. 227, *caput*, e 230, *caput*.

Mas, nada obstante sua dimensão, o direito à vida é **relativo**, a exemplo dos demais direitos. Pode sofrer limitações, desde que não sejam arbitrárias e possam ser sustentadas por interesses maiores do Estado ou mesmo de outro ser humano. É o que se convencionou chamar de “possibilidade lógica de restrições a direitos fundamentais”.² Com efeito, a própria Constituição Federal autoriza a privação da vida humana quando admite a pena de morte em tempo de guerra (art. 5.º, inc. XLVII, alínea “a”).

No tocante à **relatividade dos direitos fundamentais**, assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal em clássica decisão:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 403.

² Para um estudo detalhado da matéria, conferir: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 276 e ss.

assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.³

Ademais, o Código Penal afasta a ilicitude do fato típico praticado em legítima defesa (art. 25), justificando, exemplificativamente, a morte daquele que agride uma pessoa com a intenção de matá-la, além de apontar expressamente as hipóteses em que o aborto é permitido (art. 128). Em tais casos, uma vida pode ser sacrificada para preservar outra, em face da ausência momentânea do Estado para a proteção de bens jurídicos, ou então para preservar a vida da gestante ou a sua dignidade, quando a gravidez resulta de estupro.

1.1.2. Crimes contra a vida: espécies, competência e ação penal

O Código Penal arrola quatro crimes contra a vida:

- (1) homicídio;
- (2) induzimento, instigação ou auxílio a suicídio;
- (3) infanticídio; e
- (4) aborto.

Buscou, desse modo, proteger integralmente o direito à vida do ser humano, desde a sua concepção, ou seja, previamente ao seu nascimento.

No tocante à **competência**, salvo o homicídio culposo (CP, art. 121, § 3.º), cuja ação penal tramita perante o juízo singular (justamente pelo fato de ser culposos), todos os demais crimes são julgados pelo Tribunal do Júri, em atendimento à regra prevista no art. 5.º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da Constituição Federal.

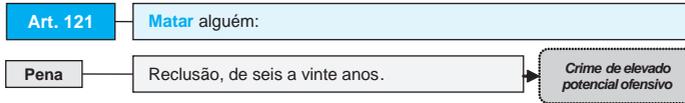
E a **ação penal**, como consectário lógico da indisponibilidade do direito à vida, sempre será **pública incondicionada**, circunstância que não impede, em caso de inércia do Ministério Público, a utilização da ação penal privada subsidiária da pública, garantida pelo art. 5.º, inciso LIX, da Constituição Federal.

³ MS 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 16.09.1999.

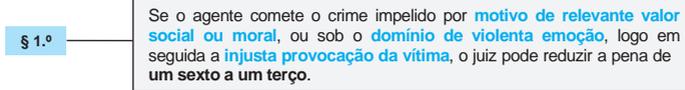
1.1.3. Art. 121 – Homicídio

1.1.3.1. Dispositivo legal

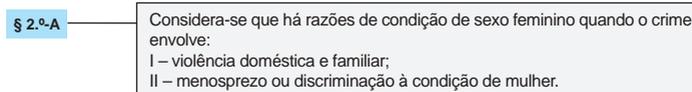
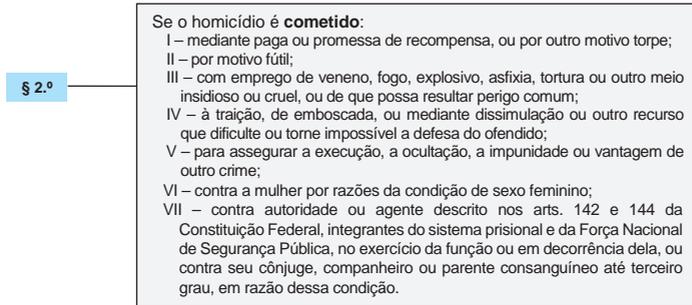
Homicídio simples



