

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/ CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

CLARISSE GUIMARÃES DA SILVA ARRUDA

**AUSÊNCIA DE MOTIVO E A QUALIFICADORA MOTIVO FÚTIL
DO ARTIGO 121, §2º DO CÓDIGO PENAL**

**Campina Grande-PB
2014**

CLARISSE GUIMARÃES DA SILVA ARRUDA

**AUSÊNCIA DE MOTIVO E A QUALIFICADORA MOTIVO FÚTIL
DO ARTIGO 121, §2º DO CÓDIGO PENAL**

Trabalho Monográfico apresentado à coordenação do curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Kelsen de Mendonça Vasconcelos.

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

A475a Arruda, Clarisse Guimarães da Silva.

Ausência de motivo X a qualificadora motivo fútil do artigo 121 §2º do código penal / Clarisse Guimarães da Silva Arruda. – Campina Grande, 2014.

39 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientador: Prof. Esp. Kelsen de Mendonça Vasconcelos.

1. Código Penal – Brasil. 2. Homicídio. I. Título.

CDU 343.2(81)(094.4)(043)

CLARISSE GUIMARÃES DA SILVA ARRUDA

**AUSÊNCIA DE MOTIVO E A QUALIFICADORA MOTIVO FÚTIL
DO ARTIGO 121, §2º DO CÓDIGO PENAL**

APROVADA EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Esp. Kelsen de Mendonça Vasconcelos
Faculdade Reinaldo Ramos- FARR
Orientador

Profa. Esp. Yuzianni Rebeca de M. S. M. Coury
Faculdade Reinaldo Ramos- FARR
1ª Examinadora

Prof. Esp. Valdeci Feliciano Gomes
Faculdade Reinaldo Ramos- FARR
2º Examinador

Dedico a conclusão deste curso, em especial a minha **mãe** Salete, mulher guerreira, simples, humilde e de muito caráter, que teve a hombridade de me educar para o bem reconhecendo o amor de Deus em tudo o que sou e tenho. Aos meus filhos **Beatriz e Miguel**, aos quais por muitas noites lhes privei de minha companhia para encarar uma jornada tripla de trabalho, estudo e dona de casa. As minhas irmãs e irmãos que sempre acreditaram e me apoiaram nesta caminhada, em especial a **Eliane, Girlene, e Hélio** que sempre estiveram presentes em todas as minhas conquistas, acreditando na certeza do meu sucesso profissional. E aos demais irmãos e amigos que de uma forma ou de outra contribuíram para a realização deste sonho. A minha tia **Genilda** (*in memoriam*), que tanto me ensinou nos momentos mais difíceis de sua vida, a esperar mais, a confiar mais, a perdoar mais e até mesmo a não querer entender algo que não irá mudar a nossa história em nada. A estes deixo este legado, de nunca desistir, e sempre olhar adiante independente de dificuldades, pois estas sempre irão existir, mas no que dependeu de mim elas não resistiram.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **Deus** que em tudo me fez forte, a ele que é o autor e consumidor de toda obra em minha vida, por ter me sustentado em todos os momentos, de medo, insegurança, obstáculos e tantos outros de alegria ao longo destes cinco anos. Momentos em que tive que me privar da companhia dos amos, dos prazeres que por menores que fossem me faziam falta, mas Deus estava ali o tempo todo me olhando, e me encorajando por que ele sabia que no final eu estaria exatamente como estou agora, com a sensação de dever cumprido, e que em muito temos que nos desprender para que no futuro nos venha a recompensa, e esta é certa!

Em especial ao meu orientador, o professor **Kelsen Mendonça Vasconcelos** que em tudo se prontificou para o bom êxito deste trabalho. Em especial aos mestres **Yuzianni Rebeca de M. S. M. Coury** e **Valdeci Feliciano Gomes** que me acompanharam desde o meu primeiro período e sempre me apoiaram como pessoa e aluna, agradeço pelo carinho, pela dedicação, pelo empenho em formar profissionais competentes independente de cor, raça, ou classe social.

Aos colegas de sala, que deixo com muita saudade, pois, agora iremos pousar em outros ares, talvez não mais os mesmos, mas sou muito grata a todos que de alguma forma me ajudaram a enfrentar estes cinco anos sem perceber se quer que eles já si passaram.

"O homem de sucesso é o que viveu bem, riu muitas vezes e amou bastante; que conquistou o respeito dos homens inteligentes e o amor das crianças; que galgou uma posição respeitada e cumpriu suas tarefas; que deixou este mundo melhor do que encontrou, ao contribuir com uma flor mais bonita, um poema perfeito ou uma alma resgatada; que jamais deixou de apreciar a beleza do mundo ou falhou em expressá-la; que buscou o melhor nos outros e deu o melhor de si."

Robert Louis Stevenson

"Aprendi que não se deve medir o sucesso pela posição que a pessoa alcançou na vida, mas pelos obstáculos que ela teve de superar enquanto tentava ser bem-sucedida."

Booker T. Washington

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo vislumbrar a importante necessidade de inclusão de uma nova norma jurídica em nosso ordenamento pátrio, qual seja a inclusão ou criação da qualificadora por ausência de motivo, nos crimes de homicídios elencados no rol do artigo 121 do código penal brasileiro, uma vez que a ausência de motivos é uma espécie do gênero fútil, se não for a mais repugnante, e desprezível existente. Sabemos que em nosso ordenamento jurídico inexiste a possibilidade de lacunas na lei, mas que existe a possibilidade de omissão por parte do legislador, seja ela literaria ou apenas necessária, ou por motivos cronológicos onde a lei ao ser criada não se encontrava no mesmo contexto social, moral ou econômico dos dias de hoje. Dentro deste contexto, encontramos a importância do bem jurídico da vida para o ordenamento jurídico brasileiro, e o motivo ensejador de se prever tal regulamentação do homicídio imotivado. Objetiva-se, portanto, analisar o entendimento legal, jurisprudencial e doutrinário sobre a matéria. A análise suscitada requer o conhecimento prévio do conceito do crime de homicídio e suas modalidades, bem como do princípio da legalidade e suas nuances e possibilidades de utilização da analogia e da interpretação analógica em norma penal. Após a fase introdutória, será apreciada a possibilidade de equiparação da ausência de motivo ao motivo fútil com base em critérios positivistas, sociais e axiológicos, e também será enfatizado a importância sociológica e jurídica do suprimento desta lacuna no Direito Penal brasileiro.

Palavras-chave: Homicídio. Ausência de Motivo. Motivo fútil.

ABSTRACT

This study aims to discern the important need for inclusion of a new legal standard in ordering our homeland, namely the inclusion or creation of the absence of qualifying for futile reasons, in the homicide crimes listed in the list of Article 121 of the Brazilian Penal Code since the absence of reasons is kind of futile genre if not the most disgusting, despicable and existing . We know that in our legal system does not exist the possibility of gaps in the law, but there is the possibility of the failure of the legislature, be it literary or only required for chronological reasons where the law to be created not in the same social context, moral economic or of today. Within this context, we find the importance of the legal right of life for the Brazilian legal system, and the reason ensejador such regulations unjustified homicide predict. Objective is therefore to analyze the legal, jurisprudential and doctrinal understanding of matter. The raised analysis requires prior knowledge of the concept of the crime of murder and its modalities, the principle of legality and its nuances and possibilities of use of analogy and analogical interpretation in criminal standard. After the introductory phase , will be assessed the possibility of equating absence of reason to futile reasons based on positivist , social and axiological criteria and also be emphasized sociological and legal importance of this supply gap in the Brazilian Penal Law.

Keywords: Murder. Absence of Reason. Futile reasons.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

Art. - Artigo

CP – Código Penal

CF – Constituição Federal

SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 CRIME DE HOMICÍDIO	16
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS GERAIS.....	16
1.2 ORIGEM ETIMOLÓGICA DO HOMICÍDIO	17
1.2.1 Como Surgiu o Primeiro Homicídio	17
1.2.2 Homicídio na Pré-História	18
1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVO DO CRIME DE HOMICÍDIO NO BRASIL.....	18
1.4 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DO CRIME DE HOMICIDIO	19
2 TIPO PENAL HOMICÍDIO	20
2.1 DEFINIÇÃO DE HOMICÍDIO	20
2.2 FASES DO CRIME OU CAMINHO DO CRIME	22
2.3 MODALIDADES DE CRIME DE HOMICÍDIO	23
3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL	26
3.1 CONCEITO DE LEI.....	27
3.2 CONCEITO DE NORMA PENAL.....	27
3.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU DA IGUALDADE.....	28
4 USO DA INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA E DA ANALOGIA EM NORMA PENAL	30
4.1 REQUISITOS DA APLICABILIDADE POR ANALOGIA.....	30
4.2 INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA	30
5 AUSÊNCIA DE MOTIVO E A QUALIFICADORA MOTIVO FÚTIL DO ART. 121 DO CÓDIGO PENAL	32
5.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO PENAL	32
5.2 TUTELA AO BEM JURÍDICO DA VIDA.....	32

5.3	HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL	34
5.4	AUSÊNCIA DE MOTIVO NO CRIME DE HOMICÍDIO	35
5.5	EQUIPARAÇÃO DA AUSÊNCIA DE MOTIVO AO MOTIVO FÚTIL DO CRIME DE HOMICÍDIO	37
5.6	OSCILAÇÕES JURISPRUDENCIAIS EM RELAÇÃO À EQUIPARAÇÃO DA AUSÊNCIA DE MOTIVO AO MOTIVO FÚTIL	40
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
	REFERÊNCIAS.....	45

INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência dinâmica e sua evolução acompanha o desenvolvimento da humanidade. A história do direito penal acompanha o homem através dos tempos, pois o crime nunca se afastou dessa evolução. Os reflexos deste desenvolvimento são visíveis na humanização e nas garantias asseguradas pelo Direito. Nessa perspectiva, o bem jurídico da vida, passou a ser o maior direito atribuído ao homem, este é condição para a existência dos demais direitos. Diante do considerável aumento da população em todo o mundo é bem notório também o aumento da criminalidade, sobre tudo no Brasil. Fato este preocupante e de suma importância, pois, o nosso regime democrático muitas vezes não tem cumprido o seu papel, uma vez que ele existe, mas, juntamente com ele a impossibilidade de aplicação em alguns casos, bem como a sua ineficácia comparada aos dias atuais, tendo em vista o considerável aumento da comunicação social, os avanços tecnológicos a exemplo da internet e sobre tudo a própria evolução dos povos que precisa ser alcançada pela norma jurídica vigente.

