

DO HOMICÍDIO

A. J. DA COSTA E SILVA

Ex-Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Homicídio simples

Art. 121 — Matar alguém:

Pena — reclusão, de seis a vinte anos.

A vida é o sumo bem, não só para o indivíduo, mas também para a sociedade (1) e o Estado. Nem sempre assim se pensou. Até o século XVIII não era o homicídio o crime reputado da maior gravidade (2). Hoje, vários códigos o colocam em primeiro lugar no catálogo das figuras criminosas descritas em sua parte especial. Contra isso se revoltam os partidários dos regimes em que o Estado absorve os indivíduos, os regimes totalitários (3).

Dispõe o artigo supra: matar alguém. Significa isso causar uma pessoa a morte (a destruição da vida) de outra. Abrange tanto o *occidere* como a *mortis causam praeberere*. Clássica é a definição — *homicidium est hominis caedes ab homine injuste patrata*, acusada de pleonástica (4). A existência humana é o objeto jurídico desse crime. Objeto material é a vida (a existência) da vítima. As condições (físio-

- (1) São de Mortara, no discurso inaugural do ano judiciário de 1914, na Corte de Cassação de Roma, as eloquentes palavras seguintes: "Primo-génita fra le leggi della convivenza civile, presupposto di tutte l'altre norme governanti le relazioni sociali, è la legge che prescrive sacra all'uomo la vita del suo simile" (Revista di diritto e procedura penale, V, pág. 759).
- (2) v. Holtzendorf, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*, pág. 222.
- (3) As duas tendências são representadas pelo Código suíço e pelo italiano. O Projeto Sá Pereira (revisto) tratava logo no capítulo I da parte especial do homicídio. O do Prof. Alcântara entendeu que mais de harmonia com as idéias do Estado Novo estava o sistema facista. A Comissão Revisora opinou de modo diverso.
- (4) Maggiore, *Principii*, II, pág. 605. Ele acha supérfluas as expressões ab *homine* e *injuste*. Critica também a definição do Código italiano, por não fazer referência ao elemento subjetivo. Apesar da censura, reproduz Vannini, em sua monografia, a definição de Carnignani. Hafter formula a seguinte: "Tötung ist jede rechtswidrige schuldhaft Verursachung des Todes eines fremden Menschen" (Lehrbuch, B. T., 10).

lógicas, psicológicas, sociais ou jurídicas) desta carecem de relevância. Não influem na subsistência do crime a idade, o sexo, o estado do corpo ou de espírito, a posição social, a capacidade jurídica, a raça, a nacionalidade, etc., do sujeito passivo (5). Enquanto no ventre materno, a criatura humana só pode ser sujeito passivo do crime de aborto. Durante o parto ou logo depois dêle, pode verificar-se o crime de infanticídio (se concorrerem os requisitos do art. 123) ou de homicídio propriamente dito (6). Não se exige para a criatura humana o elemento da viabilidade (7). Por outro lado, o próprio moribundo, o condenado à pena última podem dar lugar ao homicídio.

Agente dêsse crime pode ser qualquer pessoa, com exceção do próprio paciente. O suicídio não é, rigorosamente falando, um homicídio (8).

A ação consiste em matar, isto é, causar a morte. Entre esta e a ação deve necessariamente existir uma relação de causalidade. A ação pode ser positiva ou negativa (omissão). Mata quem se serve de uma arma, quem subministra um veneno ou deixa de fornecer a um recém-nascido, tendo a obrigação de fazê-lo, os necessários alimentos.

Os meios são infinitamente variáveis. O que importa é a sua idoneidade. Diretos ou indiretos, físicos ou morais, é o mesmo. Um susto, uma profunda dor podem produzir a morte. Sem dúvida, tratando-se de meio moral, não será fácil a prova de sua direção e eficiência; mas a questão probatória nada tem que ver com a ontológica. A êsse respeito escreveu Maggiore as seguintes linhas: "Quantunque la prova del nesso causale tra l'azione e l'evento possa essere in tali casi malagevole, è certo che, dimostrata l'idoneità del mezzo, nulla c'è di più abietto e perverso di uccidere il corpo di una persona attraverso l'anima" (9).