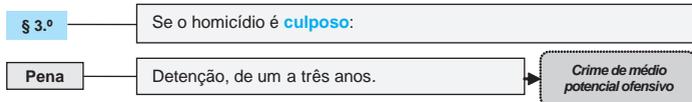
Caso de diminuição de pena



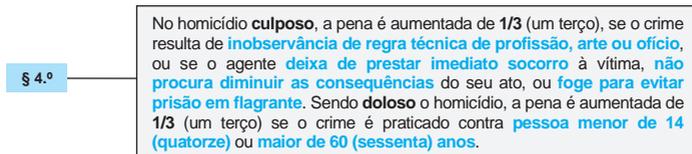
Homicídio qualificado



Homicídio culposo



Aumento de pena



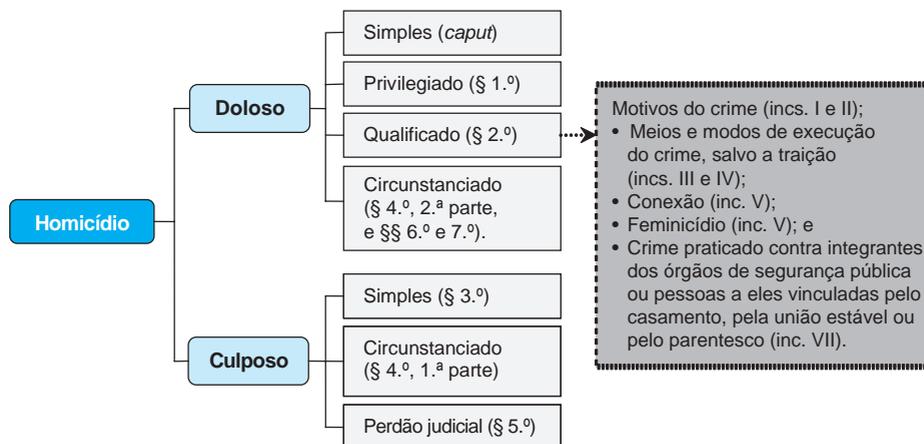
Perdão judicial *

- § 5.º** — Na hipótese de **homicídio culposo**, o juiz poderá **deixar de aplicar a pena**, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção **penal se torne desnecessária**.
- § 6.º** — 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**.
- § 7.º** — A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:
 I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
 II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
 III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Classificação:	Informações rápidas:
<ul style="list-style-type: none"> - Crime simples - Crime comum - Crime material - Crime de dano - Crime de forma livre - Crime comissivo (<i>regra</i>) ou omissivo impróprio (<i>exceção</i>) - Crime instantâneo (ou para alguns, instantâneo de efeitos permanentes) - Crime unissubjetivo (<i>regra</i>) - Crime plurissubsistente (<i>regra</i>) - Crime progressivo 	<p>Homicídio simples: não é hediondo, em regra (v. Lei 8.072/90);</p> <p>Homicídio privilegiado: incomunicável (diminuição obrigatória da pena), não é hediondo; eutanásia (ainda é crime, mas pode ser admitida como causa suprallegal de exclusão da ilicitude);</p> <p>Homicídio qualificado: é sempre hediondo; privilegiado-qualificado (possível desde que qualificadoras de natureza objetiva; porém não é hediondo); pluralidade de qualificadoras (uma qualifica; a outra agrava a pena – <i>diverg.</i>).</p> <p>Homicídio culposo: não admite tentativa.</p> <p>Perdão judicial: deve ser concedido na sentença (declaratória de extinção da punibilidade/STJ); ato unilateral; não gera reincidência.</p> <p>Ação penal: pública incondicionada (<i>doloso</i>: rito do júri; <i>culposo</i>: rito sumário com <i>sursis</i> processual).</p>

1.1.3.2. Estrutura do tipo penal

A análise do art. 121 do Código Penal permite a seguinte visualização esquemática do crime de homicídio e de suas variantes.



1.1.3.3. *Homicídio simples*

O crime de homicídio simples encontra-se definido pelo art. 121, *caput*: “Matar alguém”. A essa conduta – que não aloja elementos normativos ou subjetivos –, composta por um núcleo (“matar”) e um elemento objetivo (“alguém”), é cominada a pena de reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

1.1.3.3.1. Conceito de homicídio

É a supressão da vida humana extrauterina praticada por outra pessoa.⁴

Esse conceito permite uma importante conclusão: a eliminação da vida humana não acarreta na automática tipificação do crime de homicídio. De fato, se a vida humana for intrauterina estará caracterizado o delito de aborto. Além disso, se já iniciado o trabalho de parto, a morte do feto configura homicídio ou infanticídio, dependendo do caso concreto, mas não aborto. Se não bastasse, “matar alguém” pode resultar no crime de infanticídio, se presentes as demais elementares tipificadas pelo art. 123 do Código Penal, quais sejam, a vítima deve ser o filho nascente ou recém-nascido, além de ser a conduta praticada pela própria mãe durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal.

Cuida-se de um dos primeiros crimes conhecidos pela humanidade, razão pela qual se sustenta que a história do homicídio pode ser confundida com a própria história do direito penal. Em todos os tempos e em todas as civilizações, a vida humana sempre foi o primeiro bem jurídico a ser tutelado.

1.1.3.3.2. Homicídio simples e caráter hediondo

O homicídio simples, **em regra**, não é crime hediondo. Será assim entendido, contudo, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que por um só agente (Lei 8.072/1990, art. 1.º, inc. I, 1.ª parte). Essa hipótese, entretanto, é de difícil configuração prática.

Em verdade, a atividade típica de grupo de extermínio, mesmo sem a efetiva existência deste, normalmente enseja a aplicação da qualificadora do motivo torpe (art. 121, § 2.º, inc. I). Exemplo: matança generalizada de moradores de rua para valorização de uma área urbana. Nesse caso, o crime será hediondo (Lei 8.072/90, art. 1.º, inc. I, *in fine*).