O art. 121 do Código Penal trata sobre o crime de homicídio e suas modalidades (simples, privilegiada e qualificada), ao versar sobre as qualificadoras deste crime cuidou o legislador de qualificar os modos de execução, os meios de execução e os motivos ensejadores da conduta homicida.

Segundo a doutrina majoritária, o homicídio é um crime por excelência, tendo em vista que se trata de um crime muito complexo que fere justamente o bem jurídico mais valioso para o ordenamento jurídico que visa justamente tutelar os direitos inerentes a qualquer pessoa.

Quando se fala em proteção a pessoa, esta é uma prerrogativa inerente a todos e tudo que diz respeito ao sentido da vida, a subsistência, a propriedade, saúde, dentre outros direitos legalmente constituídos no artigo 5º *caput* da constituição federal de 1988.

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade nos termos seguintes...”

Para a proteção de todos estes bens legalmente constituídos, surge a necessidade de medidas preventivas e punitivas, sobre tudo no que se refere a vida

humana, tema em questão.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a conduta, “matar alguém”, como típica, logo passível de punição. Sobretudo, levando em conta a reprovabilidade da conduta, bem como sua repercussão na sociedade como um todo, esta, assim como outras estão previstas na lei de crime hediondo nº 8.072/1990.

I – “homicídio (art. 121, CP), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994).”

Estes crimes são puníveis com penas mais severas, e fazem parte do rol de crimes hediondos apenas os crimes que causam maior relevância para a coletividade, os que causam maior repulsa e denotam o seu caráter perverso nos meios e modos de execução, ou seja, os crimes de maior potencial ofensivo do ponto de vista da criminologia sociológica.

O Código Penal brasileiro prevê em seu artigo 121, parágrafo 2º a figura do homicídio qualificado, motivo pelo qual majora a pena culminada no tipo penal que era de 06 (seis) a 20 (vinte) anos na modalidade simples e com a agravante da qualificadora passa a ser de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão em regime inicial fechado. Dentro desta possibilidade de aumento de pena devem estar presentes as circunstâncias objetivas e subjetivas, os meios, motivos, e modos de execução do crime que tornam o crime de maior reprovabilidade para o Estado.

Quanto ao motivo que qualifica o homicídio, ele poderá ser fútil ou torpe. Interessa ao presente estudo o motivo fútil.

O motivo fútil traduz uma desproporcionalidade entre o motivo do crime e a conduta criminosa. Tendo em vista tal desproporção, será analisada a possibilidade de inserção do homicídio imotivado dentro da figura motivo fútil, já que em ambos os casos há uma desproporção entre o antecedente psicológico e a conduta de eliminar a vida de outrem. A equiparação proposta entre motivo fútil e ausência de motivo no crime de homicídio, será baseada no conhecimento do tipo penal contido no art. 121 do Código Penal e todas as suas vertentes. No princípio da legalidade que representa a base do Estado Democrático de Direito, constitui um limite a autoridade estatal e uma segurança ao cidadão, pois segundo ele não existe crime sem que, antes de sua prática, haja uma lei descrevendo-o como fato punível. Assim, a pena não pode ser aplicada sem lei anterior que a defina. Sendo lícita, deste modo, qualquer conduta que não esteja definida em lei penal incriminadora. A possibilidade

de utilização da analogia e da interpretação analógica em norma penal, também será abordada. A analogia é forma auto-integrativa do Direito para suprir lacunas, consiste em aplicar a uma hipótese não regulada em lei a disposição relativa a um caso semelhante. Já a interpretação analógica é determinada pela própria lei, após definir a fórmula casuística, menciona os casos que devem ser compreendidos por semelhança. Em última análise, haverá uma verificação do entendimento doutrinário e, principalmente, das jurisprudências pátrias em relação ao tema do presente.

A norma penal deve ser clara e precisa para garantir a segurança jurídica, mas também deve atender à sua finalidade que é a valoração proporcional dos bens jurídicos tutelados, neste sentido, o estudo versará sobre a adequação típica da ausência de motivo, para que não haja desproporcionalidade na aplicação da lei penal no que tange à proteção de bens jurídicos semelhantes, sem ferir o princípio da isonomia e da legalidade.

1 CRIME DE HOMICÍDIO

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS GERAIS

A incriminação do crime de homicídio está ligada diretamente ao desenvolvimento histórico do homem, uma vez que, o direito sendo uma ciência dinâmica, sua evolução acompanha o desenvolvimento da humanidade, a história do direito penal acompanha o homem através dos tempos, pois o crime nunca se afastou dessa evolução.

A visão da punição do crime de homicídio já teve no decorrer da história diferentes enfoques. O homem primitivo tinha o crime como agravos privados, no qual cabia a ele punir. Após a descoberta da possibilidade de existência de nexos de causalidade entre determinados atos humanos e a consequência biológica destes, o homem passou a viver em uma espécie de "loucura persecutória", acreditando que todas as mortes dos seres humanos eram provenientes de atos delitivos. Expressando as primeiras formas de punição, através da aplicação de castigos.

De acordo com os ensinamentos do doutrinador Álvaro Costa no regime penal das leis de Eshunna imperava a punição da pena de morte para certos delitos, mesmo os culposos. No Código de Hamurábi a aplicação da pena tinha por base o *status* social e jurídico da vítima, ou seja, havia uma variação de punição conforme a classe social do ofendido. Já o imperador bizantino Justiniano, aplicava a todos os homicídios dolosos a pena de morte (*lex camélia homicidas, ultore feiro persequitur*) e nos crimes de homicídio culposos havia a utilização de *lei aquilia*, que assegurava a punição com reparação pecuniária.

“O homicídio em geral era em sua origem punido com a pena de morte, variando quanto ao modo de execução, segundo a espécie” (COSTA, 2001).

Ainda de acordo com Alvaro, o direito romano apresenta o crime de homicídio com a tríplice divisão, simples, atenuado e qualificado, este direito apresentava-se moderno e dinâmico e serviu de base para o direito ocidental. Com a queda do Império Romano no século V ocasionado entre outros fatores pelas invasões dos bárbaros germânicos, houve uma mudança de concepção do crime de homicídio. Os germanos apresentaram um entendimento absolutamente objetivo do crime, sendo afastada a análise psicológica, adotando a ideia da pena estritamente privada, sendo legítima a reação do ofendido em relação à conduta do agressor. Ocorria

nesta época uma vingança, não uma punição.

“Esta visão só foi modificada por causa da influência do direito canônico e o ressurgimento do Direito Romano, a partir daí então, a punição do crime de homicídio passou a ser pública” (COSTA, 2001).

1.2 ORIGEM ETIMOLÓGICA DO CRIME DE HOMICÍDIO

Iremos aqui abordar a origem da palavra “homicídio”, que assim como diversas expressões jurídicas, *haure* do latim *homicidium*. Aduz Ivair Nogueira Itagiba (1945, p. 47) que tal vocábulo “Compõe-se de dois elementos: *homo* e *caedere*. *Homo*, que significa homem, provém de *húmus*, terra, país, ou do sânscrito *bhuman*. O sufixo ‘cídio’ derivou de *coedes*, de *caedere*, matar”.

A Enciclopédia Britânica define a palavra homicídio por “morte violenta ou assassinato”. Portanto, o significado mais evidenciado foi aquele feito pelo criminalista italiano Carmignani *apud* Costa Júnior (1991) nos diz que o “homicídio (*hominis excidium*) é a morte injusta de um homem, praticado por outro, direta ou indiretamente”. Ou seja, a vida de outrem foi retirada de forma injusta, sem direito a defesa ou justificativa praticada por outra vida.

Desta forma, a etimologia da palavra nos permite entender que homicídio, é todo ato de tirar o bem maior do indivíduo, qual seja a vida.

1.2.1 Como surgiu o primeiro homicídio

Faremos um resgate histórico, partindo do que versa segundo os escritos bíblicos, que nos traz o primeiro homicídio a ser relatado pelo homem, encontrado no livro de Gênesis, capítulo 4.

Foi o crime praticado por Caim contra o seu irmão Abel. Este era pastor de ovelhas e aquele um lavrador da terra, o crime se deu, justamente por um motivo torpe, no caso a inveja, onde o irmão ceifa a vida do outro sem direito a defesa ou explicação. Um fato que nos chama atenção naquele episódio e que nos leva à reflexão, é justamente a posição social dos dois envolvidos, um pastor de ovelhas e o outro lavrador de terras, ambas as posições sociais simples, no entanto, a do

irmão assassinado era mais bem vista pela sociedade, menos árdua e com certo grau de superioridade em relação á do irmão assassino, que trabalhava de sol á sol, perfazendo um trabalho mais “pesado” e menos reconhecido socialmente, o que possivelmente ocasionou a ira contra o seu irmão e o levou a tirar-lhe a vida, como forma de punição.

