



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

RONALDO FERREIRA DA ROCHA

A “AUSÊNCIA DE MOTIVO” COMO QUALIFICADORA DO CRIME DE HOMICÍDIO

Monografia apresentada como pré-requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. George Lopes Leite

BRASÍLIA

2012

RONALDO FERREIRA DA ROCHA

A “AUSÊNCIA DE MOTIVO” COMO QUALIFICADORA DO CRIME DE HOMICÍDIO

Monografia apresentada como pré-requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. George Lopes Leite

BRASÍLIA

2012

“Não deixes que o hábito reiterado te leve à força por este caminho, nem sejas governado pelo olho sem objetivo, pelo ouvido que ecoa e pela língua, mas julga com a razão a prova muito contestada.”

Parmênides (500 a.C)

RESUMO

O crescimento da violência no Brasil é uma realidade inegável. Mata-se por dinheiro, ciúme, vingança, medo, ódio, perversão, drogas, ou sabe-se lá o quê. É dever do Estado aplicar a pena correspondente ao delito para prevenir novos delitos e afastar o sentimento de impunidade. É dever do órgão acusador demonstrar a autoria e materialidade dos fatos imputados ao suposto criminoso. A acusação não pode se valer de argumentos falaciosos para justificar o pedido de condenação. A denúncia deve, obrigatoriamente, ter coerência com a lógica jurídica. Desta forma, a presente monografia mostra que a “ausência de motivo” ou seu desconhecimento não podem fundamentar o pedido da acusação para se qualificar o homicídio. Além disso, a criação de uma nova qualificadora para o crime de homicídio, o desconhecimento de motivo, constitui absurdo que, se acatado pelo legislador, evidenciará e legalizará a falha do Estado na apuração das circunstâncias do crime de homicídio.

Palavras-chaves: homicídio qualificado, motivo fútil, ausência de motivos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DIREITO E VIOLÊNCIA.....	9
1.1 O Direito Penal como remédio para a violência.....	9
1.2 O direito subjetivo – o poder de punição do Estado	11
1.3 O poder de punir no Brasil	11
1.4 Limitações no direito de punir	12
1.5 Princípios importantes	13
2 FASES DA PERSECUÇÃO PENAL	21
3 O HOMICÍDIO SEM MOTIVO	29
3.1 <i>Refutação psicológica</i>	29
3.2 Refutação lógica	32
3.3 Aplicação da lógica ao estudo do homicídio	34
3.4 A verdade jurídica	37
3.5 Refutação jurídica	38
4 HERMENÊUTICA.....	40
5 ALGUNS CASOS RELATIVOS AO TEMA.....	56
5.1 O caso Leopold e Leob.....	56
5.2 O caso Ivan Silva e Mauro Picanço.....	58
5.3 O caso João Machado	59
5.4 O caso Ednei Brito	61
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIA	67

INTRODUÇÃO

Nélson Hungria considerava o homicídio o tipo central dos crimes contra a vida e o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência, dizia o falecido jurista mineiro. Logo, o estudo profundo do crime de homicídio é fundamental para os operadores do Direito, sobretudo os penalistas.

Alguns doutrinadores consagrados da atualidade chegam a discutir se o assassinato de um extraterrestre seria homicídio, apesar de nenhum caso assim ter chegado aos tribunais. Por outro lado, um assunto bem mais presente nos julgamentos, as qualificadoras no crime de homicídio, é abordado superficialmente. Muitos autores, por exemplo, apenas transcrevem o significado dicionarizado de fútil ou sequer falam sobre essa qualificadora.

Para piorar, há também doutrinadores que, ao falar sobre agravantes genéricas, negam veementemente a possibilidade de ocorrência de crime sem motivação. Contudo, esses mesmos doutrinadores se esquecem do que falaram e, na mesma obra, afirmam que quando um homicídio é cometido sem qualquer motivo deve ser equiparado ao motivo fútil.

Essa contradição e o desleixo com um tema tão importante provocou desconforto no autor desta monografia, que passou a acreditar que um futuro operador do Direito, da área de Penal, jamais poderia sair dos bancos universitários sem resposta para uma simples pergunta: como a “ausência de motivo” no crime de homicídio deve ser tipificada?

A resposta a essa pergunta originou outras três: É possível ocorrer homicídio gratuito, sem motivo? Em caso afirmativo, a “ausência de motivo” pode ser equiparada ao motivo fútil? Há necessidade de se criar uma nova qualificadora para o crime de homicídio, a “ausência de motivo”?

Dada a qualidade e aprofundamento desses estudos, reuni-los em uma monografia foi a consequência natural. Restava apenas traçar o caminho para expor, de forma clara, simples e convincente, as teses coletadas. Assim, o Direito não conseguiria explicar as causas da motivação no crime de homicídio e nem é tarefa dele fazê-lo.

Portanto, este trabalho deveria se apoiar em outras áreas do saber. O que pode ser constatado nos subitens 3.1 e 3.2 desta monografia. De imediato, a Psicologia foi escolhida como a mais eficiente ferramenta para analisar essa parte dos estudos. Todavia, a riqueza de autores e teorias psicológicas, que se preocupam em explicar a motivação humana, traziam o risco de aprofundamento demasiado para um trabalho na área jurídica.

Logo, a preocupação de se usar a teoria psicológica mais simples e capaz de dar resposta às questões formuladas fez-se presente. Freud, Lacan, Jung, Skinner foram os primeiros nomes pré-selecionados e uma conversa com a Presidente do Instituto Brasileiro de Psicanálise, Dra. Gessilda Padilha, foi fundamental, pois colocou a psicologia comportamentalista de Skinner em destaque.

Visto que ao Direito importa o comportamento externado pelo indivíduo, as teorias de Skinner se ajustavam perfeitamente para justificar as motivações dos homicidas, ao contrário das teorias psicanalistas, que atribuem a conduta humana a elementos internos e impossíveis de serem analisados diretamente.

Com os motivos devidamente estudados pela Psicologia, chegava a vez de se analisar o tema à luz da Filosofia. Como esta monografia não poderia ser confundida com um tratado de Filosofia, grandes nomes como Humes e Rousseau foram deixados de lado. Essa simplicidade não comprometeu a qualidade do trabalho, mas sim deu mais espaço para o uso da Lógica Formal. Ao final dos estudos filosóficos, essa escolha se revelou coerente com a proposta inicial de leveza do texto. E mais, o uso da Lógica Formal permitiu tecer críticas contundentes aos casos abordados no capítulo 5.

As discussões filosóficas suscitaram dúvidas do que seria “verdade”. E, assim, no item 3.4, a filosofia de Marilena Chauí se mostrou perfeita para apontar as características pertinentes da “verdade” em consonância com os princípios do livre convencimento e da verdade real, sobretudo em Direito Penal.