⁴ “A Bíblia nos relata a história do primeiro homicídio, cometido por Caim contra seu irmão Abel, em Gênesis, Capítulo 4, versículo 8. Caim agiu impelido por um sentimento de inveja, pois Deus havia se agradado da oferta trazida pelo seu irmão Abel e rejeitado a dele. Dessa forma, Caim chamou Abel para com ele ir ao campo e, lá, o matou. Pelo fato de ter causado a morte de seu irmão, Deus puniu Caim, amaldiçoando-o, fazendo com que passasse a ser um fugitivo e errante pela Terra” (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte especial. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009. v. 2, p. 140).

Por outro lado, se um agente matar outras pessoas em atividade típica de grupo de extermínio, **sem realmente integrá-lo**, mas com relevante valor social, estará caracterizado o homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1.º), que não é crime hediondo. Exemplo: policial que, durante sua folga, sai à caça de ladrões que aterrorizavam uma pacata cidade, matando-os.

1.1.3.3.3. Objetividade jurídica

O bem jurídico protegido é a vida humana exterior ao útero materno, assegurado pelo art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal. Em face da importância desse bem, o homicídio é um dos crimes mais graves que se pode cometer, com pena máxima de 30 anos, quando presente alguma qualificadora.

A vida extrauterina inicia-se com o processo respiratório autônomo do organismo da pessoa que está nascendo, que a partir de então não depende mais da mãe para viver. Esse acontecimento pode ser demonstrado por prova pericial, por meio das **docimasias respiratórias**.

É irrelevante a viabilidade do ser nascente. Não importa se tinha ou não possibilidade de permanecer vivo. Basta o nascimento com vida para autorizar a incidência desse tipo penal, ainda que o recém-nascido, em decorrência de anomalias, apresente características monstruosas (no direito civil brasileiro, mesmo o *monstrum vel prodigium*, do direito romano, adquire personalidade civil ao nascer com vida – CC, art. 2.º).

1.1.3.3.4. Objeto material

É o ser humano que suporta a conduta criminosa. Exemplo: “A” efetua disparos de arma de fogo contra “B”, matando-o. A objetividade jurídica é a vida humana sacrificada com a conduta homicida, ao passo que “B” é o objeto material.

1.1.3.3.5. Núcleo do tipo

O núcleo do tipo é o verbo “matar”. Trata-se de **crime de forma livre**. Admite qualquer meio de execução e pode ser praticado por ação ou por omissão, desde que presente o dever de agir, por enquadrar-se o agente em alguma das hipóteses previstas no art. 13, § 2.º, do Código Penal, como a mãe que mata o filho ao negar-lhe alimentação por diversos dias. Ou então, em hipótese reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal:

Em tese, o único médico plantonista, procurado mais de uma vez durante o exercício de sua atividade profissional na unidade de saúde, cientificado da gravidade da doença apresentada pelo paciente que lhe é

apresentado (com risco de vida), ao se recusar a atendê-lo, determinando o retorno para casa, sem ao menos ministrar qualquer atendimento ou tratamento, pode haver deixado de impedir a ocorrência da morte da vítima, sendo tal conduta omissiva penalmente relevante devido à sua condição de garante.⁵

O crime pode ser praticado de forma direta, quando o meio de execução é manuseado diretamente pelo agente (exemplo: golpes com uma barra de ferro), ou também de forma indireta, quando o meio de execução é manipulado indiretamente pelo homicida (exemplo: ataque por um cão feroz).

O homicídio também pode ser praticado por meio de **relações sexuais** ou **atos libidinosos**. É o que ocorre com a Aids (síndrome da imunodeficiência adquirida), doença fatal e incurável. Se um portador do vírus HIV, consciente da letalidade da moléstia, efetua intencionalmente com terceira pessoa ato libidinoso que transmite a doença, matando-a, responderá por homicídio doloso consumado. E, se a vítima não falecer, a ele deverá ser imputado o crime de homicídio tentado. Nesse caso, não há falar no crime de perigo de contágio venéreo (CP, art. 130), uma vez que o dolo do agente dirige-se à morte da vítima.⁶

Igual raciocínio se aplica à hipótese em que alguém, fazendo uso de uma seringa contendo sangue com o vírus HIV, injeta o líquido em outra pessoa, contaminando-a. Em qualquer dos casos, o crime será o de homicídio, consumado ou tentado, dependendo da produção ou não do resultado naturalístico morte. Há quem entenda, todavia, tratar-se de lesão corporal gravíssima em face da enfermidade incurável (CP, art. 129, § 2.º, inc. II).⁷ Não concordamos com essa posição, pois enfermidade incurável é a doença que não possui solução no atual estágio da ciência médica, mas que não leva à morte, como ocorre na Aids.

Os meios de execução podem ser **materiais**, quando assolam a integridade física do ofendido (exemplo: ferimentos com uma faca), ou **morais**, nas hipóteses em que a morte é produzida por um trauma psíquico na vítima, agravando uma doença preexistente, que a conduz à morte, ou provocando-lhe reação orgânica que a conduza a uma enfermidade, e daí à morte (exemplo: depressão que acarreta na morte em face do uso excessivo de medicamentos de ação controlada).