E aconteceu ao cabo de dias que Caim trouxe do fruto da terra uma oferta ao Senhor. E Abel também trouxe dos primogênitos das suas ovelhas, e da sua gordura; e atentou o Senhor para Abel e para a sua oferta. Mas para Caim e para a sua oferta não atentou e irou-se Caim fortemente, e descaiu-lhe o semblante. E o Senhor disse a Caim: por que te iraste? E por que descaiu o teu semblante? Se bem fizeres, não é certo que serás aceito? E se não fizeres bem, o pecado jaz à porta, e sobre ti será o seu desejo, mas sobre ele deves dominar. E falou Caim com o seu irmão Abel; e sucedeu que, estando eles no campo, se levantou Caim contra o seu irmão Abel, e o matou. (GÊNESIS 4:3).

1.2.2 Homicídio na Pré-História

Diversos relatos arqueológicos de corpos encontrados da era pré-histórica, nos trazem fatos onde era possível perceber o excesso de violência que tinha recaído sobre aquelas ossadas.

Segundo Ivair Itagiba:

O homem primitivo não possuía a mínima noção de respeito à vida do seu semelhante, o homicídio é da época pré-histórica. Matar era natural. Assassina-se com e sem cerimônia do camponês que mata um réptil venenoso. Na luta para adquirir o alimento o selvagem era cruelíssimo; cometia todas as violências com perversidade artística. O homicídio é tão velho quando a fome (ITAGIBA, 1945, p. 23).

Entendemos que o homicídio é tão antigo quanto a própria humanidade, haja vista que existe desde os tempos pré-históricos, onde o ser humano se sentia no direito de ceifar a vida do outro como se fosse algo natural, independente de intervenção estatal ou da própria razão ou consciência.

1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO CRIME DE HOMICÍDIO NO BRASIL

O Código Criminal do Império (1830) iniciava sua parte especial tipificando os crimes contra o Estado e finalizava com os crimes contra o indivíduo. O Código Penal Republicano (1890) ratificava essa orientação, enfatizando a supremacia do Poder Estatal em relação à pessoa no ordenamento jurídico penal brasileiro da época (COSTA, 2001).

Já no Código Penal de 1940 houve a inversão da valoração dos bens tutelados, ou seja, o código inicia a parte especial tipificando os crimes contra a pessoa e finaliza com os crimes contra o Estado.

Essa inversão ocorreu por causa da valorização da vida humana, que passou a ser o bem mais importante, ou seja, é o centro da tutela estatal.

A parte especial do código citado continua em vigor. No decorrer dos anos ocorreram algumas alterações, em 1977 foi incluído o perdão judicial na modalidade homicídio culposos, e a lei nº 8.069/90 acrescentou na 2ª parte do §4º do art. 121 do Código Penal "sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de quatorze anos".

“O tipo penal contido no art. 121 do Código Penal Brasileiro "matar alguém" define o crime de homicídio, preferindo o legislador não criar figuras especiais, como parricídio ou matricídio, conforme prescrevia o código anterior (Código Penal de 1890).

No código penal atual são as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto que determinarão a gravidade do fato e sua tipificação em três modalidades de homicídio previstas: simples, privilegiado ou qualificado.

O artigo 121 trata de uma norma geral, mas cuidou o legislador de criar tipos penais especiais, como o aborto, suicídio e infanticídio, que, apesar de serem tipos penais autônomos, são extensões com particularidades daquela figura central, que pune a eliminação da vida humana” (BITENCOURT, 2001).

1.4 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DO CRIME DE HOMICÍDIO

Trata-se de um crime comum, por que poderá ser praticado por qualquer pessoa. Material quando o resultado desejado pelo agente é imprescindível. De forma livre por que se admite qualquer forma de execução. Instantâneo, por que sua consumação se dá em um único momento. É um crime de dano, pois existe a perda de algo, e expõe ao perigo não só a vida da vítima, mas de um grupo de pessoas. Unissubjetivo, acontece em um só ato embora seguido de vários outros apenas um é capaz de produzir o resultado final. Plurisubjetivo, é cometido indiretamente contra a paz pública gerando desconforto e insegurança a outras pessoas. Poderá ser tentado quando o objeto do tipo penal a vida não é atingindo, porém na modalidade tentada não se admite analogia, *in malan parten*.

2 TIPO PENAL HOMICÍDIO

2.1 DEFINIÇÃO DE HOMICÍDIO

Conforme já foi devidamente exaurido nos capítulos anteriores, não restou dúvida que o homicídio foi criado pela sociedade, e independente da condição social, ou do regime político vigente ele sempre esteve presente, e o Estado de uma forma ou de outra tentava punir as condutas mais gravosas, tendo como papel principal a punição rigorosa para com os que transgredissem as leis, Dando assim lugar a um tipo Penal, a uma lei onde a vontade do povo se aplica ao caso concreto.

No mesmo sentido expressa Nucci:

Quando a sociedade entende necessário criminalizar determinada conduta, através dos meios naturais de pressão, leva sua demanda ao Legislativo, que, aprovando uma lei, materializa o tipo penal. Assim sendo, respeita-se o princípio da legalidade (ou reserva legal), para o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine (NUCCI, 2009).

Depois de criado o tipo penal pelo estado através do Poder Legislativo, surge a necessidade de identificar os delitos, e estes foram classificados como Unitários e Estatificados.

Unitários, onde não é possível divide-se ou subdivide-se, neste caso o crime poderá ser material e formal, enquanto os Estatificados admite-se a divisão e sua teoria segue o raciocínio das teorias bipartidas e tripartidas.

Para o doutrinador Damásio de Jesus: “o homicídio acontece com a destruição da vida humana praticada por outrem”. Trata-se da eliminação da vida humana praticada por outro ser de forma culposa (por negligência, imprudência, ou imperícia), ou de forma dolosa (quando há intenção do resultado morte).

O art. 121 do Código Penal brasileiro dispõe sobre o tipo penal matar alguém, que é a eliminação da vida humana extra-uterina praticada por outra pessoa. A preservação da pessoa humana tem como base a vida, que é a condição fundamental de todo direito do indivíduo. Conforme explicava Aníbal Bruno:

O respeito à vida é uma imposição absoluta do direito. Não importa o desvalor que o próprio indivíduo ou a sociedade lhe possam atribuir

em determinadas circunstância; que ela possa parecer inútil ou nociva, porque constitui para quem a possui fonte de sofrimento e não de gozo dos benlegítimos da existência, ou porque represente para a sociedade um elemento negativo ou perturbador (BRUNO *apud* BITENCOURT, 2001, p. 29)

A proteção jurídica desse bem é compartilhada entre o indivíduo e o Estado, por conta disso, recebe a proteção penal e da Carta Magna de 1988, que dispõe em seu Art. 5º, XLVII, a, que "não haverá pena de morte", salvo nos casos previstos. Com base nisso, existe a proteção à vida da pessoa humana não apenas contra abusos estatais, mas em relação aos indivíduos entre si. Como diz Impallomeni:

Todos os direitos partem, do direito de viver, pelo que, numa ordem lógica, o primeiro dos bens é o bem da vida. O homicídio tem a primazia entre os crimes mais graves, pois é o atentado contra a fonte mesma da ordem e segurança geral, sabendo-se que todos os bens públicos e privados, todas as instituições se fundam sobre o respeito à existência dos indivíduos que compõem o agregado social (IMPALLOMENI *apud* CAPEZ, 2005, p. 3).

A grafia "matar alguém" significa a conduta punível no ato de matar, podendo ser realizado por ação ou omissão, desde que exercida por meio idôneo capaz de produzir o resultado morte. Este tipo penal pode ser praticado por qualquer pessoa, não é necessária uma condição especial no tipo comissivo. Já no tipo omissivo o sujeito ativo deverá ter a obrigação jurídica de impedir o resultado morte. O sujeito passivo desse crime é o ser humano nascido com vida, para Cezar Roberto Bitencourt (2001, p. 30) "o produto da concepção torna-se objeto idôneo do crime de homicídio desde o início do parto".

O legislador ao criar este tipo penal não estabeleceu nenhuma limitação à conduta de matar alguém, por isso, é classificado como crime de forma livre. Conforme Díez Ripollés e Gracia Martin:

O homicídio é um crime de resultado em que o tipo não estabelece meios específicos de execução da ação, pelo que, em princípio admite qualquer tipo de ação dirigida pela vontade do autor à produção do resultado morte (DIÉZ RIPOLLÉS E GRACIA MARTIN *apud* BITENCOURT, 2001, p.33).

O aspecto subjetivo do crime de homicídio é feito através da análise do

animus agendi. Após identificar a intenção do agente o crime poderá ser classificado em doloso (art.18,I, CP) quando o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual), ou culposo (art. 18, II, CP) quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

O dolo é formado por dois elementos: o cognitivo, que é a consciência da conduta típica, e o volitivo, que é a vontade de realizá-la.