(5) Vannini, *Il delitto di omicidio*, pág. 8: "L'uomo è considerato, nell'omicidio, independentemente da ogni sua qualità, da ogni suo attributo, da ogni sua condizione: anche se condannato a morte, anche se non vitale per cause patologiche o teratologiche, anche se moribondo, anche se deforme, purchè la monstruosità non superi i limiti dell'umanità (ostentum non monstrum). Talune particolari qualità dell'ucciso possono assegnare al fatto dell'uccisione particolari oggettività giuridica oltre a quella sua commune: l'oggettività dell'omicidio".

(6) No Código de 1890, sujeito passivo do homicídio era o ser humano após os sete dias subsequentes ao do nascimento. A destruição do feto e a do recém-nascido constituíam o aborto e o infanticídio. V. Nelson Hungria, *Direito Penal*, parte especial, II, pág. 17.
v. Liszt, *Verg. Darstellung*, B. T., V, pág. 10.

(7) Maiores considerações, nos comentários ao art. 122.

(8) *Principii*, II, pág. 609. B. Alimenà (*Dei delitti contro la persona*, na *Enciclopedia de Pessina*, IX, pág. 386), diz que a resposta afirmativa é unânime. E acrescenta: "Anche chi dette una risposta negativa, la dette esclusivamente per la difficoltà della prova. Ma la difficoltà della

O nexo de causalidade obedece às regras gerais. Esposou o Código a teoria da equivalência das condições. Portanto, basta que a ação praticada pelo réu seja uma das condições do crime. Só uma nova causa poderá excluir a responsabilidade do réu pelo resultado. A sua ação poderá constituir uma tentativa (ou um delito menos grave). Ponhamos exemplo: A., encontrando-se em uma estrada com um inimigo, agride-o, produzindo-lhe lesões mais ou menos graves. Ao ser transportado para um hospital, o ofendido é morto por uma faísca elétrica. A. responderá por tentativa de morte ou simplesmente por lesões corporais (10).

Quanto ao seu elemento subjetivo, pode o homicídio ser doloso ou culposo. Pertence à primeira espécie, quando o resultado é querido ou, se previsto, assume o agente o risco de produzi-lo (11). Pertence ao segundo, quando o resultado provém de imprudência, negligência ou imperícia. O artigo supra trata do homicídio doloso.

Com muito boas razões não mencionou o Código, no conceito do homicídio comum doloso, o elemento subjetivo. Não havia necessidade disso. Alguns Códigos (entre êles o francês e o italiano de 1889) exigem um *animus necandi*, o que tem suscitado opiniões descontradas (12).

A prova do elemento subjetivo é em geral embaraçosa. A confissão do agente nem sempre merece plena fé. O caráter do agente, os precedentes, as armas empregadas, a reiteração dos golpes, o lugar dos ferimentos — são circunstâncias capazes de revelar a vontade do delinqüente (13).

O homicídio — delito material — consuma-se com a morte da vítima. Esta não precisa ser pessoa determinada. Basta que seja uma criatura humana.

prova può essere, ed è, un consiglio di cautela per il giudice, ma non può essere una ragione per decretare, a priori, l'impunità di omicidi crudelissimi". Cuello Galón (*derecho Penal*, parte especial, I, pág. 392) é pela negativa. Apresenta como argumento, além da dificuldade da prova, o seguinte: "la ausencia de fallos condenatorios en estos casos, los rarissimos procesos incoados por hecho de esta clase han terminado siempre con la absolución de los acusados". Ele cita Manzini, *Tratato*, VII, pág. 16.

(10) Desapareceu do nosso direito penal a teoria das concausas. O Código de 1890 restringia o conceito da causalidade, dando ocasião a muitas dúvidas. Doutrinariamente, essas restrições só despertam, hoje em dia, na frase de Katzenstein, um piedoso sorriso (*ein mitleidiges Lächeln*).

(11) O homicídio pode ser cometido com dolo eventual.

(12) O Código italiano não repete a frase "al fine de uccidere". A doutrina reputava-a supérflua, como se acentuou na *Relazione al progetto definitivo*, II, pág. 664.