⁵ HC 92.304/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, j. 05.08.2008.

⁶ Para o Supremo Tribunal Federal, contudo, não comete homicídio (consumado ou tentado) o sujeito que, tendo ciência da doença (AIDS) e deliberadamente a ocultando de seus parceiros, mantém relações sexuais sem preservativo. A Corte, todavia, limita-se a afastar o crime doloso contra a vida, sem concluir acerca da tipicidade do delito efetivamente cometido, se perigo de contágio venéreo ou lesão corporal gravíssima (HC 98.712/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 05.10.2010, noticiado no *Informativo* 603).

⁷ TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 289-290.

O meio de execução pode caracterizar uma qualificadora, como se dá no emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (CP, art. 121, § 2.º, inc. III).

1.1.3.3.6. Sujeito ativo

O homicídio é **crime comum**, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, isoladamente ou em concurso com outro indivíduo. Comporta coautoria e participação.

E se o crime for praticado por xifópagos (irmãos siameses ou indivíduos duplos)?

Esta situação curiosa tem a resposta fornecida por Euclides Custódio da Silveira:

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.⁸

1.1.3.3.7. Sujeito passivo

Pode ser qualquer pessoa humana, após o nascimento e desde que esteja viva.

Em caso de vítimas que sejam irmãos xifópagos, haverá duplo homicídio. Se com uma única conduta estiver presente a intenção de matar a ambos (dolo direto), restará caracterizado o concurso formal imperfeito, na forma do art. 70, *caput*, 2.ª parte, do Código Penal. Mas, se o desejo do agente era matar apenas um deles, mas ambos morrerem, por se tratar de consequência lógica e natural da conduta inicial, existirá dolo direto quanto a um, e dolo de segundo grau ou de consequências necessárias⁹ relativamente ao outro, novamente em concurso formal imperfeito. E, finalmente, se o sujeito quiser matar um deles, atingindo-

⁸ SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito penal*. Crimes contra a pessoa. São Paulo: Max Limonad, 1959. p. 44-45.

⁹ Para o estudo aprofundado do assunto: MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 254-255.

-o, e o outro for salvo pela eficiente atuação médica, haverá também concurso formal imperfeito, agora entre um homicídio consumado e uma tentativa de homicídio.

Se a pessoa já estava morta, não há falar em homicídio, pois a impropriedade absoluta do objeto material conduz ao crime impossível, afastando a tipicidade, nos moldes do art. 17 do Código Penal.

A tipificação do homicídio pode ser transferida do Código Penal para leis extravagantes em decorrência das características da vítima. Nesses termos, quem mata dolosamente e com motivação política o Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal incide no crime definido pelo art. 29 da Lei 7.170/1983 – Crimes contra a Segurança Nacional.

Já aquele que, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, matar membros do grupo, pratica genocídio (Lei 2.889/1956, art. 1.º, *a*). Ao contrário do homicídio, trata-se de crime contra a humanidade, e não contra a vida. Nas lições do Supremo Tribunal Federal:

Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1.º da Lei n.º 2.889/56, e do art. 2.º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto n.º 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc.¹⁰

1.1.3.3.8. Elemento subjetivo

É o dolo, denominado de *animus necandi* ou *animus occidendi*. Não se reclama nenhuma finalidade específica.

Admite-se o **dolo eventual**, quando o agente não quer o resultado morte, mas assume o risco de produzi-lo. É o que se dá no “racha” entre veículos automotores praticado em via pública.¹¹ Esse fato, mesmo sem resultar a morte, é tipificado

¹⁰ RE 351.487/RR, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03.08.2006.

¹¹ STJ: HC 99.257/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 19.08.2008.

como crime autônomo pelo art. 308 da Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro (participação em competição não autorizada).

Também há dolo eventual quando a morte resulta de acidente de trânsito provocado pela embriaguez do condutor.¹² No mesmo diapasão, assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

A Turma denegou ordem de *habeas corpus* em que há indícios de que os ocupantes do utilitário sinistrado estavam alcoolizados, enquanto o motorista (supostamente, o prefeito) avançou o semáforo na luz vermelha, causando a colisão com outro veículo, o que causou o falecimento da motorista do automóvel abalroado. Não se exclui a possibilidade de o condutor, seja ele quem for, ter assumido o risco de provocar lesão grave em alguém que pudesse vir a ser atingido por seu veículo, ocasionando-lhe a morte.¹³

Em nossa opinião, a embriaguez ao volante pode caracterizar dolo eventual ou culpa consciente, dependendo da análise do caso concreto. Vejamos dois exemplos: (a) O sujeito visita um amigo no horário de almoço, e acaba ingerindo uma pequena quantidade de álcool. No caminho de volta ao trabalho, atropela e mata um transeunte; e (b) Uma pessoa passa a noite em uma festa “open bar”, e consome exageradamente diversas bebidas alcoólicas. Na madrugada, sai com seu carro em via pública, invade um ponto de ônibus e mata diversas pessoas. No primeiro exemplo, não se pode descartar a culpa consciente, ao passo que no outro caso o dolo eventual é manifesto.