A verdade é una e indecomponível. Entretanto, a interpretação que se dá ao fato pode ser múltipla. Assim surgiu a necessidade de escrever o capítulo 4. Com ele, mesmo o leigo entenderá a dificuldade que a aplicação da norma penal

pode tomar diante do fato concreto, com destaque para a qualificadora de motivo fútil no crime de homicídio.

Dado o cuidado em deixar a compreensão desta monografia acessível a todos, além do capítulo 4, foi necessário escrever os capítulos 1 e 2. Neles, o leigo vai entender: porque a cada dia, surgem mais defensores de penas mais gravosas; como ocorre e porque são importantes as limitações do poder punitivo do Estado; a sequência de acontecimentos entre o cometimento de um crime e a sentença.

Como não poderia deixar de ser, a visão dos penalistas mais citados nos livros e nas jurisprudências foi estudada e confrontada. Foram analisadas as doutrinas de Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci, Magalhães Noronha, Evangelista Damásio de Jesus, Álvaro Mayrink da Costa, Júlio Fabbrini Mirabete, Luis Regis Prado e Luis Flávio Gomes pela tradição e aceitação desses nomes no Direito Penal.

A doutrina de Fernando Capez foi analisada pela grande aceitação que tem entre os penalistas mais jovens. Apesar de Francisco Dirceu Barros não ser tão famoso no meio penal, ele também teve sua doutrina analisada nesta monografia, dada a grande amplitude de sua doutrina. Por outro lado, José Antônio Paganella Boschi não tem obra tão ampla, mas sim profunda, sobretudo quando se trata de aplicação da pena e por isso foi igualmente abordado no presente trabalho.

Por fim, o estudo dos ensinamentos de Néelson Hungria se justifica pela aceitação que tem tanto entre os doutrinadores quanto nos tribunais, de primeira instância aos superiores.

1 DIREITO E VIOLÊNCIA

Este capítulo aborda a reação da sociedade diante do aumento da violência no Brasil. Essa reação provoca pedidos de agravamento das punições aos infratores, não raro, ignorando-se os princípios constitucionais que devem balizar o poder punitivo do Estado. O ponto de início das discussões é o direito romano, berço do direito moderno. A seguir, alguns dos mais importantes princípios são estudados, pois são eles que regulam o poder punitivo do Estado.

1.1 O Direito Penal como remédio para a violência

A violência cresce a cada momento no Brasil. Se antes ela contaminava o tecido social das grandes cidades; agora avança para as pacatas cidades do interior. Quadrilhas fortemente armadas dominando cidades inteiras por ocasião de roubos a bancos são exemplos desse fenômeno.

Há um aumento não somente na quantidade de crimes, como também na violência com que eles são cometidos. Aquilo que era impeditivo do crime, como os laços familiares entre vítima e agressor, hoje atua como facilitador, dada a proximidade das partes.

A esse respeito, é oportuna a transcrição da obra de três delegados da polícia paulista e, portanto, testemunhas oculares da escalada de violência¹:

“A onipresença da violência, com suas variadas formas de atuação e densidade, e a sua percepção social rápida perante os meios de comunicação disponíveis, pode fomentar uma política criminal centrada em um direito penal e processual pena voltado para essas consequências. A violência e sua ameaça, constituindo-se em fenômenos centrais da percepção social, também propiciam a dramatização destes acontecimentos e a oportunidade de arroubos políticos que visem dar satisfação ao anseio popular [...] o direito penal, nesta visão, consolida-se como um instrumento adequado e altamente intervencionista, deixando de ser a *ultima ratio* para se tornar a *prima ratio*.”

Já para parte da população brasileira, a elevação no rigor e na severidade das penas acabaria com a violência. Os que assim pensam são adeptos da Teoria da Prevenção. Entretanto, Durkheim² já demonstrou que o crime não é

¹ SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis especiais anotadas**. 10 ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008, p. 119.

² DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução Paulo Neves. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 73.

uma doença e a pena não é a cura. Ou seja, não é aumentando as penas, incriminando condutas e medidas afins, que a violência será controlada.

Os danos visíveis da violência são indiscutíveis, porém o aproveitamento da situação por políticos oportunistas e demagógicos pode ser até mais nefando para a sociedade. Certo é que a classe política não pode, e nem deve, assistir à escalada da violência inerme. Entretanto, colocar o direito penal como único método para combater a violência é uma atitude que carece de inteligência.

Apesar da lógica desse argumento, a epidemia de irracionalidade contamina até mesmo os que deveriam ter o ínfimo de discernimento: os legisladores. Um pequeno exemplo desse fato pode ser observado a seguir:

"Proposta amplia penas para formação de quadrilha e roubo com violência
O projeto também limita a progressão de pena e dificulta a concessão de liberdade condicional.

Tramita na Câmara o Projeto de Lei 8006/10, do deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ), que amplia penas para os crimes de formação de quadrilha e de roubo e extorsão com violência ou morte. A proposta também dificulta a possibilidade de redução da pena para esses delitos e para o tráfico de armas, além de incluir os crimes relacionados ao tráfico de drogas na relação de crimes hediondos.

Segundo Bolsonaro, o projeto é uma resposta ao aumento da criminalidade violenta e de ações de quadrilhas organizadas."³

O crescimento descontrolado da violência é um fenômeno complexo e atitudes simplistas não trarão os níveis de violência ao aceitável, como asseverou Durkheim. Ademais, constitui-se utópica e demagógica a visão de sociedade sem violência ou sem crime. Pois, estes não se observam apenas na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades de todos os tipos⁴. Portanto, para controlar a violência, colocando-a nos níveis aceitáveis, são necessárias diversas ações. A pena é apenas um desses fatores. Seu fim não é alcançado pelo agravamento da pena, mas sim pela certeza e rapidez na aplicação⁵.

³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Agência Câmara de Notícias. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/195843-PROPOSTA-AMPLIA-PENAS-PARA-FORMACAO-DE-QUADRILHA-E-ROUBO-COM-VIOLENCIA.html>> Acesso em 11 Jan. 2012. 10:43.

⁴ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução Paulo Neves. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 68.

⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 71.

1.2 O direito subjetivo – o poder de punição do Estado

Historicamente, na Roma antiga, o direito tinha um caráter largamente privado. Era o ofendido que, perseguindo a restituição de seu direito, dirigia o processo. Isso não significa dizer que Roma vivia o regime da vingança privada. Não. O litigante, que perseguindo o objeto de sua reclamação, submetia-se a certas regras. O controle de suas ações era exercido pelo Estado. Magistrados eram estabelecidos a fim de garantirem a boa ordem⁶.