Os elementos subjetivos do crime compõem a estrutura do tipo penal assumindo suma importância na definição da conduta típica. É por meio da análise da vontade que é possível a identificação e qualificação da conduta do agente ativo do crime. Embora o Código Penal Brasileiro expressamente só regule as duas modalidades de crimes citadas, a doutrina e jurisprudência pátria admitem a existência de uma terceira modalidade, chamada de crime preterdoloso ou qualificado pelo resultado. A modalidade preterdolosa ou perintencional tem que o significado de crime cujo resultado vai além da intenção do sujeito ativo, isto é, a ação inicial é dolosa e o resultado efetivo da conduta se dá culposamente, já que não era o resultado pretendido dolosamente. Nesta modalidade a tentativa é inadmissível.

2.2 FASES DO CRIME OU CAMINHO DO CRIME

Segundo Mirabetti: “Na realização do crime há um caminho, um itinerário a percorrer entre o momento da idéia de sua realização até aquele em que ocorre a consumação. A esse caminho se dá o nome de *iter criminis*”.

Ainda no mesmo sentido entende Gárcia: “Para chegar à fase de consumação, o delinqüente transita por uma série de etapas, que constituem o *inter criminis* – o caminho do crime, o desenvolvimento da ação delituosa. Assim procede em busca do seu resultado final”.

Já com opiniões divergentes temos Zaffaroni e Pierangeli, que defendem que o processo de consumação do delito finaliza-se como o exaurimento.

São quatro as fases do crime: cogitação, preparação, execução e consumação. Na cogitação o crime ainda está nos planos, ou seja, na mente do agente, na preparação o agente utilizasse de todos os meios possíveis para execução do plano que antes apenas estava em sua mente, na execução o sujeito

consegue a exacerbação do ilícito integrando a figura típica, já na consumação que é a última fase da atuação criminoso, é quando o indivíduo consegue o resultado final atingido pela sua conduta. É o momento em que o sujeito ativo realiza em todos seus termos a figura típica, ou seja, o bem jurídico penalmente tutelado sofre a lesão ou ameaça manifestada no objeto do tipo penal.

Por causa do chamado *inter criminis* a tentativa é possível, pois crime tentado conforme o art. 14, II, do Código Penal, é "quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente", o legislador brasileiro adotou a teoria objetiva, pois é necessário ter iniciado a fase executória, sendo excluído, portanto, os meios preparatórios. No tipo tentado é aplicada a pena de consumado, diminuída de um a dois terços (analisada a maior ou menor possibilidade de consumação do crime). Diante disso, observa-se que no homicídio tentado, sujeito ativo deve agir dolosamente, ou seja, deve querer a ação e o resultado final que materialize o crime perfeito, que ocorrerá com a morte de alguém. O legislador classifica o crime de homicídio em três modalidades.

Diante da consumação do delito alguns doutrinadores advogam a causa que para haver a consumação do delito também se faz necessário a lesão ao bem jurídico, entretanto maior parte dos estudiosos a exemplo de Becker nos ensinamentos de Liszt, adota a concepção formal, para qual basta a correspondência do fato ao tipo penal abstrato. No mesmo sentido Defendendo a concepção formal Antolisei afirma que:

Para que se tenha o crime consumado, basta a constatação da completa realização da figura ou modelo Del reato descrita pelo legislador. Considera que qualquer indagação ulterior é, além de supérflua, suscetível de conduzir a conclusões erradas, especialmente porque a pesquisa do bem protegido e a determinação da sua lesão, na prática, dão lugar, frequentemente, a graves incertezas (ANTOLISEI, 2009).

2.3 MODALIDADES DE CRIME DE HOMICÍDIO

Homicídio simples, é a figura de realização do tipo penal "matar alguém". Esta modalidade não é objeto de nenhuma motivação ou circunstância especial, que torne a conduta do agente mais gravosa ou mais branda. Outra modalidade é o

homicídio privilegiado (art. 121, §1º, CP), que é caracterizado quando o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço, ou seja, a ação continua é punível, mas sua reprovabilidade é diminuída, pois é contrastada com a relevância moral e social da motivação. E há ainda, a modalidade homicídio qualificado que é definido como crime hediondo, com base no art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90, com redação determinada pela lei nº 8.930, 06 de setembro de 1994.

Entre as qualificadoras do crime de homicídio (art. 121, CP) são identificáveis as de ordem objetivas que são as que qualificam o crime pelos meios de execução (inciso III - emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura, ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum), pelos modos de execução (inciso IV - traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido), pelos fins que é praticado (inciso V - homicídio para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime) e duas de ordem subjetivas, que dizem respeito aos motivos que levaram o agente à prática do crime. São elas: Homicídio mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe (I) e homicídio por motivo fútil.

Torpe é o motivo moralmente reprovável, vil e que suscita aversão ou repugnância geral. Cuidou o legislador de se utilizar a interpretação analógica (a própria lei ao definir a fórmula causuística, menciona os casos que devem ser compreendidos por semelhança), pois há no inciso uma enumeração causuística (paga, ou promessa de recompensa), à qual segue uma formulação genérica (ou qualquer outro motivo torpe), que deve ser interpretada de acordo com os casos anteriormente elencados. Qualquer outro motivo que se adegue dentro do conceito de motivo torpe será enquadrado neste inciso como qualificadora do homicídio. Já o motivo fútil conforme Heleno Fragoso:

É aquele que se apresenta, como antecedente psicológico, desproporcionado com a gravidade da reação homicida, tendo-se em vista a sensibilidade moral média. O motivo fútil envolve maior reprovabilidade, por revelar perversidade e maior intensidade no dolo com que o agente atuou (FRAGOSO, 1988, p. 67).

É fútil o motivo incapaz de dar ao fato explicação razoável. Neste inciso (motivo fútil) o legislador não autorizou o uso da interpretação analógica, como será explicado mais adiante.

Os meios de execução que qualificam o crime de homicídio é o emprego de veneno, que tem que ser feito de forma insidiosa, a utilização de fogo ou explosivo, por asfixia, esta pode ser mecânica (enforcamento, afogamento, etc.) ou tóxica (uso de gás asfixiante), por tortura, que é o meio que causa prolongada e desnecessária angústia ao sujeito passivo, saliente-se ainda, que o sujeito ativo deverá ter o animus de cometer o homicídio, ou seja, a tortura é um meio para o resultado morte. Por meio insidioso, que é aquele utilizado de forma disfarçada, por meio cruel, de acordo com a exposição de motivos do código penal nº 38, meio cruel é aquele que "aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de pena", ou por meio de que possa resultar perigo comum, este meio é relacionado ao número indefinido de pessoas que podem ser atingidas pela ação do sujeito ativo.

O inciso IV, art. 121, CP exemplifica alguns modos de execução do crime de homicídio, são eles: à traição, que é o ataque inesperado, emboscada, é a ação de forma premeditada e planejada, ou mediante dissimulação é a ocultação da real intenção do sujeito ativo, ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido é o recurso análogo à traição, emboscada ou dissimulação.

Já o inciso V do mesmo artigo dispõe a respeito dos fins que é praticado o crime, para assegurar a execução, ou seja, para assegurar a prática de outro crime o agente ativo comete o homicídio, a ocultação ou a impunidade o objetivo do sujeito ativo é destruir prova de outro crime para evitar consequências penais, ou vantagem de outro crime é garantir o êxito do crime, como exemplo, o sujeito mata parceiro do crime de roubo para ficar com todo o produto do crime. (COSTA, 2001)

Nos tipos penais, cuja morte não é objeto do tipo penal, sua ocorrência pode significar causa de maior reprovabilidade, por conta disso, será maior a punição.

A ação penal no crime de homicídio é pública incondicionada, tanto no homicídio doloso quanto no culposo, ou seja, cabe ao Ministério Público de forma exclusiva a propositura da ação penal, independente da representação do ofendido.

A análise do tipo penal homicídio é indispensável para o entendimento do estudo proposto, pois este representa a base que incidirá o princípio da legalidade, a analogia e a interpretação analógica, o motivo fútil e a ausência de motivo. Todas as

incidências citadas serão explanadas nos capítulos seguintes.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL

Este princípio, também é conhecido como o princípio da anterioridade e está previsto no artigo 1º, *caput*, do código penal. Diante desta prerrogativa legal, o Estado fica limitado a intervir na liberdade individual do cidadão, cabendo só a lei e nos casos expresso por ela legislar sobre a matéria.

Segundo a previsão legal, no artigo 1º do Código Penal Brasileiro: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal”. (*nullum crimen nulla poena sine previ elege*).

Segundo o Garantista Ferrajoli: “*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*”

Segundo o jurista Rogério Grecco, “não basta à mera existência da lei, esta no intuito de preservar a legalidade e a segurança jurídica deve ser prévia, escrita, estrita e certa. Ao ser prévio impede a retroatividade, possibilitando a extratividade da lei penal mais benéfica”.

Ao ser escrita, veda-se em especial o costume incriminador; ao ser certo concebe o princípio da taxatividade, impedindo arremedos nos tipos penais, aos quais se encaixariam qualquer conduta, Ao ser estrito, proíbe a analogia *in Malan parten*, e permite a *in bonan parten*.

Nos ensinamentos do autor acima citado, o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais:

1. Proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);
2. Proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);
3. Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);
4. Proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Ademais, ainda segundo o próprio Grecco, existe em sede doutrinária a concepção da reserva legal, específico ponto da legalidade. Enquanto esta seria, genericamente, a necessidade de uma norma genérica e abstrata criada pelo Poder

competente, a reserva legal seria a vinculação normativa de determinada matéria à lei e somente a esta espécie normativa. À legalidade atendem as portarias e resoluções administrativas, mas, no caso da reserva legal só a lei formal cumpre os requisitos. No direito penal somente a lei pode criar os tipos que definem os crimes, sendo regido, destarte, pela reserva legal e não pela só legalidade.

