

CRIMES CONTRA A PESSOA. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO

Heleno Cláudio Fragoso

Introdução

O Título I da Parte Especial trata dos crimes contra a pessoa, realizando-se aqui a tutela penal da vida, da integridade corporal, da honra e da liberdade, pressupostos e atributos da personalidade humana. Abrange, assim, esse título, os bens relativos à pessoa humana em sua complexa realidade física e moral. O sistema da lei vigente provém do Código italiano de 1930, sendo desconhecido de nossa legislação anterior.

Nosso Código de 1890 previa em títulos distintos os “crimes contra a segurança da pessoa e da vida” e os “crimes contra a honra e boa fama”, incluindo as infrações penais contra a liberdade pessoal no título referente aos crimes “contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais”, critério defeituoso que remontava ao nosso código de 1830.

A honra e a liberdade são bens morais que constituem atributos da personalidade humana. Justifica-se, em conseqüência, a inclusão dos crimes contra a honra e a liberdade no título unitário relativo a todos os fatos puníveis através dos quais se realiza a tutela jurídico-penal da pessoa. Esse critério vai prevalecendo nas codificações modernas e nos estudos sistemáticos da Parte Especial, inclusive os que se referem aos códigos que o desconhecem.¹

O novo Código Penal incluiu o genocídio entre os crimes contra a pessoa, destacando-o no capítulo II do Título I. É orientação defeituosa, oriunda do anteprojeto HUNGRIA. Desde que a expressão *genocídio* foi inventada, com grande sucesso, por LEMKIM, serviu para designar vários atos dirigidos intencionalmente à

¹ Vejam-se, por exemplo, os tratados de QUINTANO RIPOLLÉS e MAURACH, referentes aos velhos Códigos Penais da Espanha e da Alemanha.

destruição de um grupo humano. Isso está dito no próprio art. 2º da Convenção de 9 de dezembro de 1948.

O que caracteriza o genocídio é exatamente sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa. Nesse sentido é unânime a opinião dos autores². Dentro de um Código Penal, a única possível classificação desses crimes seria num título especial, à semelhança do que faz o Código iugoslavo, que os inclui sob a rubrica *ações puníveis contra a humanidade e o direito das gentes* (art. 124). O projeto alemão de 1962 seguiu também esse critério, classificando o genocídio num título especial: *atos puníveis contra a comunidade dos povos*. Essa seria a única possível solução técnica.³

Em sentido jurídico, *pessoa* é todo sujeito de direitos. Ao definir os crimes *contra a pessoa*, no entanto, o Código Penal considera pessoa todo ser humano, protegendo os direitos da personalidade, sejam os que se referem à personalidade física, sejam os que dizem com a personalidade moral. Isso não significa que alguns crimes previstos neste título não possam ser praticados contra pessoas jurídicas. É o caso da invasão de domicílio (art. 150), da violação de correspondência (art. 151), do desvio, sonegação ou supressão de correspondência comercial (art. 152).

Os crimes contra a pessoa podem ser classificados em três grandes categorias: crimes contra a vida e a integridade corporal; crimes contra a honra; crimes contra a liberdade.

Entre os crimes contra a vida, previstos no Capítulo I, inclui-se também o aborto, antecipando-se assim a tutela da vida humana ao momento da concepção. Impedir a formação e o surgimento do ser humano é atentar contra a sua vida. A integridade corporal é tutelada através da incriminação das lesões corporais,

² Cf., como simples exemplo, FRANCISCO P. LAPLAZA, *El delito de genocidio o genticidio*, 1953, pág. 71; EDUARDO L. GREGORINI CLUSELLAS, *Genocidio, su prevención y represión*, 1961, pág. 46, bem como a publicação da ONU, *The crime of genocide: a U.N. Convention aimed at preventing destruction of groups and punishing those responsible*, 1956, pág. 32.

³ No Código Penal alemão em vigor foi introduzido em 1954 o §220ª, inserindo o genocídio entre os crimes contra a vida. Tal critério é censurado sem discrepância por todos os autores, que afirmam tratar-se basicamente de um delito contra a humanidade. Cf. Exposição de Motivos do projeto alemão de 1962 (*Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1962*, pág. 671), onde se diz que o genocídio constitui *corpo estranho* entre os crimes contra a vida.

designação que abrange as ofensas à saúde. A vida e a integridade corporal são protegidas também contra a exposição a perigo através da incriminação de várias ações previstas no capítulo III (*Da periclitación da vida e da saúde*). A vida e a incolumidade pessoal são aqui penalmente tuteladas com referência a pessoa determinada. A exposição a perigo de um número indeterminado de pessoas configura os crimes contra a incolumidade pública.

Os crimes contra a honra atingem, em substância, a pretensão ao respeito e à estima, como atributos morais da personalidade. Pune-se aqui a calúnia, a difamação e a injúria, que se dirigem contra a reputação, a dignidade e o decoro da pessoa humana.

Os crimes contra a liberdade estão distribuídos em quatro seções, atentando-se aos distintos aspectos em que pode aquele bem jurídico ser considerado. Aqui estão previstos os crimes contra a liberdade individual, a violação de domicílio, a violação de correspondência e dos segredos.

Crimes contra a vida

Protege a lei penal a vida humana desde a concepção, incriminando não só sua destruição na pessoa, como também o aborto, que vem a ser a destruição da vida antes do nascimento.

São quatro as figuras de delito contra a vida: homicídio (artigo 121), infanticídio (art. 123), auxílio, instigação ou induzimento ao suicídio (art. 122) e aborto (arts. 124 e 126). O infanticídio é apenas forma privilegiada de homicídio.

HOMICÍDIO

Antecedentes históricos

É antiquíssima a incriminação do homicídio. A punição, desde as mais remotas legislações, era, invariavelmente, a morte. Desde os tempos de Numa Pompílio, rei que sucedeu a Rômulo, fundador de Roma (no ano 753 ou 754 A.C.), o homicídio era

considerado crime público, com o nome de *parricidium*. Não significava, originalmente, esta palavra a morte do pai ou de ascendente (*patris occidium*), mas, sim, a morte de um cidadão *sui juris* (*patris coedes* ou *patris excidium*). Somente ao fim da República é esta palavra empregada apenas para designar a morte dada a parente próximo (MOMMSEN, II, 325).

Sobre o homicídio dispunha a Lei das XII Tábuas (ano 450/451 A.C.): “*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit parricida esto*”. Desde esse tempo, e mesmo anteriormente, já havia juízes para o processo do homicídio, os quais se chamavam *quaestores parricidii*. O escravo não podia ser sujeito passivo do crime de homicídio, porque não era pessoa, e sim coisa (*res*) e como tal objeto do crime de dano.

A fonte por excelência da incriminação do homicídio em Roma, era a Lei Cornélia (*lex Cornelia de sicariis et veneficiis*), promulgada ao tempo de Sila (81 A.C.). A pena, dependendo da condição do réu e das circunstâncias do fato, era a *deportatio* (exílio), a *confiscatio* (confisco) ou a *decapitatio* (decapitação), para os *honestiores*, e a condenação aos animais ferozes (*ad bestias*) ou a *vivicrematio*, para os *humiliores*. Já se previa, como formas mais graves do homicídio, o parricídio, o envenenamento e o latrocínio. Com a legislação de JUSTINIANO (535 D.C.) a pena de morte é aplicada indistintamente a todos os homicidas.

No direito germânico, o homicídio era crime privado, que sujeitava o agente à vingança da família do morto ou à composição. Mais tarde, com o ressurgimento do direito romano e a influência do direito canônico, o homicídio voltou a ser considerado crime público.