O direito penal público ganha efetividade a partir do século XVIII, quando o jusracionalismo clássico contribui para modelar a igualdade formal de todos os homens, ao consagrar os direitos subjetivos desconhecidos para o direito romano⁷.

1.3 O poder de punir no Brasil

O Brasil dos primeiros tempos não era nada interessante para Portugal, visto que as Índias Ocidentais apresentavam lucros imensos e garantidos. Àquela época, a única contribuição das novas terras para com o colonizador era com a valiosa madeira pau-brasil. Sequer se pode falar em sistema judiciário no início da colonização brasileira.

Em um segundo momento, os impérios francês e inglês começam a crescer e ameaçar as terras descobertas pelos portugueses e que não tinham sido efetivamente colonizadas. Sem recursos para financiar uma colonização maciça, Portugal adota o sistema de capitanias hereditárias, no qual os donatários exerciam a justiça, delimitados pelas leis do Reino.

Posteriormente, no início do século XIX, o crescimento do poderio de Napoleão pela Europa força a transferência da monarquia portuguesa para o Brasil. Juntamente com a corte, D. João transfere para a colônia toda a estrutura judiciária, visto que efetuar mudanças na Justiça não era recomendado em momento tão delicado⁸.

⁶ VILLEY, Michel. **Direito romano**. Tradução Fernando Couto. Porto: Resjurídica, 1991, p. 40.

⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 28.

⁸ CASTRO, Lages Flávia. **História do direito geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 333.

Com a independência do Brasil, em 1822, o país está livre para imprimir avanços mais significativos nas leis brasileiras. A Constituição de 1824 abre espaços para a criação do primeiro Código Criminal, que ocorre no ano de 1830. Nesse diploma, não fosse pela diferenciação entre homens livres e escravos, inclusive com a permissão dos donos de escravos de aplicarem as penas, esse Código seria o primeiro da história do Brasil a abarcar o direito subjetivo como monopólio estatal. Fato que ocorreu na íntegra somente com o Código de 1890 e a Constituição do ano seguinte⁹.

Atualmente, o poder de punir é exclusivo do Estado. Entretanto, esse poder não é arbitrário e ilimitado, com bem aponta Mirabete:

“Somente o Estado, em sua função de promover o bem comum e combater a criminalidade, tem o direito de estabelecer e aplicar essas sanções. É, pois, o único e exclusivo titular do "direito de punir" (jus puniendi) que constitui o que se denomina Direito Penal subjetivo. O direito de punir, todavia, não é arbitrário, mas limitado pelo próprio Estado ao elaborar estas normas que constituem o Direito subjetivo de liberdade que é o de não ser punido senão de acordo com a lei ditada pelo Estado.”¹⁰

1.4 Limitações no direito de punir

Ao longo da história da humanidade, as ideias sobre o que é certo ou errado sofreram expressivas modificações. Entretanto, não existe um instante sequer que possa ser definido como nascimento dos sentimentos humanitários. Em outras palavras, o surgimento dos Direitos Humanos ou de qualquer outro posicionamento humanitário não encontra um único fato divisor de águas. Não existiu na história a “revolução humanitária”, aquele momento no qual as pessoas se reuniram e elegeram, voluntária ou por imposição, o respeito ao seu semelhante, deixando-se para trás as barbáries.

Muitos fatos contribuíram de forma mais expressivas nesse processo, como continuam a colaborar até os dias atuais. Mas, aqueles que tentam dar à, por exemplo, Revolução Francesa a maternidade dos verdadeiros sentimentos humanitários cometem injustiças à história de grandes homens que deram suas vidas pela busca desses ideais.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 339.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 6.

Corroboram com essa afirmação as palavras de Aristóteles¹¹: “Os atos justos ocorrem entre pessoas que participam de coisas boas entre si mesmas e podem tê-las em excesso ou de menos [...]. Por conseguinte, a justiça é algo essencialmente humano.”

Nas sociedades modernas existe um sentimento de justiça acima das leis positivadas e que efetivamente atua como balizador das atividades do Estado, incluindo-se aqui a elaboração das normas. Soma-se a isso igual limitação na aplicação das penas. Se a sociedade parisiense de 1757 tivesse a consciência da atual, Damiens não sofreria os horrores da condenação descrita por Foucault¹².

Esse “sentimento de justiça” supracitado está presente nos chamados “princípios”, definido por Mello como sendo:

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”¹³

Mais importante do que o entendimento dos princípios é, como prossegue Bandeira de Mello, asseverar que a violação a um princípio é mais grave do que violar uma norma, visto que implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade porque representa insurgência contra todo o sistema.

1.5 Princípios importantes

Não costuma provocar grandes celeumas a afirmação de que alguns princípios jurídicos são mais importantes. Aliás, Gomes¹⁴ e Capez¹⁵ compartilham a opinião de que é a partir do princípio da dignidade humana que surgem os demais princípios constitucionais.

¹¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** – texto integral. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

¹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 31 ed. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 9.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal** – parte geral, vol.1, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 112.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – parte geral, vol. 1, 7 ed. São Paulo: Saraiva 2004, p. 13.

É preciso deixar claro que os demais princípios arrolados a seguir destinam-se apenas a servir de arcabouço para a discussão acerca da possibilidade de se qualificar como fútil o homicídio praticado aparentemente sem motivo. A falta de qualquer princípio não significa que não o seja importante, mas sim que não é imperativo nas discussões aqui propostas.

1.5.1 *Princípio da dignidade humana*

É o princípio magno que dá unidade a todos os direitos fundamentais – logo a toda ordem jurídica¹⁶. Apesar da doutrina e jurisprudência não admitirem hierarquia jurídica no interior do texto constitucional, é correto reconhecer precedência axiológica deste princípio, juntamente como direito à vida, sobre os outros, por exemplo, o direito à propriedade.

Em suma, o referido princípio é o valor supremo do Estado Democrático de Direito, exigindo que o exercício do poder público e de toda a sociedade tenha como finalidade precípua respeitar e promover a dignidade da pessoa humana¹⁷.

1.5.2 *Princípio da legalidade*

Em termos penais, trata-se da garantia individual prevista no art. 5º XXXIX, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, em que se consubstancia o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Para José Afonso, o dispositivo contém uma reserva absoluta de lei formal. Apenas ao legislador cabe a função de definir crime e estabelecer penas. Ainda nas preciosas lições do jurista mineiro: “a definição legal do crime e a previsão da pena hão que preceder o fato tido como delituoso. Sem lei que o tenha feito não há crime nem pena.”¹⁸

1.5.3 *Princípio da proibição da analogia in malam partem*

Dada sua importância, esmiuçado, o princípio da legalidade tornou-se gênero do qual se desdobram outros princípios. Um desses corolários da

¹⁶ FERRAZ, Sérgio Valadão. **Curso de direito constitucional**, 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 73.