(13) Altavilla, *Delitti contro la persona*, n.º 39; Cuello Galón, *ob. cit.*, pág. 294, n.º 46.

O dolo é excluído pelo erro. Responderá o agente por homicídio culposo, se o erro derivar de culpa.

O homicídio não constituirá crime, desde que ocorra uma circunstância que exclua a sua antijuridicidade. A morte praticada em estado de necessidade, em legítima defesa, na execução de ordens ou determinações legais é um ato lícito. Um pelotão que executa uma sentença de fuzilamento cumpre o seu dever; não pode ser chamado a responder criminalmente por esse ato.

A morte da vítima precisa ser inteiramente comprovada. Na impossibilidade de se obter a certeza física, é suficiente a certeza moral, absoluta, isto é, fora de toda dúvida.

No caso de *aberratio* e de *error in persona* aplicam-se os princípios gerais.

O artigo que comentamos estabelece como pena de homicídio simples (comum) a reclusão por seis a vinte anos. A pena é mais benigna do que a do art. 294, § 2.º, do Código de 1890 (6 a 24 anos de prisão celular).

LITERATURA

V. Holtzendorf, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*, Berlin, 1875; Wachenfeld, *Die Begriffe von Mord und Totschlag*, Marburgo, 1890; v. Liszt, *Verbrechen und Vergehen wider das Leben, na Vergleichende Darstellung*, B. T., V, págs. 9 e segs.; Merzbach, *Das Mord und seine Behandlung*, Erlangen, 1903; Katzenstein, *Die vorsätzlichen Tötungen*, na *Zeitschrift de v. Liszt*, vol. XXI; Ritter v. Liszt, *Die vorsätzlichen Tötungen*, Viena, 1919; Impalomeni, *L'omicidio nel diritto penale*, Turim, 1900; Ottorino Vannini, *Il delitto di omicidio*, Milão, 1935; Irureta Goyena, *El delito de homicidio*, Montevideo, 1928. Em nosso País: Nelson Hungria, *Direito Penal, parte especial*, II, pág. 111 e segs.; Ary Azevedo Franco, *Crimes contra a pessoa*, Rio de Janeiro, 1942.

* * *

Casos de diminuição da pena

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

I — Trata-se, no dispositivo acima, de um homicídio especialmente atenuado. A atenuação é facultativa.

As circunstâncias especiais de abrandamento são:

a) que o agente se ache sob o domínio de intensa emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima; ou

b) que seja impellido por motivo de relevante valor social ou moral.

A atenuação do crime de homicídio no caso de se achar o delinquente sob o influxo de violenta emoção é idéia consagrada em diversas legislações. Combateu-a v. Liszt, dizendo que o ato de se achar o agente nesse estado, só por si, não demonstrava a sua menor periculosidade social, e que indispensável era que o mesmo estado resultasse de causas razoáveis. Não era a ira, mas o ímpeto de justa ira, o *justus dolor*; não era a agitação emocional (*Gemütsregung*), mas a provocação que dava ao crime uma feição menos grave: *non tam ira, quam causa irae excusat*. Louvou esse insigne criminalista as legislações que tornavam a atenuação da pena dependente de provocação por parte do ofendido (1).

O legislador pátrio parece ter ouvido a sábia lição do grande mestre. Por isso fala em "violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima". No Projeto Alcântara dizia-se: "sob o influxo de emoção violenta provocada por ato injusto de outrem".

Detenhamo-nos um pouco em precisar o que significa violenta emoção. Na linguagem comum é freqüente não distinguir entre esta e a paixão. Entretanto, uma e outra são muitíssimo diferentes. Ottolenghi diz que a emoção é um estado agudo de excitação psíquica, ao passo que a paixão é um estado emocional crônico. Alimena explica muito bem: a emoção é causada por um grupo de representações que invade, de modo imprevisto, todo o campo da consciência, e os demais grupos nêle permanecem compreendidos e inertes. É, pois, evidente como as cousas se vêem através da côr da representação dominante e como, para seu império absoluto, faltam as comparações, paralisando-se, portanto, os freios inibitórios. A emoção nasce de repente, aparece à consciência como unidade e se dirige a todos. A emoção é um episódio da consciência.