Foi em torno ao crime de homicídio que os praxistas desenvolveram a doutrina de inúmeros institutos da parte geral (tentativa, participação, concurso, etc.). Consideravam os práticos, em geral, qualificado, o homicídio nos casos de parricídio (morte dada a parente), emboscada, latrocínio, assassínio (morte mediante paga) e envenenamento. A morte continuou sendo a pena usual.

Com o movimento humanista do sec. XVIII algumas legislações substituíram a pena de morte pela de prisão celular e pelo trabalho forçado, reservando-a apenas para os casos de homicídio qualificado.

Nossas Ordenações Filipinas cuidavam do homicídio voluntário simples, do venefício, do assassínio e do homicídio culposo, no Livro V, Tít. 35. Afora este último, punido com pena extraordinária, os demais eram punidos com a morte, sendo, em algumas formas, cortadas as mãos do criminoso e confiscados os seus bens. O parricídio está previsto no Livro V, tít. 41 §1º.

O código de 1830 ocupou-se do homicídio na parte III, título II, cap. I, considerando-o qualificado se ocorriam o emprego de veneno ou fraude, emboscada, ou se fosse cometido mediante pagamento ou por mais de uma pessoa. As penas variavam desde a morte e galés perpétuas até prisão com trabalho. O código imperial não cuidava do homicídio culposo, sendo esta uma de suas grandes falhas, corrigida, aliás, pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

O código de 1890 contemplava o homicídio no art. 294, qualificando-o em numerosas circunstâncias. As penas eram a de prisão celular, de 12 a 30 anos (nas formas qualificadas) e de 6 a 24 anos (para o homicídio simples).⁴

Ao lado das duas espécies tradicionais de homicídio (simples e qualificado), que em muitas legislações aparecem com designação distinta (*meutre e assassinat; Totschlag e Mord; manslaughter e murder*), nosso código vigente previu, igualmente, o homicídio privilegiado (art. 121 §1º), que é o praticado em circunstâncias razoavelmente justificadas.

Objetividade jurídica

Homicídio é a destruição da vida humana alheia. É famosa a definição de CARMIGNANI (*hominis caedes ab homine injuste patrata*), que inclui indevidamente o elemento da antijuridicidade, que é implícito em toda definição de crime. O objeto da

⁴ Sobre a história do crime de homicídio, cf. JOÃO MESTIERI, *Curso de Direito Criminal*, 1970, pág. 36 ss.

tutela penal é o interesse na preservação da vida humana, sendo esta evidentemente o bem jurídico tutelado. É manifesta a altíssima relevância de tal bem, que é indisponível, sendo, assim, de nenhum efeito, o consentimento da vítima.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Não se exige qualquer específica qualificação do sujeito ativo do crime. O sujeito passivo, por igual, pode ser qualquer pessoa, ou seja, qualquer ser vivo, nascido de mulher. Antes do nascimento não há homicídio, mas, sim, aborto. Todavia, a morte do feto a termo ou viável durante o parto, configura o crime de homicídio, a menos que seja praticada pela própria mãe, sob a influência do estado puerperal, caso em que o crime a identificar-se será o de infanticídio (artigo 123 CP).

A definição legal do crime de infanticídio, que é forma privilegiada de homicídio, faz certo que a morte *durante* o parto é homicídio, e não aborto. Há, portanto, homicídio, desde que se inicie o parto. Este vem a ser o conjunto de processos tendentes a expulsar o feto do útero materno, terminado o ciclo fisiológico da gravidez (salvo a hipótese de parto prematuro). O parto se inicia com o feto no útero materno, como é óbvio, não sendo necessário, portanto, para que haja homicídio, que ocorra expulsão, parcial ou total, e muito menos que haja vida autônoma. As dores que antecedem o parto não podem, por si sós, indicar com precisão o seu início, pois há dores também antes do início do parto. *Começa o parto com o rompimento do saco amniótico*. Alguns autores exigem que o feto tenha sido expulso, pelo menos em parte, do útero materno (BINDING, I, 38), mas a maioria se contenta com o início do parto, referindo-o às dores que, a curtos intervalos conduzem ao desprendimento do feto (SCHÖNKE-SCHRÖDER, 919).

É suficiente que o sujeito passivo esteja *vivo*, sendo indiferente o seu grau de vitalidade ou capacidade de viver: tanto o recém-nascido sem possibilidade de sobrevivência (mesmo disforme ou monstruoso), como o moribundo, podem ser sujeito passivo do crime de homicídio.

A vida manifesta-se com a respiração. Pode haver vida sem respiração, no caso de recém-nascido apnéico. Pode ela também revelar-se por outros sinais, como o movimento circulatório e as pulsações do coração. A vida biológica, entretanto, também é objeto de proteção penal, já que a morte do feto durante o parto é homicídio e não aborto ou feticídio.

Se já cessou a vida, não é possível haver homicídio. Será impossível o crime por impropriedade absoluta do objeto (art. 14 CP).

Conduta punível

A definição legal do crime de homicídio é extremamente simples: “mater alguém”. A ação incriminada é, pois, a de *matar*, podendo o crime ser cometido por ação ou por omissão e por qualquer meio (direto ou indireto, físico ou moral), desde que idôneo, isto é, capaz de causar morte. A idoneidade do meio deve ser avaliada *ex post*, pois mesmo o meio objetivamente inidôneo pode revelar-se idôneo no caso concreto (ex.: açúcar propinado a um diabético).

É este *crime material*, que se consuma com o evento morte. E porque se trata de fato que deixa vestígio, será sempre indispensável o exame de *corpo de delito*, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado (art. 158 CPP).

É o homicídio praticado por *ação*, quando há conduta positiva do agente (disparo de um tiro, propinação de veneno); e por *omissão*, quando há abstenção de atividade devida (ex. a mãe que deixa de alimentar o filho, que morre de inanição). O homicídio por omissão exige que tenha o agente dever jurídico de impedir o evento. Tal dever pode surgir de uma norma jurídica (ex.: dever de mútua assistência entre os cônjuges e de sustento e guarda dos filhos — art. 231 CC), ou ainda, o fato de assumir a responsabilidade de impedir o resultado (particularmente através de contrato ou de negócio jurídico). Não basta, porém, qualquer dever jurídico. O dever jurídico que decorre dos crimes *omissos puros* (ex.: art. 135 CP), não basta para equiparar a omissão à conduta típica comissiva (SCHÖNKE-SCHRÖDER, 46; MAURACH, AT, 474). Impõe-se aqui um *dever jurídico* de impedir o resultado, se o qual a omissão

não é antijurídica. Tal dever pode surgir também de uma anterior atividade própria do agente, como no caso de um incêndio culposamente causado. Quem, através da própria atividade voluntária, cria o perigo da superveniência de dano punível, tem o dever jurídico de impedi-lo. Veja-se o art. 13 §2º CP de 1969.⁵

No que concerne aos *meios*, chamam-se *diretos* aqueles de que o próprio agente se serve para atingir a vítima (tiro, esganadura, etc.), e, *indiretos*, aqueles que propiciam a morte, causada, efetivamente, por fator independente do criminoso (ex.: o agente atrai a vítima a lugar onde é atacada e morta por uma fera ou por descarga de corrente elétrica).

O erro quanto à pessoa atingida é acidental, e, portanto, irrelevante. Consideram-se, nesse caso, as condições e qualidades da pessoa contra a qual o agente queria praticar o crime (art. 17 §3º CP). O erro na execução (*aberratio ictus*) é, igualmente, irrelevante (art. 53 CP), respondendo o agente como se tivesse atingido a pessoa visada, se efetivamente matou alguém.

Se o agente, julgando ter matado a vítima, pratica outra ação que vem a produzir a morte, responde por um só delito consumado. (Ex.: Tício, supondo erroneamente que matou seu inimigo Caio com o golpe que desferiu, lança-o de um precipício, causando-lhe então a morte). É a hipótese do chamado *dolus generalis*, que conduziu no passado a infrutífero debate.