O motivo que leva o agente a ceifar a vida alheia pode caracterizar uma qualificadora (exemplo: motivo torpe ou fútil) ou causa de diminuição da pena (exemplo: relevante valor social ou moral).¹⁴

1.1.3.3.9. Consumação

Dá-se com a morte (**crime material**), a qual se verifica com a **cessação da atividade encefálica**, como determina o art. 3.º, *caput*, da Lei 9.434/1997, que dis-

¹² Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, contudo, que “inexiste o dolo eventual no acidente causado por motorista que, no estado de embriaguez, dirigia de madrugada seu veículo com excesso de velocidade” (REsp 705.416-SC, rel. Min. Paulo Medina, 6.ª Turma, j. 23.05.2006, noticiado no *Informativo* 286). O Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou nesse sentido: HC 107.801/SP, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 06.09.2011, noticiado no *Informativo* 639. Essa posição é minoritária. Deve ser utilizada na Defensoria Pública e evitada em provas do Ministério Público, da Polícia Civil e da Polícia Federal.

¹³ HC 110.984-RN, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), 6.ª Turma, j. 30.10.2008, noticiado no *Informativo* 374. E também: REsp 1.224.263/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 12.04.2011, noticiado no *Informativo* 469.

¹⁴ Vale destacar que algumas qualificadoras são compatíveis unicamente com o dolo direto. Na visão do Supremo Tribunal Federal, é que se verifica, a título ilustrativo, no inc. IV do § 2.º do art. 121 do Código Penal: HC 111.442/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 28.08.2012, noticiado no *Informativo* 677; e HC 95.136/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 01.03.2011, noticiado no *Informativo* 618.

põe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Para a Sociedade Americana de Neurorradiologia, morte encefálica é o “estado irreversível de cessação de todo o encéfalo e funções neurais, resultante de edema e maciça destruição dos tecidos encefálicos, apesar da atividade cardiopulmonar poder ser mantida por avançados sistemas de suporte vital e mecanismos de ventilação”¹⁵

A prova da materialidade realiza-se pelo **exame necroscópico**, que, além de atestar a morte, indica também suas causas.

Cuida-se de **crime instantâneo**, pois se consuma em um momento determinado, sem continuidade no tempo. Há quem sustente, porém, ser o homicídio um crime instantâneo de efeitos permanentes, pois, embora a consumação ocorra em um único momento, seus efeitos são imutáveis.

1.1.3.3.10. Tentativa

É possível a tentativa (*conatus*) de homicídio.

Na tentativa branca ou incruenta a vítima não é atingida,¹⁶ enquanto na tentativa vermelha ou cruenta a vítima é alcançada pela conduta criminosa e sofre ferimentos.

1.1.3.3.11. Classificação doutrinária

O homicídio é crime **simples** (atinge um único bem jurídico); **comum** (pode ser praticado por qualquer pessoa); **material** (o tipo contém conduta e resultado naturalístico, exigindo este último – morte – para a consumação); **de dano** (reclama a efetiva lesão do bem jurídico); **de forma livre** (admite qualquer meio de execução); **comissivo** (regra) **ou omissivo** (impróprio, espúrio ou comissivo por omissão, quando presente o dever de agir); **instantâneo** (consuma-se em momento determinado, sem continuidade no tempo), mas há também quem o considere **instantâneo de efeitos permanentes**; **unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual** (praticado por um só agente, mas admite concurso); **em regra plurissubsistente** (a conduta de matar pode ser fracionada em diversos atos); e **progressivo** (para alcançar o resultado final o agente passa, necessariamente, pela lesão corporal, crime menos grave rotulado nesse caso de “crime de ação de passagem”).

¹⁵ Apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Morte encefálica e a lei dos transplantes de órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 39.

¹⁶ Na hipótese de tentativa branca ou incruenta, a prova da materialidade somente pode ser feita pelas declarações da vítima ou por depoimentos de testemunhas, pois a situação de perigo iminente não deixa vestígios materiais.

1.1.3.4. Homicídio privilegiado

1.1.3.4.1. Introdução

É a modalidade de homicídio prevista no art. 121, § 1.º, do Código Penal: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

1.1.3.4.2. Natureza jurídica

A denominação “homicídio privilegiado” é fruto de criação doutrinária e jurisprudencial. Na verdade, não se trata de privilégio, mas de causa de diminuição da pena.

Crime privilegiado é a modalidade em que a lei penal diminui, em abstrato, os limites da pena, mínimo e máximo. No caso em apreço, vale-se o legislador da pena do homicídio simples, diminuída de um sexto a um terço. Por esse motivo, fala o Código Penal em “caso de diminuição da pena”.