¹⁷ HOLTHE, Van Leo. **Direito Constitucional**. 5 ed. Bahia: Podium, 2009, p. 81.

¹⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, p. 429.

legalidade proíbe a adequação típica “por semelhança” entre fatos. Para Boschi, o princípio reitor envolve três espécies: o da reserva legal; da irretroatividade e da enunciação taxativa¹⁹. Nesse sentido, Greco entende que é vedado o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, *nullum crimen nula poena sine lege stricta*²⁰. A verdade é que a lei é a única fonte de direito de punir, não podendo suas falhas, suas lacunas, serem supridas, contra o réu, por quaisquer outras fontes, como os costumes ou a analogia.

1.5.4 Princípio da proporcionalidade

Para Mir Puig, há três limites que o legislador deve se atentar na elaboração de uma norma penal: exclusiva proteção dos bens jurídicos; princípio da culpabilidade; princípio da proporcionalidade. Este último, segundo o mesmo autor, significa que a gravidade das penas e das medidas de segurança devem estar relacionadas com a gravidade do ato cometido e com a periculosidade do sujeito, respectivamente²¹.

Já Canotilho²² vai além da relação entre a gravidade das penas e das respectivas infrações. Ele observa que meios e fins da pena devem ser ponderados tendo-se sempre como dimensão normativa a referência constitucional.

1.5.5 Princípio da oficialidade

Verificada a ocorrência de uma infração penal, é incumbência do Estado agir, através do órgão do Ministério Público. Não tem vigência para a ação penal privada²³. Miranda²⁴ destaca que: “a partir de diversos dispositivos constitucionais, podemos apontar como principais atribuições ministeriais: a) promover, de forma **privativa**, a ação penal pública” (grifo original).

¹⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus critérios de aplicação**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56.

²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. I, 9 ed. Niterói: Impetus, 2007, pág. 96

²¹ PUIG, Mir Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires – Argentina: BDF, 2003, p. 141.

²² CANOTILHO, José. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1993, p. 383.

²³ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal – Parte Geral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 25.

²⁴ MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 622.

1.5.6 *Princípio in dubio pro reo*

Duby e Ariès afirmam que os escravos na Roma Antiga eram tratados como coisa. “O escravo é inferior por natureza, não importa quem seja ou o que faça; isso acompanha uma inferioridade jurídica.” Diante dessa situação, o escravo podia ser castigado à vontade pelo amo, bastando que este alugasse os serviços do carrasco municipal, fornecendo a resina e o enxofre para queimar o infeliz. Paradoxalmente, o direito romano tinha uma norma: “*a do favor para a liberdade*” – segundo a qual, na dúvida, um juiz deve decidir em favor pela liberdade. Essa norma se estendia além do reconhecimento ou negação da condição de escravidão de um indivíduo; se em um júri os clamores pela libertação fossem tantos quantos os pedidos de guilhotina, vencerá a libertação.

“Esse princípio não querará dizer que se tem má consciência ao condenar mesmo os culpados comprovados; trata-se de um princípio formulado no interesse dos inocentes e não dos culpados. Percebemos também o paradoxo: deve-se favorecer a liberdade, porém na dúvida; ninguém se preocupa com os escravos, cuja servidão é inequívoca. Detestar os erros judiciários não significa contestar a santidade de justiça, ao contrário.”²⁵

Contudo, imprescindível fazer uma separação entre o Direito Penal e o Processual Penal quanto a validade e aplicação do princípio em análise. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica e ilustra bem a diferença:

“Nos crimes dolosos contra a vida, o juízo de certeza sobre a autoria, imprescindível apenas para a condenação, é da competência exclusiva do Júri, juiz natural, sendo vedado ao juízo singular, ao proferir a sentença de pronúncia, fazer longas incursões sobre a prova da autoria, suscetíveis de influenciar o corpo de jurados, sendo certo que, nessa fase processual, despreza-se a clássica ideia do *in dubio pro reo*, sobrelevando o princípio do *in dubio pro societate* “(SIC).”²⁶

Ou seja, em tese penal, vigora o princípio *in dubio pro reo*, enquanto no direito processual penal, o princípio *in dubio pro societate*, marcadamente no recebimento da inicial e na pronúncia do réu. A justificativa do direito penal se esteia na máxima de que é preferível ter-se um culpado solto a um inocente preso. Por outro lado, no direito processual penal, havendo dúvidas quanto a autoria e

²⁵ ARYÈS, Philippe e DUBY, Georges. **História da vida privada**. Vol. 1. Traduzido por Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 68.

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário com Agravo nº 66034. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de novembro de 2011. Publicado no DJe.

materialidade do crime, o juiz decide receber a denúncia e posteriormente pronunciar o réu dando continuidade ao processo e permitindo que o tribunal do júri decida pela condenação ou absolvição do processado. Agir de outra forma seria retirar da sociedade atribuição constitucional de decisão nos crimes dolosos contra a vida.

1.5.7 *Princípio da tipicidade*

Este princípio afirma que a conduta de uma pessoa somente tem relevância penal se houver correspondência entre o fato que ela praticou e a descrição desta conduta em um tipo contido na lei penal incriminadora.

Bitencourt²⁷ ensina que: “Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstrata descrita na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei.”

1.5.8 *Princípio da constitucionalidade das normas penais*

É a consequência lógica do princípio da Supremacia Constitucional. Por este princípio, nenhuma norma jurídica pode contrariar a Carta Maior da República, sob pena de advir uma inconstitucionalidade²⁸. Alexandre de Moraes salienta que a interpretação do ordenamento jurídico deve conceder sempre preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição. Assim, no caso de normas com várias significações, deverá ser encontrada a que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando-se sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico²⁹.

Ressalte-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não busca destruir o trabalho do legislador infraconstitucional. Ao contrário, deve-se buscar aquela interpretação que mantenha a validade do preceito em análise. Assim, a morada segura das garantias e direitos individuais está resguardada na exata medida da exclusão dos sentidos incongruentes com os preceitos da Carta Magna.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal** – parte geral. Vol. 1, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 199.

²⁸ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito Constitucional** – teoria jurisprudência e 1000 questões. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 17.