É perfeitamente admissível a *tentativa*, que se verifica quando, iniciada a execução do homicídio, não sobrevém a morte por circunstâncias alheias à vontade do agente. Há *início de execução* quando o agente começa a matar alguém, ou seja, quando surge o ataque ao bem jurídico que a lei penal tutela ou quando se inicia a violação da norma, com a realização da conduta típica. Como bem exemplifica NÉLSON HUNGRIA, V, 67, são atos meramente *preparatórios*: a aquisição da arma ou do veneno, a procura do local propício, o ajuste de auxiliares, o encaço do adversário, a emboscada, o fazer pontaria com arma de fogo, o sacar o punhal. São *atos*

⁵ Cf. sobre o assunto, extensamente, HELENO FRAGOSO, *Conduta Punível*, 1961, pág. 55 e seguintes. Veja-se também a decisão do TA da Guanabara na AC nº 2.085 apreciada em largo comentário publicado na RDP, 3/96.

executivos: o disparo do tiro, o deitar o veneno no alimento destinado à vítima iludida, o brandir o punhal para atingir o adversário, etc.

Afastando-se de nosso direito anterior, nenhuma relevância atribui o código vigente às concausas, salvo se supervenientes e relativamente independentes (art. 11 parágrafo único CP). Nosso código imperial atenuava consideravelmente a pena do crime de homicídio, quando a morte se verificasse, “não porque o mal causado fosse mortal, mas porque o ofendido não aplicasse toda a necessária diligência para removê-lo” (art. 194). E o código de 1890, igualmente, concedida privilégio ao homicídio no caso em que a morte resultasse, “não da natureza e sede da lesão, e sim das condições personalíssimas do ofendido”, e, ainda mais, no caso em que resultasse, não por ter sido mortal a lesão, e, sim, “por ter o ofendido deixado de observar o regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado” (art. 295 §§1º e 2º). Nossos códigos anteriores beneficiavam injustificadamente o homicida pois desde que o agente tenha pretendido matar (ou desde que tenha assumido o risco de causar esse resultado), é inteiramente irrelevante, do ponto de vista da criminosidade de sua ação, que tenha conseguido seu objetivo pela superveniência ou preexistência de circunstância estranha e não prevista, que não afeta o nexo causal. De conformidade com o princípio adotado pelo nosso código, somente se rompe a cadeia causal na hipótese de concausa *superveniente* (não concomitante ou preexistente), que *por si só* tenha dado causa do resultado, como no seguinte exemplo: Mévio fere mortalmente Tício. Este, porém, é socorrido prontamente e vem a morrer de grave desastre ocorrido com a ambulância que o transportava. Tal desastre é concausa *relativamente independente*, pois não teria ocorrido sem a agressão praticada, mas interrompe o nexo causal, em face do art. 11 parágrafo único CP. Responde Mévio apenas por homicídio tentado. Exemplo de concausa preexistente irrelevante: Mévio dispara um tiro visando seu inimigo Caio para matá-lo, não o atingindo, porém. Sendo a vítima portadora de grave lesão cardíaca, vem, todavia, a morrer, em conseqüência do cheque emocional. Responde Mévio por homicídio consumado. Exemplo de concausa superveniente irrelevante: Mévio atinge *necandi animo* seu inimigo Semprônio, causando-lhe grave lesão, não letal. Ocorre, todavia, a morte da vítima, em virtude da superveniência de gangrena, em face da insuficiência ou ausência de tratamento. Responde o agente por homicídio consumado, pois em tal caso não houve interrupção da cadeia causal: o

condicionamento do evento morte (gangrena), situava-se na linha de desdobramento causal da ação praticada e, como diz NÉLSON HUNGRIA, sem ultrapassar a órbita do perigo criado por esta.⁶

Culpabilidade

O crime é imputável a título do dolo, que consiste no vontade livre e consciente de causar a morte de uma pessoa. É o chamado *animus necandi*. O propósito homicida será, em regra, revelado pelas circunstâncias em que a ação é praticada, podendo ser indícios valiosos, a índole do acusado, suas precedentes manifestações de ânimo, a causa de seu comportamento delituoso, a natureza dos meios empregados, o local e a quantidade dos golpes desferidos, quando sua direção foi dependente da vontade (CARRARA, §1.104).⁷

O dolo pode ser direto ou eventual. É direto quando o agente quer a morte da vítima, e eventual, quando assume o risco de produzi-la (art. 15 CP).

O dolo eventual muito se aproxima da culpa consciente. Nesta, como naquele, há previsão do resultado. Na culpa, porém, o agente confia honestamente em que ele não ocorrerá, ao passo que no dolo eventual o resultado lhe é indiferente. Se o agente previsse o resultado como *certo*, abster-se-ia de praticar a ação que lhe dá causa, no caso de culpa consciente. No caso de dolo eventual, nem assim deixaria de agir. A distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente é perfeitamente clara na doutrina, mas, praticamente é, por vezes, muito difícil. A dúvida será sempre resolvida em favor do réu, com a afirmação da culpa consciente.

A tentativa de homicídio com dano corporal corresponde objetivamente ao crime de lesão corporal consumado. A tentativa do crime mais grave depende, como é óbvio, da certeza quanto ao propósito homicida, ou seja, o dolo correspondente ao homicídio. A dúvida conduz necessariamente ao reconhecimento do crime menos grave de lesão corporal.

⁶ Sobre este difícil problema, cf. HELENO FRAGOSO, *Conduta Punível*, pág. 106 e seguintes.

⁷ Cf. sobre o assunto, M. FINZI, *L'intenzione di uccidere considerata in relazione al mezzo lesivo adoperato*, in *Scritti Giuridici in Onore di Vincenzo Manzini*, Pádua, CEDAM, 1954, pág. 179.

Se o homicídio foi praticado por inconformismo ou faccionismo político-social, o crime será o do art. 32 DL 898/69, desde que a vítima seja pessoa que exerça autoridade ou estrangeiro que se encontra no Brasil a convite do governo brasileiro, a serviço de seu país ou em missão de estudo. A pena, em tal caso, é a morte, equiparando-se à de reclusão por 30 anos, para efeito de tentativa (art. 50). Não há homicídio por inconformismo ou faccionismo político-social no caso em que o agente acusado ou condenado por atividades subversivas atingiu a autoridade policial ao tentar impedir sua prisão. (RTJ, 58/3).

O evento morte como condição de maior punibilidade

O evento morte constitui condição de maior punibilidade de uma série de crimes, que são qualificados pelo resultado (art. 127 *in fine*; 129 §3º; 133 §2º; 134 §2º; 135 parágrafo único, *in fine*; 137 parágrafo único; 159 §3º; 223 parágrafo único; 232, 256; 263; 264 parágrafo único e 285). São os chamados *crimes preterintencionais* ou *preterdolosos*. Nestes casos não há dolo (direto ou eventual) em relação à morte da vítima, que é causada culposamente, já que não há responsabilidade objetiva em tais casos.

Pena

A pena cominada ao homicídio simples é de 6 a 20 anos de reclusão.

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

Nossos códigos anteriores não cogitavam de homicídio privilegiado (salvo a hipótese de infanticídio). Na legislação estrangeira encontram-se vários códigos que prevêm essa espécie de homicídio, que em geral configuram nos casos de ira ou emoção violenta e provocação da vítima. Nosso código vigente estabeleceu com precisão os contornos do homicídio privilegiado, dispondo no §1º do art. 121 que a pena pode ser reduzida de um sexto a um terço, “se o agente comete o crime impellido

por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima”.