1.1.3.4.3. Incomunicabilidade do privilégio

As hipóteses legais de privilégio apresentam **caráter subjetivo**. Relacionam-se ao agente, que atua imbuído por relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, e não ao fato. Por corolário, a causa de diminuição da pena não se comunica aos demais coautores ou partícipes, em consonância com a regra prevista no art. 30 do Código Penal.

Vejamos um exemplo: “A”, ao chegar à sua casa, depara-se com sua filha chorando copiosamente. Pergunta-lhe o motivo da tristeza, vindo a saber que fora ela recentemente estuprada por “B”. Pede então a “C”, seu amigo, que mate o estuprador, no que é atendido. “A” responde por homicídio privilegiado (relevante valor moral), enquanto a “C” deve ser atribuído o crime de homicídio, simples ou qualificado (dependendo do caso concreto), mas nunca o privilegiado, pois o relevante valor moral a ele não se estende.

1.1.3.4.4. Diminuição da pena

Estabelece o art. 121, § 1.º, do Código Penal que, presente o privilégio, “o juiz **pode** reduzir a pena de um sexto a um terço”. Com base nisso, questiona-se: pode ou deve diminuir a pena?

Deve diminuir a pena, obrigatoriamente. Sua discricionariedade (“pode”) limita-se ao *quantum* da diminuição, que deve ser suficientemente motivado. Por-

tanto, deve diminuir a pena, podendo tão somente decidir sobre a quantidade de diminuição, dentro dos parâmetros legais. E o motivo desse dever é simples.

Os crimes dolosos contra a vida, aí se incluindo o homicídio, são de competência do Tribunal do Júri (CF, art. 5.º, inc. XXXVIII, *d*). E, se os jurados, depois de condenarem o acusado, em conformidade com o disposto pelo art. 483, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Penal, afirmarem a presença de causa de diminuição da pena, como é o caso do privilégio, não restará ao juiz presidente outra via senão a sua aplicação. Entendimento diverso violaria a soberania dos veredictos constitucionalmente consagrada (art. 5.º, inc. XXXVIII, *c*).

Em síntese, ao juiz togado não se assegura o arbítrio de impor a sua opinião particular contra a dos jurados, pois, se assim fosse, a própria Constituição Federal não poderia ter previsto o princípio da soberania dos veredictos.

1.1.3.4.5. Homicídio privilegiado e Lei dos Crimes Hediondos

O homicídio privilegiado não é crime hediondo, por ausência de amparo legal. A Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos, em seu art. 1.º, inciso I, elencou somente as formas simples e qualificadas do homicídio no rol dos crimes alcançados pela hediondez, nada dispondo acerca da figura privilegiada.

1.1.3.4.6. Circunstâncias que ensejam o reconhecimento do privilégio

O Código Penal aponta em seu art. 121, § 1.º, as três circunstâncias que ensejam o privilégio no crime de homicídio: motivo de relevante valor social, motivo de relevante valor moral e domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que mais possui raízes e preocupações éticas, e, por esse motivo, acentua-se cada vez mais a significação dos motivos determinantes do crime. O motivo é o antecedente psíquico da ação, a força que põe em movimento o querer e o transforma em ato: uma representação que impele à ação.¹⁷

O motivo de relevante valor social ou moral já foi previsto no art. 65, inciso III, alínea “a”, do Código Penal como circunstância que sempre atenua a pena, no tocante aos crimes em geral. No homicídio, contudo, eleva-se à categoria de causa de diminuição da pena, tornando-o privilegiado, nos termos do art. 121, § 1.º.

Mas há uma importante diferença entre a atenuante genérica e a causa de diminuição da pena: naquela (atenuante) é suficiente seja o crime cometido por motivo de relevante valor social ou moral, isto é, há influência do motivo, em me-

¹⁷ MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*. Parte geral. 3. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1948. v. 1, t. II, p. 494.

nor grau. Nesse (privilégio), por sua vez, o agente atua **impelido** por motivo de relevante valor social ou moral, isto é, por ele é impulsionado em elevado grau.

1.1.3.4.6.1. *Motivo de relevante valor social*

Motivo de relevante valor social é o pertinente a um **interesse da coletividade**. Não diz respeito ao agente individualmente considerado, mas à sociedade como um todo. Exemplo: matar um perigoso estuprador que aterroriza as mulheres e crianças de uma pacata cidade interiorana.

1.1.3.4.6.2. *Motivo de relevante valor moral*

Motivo de relevante valor moral é aquele que se relaciona a um **interesse particular** do responsável pela prática do homicídio, aprovado pela moralidade prática e considerado nobre e altruísta. Exemplo: matar aquele que estuprou sua filha ou esposa.

E, como observado pelo item 39 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, é típico exemplo do homicídio privilegiado pelo motivo de relevante valor moral “a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)”.

1.1.3.4.6.2.1. O tratamento jurídico-penal da eutanásia

A eutanásia (em sentido amplo) pode ser fracionada em duas espécies. E ambas tipificam o crime de homicídio privilegiado. A vida é um direito indisponível, razão pela qual não se admite a construção de causa supralegal de exclusão da ilicitude fundada no consentimento do ofendido.