A paixão se origina de um grupo de representações que invade, lenta e continuamente, todo o campo da consciência e sujeita os outros grupos, absorve-os e transforma-os. Não há dúvida, portanto, que o mundo externo se obscurece, menos a zona limitada pela paixão. Todas as demais representações, ou não penetram na consciência, ou penetram através de um diafragma que os deforma. Os freios inibitórios se debilitam e depois se paralisam (2).

Em seu magnífico livro "I limiti e i modificatori dell'imputabilità" (III, p. 243), escreve o mesmo criminalista: "Se, nell'emozione, si vede che tutte le appresentazioni, si allontanano d'innanzi ad una sola rappresentazione, la quale dà il suo colorito a tutto ciò che passa

(1) *Vergleichende Darstellung*, B. T., V, § 12.

(2) *Derecho Penal*, pág. 298, apud Ricardo Patiño Lascano, *Emoción Violenta*, pág. 15.

per il campo della coscienza; nella passione, si chiudono, a dirittura, tutte le porte che possono dare adito alle rappresentazioni, che la contradicono, e se spalancano, fatalmente, tutte quelle altre, che danno adito alle rappresentazioni, che la favoriscono. E tutto ciò che passa per il campo della coscienza acquista, come per riflesso, il colore stesso della passione: chi è vinto dall'odio, vede una provocazione in ogni atto innocente, chi è tormentato dalla gelosia scorge una prova del tradimento così nella gioia, come nella tristezza della persona amata...

O campo das emoções, e o — mais vasto — das paixões não são separados nem concêntricos: são excêntricos. Há paixões sem emoções. Há emoções com vida própria. Há, finalmente, — é a hipótese mais freqüente — paixões que são acompanhadas de emoções. Então, diz imaginosa e insigne professor italiano, “la passione e l'emozione stanno nello stesso rapporto in cui il mare in tempista e l'onde più alte, il tizzo ardente e le scintille che partono da esso, l'arco teso e la freccia, la febbre ed il suo parossismo”.

Diversas classificações das emoções têm sido propostas. Dividiu-as Kant em estênicas (que produzem um sentimento exagerado da própria força) e astênicas (que produzem um sentimento de debilidade e impotência). Distinguiu-as Bain em simples e complexas.

Outras distinções se encontram nos tratados de psicologia do direito (3).

Quanto ao seu valor jurídico-criminal, as emoções podem ser classificadas, atendendo-se à sua qualidade, à sua intensidade ou a êsses dois critérios, conjuntamente. A emoção só deve ser tomada em consideração como atenuante, quando provenha de uma causa justa. A sua intensidade varia. Ela pode ir ao ponto de dar lugar a um estado de inconsciência (4).

O dispositivo que analisamos exige “violenta emoção”. Com isso quer dizer que a emoção não deve ser leve e passageira ou momentânea. Cabe aos juizes, com uma certa liberdade, ajuizar da intensidade da emoção.

(3) Veja-se Ferri, *Principii*, pág. 507. São dêsse notabilíssimo criminalista as seguintes palavras (citadas por Lascano, ob. cit., pág. 30): “La emoción es el contragolpe físico-psíquico momentáneo de un sentimiento provocado por una sensación; es el estado agudo explosivo. Cuando un delito determinado por el amor o el honor ofendido, si éste sobreviene en la explosión momentánea de un raptus más o menos consciente, tenemos el proprio tipo delincuente emotivo, que es determinado por una descarga nerviosa de un huracán psicológico momentáneo, improvisado e imprevisto”.

(4) Ferri (*Principii*, pág. 498) afirma que um estado de ânimo de extraordinária emoção pode produzir aquela força irresistível (interna) que o legislador italiano aboliu na letra da lei, mas que não podia tirar da realidade das tragédias humanas.