²⁹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

Inconformado com a desordem que nasce da interpretação jurídica do século XVIII, assim se pronunciou Beccaria na sua célebre e imortal obra: “Vemos, pois, os mesmos delitos punidos diferentemente em épocas diferentes, pelo mesmo tribunal, por ter este consultado não a voz imutável e constante da lei, mas a errante instabilidade das interpretações.”³⁰

É possível que alguém, ao ler o exposto anteriormente, sinta vontade de concluir que se a validade de um sentido da norma implica em juízo de valor, então a tarefa de aplicação do Direito é arbitrária e deixa lacunas para injustiças. Constata-se que a ocorrência de abusos hoje é expressivamente menos frequente do que naquela conjuntura descrita por Beccaria, pois, atualmente, em primeiro lugar, o próprio Direito oferece as armas, *v.g.* a jurisprudência e a doutrina, no combate às interpretações esdrúxulas e arbitrárias; segundo porque a vedação de controle dos atos estatais e o duplo grau de jurisdição não coadunam com o devido processo legal; por fim, lei e norma não se confundem. Norma jurídica é o significado que o jurista constrói a partir da leitura dos textos positivados, contidos nas leis³¹.

1.5.9 Princípio da individualização da pena

Por este princípio entende-se que o julgador deve fixar a pena conforme cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução:

“A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direito.”³²

A cada espécie de intervenção do poder do Estado corresponde uma etapa individualizadora da pena (legislativa, judiciária e executiva). Exercer

³⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

³¹ MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 90.

³² CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5º, inciso XLVI.

essa etapa judiciária é, sobretudo, delimitar qualitativa e quantitativamente as penas na sentença, tendo em conta as particularidades do caso concreto³³.

1.5.10 *Princípio da responsabilidade subjetiva*

Inexiste no Direito Penal a tenebrosa responsabilidade objetiva, pela qual o agente responde independentemente ter agido com dolo ou culpa. Deve-se sempre averiguar se o agente agiu com dolo ou culpa e, em caso negativo, afigura-se fato atípico³⁴.

1.5.11 *Princípio do devido processo legal e da ampla defesa*

A Constituição proclama em seu Art. 5º:

“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, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Infere-se, portanto, que é imprescindível respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento de liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens³⁵.

Os preceitos delineados em lei implicam, necessariamente, em permitir ao réu defender-se, contradizer aquilo que consta na acusação. Para tanto, ele, o acusado, pode valer-se de todos os meios legais no sentido mais amplo, em outras palavras: ampla defesa. Não há o que se falar em devido processo legal negando ao acusado: o direito de contradizer o que lhe é imputado; restringindo ilegalmente os meios de prova de sua inocência.

1.5.12 *Princípio da taxatividade*

Significa que a disposição penal deve ser absolutamente determinada. O fato definido como típico deve conter a exata descrição (*lex certa*).

³³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus critérios de aplicação**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 68.

³⁴ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal** – Parte Geral. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 44.

³⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 3.

Não se permitem preceitos vagos. As eventuais falhas que possam existir não autorizam interpretações que prejudiquem o réu. Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa constitui uma autolimitação no poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade.

1.5.13 *Princípio da verdade real.*

Para Mirabete³⁶ este princípio procura estabelecer que o exercício do *jus puniendi* ocorra somente contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Diferentemente do Direito Civil, que aceita a verdade formal, em Penal o juiz, diante de falhas das partes, deve incansavelmente buscar a certeza dos fatos, podendo atuar *ex officio*.

O art. 156 do Código de Processo Penal não deixa dúvidas em relação ao princípio:

“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

1.5.14 *Princípio da alteridade ou da transcendentalidade*

Capez³⁷, ao discorrer sobre conduta, afirma que:

“Os seres humanos são entes dotados de razão e vontade. A mente processa uma série de captações sensoriais, transformadas em desejos. O pensamento, enquanto permanecer encastelado na consciência, não representa nada para o Direito Penal.”

Isto porque, enquanto permanecer “encastelado”, preso na órbita do sujeito, o pensamento não é apto de transcender a esfera do outro (*altero*) e, portanto, lesar nenhum bem jurídico.

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 44.

³⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – parte geral, vol. 1, 7 ed. São Paulo: Saraiva 2004, p. 122.

2 FASES DA PERSECUÇÃO PENAL

Este capítulo trata dos procedimentos imprescindíveis para que o Estado possa punir quem comete uma infração penal. Essa análise mostra que no sistema penal brasileiro o acusador deve provar todos os fatos imputados ao infrator, incluindo-se na denúncia a descrição detalhada da conduta do agente, bem como a subsunção à norma descrita como crime ou contravenção, além das circunstâncias que possam agravar ou atenuar a pena.

O Estado soberano é o titular absoluto do direito de punir. Portanto, quando alguém, aparentemente, comete uma infração penal, o Estado desenvolve uma intensa atividade com o escopo de punir o possível infrator e restabelecer a paz no convívio social. Toda essa imensa atividade se desenvolve em dois momentos diferentes:

- **o procedimento inquisitorial:** que é desenvolvido, em regra, pela polícia judiciária, através da elaboração do procedimento inquisitorial, que visa basicamente elucidar a autoria e materialidade do suposto fato delituoso. Apesar de importante, o inquérito policial não é imprescindível.
- **a ação penal:** desenvolvendo a instrução criminal, atendendo aos princípios do contraditório e da ampla defesa e os demais supracitados, estabelecendo a plena certeza de que nenhuma pena será imposta ao réu senão por meio de um regular processo³⁸.

2.1 O procedimento inquisitorial

A ocorrência de um homicídio deve levar à execução da pena. A cadeia de eventos entre a infração penal e a aplicação da sanção correspondente se inicia com a chegada da notícia de crime à autoridade policial.

O legislador preocupou-se em estabelecer, logo nos primeiros artigos do Código de Processo Penal, o caminho a ser percorrido pela autoridade policial para elucidação da conduta com todos os elementos adstritos.

³⁸ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Processual Penal**, Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 201.

“Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e caráter.”

O primeiro inciso tem como finalidade garantir que a cena do crime não seja alterada e como consequência a perícia colha falsas observações sobre o que realmente ocorreu. O segundo fornece elementos necessários à instrução criminal e ao julgamento integral nos moldes da lei e dos princípios anteriormente abordados. O terceiro se relaciona à colheita de provas, visto que uma eventual condenação exige demonstração absoluta de materialidade e autoria. O quarto inciso deve ser examinado à luz da razão, pois, obviamente, se o ofendido não tiver condições de ser ouvido, sobretudo nos crimes de homicídio, então não há que se falar em nulidades. A declaração do indiciado é opcional, visto que a Constituição Federal concede o direito de silêncio ao suposto autor: LXIII – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

A interpretação extensiva deve aqui ser usada. O “preso” do art. 5º, inciso LXIII, CF, também deve ser aplicado, neste caso, ao suspeito de autoria, ainda que solto, do homicídio. Diante da imprecisão de linguagem do legislador, a mesma interpretação deve ser usada para “o indiciado”. Ao chegar ao local do crime, a autoridade dificilmente encontrará “indiciado” para ser ouvido, mas sim suspeito de autoria e que, posteriormente, poderá ser indiciado.