A redação da lei parece não deixar dúvida de que a redução de pena é *facultativa*, não constituindo obrigação para o juiz. Essa interpretação, que se encontra na Exposição de Motivos (nº 20), não é pacífica, pois há os que entendem ser imperativa a redução da pena. Assim se pronunciou a Conferência dos Desembargadores, reunida em 1943, no Rio de Janeiro, sendo esta também a opinião de E. CUSTÓDIO DA SILVEIRA (*Direito Penal*, 1959, p. 68). Afirma-se que, sendo este crime da competência do Tribunal do Júri, haveria violação da soberania dos veredictos se o juiz deixasse de atenuar a pena, reconhecendo o tribunal popular ter sido o crime praticado na hipótese do art. 121 §1º do CP. O argumento não impressiona, pois a função jurisdicional do júri deve exercer-se obrigatoriamente nos limites da lei, que na hipótese lhe confere poderes para afirmar ou negar a existência da circunstância atenuante especial, dando, porém, ao juiz a faculdade de considerá-la, ou não, na fixação da pena. Esta é a lição de NÉLSON HUNGRIA V, 139. Nesse sentido orienta-se também a jurisprudência.⁸

Destacam-se aqui circunstâncias já previstas no código como atenuantes genéricas (art. 48, IV, letras *a* e *c in fine*) e que, em relação ao homicídio, são especialmente contempladas para configurar uma forma privilegiada do crime.

Duas são as hipóteses de homicídio privilegiado:

1. Ter sido o crime cometido por motivo de *relevante* valor social ou moral;
- ou
2. sob o domínio de *violenta* emoção, *logo em seguida a injusta* provocação da vítima.

Os motivos que determinam o agente a delinquir são de especial importância na apreciação da fealdade moral de sua atividade criminosa, e também de seu maior ou

⁸ HC nº 48.618, 2ª Turma, rel. Min. ADALÍCIO NOGUEIRA (DJ, 14-5-71, pág. 2128); AC nº 48.946, TJ da Guanabara, 2ª CC, rel. Des. ROBERTO MEDEIROS (RJ, 18/369); RDP, 1/160; 2/123.

menor desajuste e de sua periculosidade. Por isso, os motivos devem ser cuidadosamente considerados pelo juiz na aplicação da pena (art. 42 CP), pois constituem o melhor índice da perversidade da ação.

O motivo de valor *social* é aquele que atende aos interesses ou fins da vida coletiva. O valor *moral* do motivo se afere segundo os princípios éticos dominantes. São aqueles motivos aprovados pela moralidade média, considerados nobres e altruístas. Como ensina MANZINI, II, 212, “o valor *moral* do motivo extrai-se dos princípios éticos próprios da sociedade presente. Aquilo que a moral média reputa nobre e merecedor de indulgência é o que deve ser acolhido pelo juiz, ainda que a moral superior possa ensinar diversamente”. Prevaecem aqui os critérios da chamada *moral prática*.

O valor social ou moral do motivo — que deve ser sempre considerado objetivamente segundo a média existente na sociedade, e não segundo a opinião do agente — deve ser *relevante*, isto é, considerável, importante. A morte dada a um traidor da pátria, a um bandido; o homicídio piedoso (eutanásia) ou praticado em certos casos de honra, são exemplos de relevante valor social ou moral.

A circunstância de ter agido por motivo de especial valor social ou moral, tem caráter subjetivo, e, assim, não se comunica ao co-autor, que não age impelido pelas mesmas razões. Subsiste o homicídio privilegiado mesmo quando o motivo é erroneamente suposto pelo agente.

A segunda hipótese de homicídio privilegiado prevista pelo código é tradicionalmente conhecida como ímpeto de ira ou justa dor e historicamente considerada nos casos de provocação da vítima, flagrante adultério e morte dada a ladrão. No direito romano, era a pena atenuada para o homicídio em flagrante adultério, pela existência de *dolor iustus* (Cod. 9, i, 4), ou pela ação praticada *impetu tractus doloris* (*difficilimum iustum dolorem temperare*) (D. 48, 5, 38 § 8). Era, aliás, atenuante genérica do dolo, na graduação romana, o ímpeto de ira (*regula enim juris est quod delictum ira commissum mitius punitur*).

Entre os praxistas foi regra geral a atenuação e mesmo a exclusão da pena nos casos de provocação injusta e ira violenta (*máxima iracundia*) por motivo legítimo. A injustiça da provocação era considerada elemento essencial (*simplex iracundiae calor non excusat, nisi iusta causa praecedat*). Como excusante especial nos crimes de sangue, acolheu o código penal francês, de 1810 (art. 321), a provocação, sendo este exemplo seguido por vários outros estatutos do século passado. A razão de ser da atenuante fundava-se na diminuição da intensidade do dolo ou da responsabilidade do agente, em face da provocação injusta, e, ainda, no menor alarma social causado pelo crime praticado em tais circunstâncias.

O código vigente não atendeu apenas à provocação injusta nesta segunda forma de homicídio privilegiado, sendo necessário que da provocação resulte *violenta emoção* e que a ação seja praticado *logo em seguida*, ou seja, imediatamente após o fato. São, pois, três as condições aqui exigidas pela lei para conferir privilégio ao homicídio:

1. Provocação *injusta da vítima*;
2. emoção violenta do agente ;
3. reação deste *logo em seguida*.

A *provocação* não se constitui apenas por golpes e violências graves, como estabelecia o código napoleônico, os quais podem, inclusive, dar lugar a situação de legítima defesa. Pode ela consistir em qualquer fato voluntário (ação ou omissão) que expresse um desafio ou uma ofensa à sensibilidade moral do agente. Não só vias de fato e ameaças, como ofensas à honra, zombarias, reticências, insinuações, perseguições, expressões de desprezo, atos de emulação, etc. Não é indispensável a intenção de provocar. A provocação é sempre uma excusa *pessoal*, que deve atingir a pessoa que reage. Não se exclui, porém, que haja provocação, no sentido do dispositivo legal que examinamos, no caso em que a pessoa por ela visada seja diversa da que reage, desde que a esta ligada, de forma a ser atingida também, indiretamente. Tais hipóteses exigem, todavia, do julgador, a máxima cautela.

A existência de provocação ou seja, a potencialidade causal do fato para constituir uma provocação, deve ser considerada com critérios relativos. O que para

uns será provocação, para outros, não. Deve ter-se em conta a personalidade das pessoas, seu grau de cultura e educação, bem como a natureza do fato e suas circunstâncias. Deverão considerar-se, porém, os padrões do homem normal, e não os dos hiper-sensíveis. Como ensina SOLER, III, 70, a lei atenua o fato quando este constitui a reação explicável, compreensível excusável e externamente motivada, de uma consciência normal.

Deve, ademais, a provocação, ser *injusta*, isto é, antijurídica e sem motivo razoável, de modo a causar justa indignação. A injustiça da provocação, deve ser sempre apreciada objetivamente, e não de acordo com o entendimento do agente. Não haverá provocação injusta sem sujeito consciente, excluindo-se, assim, a ação de crianças e loucos, desde que a condição destes seja notória. Não se pode deixar de atribuir relevância à provocação erroneamente suposta, desde que o erro seja excusável (CARRARA, § 1.289).

Não basta, porém, a provocação, por mais grave e veemente que seja. É de mister que dela haja resultado *violenta* emoção. O homicídio praticado friamente não será privilegiado, não obstante a ocorrência de provocação. A simples existência de emoção por parte do agente, por outro lado, igualmente não basta, pois não se trata de outorgar privilégio aos irascíveis ou às pessoas que facilmente se deixam dominar pela cólera. Cabe indagar do estado emocional após a constatação dos fatos, isto é, da existência de provocação injusta da vítima, que o tenha causado.