Existe, porém um ponto específico no princípio da legalidade que a doutrina chama de reserva legal, que se trata de um pressuposto genérico e abstrato, utilizado pelo poder competente para aproximar a norma da lei.

Sabendo que no direito penal apenas a lei pode criar os tipos penais que são tidos como crime, amparados, porém pelo princípio da reserva legal, e não apenas o princípio da legalidade uma vez que a primeira foi a forma que o legislador deixou para suprir a omissão da lei. Como também a interpretação hermenêutica, que cumpre o papel de solucionar as “aparentes lacunas da lei”, apresentando ao operador ou julgador soluções aplicáveis nos casos em que *primo ictu oculi*, não possuem assento na norma em análise.

3.1 CONCEITO DE LEI

A palavra lei vem do latim “*lex*”, trata-se de uma imposição feita pelo Estado, através da uma norma jurídica, que tem como objetivo controlar as ações dos indivíduos segundo o comportamento da sociedade a qual fazem parte. É uma obrigação imposta pelo Poder Legislativo, onde o seu descumprimento implica em uma punição.

3.2 CONCEITO DE NORMA PENAL

Para Bittencourt “o direito penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”.

Ainda no mesmo capítulo o referido autor preconiza:

Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível e convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos correntes, observando rigoroso princípio de justiça. Com esse sentido, recebe também a denominação de Ciência Penal, desempenhando igualmente uma função criadora, libertando-se das amarras do texto legal ou da dita vontade estática do legislador, assumindo seu verdadeiro papel, reconhecidamente valorativo e essencialmente crítico, no contexto da modernidade jurídica (BITENCOURT, 2001).

Em sentido análogo, ensina Toledo:

Sob esse ângulo, o direito penal é realmente aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o *fato-crime*, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas. Usa-se também a expressão como sinônimo de 'ciência penal'. No último sentido, direito penal é um conjunto de conhecimentos e princípios, ordenados metodicamente, de modo a tornar possível a elucidação do conteúdo das normas penais e dos institutos em que elas se agrupam, com vistas à sua aplicação aos casos correntes, segundo critérios rigorosos de justiça (TOLEDO, 2006).

3.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU DA IGUALDADE

Tal princípio encontra respaldo no corpo do texto constitucional que diz em seu art. 5º, *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)".

No pensamento do saudoso José Afonso da Silva: "porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais (...)".

Quanto a igualdade material no dizer de Marcelo Amaral da Silva "deve constituir-se de um tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito à possibilidades de concessão de oportunidades" em igualdade material e igualdade formal.

Já neste sentido de igualdade formal na visão de Silva, "seria a pura

identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através dos textos legais".

Na ótica de Celso Ribeiro Bastos, "a igualdade substancial ou material postula o tratamento uniforme de todos os homens. Não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida".

Quanto à igualdade formal, aduz o mesmo autor que "em síntese, no direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou menos não vedados pelo ordenamento constitucional".

Trata-se de um princípio basilar e norteador de qualquer Estado democrático de direito, onde o qual já foi citado anteriormente em seu artigo 5º, *caput*, da CF/88, que versa sobre a igualdade das pessoas perante a lei ou estado democrático de direito.

4 USO DA INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA E DA ANALOGIA EM NORMA PENAL

Com os avanços tecnológicos alcançados ao longo dos tempos, não fica difícil imaginar que o julgador se surpreenda com situações que não previa o legislador quando criou determinado tipo penal há mais de meio século atrás, diante deste contexto e sabendo que a lei é criada para se prolongar no tempo e no espaço, o mesmo deixou a possibilidade de analogia ao tipo penal para integrar a norma, desde que o julgador utilize-se de recursos jurídicos que sejam capazes de completar a lei diante de sua aplicação ao caso concreto, nos casos em que a lei houver omissão de previsão expressa, através de analogia, costumes e princípios gerais do direito.

O fundamento da analogia parte da idéia do *ratio legis, ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (as mesmas situações de fato recebem as mesmas soluções jurídicas). Uma vez existente os mesmos motivos da decisão, poderá ser aplicado o mesmo texto de lei.

4.1 REQUISITOS DE APLICABILIDADE POR ANALOGIA

Seus requisitos para devida aplicabilidade são fatos regulados por lei que apresentem semelhanças com o primeiro fato não previsto em lei; fatos não regulados por lei; ou pontos comuns entre as duas condutas, a prevista e não prevista em lei.

4.2 INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

A lei cogitou tal situação ao ser elaborada, porém o seu texto não alcançou a sua total intenção, é aí que o intérprete da lei poderá e deverá levar o seu raciocínio diante daquele texto ao caso por ele examinado, encaixando por sua vez os fatos à vontade do legislador, quando criou tal dispositivo, ainda que incompletamente externado pelo texto de lei, com base no princípio do *Lex minus dixit quan voluit*. (quando a lei diz menos do que sua vontade).

Para o mestre Fernando Capez: “A norma regula o caso de modo expresso, embora genericamente”. Um exemplo dessa espécie de interpretação pode ser encontrado no Código Penal, nos incisos III e IV, do parágrafo 2.º, do artigo 121, *in verbis*:

Art. 121. Matar alguém:

(...)

§2.º Se o homicídio é cometido:

(...)

III- com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou 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. (grifo nosso).

Dentro deste contexto podemos observar claramente uma interpretação analógica no inciso III, quando o legislador qualifica a conduta do agente. Quando ele se refere a “outro meio insidioso ou cruel ou que possa resultar em perigo comum”, neste caso cabe ao interprete descobrir ou comparar com algum existente no ordenamento jurídico, e aplicá-lo.

O direito penal é um complexo de leis que regulam o comportamento e as atividades anti-sociais do indivíduo visando à devida punição para os atos que a ele couber.

Assim como qualquer outro ramo do direito, o direito penal tem como seu objetivo a regulamentação das consequências jurídicas do crime, pois tal conduta também se refere a um comportamento humano patológico, mesmo que exteriorizado mediante um ponto de vista social.

De toda sorte, as causas de exclusão de antijuridicidade não constituem normas de exceção, devendo as mesmas ser perfeitamente acopladas ao conjunto de normas ou ordenamento jurídico.

Dito isto, a analogia é uma ferramenta utilizada no direito, para integrar uma norma penal não regulada, uma vez que existe um caso concreto e não existe uma lei que o defina, devendo assim o julgador utilizar uma lei semelhante e aplicar subsidiariamente naquele caso em questão, lembrando que a mesma não se trata de norma interpretativa, mas sim de norma integradora do direito, enquanto a primeira refere-se a interpretação analógica que passaremos a abordar melhor mais adiante.

5 AUSÊNCIA DE MOTIVO E A QUALIFICADORA MOTIVO FÚTIL DO ART. 121 DO CÓDIGO PENAL

5.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO PENAL

A Carta Magna de 1988, em seu art. 1º, definiu que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Trata-se da base da Constituição Federal, pois dele derivam todos os princípios fundamentais do Estado Brasileiro.

A escolha deste perfil-político implica não só na submissão de todos ao império da lei, mas também na correspondência entre o conteúdo da norma e a adequação social, definindo como crimes apenas fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para o corpo social. Ausente este conteúdo, a norma configurará como violadora aos princípios básicos da dignidade humana. Destarte, do Estado Democrático de Direito decorre o princípio base de todo o Direito Penal, que é o da dignidade humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à classe de Direito Penal Democrático.

O referido texto constitucional que tanto se preocupou com a vida humana em nenhum momento conceitua o seu momento inicial ou final, cabendo assim a legislação infraconstitucional fazê-lo através da autoridade que lhe foi dada pelo poder constituinte originário, de fixar o momento que abrange a sua proteção jurídica.

Para o Código Civil de 2002, artigo 2º, a personalidade civil se inicia a partir do nascimento com vida, mas a lei estabelece que o nascituro já é detentor de direitos tais como, o de reconhecimento e o sucessório.

Por sua vez o Código Penal já prevê que matar um ser humano é crime, seja durante o seu desenvolvimento fetal, após o seu nascimento com vida ou até mesmo provocar a morte de um ser humano antes do seu nascimento (art. 123 à 128 e seus parágrafos).

5.2 TUTELA AO BEM JURÍDICO DA VIDA

Nessa perspectiva, a disposição dos títulos e capítulos da Parte Especial do Código Penal segue um critério que leva em consideração o bem jurídico do crime, dispondo primeiramente os objetos jurídicos mais importantes: vida, integridade corporal, honra, património etc. Assim, a Parte Especial do Código Penal é estreada com o crime de homicídio, que tem como bem jurídico tutelado a vida humana extra-uterina. Os crimes contra a vida estão divididos em dois grupos diferentes: crimes de dano e crimes de perigo. Os crimes de dano são aqueles denominados especificamente "crimes contra a vida", são eles: homicídio, instigação ao suicídio, infanticídio e aborto. Tendo em vista a importância deste bem, o legislador constitucional atribui ao Tribunal do Júri a competência para julgar estes crimes (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*). Dos crimes citados, apenas o homicídio pode apresentar as formas dolosa ou culposa, sendo que, na segunda modalidade, a competência é do juiz singular. Já os crimes de perigo recebem a denominação de crimes de periclitacão da vida e da saúde.

A conservação da pessoa humana tem como condição primeira a vida, que é condição fundamental de todo direito individual, uma vez que sem ela não existe personalidade.