Deve esta resultar de injusta provocação. Como tal se considera o fato injusto que determina uma intensa emoção. Algumas legislações circunscrevem a idéia da provocação em limites restritos. A alemã, por exemplo, fala em *Misshandlung* oder *schwere Beleidigung* (§ 213). Entendem os intérpretes que essas palavras não estão empregadas em seu sentido técnico. Significam qualquer ofensa grave (*schwere Kränkung*), como *verbi gratia*, o adultério com a mulher do homicida. Mais acanhada ainda é a noção do direito francês. O art. 321 do Código Penal se refere unicamente a *coups ou violences graves envers les personnes*. Restringe, pois, a provocação à hipótese da dor física (5).

Pelo texto que estudamos, não é muito claro se a provocação deve ser sempre dirigida ao próprio autor do crime. No Código alemão, o mau trato (*Misshandlung*) ou a injúria grave (*Schwere Beleidigung*) precisa ser dirigida ao dito autor ou a um seu parente (no sentido do § 52, alínea 2). Isso está unânimemente condenado. A nosso ver, o aludido artigo deve ser interpretado amplamente; a violenta emoção pode nascer de uma injusta provocação de que sejamos objeto, mas também de uma injusta provocação que fira outra pessoa — um parente, um amigo, um vizinho ou até mesmo um desconhecido. Essencial é que a violenta emoção tenha como causa determinante uma provocação injusta.

O crime precisa ser cometido “logo em seguida” à provocação. O Código alemão se exprime: *auf der Stelle*, que significa — imediatamente, sem demora. Os intérpretes explicam: enquanto perdura o estado de emoção (*Gemütsregung*). Não é possível determinar a priori o tempo dessa duração. O número de horas transcorridas ou o fato de passar a outros quefazeres (atos estranhos) são poderosos meios de prova contra a existência da emoção; mas não devem ser elevados à categoria de presunções. Ao critério dos juizes deve ser deixada a decisão (6). É o que fez o nosso legislador.

O caráter privilegiado do homicídio praticado em estado de violenta emoção produzida por provocação injusta, plenamente se justifica. Como observa v. Liszt, a importância anti-social do homicídio cometido em tais condições é menor do que a do homicídio comum (doloso). A conclusão que se tira do fato em relação ao autor é que este oferece menor periculosidade (7).

(5) Veja-se a crítica de Carrara, *Programa*, § 1.286.

(6) Entre os elementos que devem ser atendidos, para que se reconheça a violenta emoção, está a condição moral do ofensor e do ofendido.

(7) *Vergleichende Darstellung*, B. T., V, pág. 97. O Código argentino atenua a pena “al que matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable” (art. 81). A fonte foi o Projeto suíço de 1916 (art. 105). O Projeto de 1937 repete êsse

II — A segunda hipótese prevista no parágrafo de que tratamos é a de haver sido o agente impellido por motivo de relevante valor social, ou moral. Não diz a lei (nem podia fazê-lo) quais êsses motivos. Toca aos juizes, apreciando os motivos do ato, verificar quais os que se encasam nessa categoria.

Entra por certo no quadro dos motivos de relevância moral a piedade, a compaixão. Assim, o homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio da atenuação da pena que o parágrafo consagra. A ação obedece a um motivo de relevância moral (8). A causa honoris nem sempre merece semelhante qualificação.

Não poucas legislações mencionam como homicídio privilegiado o que é cometido por insistente e sério (9) pedido (exigência) da vítima. Esse crime é muitas vezes inspirado por motivos altruísticos. Quando tais motivos forem de relevância moral, poderá o autor pretender a atenuação de que cogita o parágrafo em aprêço.

Não são motivos de relevante (*particolare*, segundo o Código italiano) valor moral a vingança, mais ou menos excusável, o amor, e menos ainda o ciúme. O sentimento da maternidade é motivo de

dispositivo, suprimindo apenas a copulativa. Veja-se a interpretação dêsse texto no Tratado de Gómez, II, págs. 90 e segs. Aí se encontram algumas decisões judiciais.