A emoção, que não exclui a responsabilidade penal (artigo 24, n. I CP), é aqui excepcionalmente relevante, desde que violenta. Evidentemente, contemplam-se aqui as emoções fisiológicas, que integram a psicologia do homem normal; as emoções patológicas excluiriam a responsabilidade do agente. Emoção é um estado afetivo que produz momentânea e violenta perturbação da personalidade do indivíduo. Afeta o equilíbrio psíquico, ou seja, o processo ideativo, acarretando alterações somáticas, com fenômenos neuro-vegetativos (respiratórios, vasomotores, secretores, etc.) e motores (expressões e mímicas). A lei exige que a emoção seja *violenta*, o que significa que deve tratar-se da séria perturbação da afetividade, de modo a destruir a capacidade de reflexão e os freios inibitórios. Por essa razão, a violenta emoção é incompatível com o

emprego de certos meios que demonstram planejamento e fria premeditação, pois em geral consiste numa reação desordenada.

A *paixão* por si só não pode dar lugar ao homicídio privilegiado, pois ela representa um processo afetivo duradouro, ou, como diz DE SANCTIS, um estado emotivo que se protraí, representando na ordem afetiva o que a idéia *fixa* é na ordem intelectual. A paixão é a emoção-sentimento, ao passo que aqui somente se considera a emoção-choque, ou seja, a subitânea reação afetiva, menos suscetível de autocontrole. A emoção, porém, pode surgir de um estado de paixão, em face de um motivo que a faça eclodir, pois, como ensina SOLER, III, 66, um certo estado de tensão psíquica anterior costuma ser circunstância que precede quase sempre os estados emocionais. Não se considerará em tal caso, o sentido ético da paixão, mas, tão somente, a injustiça da provocação que fez surgir a emoção violenta.

O terceiro requisito legal diz respeito ao intervalo de tempo, exigindo-se que o crime seja praticado *sine intervallo*, ou seja, logo em seguida à injusta provocação da vítima, enquanto durar o estado emocional por ela provocado. A razão do privilégio outorgado ao homicídio cometido nessas circunstâncias reside no fato de verificação comum, do descontrole emocional sobre os freios inibitórios, em consequência da provocação injusta e deve, portanto, excluir-se nos casos em que o decurso do tempo possibilita a reflexão e o auto-controle.

Não desaparece o homicídio privilegiado em face de erro na execução (*aberratio ictus*).

Resta saber se as circunstâncias que tornam o homicídio privilegiado aplicam-se somente ao homicídio simples ou também ao homicídio qualificado. As disposições da nossa lei, situando o homicídio privilegiado no §1º e o homicídio qualificado no §2º do art. 121 CP, fariam crer que somente ao homicídio simples poderiam aplicar-se as hipóteses de privilégio. Como se resolveriam, então, os casos de concurso de circunstâncias, como o do crime cometido por motivo de relevante valor social ou moral por meio de veneno ou asfixia? O fato apresenta ao mesmo tempo circunstância que atenuam e circunstâncias que qualificam.

No exemplo mencionado devem prevalecer as circunstâncias preponderantes (art. 49 CP), que são as que dizem respeito aos motivos determinantes, devendo, assim, reconhecer-se o homicídio privilegiado. Não será possível considerar-se a hipótese de concurso em relação às *circunstâncias subjetivas* de qualificação do homicídio, ou seja, quando o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Todavia, em relação às *circunstâncias objetivas*, que dizem como os meios ou modos de execução (art. 121 §2º números III e IV), pode haver concurso com a circunstâncias que autorizam a diminuição de pena (art. 121 §1º), as quais deverão prevalecer, pois são preponderantes.⁹

No parágrafo 2º do artigo 121 estão previstos os casos de homicídio qualificado. Aqui também várias agravantes genéricas (art. 44, II, letras *a, b, c, d e e*) passam a ser elementos constitutivos do homicídio qualificado e não apenas circunstâncias (*accidentalia delicti*).

Nosso código, na configuração do homicídio qualificado, atendeu a certos *motivos determinantes* (paga ou promessa de recompensa; motivos torpe ou fútil); a certos *modos ou meios de execução* (emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou qualquer outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima); ou, ainda, a certos *fins* visados pelo agente (para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime).

A premeditação era por CARMIGNANI (*Elementa* § 903) definida como *occidendi propositum frigido pacatoque animo susceptum, et moram habens*. Exigia, assim, o ânimo frio e um intervalo de tempo entre a deliberação e a execução do delito. Ainda hoje é a premeditação considerada causa de qualificação do homicídio em várias legislações (italiana, francesa, etc.). Em nosso código, porém, nem sequer foi prevista como agravante genérica. Entendeu-se que a premeditação nem sempre revela maior

⁹ Em sentido contrário pronunciou-se a 1ª Conferência de Desembargadores (*Anais*, pág. 258).

frieza ou perversidade, podendo, ao contrário, indicar hesitação ou resistência em relação à empresa criminosa. Premeditadamente pode ser cometido um homicídio por motivo de relevante valor social ou moral, e pode também o crime ser praticado *ex improviso*, por motivo fútil, revelando excepcional insensibilidade moral por parte do agente.

Na qualificação do homicídio não foi também considerado o parricídio, que era previsto por nossos códigos anteriores e que classicamente é objeto de severa punição. No direito romano aplicava-se ao parricida a pena do *culeum*, que consistia em encerrar o criminoso num saco de couro cosido, juntamente com um cão, um galo, uma víbora e um macaco, lançando-o ao mar ou ao rio, conforme a situação do lugar, “para que assim se misturasse no contubérnio das serpentes” (*inter eas ferales angustias comprehensus serpentium contuberniis misceatur*) (Código 9,17). Nossas Ordenações Filipinas (Livro 5, título 41) dispunham: “E o filho ou filha, que ferir seu pai, ou mãe, com tenção de os matar, posto que não morram das tais feridas, morra morte natural”. O código vigente, dando mais valor aos motivos determinantes, como outros códigos modernos, fez da circunstância de ser o crime praticado contra ascendente ou descendente, apenas uma gravante genérica (art. 44, nº II, letra f).

O homicídio perante nossa lei é qualificado, primeiramente pelo *motivo torpe*, com especial referência ao homicídio mercenário, isto é, cometido mediante paga ou promessa de recompensa. É a modalidade que classicamente se denominou *assassínio*. Implica sempre na participação de duas pessoas, sendo o homicídio qualificado para ambas (tanto a que executa o crime mediante paga ou promessa de recompensa, como a que manda que o crime seja executado nessas circunstâncias).

A qualificação do homicídio mercenário justifica-se pela ausência de razões pessoais por parte do executor (indício de insensibilidade moral) e pelo motivo torpe que o leva ao delito. O mandante busca a impunidade e a segurança, servindo-se de um terceiro. Não é necessário que o pagamento efetivamente se faça ou que a promessa se cumpra. Basta que tenha sido este o motivo que determinou a execução do delito. A recompensa dada ou prometida pode ser de qualquer natureza. Como bem assinala OLAVO OLIVEIRA (*Delito de Matar*, 1959, p. 56), “enquadra-se no *preço do sangue*

qualquer retribuição, mesmo sem valor patrimonial, representativa da contraprestação a que corresponde a prestação da atividade criminosa”. Não se exclui, assim, o benefício puramente moral ou material, inclusive a satisfação de desejos.

O motivo é *torpe* quando ofende gravemente a moralidade média ou os princípios éticos dominantes em determinado meio social.

O CP de 1969 qualifica também o homicídio quando o crime for praticado por cupidez (cobiça), para excitar ou saciar desejos sexuais (art. 121 §2º, II).

Prevê o código, em seguida, a qualificação do homicídio pelo *motivo fútil*. O motivo é fútil quando evidentemente não basta para levar à prática do crime. Deve ser apreciado sempre objetivamente e não de acordo com a opinião do réu.