Dando prosseguimento, o sexto inciso do art. 6º do Código de Processo Penal ordena que a autoridade policial proceda a reconhecimento de

coisas e pessoas e acareações. Mais uma vez a intenção é a de fornecer elementos para a instrução criminal.

O exame de corpo de delito, arrolado no sétimo inciso, não é faculdade, mas sim imposição reforçada pelo artigo 158 do Código de Processo Penal: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

Ressalte-se que o próprio Código de Processo Penal apresenta solução, no seu artigo 167, para os crimes transeuntes (que não deixam vestígios): “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”

Porém, sendo não-transeunte, a ausência de exame de corpo de delito é causa de nulidade:

“Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;”

Em casos de homicídios pouco comuns, a jurisprudência tem aceitado o exame indireto quando os vestígios restarem desaparecidos. O caso mais célebre é de Bruno Fernandes das Dores de Souza, o ex-goleiro do flamengo³⁹.

Por fim, os dois últimos incisos do artigo 6º do Código de Processo Penal versam sobre a identificação, física e psíquica, do suposto autor da infração penal. A história de vida do indivíduo deve ser investigada, pois poderá ser usada na quantificação da pena. Além disso, o inciso IX fala em “estado de ânimo” antes, durante e depois do crime. Estas observações são particularmente interessantes ao crime de homicídio qualificado pelos motivos.

Ao esmiuçar e sistematizar todo o procedimento ditado pelo art. 6º do Código Processual Penal, o perito criminal Albani Reis revela que esses procedimentos não tem como destinatário outro senão que o cidadão:

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111810 MG. Relator Ministro Cezar Peluzo. Julgado em 29/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28bruno+dores%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acessado em 07 fev. 2012.

“Vale lembrar que uma equipe de sucesso é composta por pessoas qualificadas, cada um no seu ofício, discretas e competentes, envolvidas com a função de resguardar o direito do cidadão. Pois o trabalho de cada um não é feito para o órgão onde presta serviço ou para o Estado, mas para o cidadão.”⁴⁰

Como não poderia deixar de ser, o trabalho pericial deve ser feito pela autoridade especialista sobre o qual dará o parecer. Assim, não se admite que um engenheiro elétrico, na condição de perito oficial, possa emitir laudo de avaliação de uma obra de arte, por exemplo. Da mesma monta, resta pouco plausível um entomólogo atestar a higidez psíquica de um suposto autor de homicídio.

Porém, a ocupação legal de perito na área de atuação, com a devida formação, não garante que o laudo ou relatório elaborado ateste a verdade real irrefutável. Para que o médico psiquiatra, perito oficial, por exemplo, ateste que um homicídio fora cometido sem motivo, ausente de motivo, é imperativo que o relatório final seja motivado (em sentido estrito). Se a acusação se valer deste laudo para agravar a pena com justificativa de ter sido o homicídio sem motivo, o princípio do contraditório exige que perito, promotor e juiz indiquem os elementos de formação desta convicção.

Além disso, o princípio do livre convencimento permite que o juiz desconsidere o laudo pericial. O advogado, por outro lado, tem o dever de verificar as informações constantes no relatório da autoridade policial e contrapor as questões que restem obscuras e que, portanto encontrem óbice para condenação de seu cliente. Negar ao advogado, e por conseguinte ao acusado, o direito da contradita fere inaceitavelmente o devido processo legal.

Uma perícia eficaz é direito, sobretudo, do acusado. Apenas com a acusação motivada é que ele poderá exercer a defesa plena. Josef K., personagem, de Kafka⁴¹, melhor do que ninguém pode descrever as amarguras de ser acusado em um processo vazio de provas.

A qualidade de uma perícia que ateste o verdadeiro motivo de um homicídio e que, portanto, permita a devida qualificação depende severamente dos recursos que o órgão de segurança do estado disponibiliza à polícia técnica. Longe

⁴⁰ REIS, Albani Borges dos. **Metodologia científica e perícia criminal**. Campinas: Millennium Editora, 2005, p. 78.

⁴¹ KAFKA, Franz. **O processo**. 2 ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

de ser uma afirmação subjetiva baseada em “achismo”, a triste realidade do Brasil não permite concluir que o resultado final de uma perícia traduza a cadeia de fatos condizente com o ocorrido, como testemunhado por Reis⁴²:

“dessa forma podemos dizer que o perito precisa desses componentes para desempenhar bem o seu papel no mundo dos fenômenos criminalísticos. Conhecimento básico, metodologia e condições de trabalho. Esses são os principais, mas outros componentes existem, de maneira que a somatória deles é que permite a produção de trabalhos esclarecedores e convincentes. Enumeramos os fatores relacionados às condições de trabalho: [...] Não podemos deixar de citar o peso que o acúmulo de trabalho em conjunto com a urgência que os problemas criminais exigem, em conflito com o número de pessoal dessa área, como fatores prejudiciais. Essa trilogia constitui, sem dúvida, fator que em resumo pode ser entendido como possibilidade de ordem política, e que tem prejudicado o bom resultado de muita coisa no mundo atual, também na criminalística, pois uma pesquisa séria como é a investigação de um crime, que requer oito horas de trabalho para ser realizada a contento, quando realizada em duas horas, não pode oferecer o resultado esperado. Ainda temos que considerar que a suscetibilidade de erro é incomparavelmente maior.”

Nesse espectro, não constitui absurdo conceber a possibilidade de uma perícia técnica constatar a “ausência de motivo” em um homicídio simples e puramente a partir da seguinte afirmação do suspeito: “Matei porque quis!”.

Nos casos de mortes violentas, Reis⁴³ recomenda que o perito adote as seguintes definições:

- “1- definir o tipo de ocorrência;
- 2- definir as primeiras hipóteses (preliminares);
- 3- definir os exames mínimos necessários;
- 4- definir as técnicas a serem empregadas para cada exame;
- 5- definir os recursos e os equipamentos necessários;
- 6- definir cronograma de trabalho;
- 7- definir procedimentos.”

A falha de metodologia coloca em risco a credibilidade do produto final. Ao surgirem os primeiros indícios de que o homicídio pode ser qualificado pelo motivo, o perito deve definir os recursos e os procedimentos que poderão chegar a essa conclusão, incluindo o uso de médicos psiquiatras, se houver necessidade.

A eventual falha de um laudo pericial pode ser suprida atendendo a pedido da autoridade policial, do Ministério Público, das partes envolvidas ou de

⁴² REIS, Albani Borges dos. **Metodologia científica e perícia criminal**. Campinas: Millennium Editora, 2005, p. 16.