- (8) O Código uruguaio (1934) contém o seguinte dispositivo: “Art. 37. — (Del homicidio piadoso) — Los Jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima”. Isso provocou veementes ataques. Rebateu-os, em três conferências pronunciadas no Ateneu de Montevideo, Luís Alberto Bouza (El homicidio por piedad y el nuevo Código penal Montevideo, 1935). Veja-se a casuística que êle apresenta. O Projeto argentino (Coll e Gomez) pune com pena reduzida (prisão de 1 a 6 anos) “al que lo cometiere (el delito) movido por un sentimiento de piedad ante el dolor físico de la víctima, si fuera intolerable, y las circunstancias evidenciaren la inutilidad de todo auxilio para salvar la vida del sufriente” (art. 117, § 2.º). Em nosso país, o Anteprojeto Sá Pereira considerava o homicídio eutanásico ou compassivo como *delictum exceptum* para o efeito da minoração da pena. A Comissão Revisora preferiu limitar-se ao reconhecimento de uma circunstância atenuante, prevista na parte geral. Assim o n.º IV do art. 101 indicava como atenuante — “quando o criminoso tiver cedido à piedade, provocada por situação irremediável de sofrimento em que se encontrasse a vítima, e às suas súplicas”. Os projectistas — observa Nelson Hungria — não se deixaram convencer dos argumentos em prol da franca impunibilidade da eutanásia (Direito Penal, parte especial, II, pág. 241).
- (9) *Volontà espessa e non equivoca*, dizia o Código tessinês; *demande expresse et sérieuse*, o de Friburgo; *dringendes und ernstliches Verlangen* (*demande sérieuse et instante*, no texto francês), fala o Código suíço.

relevante valor moral. De relevante valor social é o amor da pátria. A moralidade ou sociabilidade do motivo deve ser apreciada objetivamente; e não segundo a opinião ou intenção do agente.

O Código italiano, que serviu de paradigma ao nosso, não faz do homicídio praticado nas condições do parágrafo supra uma figura especialmente atenuada. A atenuação é a comum. Na lista das atenuantes se nos deparam as duas seguintes: “ter agido por motivos de particular valor moral e social” e “haver reagido em estado de ira, determinado por um ato injusto de outrem”. O Projeto argentino (Coll e Gómez) não se refere ao homicídio cometido por motivo de relevância social ou moral. O do Uruguaio inclui no rol das atenuantes, como uma delas, “el haber obrado por móviles de honor o por otros impulsos de particular valor social y moral”. Também menciona a provocação. Mas desconhece o homicídio especialmente atenuado por uma ou outra dessas circunstâncias.

Relativamente ao mérito do parágrafo que examinamos, recebemos muito que êle dê lugar a absolvições injustas. Cumpre aos tribunais aplicá-lo cautelosamente.

LITERATURA

Feroci, *Dell'omicidio scusato per giusto dolore*, Pisa, 1872; Orano, *L'assassinio provocato*, Roma, 1891; B. Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Turim, 1899, v. III, págs. 233 e segs.; Garcia Torres, *La emoción violenta*, 1927; Ricardo Patiño Lascano, *Emoción violenta*, Córdoba, 1939.

Acêrca da eutanásia a bibliografia é assás copiosa (pró e contra). É um problema velho que continua na ordem do dia. Lembraremos apenas algumas obras a respeito: Binding-Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunverten Lebens*, Leipzig, 1920; Elster (Alex.), *Euthanasie*, na *Zeitschrift*, vol. XXXVI (1915), pág. 595; Morselli, *L'uccisione pietosa*, Turim, 1923; Del Vecchio, *Morte benefica*, Turim, 1928; Davi, *L'eutanasia*, Palermo, 1929; Eduardo Piñan y Malvar, *El homicidio piadoso*, Madrid, 1927; Luis Jiménez de Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir*, Madrid, 1928; Salvador García Pintos, *El respeto a la vida*, Montevideo, 1935. Em nosso país: Flaminio Fávero, *Noções de deontologia médica e medicina profissional*, 1930; Nelson Hungria, *O homicídio passional e o homicídio compassivo*, no *Jornal do Comércio* (Rio de Janeiro), 1 de dezembro de 1929; Leonídio Ribeiro, *O médico diante da eutanásia*, no *Jornal do Comércio* (Rio de Janeiro), 24 de agosto de 1932.

* * *