Nos incisos III e IV do §2º do artigo 121 estão enunciados os casos em que a qualificação do homicídio se dá pelos *meios* ou pelos *modos de execução* empregados pelo agente: com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima.

O envenenamento é uma das formas clássicas do crime de homicídio, que foi particularmente temida no passado, tanto pela forma insidiosa com que era e ainda é praticado, como pela dificuldade de prova e punição do agente. Nossas Ordenações do Reino previam especificamente a hipótese de envenenamento: “E toda a pessoa, que a outra der peçonha para a matar, ou lha mandar dar, posto que de tomar a peçonha se não siga morte, morra morte natural”. (Liv. V, tít. 35 §2). Punia, assim, a tentativa como crime consumado. O código francês, de 1.810 (art. 301), pune também com a morte o simples atentado à vida por meio de veneno (*par l’effect de substances qui peuvent doner la mort plus ou moins promptement*), qualquer que seja o resultado.

O conceito de *veneno* é relativo. Várias substâncias podem ser remédio ou veneno, dependendo da quantidade ou do modo porque são propinadas. Entende-se por

veneno qualquer substância mineral, vegetal ou animal que, introduzida no organismo, seja capaz de atingir a vida ou a saúde, através da ação química ou bio-química.

Só haverá homicídio qualificado pelo envenenamento, caso o veneno seja ministrado à vítima de maneira insidiosa ou subreptícia, sem o seu conhecimento. O envenenamento violento não constitui homicídio qualificado, devendo ressaltar-se a possibilidade de que constitua meio cruel.

O homicídio cometido por meio de *fogo* ou explosivo, sobre revelar maior crueldade, pode acarretar uma situação de perigo para maior número de pessoas. A *asfixia* resulta de obstáculo à passagem do ar através das vias respiratórias ou dos pulmões. A morte é ocasionada pela falta de oxigênio no sangue (anoxemia). É forma cruel de praticar o homicídio. A asfixia pode ser mecânica (enforcamento, imprensamento, estrangulamento, afogamento) ou tóxica (produzida por gases tóxicos).

A *tortura* consiste na infligência suplícios ou tormentos, como atos de pura crueldade.

A enumeração legal é exemplificativa, e, assim, o homicídio pode ser qualificado pelo emprego de qualquer outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum. *Insidioso* é o meio dissimulado, supreptício. Meio *cruel* é todo aquele que acarreta padecimento desnecessário para a vítima, ou, como se diz na Exposição de Motivos, o meio que aumenta inutilmente o sofrimento, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade.

Perigo comum é aquele que atinge a indeterminado número de pessoas. O meio capaz de produzir perigo comum será, em regra, o fogo ou explosivo, isto é, elementos cuja capacidade destruidora não pode ser controlada pelo agente. Há vários crimes de perigo comum, definidos no capítulo I do título VII da parte especial (art. 258 a 285 CP), crimes esses que podem ser qualificados pelo evento *morte*. A morte, em tais casos, todavia, não é querida, nem mesmo eventualmente, pelo criminoso: é apenas condição de maior punibilidade, imputada ao réu a título de culpa. No homicídio

qualificado pelo meio de que possa resultar perigo comum, a morte da vítima é precisamente o fim visado pelo agente (salvo a hipótese de dolo eventual).

Os modos de execução que qualificam o homicídio são os indicados no inciso IV do §2º do art. 121. a *traição* é o clássico *homicidium proditorium*, que é o praticado quando a vítima de nada suspeita. A *emboscada* ocorre quando o agente aguarda a vítima, oculto no lugar em que a mesma deve passar. A *dissimulação* consiste na ocultação do verdadeiro propósito por parte do agente, que assim, surpreende a vítima, dificultando-lhe a defesa. A enumeração legal, aqui também, é exemplificativa, não se excluindo, portanto, qualquer outro modo que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima.

A última hipótese de qualificação do homicídio está prevista no inciso V: para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. É irrelevante que o crime-fim seja consumado ou tentado. Basta que o agente tenha praticado o homicídio com o *fim* de assegurar a execução ou o proveito de outro crime. Se o crime-fim for cometido, haverá concurso material de crimes, aplicando-se cumulativamente as penas art. 51 CP. É irrelevante igualmente que o homicídio seja praticado antes ou depois do outro crime, bem como a desistência do agente em relação a este.

A pena prevista para o homicídio qualificado é de 12 a 30 anos de reclusão.

HOMICÍDIO CULPOSO

Pela lei das XII Tábuas impunha-se ao homicídio involuntário tão somente uma expiação religiosa. Posteriormente, sob o império da lei Aquilia (287 AC), surgem reparações pecuniárias. Na época clássica, porém, aplicava-se aos *honestiores* a pena de relegação e outras penas mais graves aos *humiliores*. Eram tais penas extraordinárias, ou seja, aplicadas *extra ordinem* e em caso por caso, arbitrariamente.

Durante a Idade Média punia-se o homicídio culposos com a multa, o exílio local e outras penas igualmente leves. Nossas Ordenações Filipinas dispunham: “Se a morte

for por algum caso, sem malícia ou vontade de matar, será (o agente) punido ou relevado, segundo sua culpa ou inocência que no caso tiver” (Livro 5, tít. 35). Como é sabido, nosso código imperial não tratava do homicídio culposo, sendo tal falha suprida pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que em seu art. 19 punia como homicídio involuntário, o praticado por imprudência, imperícia ou falta de observação de algum regulamento. Previa esta forma de homicídio, igualmente, nosso código anterior (art. 297), reconhecendo também a culpa na “inobservância de alguma disposição regulamentar”, fórmula que foi abandonada pelo código vigente e que, no dizer de COSTA E SILVA, constituía repugnante presunção.

Diz-se o homicídio culposo quando o agente mata alguém involuntariamente, por negligência, imprudência ou imperícia. A culpa consiste na omissão das cautelas e diligências impostas pela vida social, cuja observância se impõe para evitar dano ou lesão aos componentes do grupo. Segundo a precisa definição de GRAF ZU DOHNA (*Aufbau der Verbrechenslehre*, 1950, p. 53), age culposamente quem omite o cuidado que tinha o dever e a capacidade de observar em face das circunstâncias e de sua situação pessoal, não prevendo a possibilidade de causar um fato punível, ou, conquanto considerando possível causá-lo, confiando em que não aconteça (culpa consciente). É, em síntese, a conduta negligente, em regra voluntária, que causa um resultado antijurídico não querido, mas previsível, a excepcionalmente previsto, que poderia, com a devida atenção, ser evitado. A culpa está em função da reprovabilidade da falta de observância, por parte do agente, do cuidado exigível, ou seja da diligência ordinária ou especial a que estava obrigado. Cf. *Exposição de Motivos* (CP 1969, nº 10).

A culpa pode ser consciente (com previsão) ou inconsciente (sem previsão). Exige-se, em qualquer caso, que o evento seja previsível (a previsibilidade é o limite da culpa). Na culpa consciente o agente prevê o resultado, mas age confiando honestamente em que ele não ocorrerá. A culpa é inconsciente quando o agente não previu o resultado que causou, embora pudesse prevê-lo.

No homicídio culposo, o agente não quer a morte da vítima (e isto o distingue fundamentalmente do homicídio doloso). O que o agente quer é a conduta voluntária

(ação ou omissão), não o evento morte, que resulta de negligência, imprudência ou imperícia.

O crime se consuma com a morte da vítima. A *tentativa* não é possível em crime culposo, no qual não há vontade dirigida ao fim antijurídico.

A culpa do agente não se compensa com a da vítima. A compensação de culpas é própria do direito privado. Os problemas da concorrência de culpas resolvem-se sempre com os critérios da causalidade material (art. 11 e seu § único).