⁴³ *Ibidem*, p. 109.

ofício. É o que pode ser concluído a partir da leitura de diversos artigos do Código de Processo Penal:

“Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Assim, se o órgão do Ministério Público, o acusado ou o juiz constatarem que não existem elementos suficientes para concluir quais os verdadeiros motivos que conduziram o acusado na suposta ação homicida, então é lícito que sejam solicitados novos exames que atestem a ocorrência, ou não, desses motivos.

2.2 A ação penal

Encerrada a fase inquisitorial, a autoridade policial remete o inquérito policial ao juiz competente que abre vistas ao Ministério Público.

O promotor, ao receber a denúncia, tem seis opções:

1ª. oferecer a denúncia;

2ª. requerer o arquivamento dos autos;

3ª. requerer novas diligências;

4ª. arguir a falta de condições de procedibilidade;

5ª. requerer a extinção de punibilidade;

6ª. remeter ao juízo competente para aguardar a representação do ofendido ou de seu representante legal – nos casos de ação privada.

2.3 A denúncia

Segundo o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal:

“A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

Tais exigências atendem à necessidade de se permitir, desde logo, o exercício da ampla defesa, bem como viabilizar a aplicação da lei penal na medida em que permite ao órgão jurisdicional dar ao fato narrado a justa adequação e correspondência normativa⁴⁴.

Entretanto, não basta apenas que a denúncia indique a autoria e materialidade do fato típico. A peça inicial do Ministério Público deve, obrigatoriamente, conter a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva.

Enfim, não há como defender-se se não existe clara demonstração do comportamento criminoso, afinal, o réu deve defender-se do fato. Portanto, ocorre ofensa ao princípio do contraditório.

2.4 A prova

A prova, em Direito, é a demonstração da existência ou veracidade daquilo que se alega. Nas palavras de Silva:

“Prova. do latim proba, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de) entende-se, assim, no sentido jurídico, a denominação que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência do fato ou do ato demonstrado.”⁴⁵

Já artigo 156 do Código de Processo Penal afirma que o ônus da prova é de quem faz a alegação: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.”

Logo, se a denúncia pedir a condenação por homicídio qualificado pelo art. 121, § 2º, inciso II do Código Penal, com alegação de que foi cometido sem

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 152.

⁴⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1125.

motivo, ou seja, com “ausência de motivo”, deverá indicar qual é o conjunto de atos praticados que permitem concluir que não existiu motivo para a conduta e ainda assim ela ocorreu.

3 O HOMICÍDIO SEM MOTIVO

A possibilidade de ocorrência de homicídio com ausência de motivo é analisada neste capítulo. Psicologia e Lógica são valiosos conhecimentos aqui usados para deslinde da questão. Obviamente que um trabalho na área de Direito não poderia deixar de estender a análise à ótica dos conhecimentos jurídicos. Assim, discute-se aqui como a verdade é tratada em Direito, bem como sua aplicação no crime de homicídio.

3.1 *Refutação psicológica*

A escolha do modelo e da teoria usados para explicar o comportamento humano depende do problema que se deseja analisar. Alguns autores podem fornecer a teoria sobre um determinado comportamento: Freud, Lacan, Jung, Skinner. A teoria desenvolvida por Skinner foi, aqui, usada exatamente por apresentar a maior simplicidade, dentre os pesquisadores citados e que conseguem explicar o comportamento humano. Além disso, como comportamentalista, Skinner está em sintonia com o princípio da alteridade ou da transcendentalidade, visto que ao Direito interessa o comportamento. A conduta meramente interna não oferece lesividade que legitimem a intervenção penal.

Por fim, para se investigar a possibilidade de ocorrência de homicídio “sem motivo” é necessário escolher a teoria que será usada. Para tanto, psicologia e psicanálise se colocam em campos bem distintos, uma vez que a primeira cuida dos aspectos externos; a teoria psicanalítica freudiana trabalha com elementos do inconsciente e, portanto, não se baseia em observações de uma causa válida. Desta forma, a psicologia comportamental de Skinner foi a adotada.

Neste sentido, o problema que se coloca é determinar as razões que levam um marido a tirar a vida da esposa que queima um feijão, *v. g.*, e outros maridos a tomar um procedimento diverso, como por exemplo, aceitar as escusas da mulher, franzir o cenho, xingar, ou mesmo ignorar o fato e comer feijão queimado. E mais, é necessário analisar se realmente existe a possibilidade de alguém tirar a vida do semelhante sem que nenhuma força psíquica conduza à ação.

Skinner não aceita a ideia de que as condutas humanas são regidas por causas internas. Não há nada de errado com uma explicação interior, mas os

eventos que se localizam no interior de um sistema tendem a ser difíceis de observar e por esta razão é fácil conferir-lhes propriedades sem justificação. Tem sido especialmente tentador atribuir o comportamento de um ser vivo ao comportamento de um agente interno, como por exemplo, causas neurais.

”O leigo usa o sistema nervoso como uma explicação imediata do comportamento. Na descrição de um longo julgamento lemos que, ao final, o júri mostrou sinais de “fadiga mental”, que os “nervos” do acusado “estava à flor da pele”, que a esposa do acusado está à beira de um “ataque de nervos”, e que o advogado não teve “miolos” para debater com o promotor. É óbvio que não se fez nenhuma observação direta do sistema nervoso de qualquer uma dessas pessoas. Seus “miolos” e “nervos” foram inventados no calor do momento para dar mais substância àquilo que de outra forma seria um relato superficial do comportamento delas.”⁴⁶

Skinner continua as críticas à ideia de um agente interior sem dimensões físicas, chamado “mental” ou “psíquico” capazes de justificar o comportamento humano. O homem interior quer, o exterior consegue. O interior tem o impulso, ao qual o exterior obedece. Algumas vezes o homem interior é claramente personificado, como quando o comportamento delinquente é atribuído a uma “personalidade desordenada”. Os conceitos freudianos de ego, superego e id são muitas vezes usados dessa maneira. São frequentemente encarados como criaturas sem substância, por vezes em conflito violento, cujas derrotas ou vitórias resultam no comportamento ajustado ou desajustado do organismo vivo em que residem. Entretanto, qualquer evento mental que seja inconsciente é necessariamente inferido, e por isso, a explicação não se baseia em observações independentes de uma causa válida.

Uma observação direta da mente, comparada à observação do sistema nervoso, não demonstrou ser isso possível. A psicologia introspectiva não fornece informações diretas sobre eventos que sejam os antecedentes causais, e não meros acompanhantes do comportamento.