Conforme Abbé Jacques Leclerc *apud* Bitencourt (2001), "há o dever de aceitar a vida e o direito de exigir o seu respeito por parte de outrem; há também o dever de respeitar a vida alheia e o direito de defender sua própria vida". A inviolabilidade à vida humana é um imperativo constitucional, que, para ser preservado eficazmente, recebe tutela penal. Dessa forma, apesar de ser um direito público subjetivo, que o próprio Estado deve respeitar, é também um direito privado, colocando-se entre os direitos constitutivos da personalidade. No entanto, isso não implica em disposição livre da vida pelo indivíduo. Ressalta Cezar Roberto Bitencourt (2001, p. 29), "A vida é um bem jurídico indisponível, porque constitui elemento necessário de todos os demais direitos! A vida não é um bem que se aceite ou se recuse simplesmente. Só se pode renunciar o que se possui e não o que se é".

No mesmo sentido conclui Nelson Hungria:

O direito de viver, não é um direito sobre a vida, mas à vida, no sentido correlativo da obrigação de que os outros homens respeitem a nossa vida. E não podemos renunciar o direito à vida, porque a vida de cada homem diz com a própria existência da sociedade e representa uma função social (HUNGRIA *apud* BITENCOURT, 2001, p. 28).

Portanto, o bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico, é o bem da vida, que em qualquer situação terá a tutela do Estado.

5.3 HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL

O Código Penal em seu artigo 121 dispõe sobre o crime de homicídio, utilizando a grafia "matar alguém". Esta conduta típica consiste em eliminar a vida de outrem.

O tipo penal descreve a conduta do agente que apenas atingiu o resultado almejado, mediante um fato que é punível em nosso ordenamento jurídico. Concisão do tipo penal reflete paradoxalmente em uma grande amplitude, uma vez que não determina nenhuma limitação à conduta de matar alguém.

Diante dessa diversidade de possibilidades de supressão da vida alheia, o legislador penal prescreveu no Código Penal três espécies de homicídios dolosos, quais sejam: simples (art. 121, *caput*), privilegiado (art. 121, §1º) e qualificado (art. 121, §2º). O homicídio simples terá caráter residual, isto é, só se configurará quando não se adequar a qualquer das hipóteses de homicídio privilegiado ou qualificado.

Por ser o homicídio um crime que causa muita repercussão no meio social e jurídico, e sendo este de relevante valor moral, o legislador quis puni-lo de maneira mais gravosa, quando praticado dentro destas circunstâncias:

- I- Mediante paga ou promessa de recompensa, também conhecido no meio jurídico como homicídio mercenário. Este é cometido quando o agente motivado por uma vantagem seja ela pecuniária ou não, mas geralmente é mata alguém. Segundo Luiz Regis Prado e Julio Fabini Mirabetti "A doutrina

majoritária entende que a vantagem deve ser econômica”. Esta qualificadora é empregada de duas formas; mediante paga ou promessa de recompensa.

- II- Por motivo torpe, a etimologia da palavra torpe vem do tupi, quer dizer desonesto, vil, repugnante, asqueroso, dentre muitos outros os quais o principal ensejado de sua inclusão na tipificação penal como qualificadora, um motivo de muita reprovação que causa aversão e nojo na sociedade como um todo.

Vale ressaltar que o motivo torpe não se confunde com motivos de vingança ou ciúmes, porém, a depender das circunstâncias que impeliu o agente no momento da vingança, esta poderá qualificar o crime por torpeza, ademais, segundo o entendimento de Julio Fabrinni Mirabetti. “o homicídio praticado por cobiça ou desejos internos para receber herança ou por rivalidades profissionais, que denotem um motivo vil, objeto repugnante ligado a uma vantagem econômica ou recompensa, este sim caracteriza um homicídio qualificado por torpeza.

- III- Por motivo fútil, objeto de nossa discussão. É um crime cometido por um motivo ínfimo, pequeno, sem valor sentimental, nem moral, nem econômico, sem valor nenhum.

O crime de homicídio tem em seu art. 121 § 2º, II, CP, a qualificadora motivo fútil, nas palavras de Álvaro Mayrink da Costa (2001, p. 103), “considera-se fútil o motivo quando, em relação ao estímulo que provocou a ruptura do poder de censura do autor, há flagrante desproporção, absoluta inadequação, verdadeiro despropósito”. Definição baseada na Exposição de Motivos do Código Penal que dispõe que fútil é o motivo que, “pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime”.

Portanto, motivo fútil é o insignificante, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral. Importante ressaltar, que nesta qualificadora o legislador penal não autorizou a utilização da interpretação analógica, que consiste na existência de uma norma regulando a hipótese expressamente, mas de forma genérica, assim é imprescindível a utilização do recurso interpretativo para aplicação da norma ao caso concreto. Quem age impellido de futilidade, está sujeito a pena de reclusão, de doze a trinta anos.

Damásio Evangelista de Jesus (2003, p. 67), cita exemplos clássicos de homicídios cometidos por motivo fútil, são eles: "matar o garçom porque encontrou uma mosca na sopa, matar o cobrador porque errou o troco, matar a esposa porque deixou queimar o feijão na panela etc."

5.4 AUSÊNCIA DE MOTIVO NO CRIME DE HOMICÍDIO

Diante desta qualificadora, alguns juristas, doutrinadores, entre outras pessoas do convívio social e jurídico, apontam sua indignação no que se refere a um crime de pequeno valor qualificar um homicídio, abrangendo uma pena que deixa de ser de 06 (seis) anos á 20 (vinte) anos, em sua modalidade simples, para ser de 12 (doze) anos a 30 (trinta) anos, dentro do máximo legal.

Enquanto um sujeito que tira a vida de um pai de família, um trabalhador, uma coluna e estrutura de um lar e de pessoas sem sequer o conhecê-lo, nem querer algo em troca, nem sentir qualquer sentimento justificável em nosso ordenamento jurídico nem psíquico ou social, apenas por que quis matar.

Este, por sua vez comete o crime de homicídio em sua modalidade simples, pelo único fato de uma omissão literária da lei, da qual falamos incansavelmente nos capítulos de aplicação por analogia da norma penal. Quando na verdade a vontade da lei não foi alcançada pelo legislador naquele momento abrindo por sua vez o precedente ao julgador por consequencia. Vontade esta que quando descreveu a qualificadora por motivo fútil, não alcançou o seu desejo com as palavras, mas sim com o sentimento e motivos que o fez qualificar a conduta de um crime fútil de total reprovação e repugnância para o convívio social e ordem democrática. Sentimento este experimentado pelos familiares, amigos, meios de comunicação, vizinhos, colegas de trabalho, de uma destas vítimas de um assassino frio e cruel, que não merece compaixão, uma vez que ele assumiu o risco de sua conduta quando teve a intenção e praticou um crime de homicídio. Devendo por sua vez receber do Estado a punição capaz de confortar as pessoas e uma sociedade no geral que sofreram tamanha perda.

Obedecendo a regra da hermeneutica juridica: "*Lex minus dixit quan voluit*", anteriormente citada, deve-se nos casos de homicídio imotivado aplicar o artigo 121, parágrafo 2º, inciso III, por interpretação extensiva, evitando assim uma omissão

involuntária da lei, por falha de linguagem.

Sabendo que o motivo irrisório ou banal, é suficiente para majorar a pena, a imotivação de um homicídio sem sombra de dúvidas causa maior ou igual reprovação da conduta, uma vez que a ausência de motivos é a maior espécie do gênero futilidade que poderia existir. Devendo o legislador cumprir o papel interpretativo da lei e aplicá-la segundo a sua vontade e não a linguagem escrita tão somente sob pena de fragilizar o direito e a proteção a vida que é o dever de toda norma jurídica.

Mesmo depois de debruçarmos sobre a importante necessidade de inclusão desta qualificadora, a ausência de motivo no crime de homicídio ainda não foi contemplada pelo Código Penal como qualificadora do tipo penal. Assim, quem elimina a vida de outrem imotivadamente adequa-se à modalidade de homicídio simples. Embora, este em tese, não seja objeto de qualquer motivação especial, moral ou imoral, tampouco os meios utilizados ou os modos de execução apresentam algum relevo determinante, capaz de mudar a reprovabilidade, para além ou para além da simples conduta de matar alguém.

Desta forma, quem pratica homicídio imotivado sujeita-se a pena de reclusão, de seis a vinte anos.

Para Carmignani, “se não existe motivo a sua ausência deve induzir o juiz a negar a existência do delito” (cf. *“La ley y el delito”*, pág. 364, Jimenez de Asúa). “Realmente, os motivos são as representações que atuam sobre a vontade, tendo-se em vista, apenas, a sua explicação psicológica, na lição de Mayer, lembrada por Mezger (Tratado De Direito Penal)”.

5.5 EQUIPARAÇÃO DA AUSÊNCIA DE MOTIVO AO MOTIVO FÚTIL NO CRIME DE HOMICÍDIO

HOMICÍDIO QUALIFICADO – Motivo fútil – Crime cometido sem motivo – Equiparação admissível.

Ementa oficial: Qualificadora. Exclusão pelo juiz. Pressupostos. Motivo fútil. Ausência de motivo. Equiparação. A exclusão, pelo juiz, na sentença de pronúncia, de qualificadora constante da denúncia, impedindo, destarte, a apreciação da mesma pelos jurados, só é admissível quando houver a instrução demonstrada, com segurança, a carência de suporte. A ausência de motivo equipara-se, para os devidos fins legais, ao motivo fútil, porquanto seria um contra-senso

conceber que o legislador punisse com pena maior aquele que mata por motivo fútil, permitindo que o que age sem qualquer motivo receba sanção mais branda. Rec. 4.827 – 1ª C. j. 17.6.86 – rel. Des. Costa e Silva. (RT- Ano 76 Agosto de 1987 Volume 622 p. 333) RT 622/333.