- a) **Eutanásia em sentido estrito:** é o modo comissivo de abreviar a vida de pessoa portadora de doença grave, em estado terminal e sem previsão de cura ou recuperação pela ciência médica. É também denominada de homicídio piedoso, compassivo, médico, caritativo ou consensual.
- b) **Ortotanásia:** é a eutanásia por omissão, também chamada de eutanásia omissiva, eutanásia moral ou eutanásia terapêutica. O médico deixa de adotar as providências necessárias para prolongar a vida de doente terminal, portador de moléstia incurável e irreversível.

Por sua vez, no campo médico o art. 41 do Código de Ética Médica – Resolução 1.931/2009 –, do Conselho Federal Medicina, situado no capítulo inerente às relações do médico com pacientes e familiares, proíbe expressamente a abreviação da vida do enfermo, ainda que a pedido deste ou do seu representante legal. Mas,

em respeito à dignidade da pessoa humana, o médico não pode utilizar no tratamento meios terapêuticos ou diagnósticos inúteis ou desnecessários, capazes de atentar ainda mais contra a debilitada condição do portador de doença incurável e em estado terminal.¹⁸

1.1.3.4.6.2.2. Distanásia

Distanásia, também conhecida como **obstinação terapêutica**, é a morte vagarosa e sofrida de um ser humano, prolongada pelos recursos oferecidos pela medicina. Não é crime, por se tratar de meio capaz de arrastar a existência da vida humana, ainda que com sofrimento, até o seu fim natural.

1.1.3.4.6.2.3. Mistanásia

Mistanásia é a morte precoce e miserável de alguém, provocada pelo descaso e pela maldade de determinados seres humanos. Pode ocorrer em três situações: (1) doentes que, por motivos políticos, sociais ou econômicos, falecem em razão da falta de atendimento médico adequado pelo sistema de saúde; (2) enfermos que, nada obstante o ingresso no sistema de saúde, morrem em face de erro médico; e (3) doentes que entram na rede de saúde com real expectativa de vida, mas vêm a morrer em consequência de atos de má-fé, a exemplo da retirada indevida de órgãos ou partes de seus corpos para doação a outras pessoas.

A mistanásia, dependendo do caso concreto, pode ensejar o reconhecimento do homicídio culposo, especialmente nas duas primeiras situações acima indicadas, ou ainda do homicídio doloso, notadamente na terceira hipótese.

Como não existe de parte do agente a intenção de antecipar a morte de indivíduo portador de enfermidade grave, em estado terminal e sem previsão de cura, visando eliminar seu elevado sofrimento, não nos parece correto rotular este fenômeno como **eutanásia social**, embora tal nomenclatura seja comumente empregada como sinônima da mistanásia.

1.1.3.4.6.3. *Domínio de violenta emoção*

O homicídio também é privilegiado quando cometido “sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima”.

¹⁸ Capítulo V – Relação com pacientes e familiares: É vedado ao médico: Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

O Código Penal filiou-se a uma **concepção subjetivista**. Leva-se em conta o aspecto psicológico do agente que, dominado pela emoção violenta, não se controla. Sua culpabilidade é reduzida, refletindo na diminuição da pena a ser cumprida.

A emoção, como ensina Nélson Hungria, é “um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da efetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares da vida orgânica”.¹⁹ Pode ser **estênica** ou **astênica**, conforme determine um estado de excitação ou de depressão.²⁰

Mas não basta a emoção. O Código Penal reclama a presença de três requisitos cumulativos para autorizar a incidência da causa de diminuição da pena:

- a) **domínio de violenta emoção:** a emoção deve ser violenta, intensa, capaz de alterar o estado de ânimo do agente a ponto de tirar-lhe a seriedade e a isenção que ordinariamente possui. Não se confundem emoção e paixão, especialmente no tocante à duração. Como a paixão é mais duradoura, o crime praticado sob seu domínio não comporta a aplicação do privilégio, até porque estaria ausente a reação imediata exigida pelo art. 121, § 1.º, do Código Penal.
- b) **injusta provocação da vítima:** o privilégio se contenta com a provocação injusta, que pode ser, mas não necessariamente há de ser criminosa. Provocação injusta é o comportamento apto a desencadear a violenta emoção e a consequente prática do crime. Não se exige por parte da vítima o propósito direto e específico de provocar, sendo suficiente que o agente sinta-se provocado injustamente. Exemplos: brincadeiras indesejadas e inoportunas, falar mal do agente, encontrar sua esposa em flagrante adultério, injúria real, etc. Não é necessário seja a provocação dirigida ao homicida. É possível a provocação injusta contra um terceiro (exemplo: ofender sua mãe com palavras de baixo calão) e até contra um animal (exemplo: chutar seu cão de estimação), de forma a tirar do sério o agente. Entretanto, se existir **agressão injusta** por parte da vítima, o sujeito que a matou estará acobertado pela legítima defesa, afastando-se a ilicitude do fato, desde que presentes os demais requisitos previstos no art. 25 do Código Penal.
- c) **reação imediata:** o art. 121, § 1.º, do Código Penal impõe a relação de imediatidade entre a provocação injusta e a conduta homicida. É indispensável seja o fato praticado “logo em seguida”, momentos após a injusta provocação da vítima. A lei não previu um hiato temporal fixo ou um critério rígido. O decisivo é o caso concreto. É vedada, porém,

¹⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 5, p. 128.