A *pena* cominada ao homicídio culposo é de detenção, de um a três anos. O CP de 1969 passou a cominar a pena de um a quatro anos de detenção. O novo CP previu expressamente a hipótese de pluralidade de vítimas no caso de homicídio culposo (art. 121 §5º): “Se, em consequência de uma só ação ou omissão culposa, ocorre morte de mais de uma pessoa ou também lesões corporais em outras pessoas, a pena é aumentada de um sexto até metade”. Tal regra é desnecessária em face do CP de 1940, em vigor, pois constitui aplicação da norma relativa ao concurso formal (art. 51 §1º), que o novo código regula diversamente, em dispositivo, aliás, defeituoso (art. 65).

Aumento de pena

Estabelece o §4º do art. 121 casos especiais de aumento de pena do homicídio culposo: “No homicídio culposo, a pena é a aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências de seu ato, ou foge para evitar a prisão em flagrante”.

Quatro são as situações que aqui devem ser consideradas:

- (a) Morte devida a ação culposa resultante da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício;
- (b) Omissão de socorro imediato à vítima;

(c) ausência de iniciativa para diminuir as conseqüências do crime;

(d) Fuga para evitar a prisão em flagrante.

O CP de 1969 (art. 121 §4º) limitou-se as agravantes à inobservância de regra técnica e à omissão de socorro.

Como se diz na Exposição de Motivos do CP vigente as agravantes em causa relacionam-se com a circulação de veículos, alarmante fonte de acidentes graves, fixando deveres especiais para os motoristas. Aplicam-se, não obstante, a toda espécie de homicídios culposos.

A agravação surge através de um *plus* de culpabilidade e *jamais poderia ser reconhecida em elementos que integram a conduta típica ou a definição do delito em sua hipótese fundamental*. Como assinala BURNS (*Strafzumessungsrecht*, 1967, p. 96 e 335), um dos primeiros erros jurídicos descobertos pela teoria da aplicação da pena foi o da inadmissível dupla valoração de características do tipo, considerados de novo pelo juiz na identificação de certas agravantes.

No crime de homicídio culposo e no de lesões corporais culposas, a pena é agravada se o fato foi praticado “com inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício”.

Tal dispositivo só se aplica quando se trata de um *professional*, pois somente em tal caso se acresce a medida do dever de cuidado e a reprovabilidade da falta de atenção, diligência ou cautela exigíveis. Se não se trata de um profissional, o componente da culpabilidade não excede o que regularmente se requer para a configuração do crime culposo em sua hipótese típica básica, de modo que o reconhecimento da agravante significaria uma dupla valoração inadmissível.

Se alguém constrói um muro divisório de seu terreno e se tal muro vem a ruir causando a morte, por ter sido edificado com inobservância de regras técnicas, parece evidente que uma culpa agravada só poderia ter um técnico na construção de muros. Quem, não sendo técnico, se lançasse à construção de um muro, seria apenas culpado da imprudência elementar ao crime culposo.

A maior responsabilidade surge somente pelos acrescidos deveres que tem o profissional. Se o muro for construído por um profissional, com inobservância dos deveres de seu ofício, a censurabilidade será bem maior, porque o *profissional está adstrito a mais graves responsabilidades*.

Como ensina o nosso excelente ANIBAL BRUNO, “não é a imperícia do agente que se torna agravante na primeira hipótese, mas a inconsideração com que age, *desprezando as regras do seu ofício*, e por esse desinteresse, provocando o fato punível”.

A omissão de socorro pode constituir crime autônomo (art. 135 CP). Aqui, porém, é mera agravante do homicídio culposo que somente se aplicará se não houver morte instantânea, ou seja, se for possível o socorro. A inexistência de anterior ação culposa exclui, evidentemente, a aplicação da agravante, que a pressupõe. Pode, no entanto, em tal caso configurar-se o crime de omissão de socorro.

Finalmente, com a última agravante visa a lei manter o agente no local do crime, particularmente para assegurar a apuração da responsabilidade. A prisão em flagrante embora tornasse certa a autoria, não teria conseqüências muito graves, pois o homicídio culposo é afiançável.

DELITOS DE CIRCULAÇÃO

Os crimes culposos praticados com a circulação de veículos constituem impressionante fenômeno em todos os grandes centros urbanos. É pesado o tributo que o homem moderno paga a ao desenvolvimento da técnica, com a criação de riscos socialmente aceitáveis, no uso do automóvel. O assunto tem merecido a atenção dos

estudiosos e dos legisladores, na formulação de novas disposições legais, buscando diminuir o índice alarmante de acidentes¹⁰.

Nossa vigente lei penal limita-se a prever agravante para os crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas, além de punir como contravenção penal, o fato de conduzir veículos sem habilitação (art. 32 LCP) e a direção perigosa (art. 34). A pena acessória, de incapacidade temporária para conduzir automóveis, é prevista para os que cometem crimes com abuso da profissão ou da atividade de motorista ou com infração de dever a ela inerente (art. 69, IV e seu § único, IV, CP).¹¹

A agravante da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício somente se aplica aos motoristas profissionais, pelas razões que já deixamos mencionadas¹². Em caso algum pode a infração de regra técnica funcionar como agravante quando é por si só o elemento constitutivo da culpa¹³.

Se o motorista dá causa ao acidente sem culpa, e omite socorro à vítima que dele necessitava, pratica o crime de omissão de socorro¹⁴. Por outro lado, não haverá prisão em flagrante nem se exigirá fiança se o condutor do veículo causador do acidente prestar pronto e integral socorro à vítima (art. 123 Cód. Nac. Trânsito, L. número 5.108, 21.9.66). Em tal caso, a autoridade policial que, na via pública ou em estabelecimento hospitalar, primeiro tiver ciência do acidente, anotará a identidade do condutor e o convidará a comparecer a repartição policial competente nas 24 horas

¹⁰ Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Crimes do automóvel*, Rev. Bras. Crim. Dir. Penal, nº 1 (1963), pág. 83 e a literatura ali citada. Cf. também, JOSÉ FREDERICO MARQUES, IV, pág. 239; QUINTANO RIPOLLÉS, IV, pág. 450; WELZEL, *Culpa e Delitos de Circulação*, RDP, 3/13; JOÃO MESTIERI, *Curso de Direito Criminal*, 1970, pág. 77. Na perspectiva criminológica, cf. J. PINATEL, *La Criminologie devant la criminalité routière d'imprudence*, Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1969, pág. 699; T. C. WILLETT, *Criminal ou the road: a study of serious motoring offense and those who commit them*, Londres, 1964; G. LEGGERI, *Aspetti antropologici dell'automobilista*, Quaderni di Crim. Clinica, Abr./Jun., 1964, pág. 183.

¹¹ Os tribunais têm entendido que essa pena não é obrigatória (cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, nº 29 e RDP, 2/115), nem incompatível com o *sursis* (RTJ, 37/350). O CP de 1969 previu a interdição como medida de segurança, em dispositivo bem formulado (art. 97).

¹² Em contrário decidiu o STF no HC nº 48.375 (RTJ, 56/695). No sentido em que nos pronunciamos decidiu o TA da Guanabara, na Revisão Criminal nº 61. Veja-se sobre o assunto a extensa nota publicada na RDP, 3/101.

¹³ O TA da Guanabara, por sua 1ª Câmara Criminal, no julgamento da AC nº 1.448, relator o ilustre Juiz (hoje Desembargador) BANDEIRA STAMPA, fixou bem o ponto a que acima aludimos. Tratava-se de ultrapassagem imprudente, dando lugar à colisão de veículos. Havia no fato o elemento constitutivo da culpa, que não poderia ser novamente considerado para aumentar a pena. Como se diz no exatíssimo acórdão, “dar início a ultrapassagem, sem antes verificar o elemento de fato que constitui, por si, a culpa, não é de ser, também, configurador da exasperante de inobservância de regra técnica de profissão”. Decisão unânime (*Arquivos do Tribunal de Alçada*, Ano II, nº 4, pág. 248).