Sobre a literatura do tema, ora exposto, o professor e advogado Roque de Brito Alves, nos noticia:

Historicamente, como exemplo da falta de motivo para o crime, cita-se, quase sempre, o célebre caso dos irmãos Loeb e Leopoldo que, em 1924, nos Estados Unidos, mataram um rapaz que não conheciam, que nunca tinham visto antes, sendo condenados à prisão perpétua, surgindo, a respeito as mais diversas interpretações psicológicas e jurídicas. Ainda na ficção literária, menciona-se, na questão, como sem motivo o delito praticado pelo personagem Lafcadio no romance "Os Subterrâneos do Vaticano", de André Gide.

Também, particularmente sobre "O homicídio sem motivo" existe expressiva literatura como os livros de Giraud, Podolsky, Stearns, Herren, Satten, Merninger etc, conforme podemos observar da citação de Ferracuti e Wolfgang em sua excelente obra sobre os aspectos criminológicos do comportamento violento, e que são em nosso entendimento sobre uma criminalidade sem motivo aparente.

Para finalizar nossa pesquisa doutrinária, citamos a posição do professor Rogério Greco que expõe irrepreensível:

Com a devida vênia das posições em contrário, não podemos compreender a coerência desse raciocínio. Assim, a título de ilustração, se o agente pratica o homicídio valendo-se de um motivo insignificante, qualifica-se o crime; se não tem qualquer motivo, ou seja, menos ainda que o motivo insignificante, o homicídio é simples. Não conseguimos, portanto, entender o tratamento diferenciado. (...) O que não podemos confundir é o fato de não sabermos o motivo e, sem mais, qualificar o homicídio, com crime de morte sabidamente sem motivo, ou seja, matar por matar, que dificilmente ocorre. Pelo fato de não sabermos o motivo do homicídio não podemos reputá-lo como qualificado; ao contrário, aquele que mata alguém sem qualquer motivo, um *minus*, ainda, com relação ao homicídio fútil, deve merecer a qualificadora (GRECO, 2014).

Há no Código Penal brasileiro uma incoerência lógica, pune-se mais severamente quem comete o crime de homicídio por motivo fútil do que quem o comete imotivadamente. Ensina Bruno:

Motivo fútil é aquele pequeno demais para que, na sua insignificância, possa parecer capaz de explicar o crime que dele resulta, ou seja, aquele que demonstra estranha insensibilidade, esse desprezo pela vida alheia, que o agente revela na inconsequente motivação do seu comportamento (BRUNO, 1976, p. 78).

Partindo do pressuposto que no motivo fútil há uma desproporção entre o cometimento do crime e seu motivo, há na ausência de motivo a mesma desproporção, uma vez que a absoluta falta de motivo não constitui uma explicação razoável para matar alguém. Equiparando-se, portanto, ao motivo fútil. Fernando Capez, observa:

Matar alguém sem nenhum motivo é ainda pior que matar por mesquinaria, estando, portanto, incluído no conceito de motivo fútil. A posição da jurisprudência pende para a equiparação entre ambos, argumentando que, ao estabelecer pena mais severa para quem mata por motivo de somenos importância, não se compreende que o legislador fosse permitir pena mais branda para quem age sem qualquer motivo (CAPEZ, 2005, p. 48).

Enquanto Fernando Capez entende que a ausência de motivo está inclusa no conceito de motivo fútil, Cezar Roberto Bitencourt faz a distinção:

A insuficiência de motivo não pode, porém, ser confundida com ausência de motivos. Aliás, motivo fútil não se confunde com ausência de motivo. Essa é uma grande aberração jurídico-penal. A presença de motivo, fútil ou banal, qualifica o homicídio. No entanto, a completa ausência de motivo, que deve tornar mais censurável a conduta, pela gratuidade e maior reprovabilidade, não o qualifica. Absurdo lógico: homicídio motivado é qualificado; homicídio sem motivo é simples. Mas o princípio da reserva legal não deixa alternativa (BITENCOURT, 2001, p. 67).

Os posicionamentos dos dois doutrinadores citados são antagônicos, porém esta oposição reflete a um ponto comum, a tentativa de adequar a ausência de motivo no crime de homicídio dentro do contexto penal brasileiro. O primeiro, admite a possibilidade de equiparação, já o segundo considera um absurdo lógico o homicídio imotivado ser considerado simples, mas não concorda com a equiparação, se justifica utilizando o princípio base do Estado de Direito, o da legalidade. Este princípio está insculpido na Constituição Federal e no Código Penal brasileiro (art.

1º), dispondo que "não há crime sem lei anterior que defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Assim, o Código Penal dispõe como qualificadora do crime de homicídio o motivo, podendo ser torpe ou fútil, mas não fala na ausência dele.

Ao criar a qualificadora motivo torpe (art. 121, §2º, inciso I, CP), o legislador penal cuidou em estabelecer expressamente a aplicação da interpretação analógica. O texto legal diz: "mediante paga promessa de recompensa", esta é uma enumeração casuística, "ou por outro motivo torpe", é uma formulação genérica, que deve ser interpretada conforme os casos anteriormente elencados. Ao revés, na qualificadora motivo fútil (art. 121, §2º, inciso II, Código Penal) o legislador não autorizou a interpretação analógica. Portanto, à luz do princípio da reserva legal não é possível a equiparação da ausência de motivo ao motivo fútil no crime de homicídio.

Assim, quem mata alguém pelo simples prazer de vê-la morrer está, em realidade, cometendo este ato imotivadamente. A equiparação à futilidade, ocorreria para efeitos de justiça, pois não é crível que a lei puna com pena mais rigorosa aquele que mata por motivo fútil, do que aquele que mata sem motivo.

A Ciência do Direito é uma ciência histórico-cultural que tem por objeto a experiência social, ou seja, esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores para a realização da convivência humana. Por conta disso, o Estado de Direito que significa apenas submissão à legalidade, na atualidade deixa de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em no Estado Material de Direito, quando adota uma dogmática e pretende justiça social. Álvaro Mayrink da Costa, arremata:

A noção de justiça é central nos problemas jurídicos, possuindo dimensão axiológica, sem aceitar uma radicação ética, identifica-se como componente normativo da conduta social, vincula-se à ideia de igualdade, permitindo identificar os fenômenos jurídicos e observá-los sob o método da ciência social, estando seu conteúdo concreto submetido a ação de elementos constantes da estrutura do homem e, para a realização de cada nação, requer um desenvolvimento simultâneo da educação moral, da democracia institucional, da organização administrativa e da expressão de cultura em grau suficiente de homogeneidade e espiritualidade (COSTA, 2001).

Deste modo, a justiça no princípio da legalidade é uma questão transcendentemente teórica. Importante salientar que o Código Penal pátrio é do ano de 1940, e naquela época o índice de criminalidade era inferior à alarmante banalização da violência em que passa a sociedade brasileira atual. Então, de acordo com o crescimento social, há também uma mudança de valores e, conseqüentemente do conceito de justiça.

Destarte, em uma análise axiológica, a equiparação da ausência de motivo ao motivo fútil no crime de homicídio é deveras necessária, e em uma visão legalista é imprescindível, *de lege referenda*, o acréscimo de uma nova qualificadora ao crime de homicídio: "ausência de motivo", pois conforme Cezar Roberto Bitencourt (2001, p. 67), "quem age nessas circunstâncias revela uma perigosa anormalidade moral que atinge as raias da demência".

5.6 OSCILAÇÕES JURISPRUDENCIAIS EM RELAÇÃO À EQUIPARAÇÃO DA AUSÊNCIA DE MOTIVO AO MOTIVO FÚTIL

Os tribunais pátrios oscilam diante da possibilidade de utilizarem a equiparação entre a ausência de motivo e o motivo fútil. Ratificando a afirmação seguem abaixo jurisprudências favoráveis e contrárias: "*Life is long enough*"

Data vênua, em que pese entendimentos contrários, para fins legais, a ausência de motivo, para fins de qualificação do delito homicídio tentado, se equipara plenamente com o motivo fútil, pois, além de ser tal situação moralmente mais condenável, é inaceitável que alguém que matasse uma pessoa sem qualquer motivo pudesse receber uma pena menor do que aquela pessoa que matou por um motivo fútil. (TJMG. Número do processo: 1.0301.01.003607-9/001.Dês. Rei. Beatriz Pinheiro Caíres. Data de publicação:04/10/2006).

EMENTA: PRONUNCIA AFASTAMENTO DE QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. EM SEDE DE PRONUNCIA, SOMENTE E CABÍVEL O AFASTAMENTO DE QUALIFICADORA QUANDO COMPROVADA A SUA INEXISTÊNCIA MOTIVO FÚTIL. AUSÊNCIA DE MOTIVO EQUIVALÊNCIA A AUSÊNCIA DE MOTIVO, PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO DE HOMICÍDIO, E EQUIPARADA AO MOTIVO FÚTIL, POIS, ALEM DE MORALMENTE MAIS CONDENÁVEL TAL SITUAÇÃO, SERIA INCONCEBÍVEL QUE ALGUÉM MATASSE OUTRA PESSOA SEM QUALQUER MOTIVO FOSSE RECEBER REPRIMENDA PENAL MENOR DO QUE AQUELE QUE MATOU POR MOTIVO FÚTIL. (Recurso Crime Nº 696011568, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS,

Relator: Egon Wilde, Julgado em 16/10/1996).