²⁰ ALTAVILLA, Enrico. *Tratado de psicologia judiciária*. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981. t. I: O processo psicológico e a verdade judicial, p. 107.

uma relevante interrupção entre o momento da injusta provocação e o cometimento do homicídio. Ademais, deve-se considerar o instante em que o sujeito toma ciência da provocação injusta e não aquele em que ela realmente ocorreu. É possível, destarte, tenha a provocação injusta se verificado até mesmo em um momento longínquo, desde que o homicida somente tenha dela tido conhecimento pouco antes do homicídio. Estará configurado o privilégio.

1.1.3.4.6.3.1. Privilégio e atenuante genérica: distinções

Essa modalidade de privilégio diferencia-se da atenuante genérica arrolada pelo art. 65, inciso III, alínea “c”, do Código Penal, em quatro pontos:

- a) o privilégio é aplicável exclusivamente ao homicídio doloso, ao passo que é possível a incidência da atenuante genérica no tocante a qualquer crime (inclusive no homicídio doloso, na ausência de um ou mais requisitos do privilégio);
- b) no privilégio exige-se seja o crime cometido sob o **domínio** de violenta emoção, enquanto na atenuante genérica basta a mera **influência**;
- c) o privilégio pressupõe a **injusta provocação** da vítima, e para a atenuante genérica é suficiente o **ato injusto** da vítima; e
- d) diferem-se finalmente quanto ao fator **temporal**. O privilégio depende da relação de imediatidade. O homicídio deve ser praticado **logo em seguida** à injusta provocação da vítima. Na atenuante genérica não se impõe essa relação de imediatidade.

Privilégio: art. 121, § 1.º	Atenuante genérica: art. 65, inc. III, “c”
Homicídio doloso	Qualquer crime
Domínio de violenta emoção	Influência de violenta emoção
Injusta provocação da vítima	Ato injusto da vítima
Reação de imediatidade: logo em seguida	Em qualquer momento

O Supremo Tribunal Federal assim se manifestou acerca do assunto:

A causa especial de diminuição de pena do § 1.º do art. 121 não se confunde com a atenuante genérica da alínea “a” do inciso III do art. 65 do Código Penal. A incidência da causa especial de diminuição de pena do motivo de relevante valor moral depende da prova de que o agente atuou no calor dos fatos, impulsionado pela motivação relevante.

A atenuante incide, residualmente, naqueles casos em que, comprovado o motivo de relevante valor moral, não se pode afirmar que a conduta do agente seja fruto do instante dos acontecimentos.²¹

1.1.3.4.6.3.2. Domínio de violenta emoção e erro na execução

Essa modalidade de privilégio é compatível com a *aberratio ictus*. Exemplificativamente, admite-se que o sujeito, depois de injustamente provocado, efetue disparos de arma de fogo contra o provocador, mas atinja terceira pessoa. Subsiste o homicídio privilegiado, em conformidade com a regra contida no art. 73 do Código Penal.

1.1.3.4.6.3.3. Domínio de violenta emoção e premeditação

A premeditação do homicídio é incompatível com essa hipótese de privilégio. A tarefa de arquitetar minuciosamente a execução do crime não se coaduna com o domínio da violenta emoção, seja pela existência de ânimo calmo e refletido, seja pela ausência de relação de imediatidade entre eventual injusta provocação da vítima e a prática da conduta criminosa.

1.1.3.4.6.3.4. Domínio de violenta emoção e dolo eventual

O privilégio é compatível com a figura do dolo eventual. É o caso daquele que, logo depois de ser injustamente provocado pela vítima, e encontrando-se sob o domínio de violenta emoção, decide reagir agressivamente e acaba matando-a. Exemplo: o filho maior de idade, depois de ser humilhado injustamente pelo pai, começa a agredi-lo em situação de descontrole. Assume o risco de, com socos e pontapés, matá-lo, daí resultando a morte do genitor.

1.1.3.5. Homicídio qualificado: art. 121, § 2.º

1.1.3.5.1. Introdução

Com base no tipo fundamental descrito no *caput* do art. 121 do Código Penal, o legislador a ele agrega circunstâncias que elevam em abstrato a pena do homicídio. Formam-se no § 2.º do art. 121 as hipóteses de homicídio qualificado. A pena do homicídio simples – 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão – é sensivelmente majorada. Passa a ser de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

²¹ HC 89.814/MS, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 18.03.2008.