¹⁴ RJ, 13/411; RJ, 16/365; RDP, 2/133.

imediatamente seguintes. Procura a lei, em tal caso, favorecer a prestação do socorro. Em contrapartida, a fuga para evitar prisão em flagrante, constitui circunstância que agravará a pena.

O CP de 1969 previu novas figuras de delito relacionadas com a circulação de veículos, seguindo a tendência geral da legislação nesta matéria: a embriaguez ao volante (art. 289), o perigo resultante de violação de regra de trânsito (art. 290) e a fuga do local do acidente, com abandono da vítima (art. 291).

O CNT fixa regras gerais para a circulação destinadas a regular o trânsito e que constituem o resultado de vasta previsão de possíveis perigos, repousando sobre a experiência e a reflexão (art. 13): a circulação far-se-á sempre pelo lado direito da via; a ultrapassagem de outro veículo em movimento deverá ser feita pela esquerda; para entrar numa esquina à esquerda, o veículo deve primeiramente atingir a zona central do cruzamento, salvo quando uma ou ambas as vias tiverem sentido único de trânsito; no cruzamento em local não sinalizado, tem preferência o veículo que vier da direita; os veículos em movimento devem ocupar a faixa mais à direita da pista, quando não houver faixa especial a eles destinada¹⁵; quando uma pista de rolamento comportar várias faixas de trânsito no mesmo sentido, ficam as da esquerda destinadas à ultrapassagem e ao deslocamento dos veículos de maior velocidade; os veículos que transportarem passageiros terão prioridade de trânsito sobre os de carga, respeitadas as demais regras da circulação.

Via preferencial é aquela pela qual os veículos devam ter prioridade de trânsito, desde que devidamente sinalizada (art. 16 §2º CNT). A regra fundamental da circulação de veículos, no que tange aos cruzamentos, é a que estabelece a preferência de passagem ao que vier da direita. É o que consigna o Código Nacional de Trânsito no seu art. 13, inciso IV, ao afirmar as regras gerais para a circulação. A via preferencial é posta claramente pelo Código como *exceção* ao princípio da precedência da direita, pois inexistente como uma das regras gerais de circulação. A via preferencial tem de ser

¹⁵ Os condutores de motocicletas ou similares devem conduzir seus veículos pela direita da pista, junto à guia da calçada ou acostamento, mantendo-se em fila única (art. 87, *b*, CNT).

necessariamente assinalada como tal através de sinalização adequada (RT, 190/192, 338/285, 350/347).

Há certa tendência injustificável dos tribunais em conferir valor absoluto à prioridade devida ao trânsito pela via preferencial. Ora, tratando-se de colisão em cruzamento, não basta a circunstância de vir um dos motoristas na via preferencial para atribuir culpa ao outro (RF, 135/249). O direito de preferência sofre limitações importantes, impostas pelo dever de cuidado, particularmente a proibição de velocidade excessiva ou imprópria (RT, 348/263 e RF, 166/67) e a redução da velocidade nos cruzamentos (RF, 137/208 e 206/337). Há por igual, limitações que surgem da conveniência em assegurar o escoamento regular do trânsito, com a precedência de fato nos casos em que há uma distância razoável, que permite a precedência do veículo que provem de via secundária, e quando este, tendo já penetrado na via preferencial, já não disputa a preferência por estar já findando o cruzamento.

A circulação de veículos pressupõe um certo princípio de solidariedade e confiança, segundo o qual o usuário da via deve ter presente também a conveniência dos demais, deles esperando, ao mesmo tempo, observância das regras do tráfego¹⁶. O trânsito se paralizaria se o motorista que trafega por via secundária tivesse que aguardar a passagem do veículo que se desloca por via preferencial a distância e velocidade que permitem o cruzamento com segurança. Há determinadas premissas de tempo e espaço que regulam o direito à precedência e que só podem ser fixadas numa consideração complexiva do fato concreto, com uma reconstrução cinemática das fases antecedentes¹⁷.

¹⁶ Cf. WELZEL, *Culpa e delitos de circulação*, cit., pág. 25; MAURACH, AT, 478. RDP, 1/117.

¹⁷ Cf. o excelente trabalho de EUGENIO BONVICINI, *L'iter dell'incidente stradale*, 1957, pág. 174. “A preferência de passagem não é absoluta. Assim se o veículo que trafegava por via secundária atingir o cruzamento com a preferencial com tempo suficiente para transpô-lo normalmente, não será obrigado a aguardar a passagem do que se aproximar pela preferencial. A regra é, realmente, no sentido da preferência aos veículos que trafegam pela última mas as circunstâncias do momento é que ditarão ao motorista prudente a oportunidade de ingressar no cruzamento.” (RT, 362/307).

Por outro lado, a disputa da preferencial desaparece diante da precedência de fato que denota a colisão havida ao fim do cruzamento¹⁸.

A *derrapagem* geralmente decorre de culpa do motorista, pois não constitui em regra fato imprevisível, podendo ser evitada se o motorista adotasse a cautela e atenção exigíveis.¹⁹ Nisso se concentra o fulcro da culpa e por isso mesmo a *velocidade excessiva*, como indício de imprudência, não pode ser aferida apenas em função dos máximos regulamentares, mas sim das circunstâncias do tráfego num momento determinado, em que passa a ser decisiva a velocidade *imprópria*²⁰.

A culpa reside na discrepância entre a ação e certos padrões de comportamento exigível nas circunstâncias, com a observância de cautela e atenção. A circulação de veículos cria larga margem de riscos permitidos e aceitáveis, mas estes não se confiam na simples observância das prescrições dos regulamentos. O sinal aberto não é licença para matar (RDP, 2/109).

A *concorrência de culpas* nos delitos de circulação é comum. Seja em relação aos pedestres, seja em relação a outros veículos. É ela, como sempre, irrelevante, devendo ser considerada tão somente na medida da pena (RDP, 2/109).

O motorista amador ou profissional não pode dirigir motocicletas. A carteira nacional de habilitação confere o direito de dirigir veículos *na sua categoria*, ou seja, na categoria para a qual foi concedida (artigo 66 CNT e arts. 129/131 do Regulamento, Dec. nº 62.127, 16-1-68). Cf. RDP, 1/116; RF, 205/308 e 206/291.

(*) Publicado na *Revista de Direito Penal* n.º 05.

¹⁸ O TA da Guanabara, por sua 2ª Câmara Criminal decidiu na AC nº 3.699, relator o excelente juiz FONSECA PASSOS, que não havia culpa do motorista que provinha de via secundária e que já havia transposto dois terços da via principal no momento da colisão. Cf. RDP, 1/113 onde se faz ampla análise da matéria. Veja-se também RF, 120/238.

¹⁹ Amplamente sobre a matéria, cf. RDP, 1/118. Cf. também no sentido de que a derrapagem por si só não exclui a culpa, RF, 69/607, 96/165, 173/269; RJ, 14/292. FREDERICO MARQUES, II, 210.

²⁰ Caracterizando a ocorrência de culpa na “velocidade inadequada para uma pista em que transitavam crianças” e em velocidade imprópria para uma pista enlameada, em dia de chuva, vejamos as decisões dos tribunais da Guanabara em RDP, 2/124. Veja-se também a punição do *tráfego perigoso*, junto ao meio-fio, em local onde havia criança aguardando a travessia, em decisão do TA da Guanabara (RDP, 2/110).