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA i MOTIVO TORPE i INEXISTÊNCIA DE MOTIVO- RESERVA LEGAL- MOTIVO FÚTIL- AFASTAMENTO. Ausência de motivo, embora tão ou mais reprovável eticamente que o homicídio praticado por motivo torpe ou fútil, não é qualificadora que corresponda a qualquer elementar do tipo; não pode acolher-se em juízo de pronúncia a inexistência de motivação, sob pena de afronta à reserva legal. A conduta do agente, que mata além de seu desafeto, duas outras vítimas que o acompanhavam, não se insere no conceito de torpeza, abjeção, exigíveis para o acolhimento da qualificadora do inciso I do § 2º do artigo 121 CP. Mesmo que se aproxime do motivo fútil, não pode ser reconhecido em recurso exclusivo da defesa. PROVIDO O RECURSO PARA EXCLUIR A QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL. (Recurso em Sentido Estrito N° 70006398523, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 07/08/2003)

EMENTA: Homicídio. Qualificadora. MOTIVO FÚTIL. AUSÊNCIA de MOTIVO. Não se pode equiparar para efeitos penais o MOTIVO FÚTIL à AUSÊNCIA de motivos. Toda conduta humana tem suas motivações, ainda que muitas delas não se exteriorizem. Se para reconhecer o MOTIVO FÚTIL é necessária prova da desproporção entre a motivação e o ato praticado, na AUSÊNCIA de MOTIVO reconhece-se a absoluta AUSÊNCIA de provas ou mesmo de indícios de quais os motivos levaram o réu à prática do crime. Não há falar, pois, propriamente de um crime sem motivação, mas de um crime sem provas de motivação o que, evidentemente, não se pode equipar por analogia ao MOTIVO FÚTIL. Provimento parcial. (Recurso em sentido estrito N° 1.0133.03.007419-8/001, Tribunal de Justiça de MG, Relator: des. Erony da Silva, publicado em 07/12/2004).

Portanto, a inclusão da "ausência de motivo" no rol das qualificadoras do crime de homicídio, pacificará o entendimento doutrinário e jurisprudencial, além de garantir a aplicação da regra mais justa.

Esta inserção é culminada pela impossibilidade de utilização da interpretação analógica na qualificadora motivo fútil do art.121, §2º, II do Código Penal, com isso a equiparação entre homicídio imotivado e o qualificado por motivo fútil se torna inviável, além de contrário ao princípio da legalidade, que exige prévia definição legal do crime e de sua respectiva pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil ocorrem cerca de mais de 50 mil¹ assassinatos por ano. Número este bastante expressivo e preocupante, pois a sensação de que vive-se em meio a uma guerra urbana.

Não se pode mensurar a dor de uma perda de um ente querido, por causas naturais, imagine se nos colocarmos no lugar daquele que perderam os seus tendo a vida ceifada deliberadamente por outra pessoa, sendo este assassinado como se nada fosse, e nem tivesse nenhum motivo para estar vivo. Por uma pessoa ou grupo de pessoas que não conhecem estes valores nem qualquer outro de natureza alguma e que muitas vezes “escolheram” viver à margem da sociedade bem como das leis e normas por ela imposta. Este é um sentimento ainda mais difícil de mensurar!

Não se pode comungar com lições doutrinárias que desfavorecem o direito à vida, direito este tido como degrau basilar de um Estado democrático de Direito, favorecendo as pessoas que usurpam a condição divina, tirando a vida de um semelhante.

A exemplo deste entendimento doutrinário está o homicídio gratuito, ainda não tipificado no nosso ordenamento jurídico e que se confunde com o tema do nosso trabalho que é a ausência de motivos.

Estes defendem a tese de que matar por um motivo insignificante, em nada se confunde com matar sem motivos, reforçando a tese de que matar sem um motivo tipificado, escrito na letra da lei, o agente apenas pratica um crime de homicídio simples.

Não obstante o homicídio imotivado, por nenhum motivo tratar-se de uma futilidade, porém o nada também é fútil. E o sujeito que pratica um crime de homicídio sem razão claramente o faz futilmente, devendo por sua vez ambos se equipararem para os efeitos legais a qualificadoras do tipo penal “matar alguém”, artigo 121, parágrafo 2º, CP.

Embora a ausência de motivo seja tão condenável quanto o motivo fútil no

¹ Dados apontados pela ONUBR (Organização das Nações Unidas no Brasil). O Relatório Global sobre Homicídios 2013, lançado mundialmente, pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), revela que, somente em 2012, foram registrados 50.108 homicídios no Brasil, número equivalente a pouco mais dos 10% dos assassinatos cometidos em todo o mundo, que foram 437 mil.

crime de homicídio, esta não foi contemplada como qualificadora deste crime. Portanto, quem mata imotivadamente, legalmente, configura-se no crime de homicídio simples, estando sujeito à pena de reclusão de seis a vinte anos. Se o motivo fútil, desproporcional e inadequado, é causa de qualificação do crime seria mais viável que a ausência de motivo também fosse, uma vez que matar sem motivo é pior do que matar por mesquinaria.

O rol de qualificadoras previstas no art. 121, §2º do Código Penal objetiva punir com maior rigor (pena de reclusão, de 12 a 30 anos) quem age impelido de motivos, meios e modos arditos para o cometimento do crime de homicídio. Este é definido como crime hediondo, nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90, com redação determinada pela lei nº 8.930, 06 de setembro de 1994.

Nessa perspectiva, o presente estudo analisou a possibilidade de equivalência entre o motivo fútil e a ausência de motivo no crime de homicídio. Esbarrando na impossibilidade de interpretação analógica na qualificadora motivo fútil, nesta interpretação, há uma norma regulando a hipótese expressamente, mas de forma genérica, o que torna necessário a utilização da via interpretativa.

O legislador ao qualificar por motivo fútil não autorizou a utilização da interpretação analógica. Outro obstáculo encontrado reside no princípio da legalidade que é o princípio base dos Estados Democráticos de Direito, este princípio é universalmente reconhecido em seu sentido básico de garantia fundamental do cidadão em face do poder punitivo do Estado, determinando com segurança a esfera da ilicitude penal. O princípio da legalidade significa que a criação de normas penais incriminadoras e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal), ou seja, é função exclusiva da lei. Assim, este princípio constitui em um imperativo que não aceita desvios nem exceções, é fruto de uma conquista gradativa da consciência jurídica que obedece exigências de justiça, respeito ao ser humano e vinculação a lei.

Este paradoxo legal no qual se pune com mais severidade quem comete um crime motivado do que quem o comete imotivadamente, só é aceitável diante da exigência de absoluto respeito ao princípio da legalidade, embora no plano lógico, sociológico e ético seja insustentável.

Então, como forma de compatibilizar o Direito e os valores sociais em relação à matéria em comento, a inserção da "ausência de motivo" no rol de qualificadoras do art. 121 do Código Penal seria a única medida cabível. Assim, cristalizaria o

entendimento doutrinário e jurisprudencial, e contemplaria a segurança jurídica e a submissão ao princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal Parte Geral**. 3ª ed. Recife: Editora Recife, 2007.

Âmbito Jurídico. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: 15 de maio de 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BECKER, Marina. **Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**, vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Código Penal**. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRUNO, Aníbal. **Crimes Contra a Pessoa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1: parte geral: (arts. 1º a 120º). 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Penal**, volume 2: parte especial: dos crimes contra as pessoas a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal Parte Geral**. vol. II, 3ª ed. São Paulo: Forense, 2001.

_____. **Direito Penal Parte Especial**. 5ª ed. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Enciclopédia Britânica. **Definição de Homicídio**. Disponível em: <<http://www.britannica.com/>>. Acesso em: 25 de maio de 2014.

ESTEFAM, André. **Direito Penal** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal VI**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **Lições de Direito Penal**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Lições de Direito Penal**. 1962. p. 57. In: BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. vol. II, 11^a ed. São Paulo: Ímpetus, 2014.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal VI**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

ITAGIBA, Ivair Nogueira. **Do Homicídio**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal VI**. 27^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Penal**. vol. II. 27^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

Jus Artigos. **Analogia nas normas penais incriminadoras por extensão**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14078/o-uso-da-analogia-nas-normas-penais-incriminadoras-para-extensao-do-tipo-penal#ixzz33oZ240ad>>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. 1^a ed. Campinas: Russell Editores, 2003.

Ministério Público. Disponível em: <<https://www.mpmt.mp.br/>>. Acesso em: 13 de maio de 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. vol. III, 28^a ed. São Paulo: ATLAS, 2013.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal VI**. São Paulo: Saraiva, 1965.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6^a ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Organização das Nações Unidas no Brasil. **ONU: 50 mil pessoas foram**

assassinadas no Brasil. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-50-mil-pessoas-foram-assinadas-no-brasil-em-2012-isto-equivale-a-10-dos-homicidios-no-mundo/>>. Acesso em: 26 de maio de 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro VI.** 5ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Presidência da República - Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/l8069.htm>>. Acesso em 24 de maio de 2014.

Presidência da República - Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2014.

SEVERINO, António Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 22ª ed. rev. e ampl. de acordo com a ABNT. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal VI.** 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2006.

Via Jus. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/>>. Acesso em: 11 de abril de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa:** doutrina e jurisprudência. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.