A natureza fictícia desta espécie de causa interior revela-se na facilidade com que se descobre que os processos mentais tem justamente aquelas propriedades necessárias para dar conta do comportamento. Tais discursos não são difíceis de serem encontradas nos tribunais do júri: “Matou porque não sucumbiu aos

⁴⁶ SKINNER, Burrhus Frederic. **Ciência e comportamento humano**. Tradução de João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

seus extintos assassinos”. “Mente” e “ideia” são inventadas *ad hoc* para proporcionar explicações espúrias. Uma ciência do comportamento não pode esperar muito desses procedimentos.

Em outros casos, as causas das condutas são interiores conceituais, que não tem dimensão de espécie alguma, nem neurológica, nem psíquica. A explicação de que “O homem come” porque “tem fome” não passa de mera descrição redundante. Descreve-se um único conjunto de fatos com duas afirmações: “Ele come” e “Ele tem fome”. É um hábito perigoso explicar uma afirmação em termos de outra porque sugere que a causa foi encontrada e não é mais preciso pesquisar. É inevitável deixar de reconhecer a presença das causas das condutas interiores em afirmações constantes de acusações do tipo: “Matou porque é um assassino”. Logo, se a razão “ser um assassino” foi descoberta, nada mais conveniente do que cessar a busca dos verdadeiros motivos para o homicídio.

Para que a conduta de matar receba maior punição, ela deve estar acompanhada de algum outro elemento distinto de um homicídio simples. Obviamente que o raciocínio se aplica para todas as condutas penalmente relevantes que devam ser diferenciadas do tipo penal básico a fim de maior punição estatal.

Apesar da dificuldade de se analisar algo complexo como o comportamento, isso não se coloca como um problema insolúvel. O primeiro passo é entender porque dado comportamento ocorre. Esse porque é chamado de “causa”, já o comportamento é o “efeito”. Em termos mais técnicos, “causa” é a mudança em uma variável independente; “efeito” é a mudança em uma variável dependente.

Para que um indivíduo reaja exatamente da mesma forma que outro diante de um problema que se põe, as mudanças em todas as variáveis independentes devem ser rigorosamente idênticas. Em seres inanimados essa já é uma tarefa comumente árdua, quiza em um ser vivo com toda sua complexidade. Seres humanos, ao longo de suas vidas, recebem estímulos diferentes em quantidades diferentes e mais, dada as diferenças fisiológicas, cada ser percebe o mesmo estímulo de forma diferente. A história pregressa de uma pessoa é determinante para se prever o efeito em uma variável dependente, ou seja, no seu comportamento.

O hábito de buscar a motivação interna do comportamento desvia o olhar da investigação das variáveis que estão fora do ambiente imediato. Estas variáveis independentes são de várias espécies e suas relações com o comportamento são quase sempre sutis e complexas, mas não se pode esperar uma explicação adequada do comportamento sem analisá-las.

O comportamento é função, depende, das variáveis externas. Tentar prever ou controlar o comportamento individual é a “variável independente”, as “causas do comportamento”; são as condições externas das quais o comportamento é função. As relações causa e efeito são as leis de uma ciência. Uma síntese dessa lei, expressa em termos quantitativos, desenha um esboço inteligente do organismo que se comporta.

Para ilustrar tudo isso, tome-se o exemplo de um homem que furta um pedaço de pão para comer. A teoria freudiana afirmaria que os elementos que conduziram o homem a roubar podem estar no plano subjetivo e, por isso, talvez nunca sejam entendidas. Para os que se habituaram a encontrar a justificativa nas causas interiores, talvez, afirmem que ele o fez porque a fome é um estado fisiológico pouco compreendido que leva a ações pouco ortodoxas. Adeptos da teoria das causas interiores conceituais afirmariam que o homem roubou porque quis roubar.

Neste exemplo, a verdade do porquê o homem furtou o pão somente poderia ser encontrada pela investigação dos elementos externos que antecederam o furto. Por exemplo, ainda no campo hipotético, poderia ser constatado que o agente estava há dias privado de comida, que passou perto de uma padaria sem a menor vigilância e, assim, acreditou fielmente na impunidade daquele ato.

3.2 Refutação lógica

A lógica procura investigar a validade de uma hipótese, valendo-se da análise da estrutura dos argumentos apresentados. Dentre vários ramos da lógica, a lógica formal, como o próprio nome indica, não se preocupa com o conteúdo das afirmações, mas sim com a sua forma.

Torna-se, assim, necessário diferenciar *correto* de *verdadeiro* e *falso* de *errado*. *Correto* e *errado* são valorações sobre o conteúdo da proposição. *Verdadeiro* e *falso* são valores lógicos da estrutura do raciocínio.

“Advogados são humanos” é uma proposição de conteúdo correto, afinal, não se imagina outra espécie com capacidade de se formar em Direito. Por outro lado, a proposição “Todos os advogados amam matemática” tem estrutura perfeita e, por isso, recebe a valoração verdadeira. Entretanto, como o conteúdo da proposição não encontra equivalência com a realidade, essa preposição tem valoração de errada.

A organização de proposições pode levar a algumas conclusões, falsas ou verdadeiras.

“Todos os advogados são formados em Direito.”

“Oras, Mévio é formado em Direito.”

“Logo, Mévio é advogado!”

A partir das duas premissas iniciais, não é perfeitamente verdadeira a conclusão de que Mévio é advogado. É possível que Mévio tenha reprovado na prova da OAB; que tenha desistido do exercício da advocacia e se dedicado a outra atividade. É possível que Mévio seja realmente advogado e, até mesmo, seja um dos melhores advogados que existe. Porém, para se concluir sobre a possibilidade de Mévio ser ou não ser advogado, informações adicionais são imprescindíveis.

A conclusão de que Mévio, do exemplo anterior, é advogado constitui um silogismo ou falácia. Silogismo, na filosofia aristotélica, é um conjunto de três proposições que permite obter uma conclusão verdadeira⁴⁷. Já a falácia representa qualquer enunciado ou raciocínio falso que simula a verdade com o objetivo de iludir o interlocutor. Essas definições não são usadas com o mesmo sentido por todos os autores:

“A falácia é um tipo de raciocínio incorreto, embora tenha a aparência de correção. É conhecida também como sofisma ou paralogismo, e alguns estudiosos fazem a distinção entre eles, dando ao sofisma o sentido

⁴⁷ CHAUI, Marilena. **Espinosa – uma filosofia da liberdade**. São Paulo: Moderna, 1995, p. 200.

pejorativo decorrente da intenção de enganar o interlocutor, enquanto no paralogismo não haveria essa intenção.”⁴⁸

Além do conjunto de proposições, o estudo de proposições condicionais é fundamental para o entendimento da lógica jurídica. Em Direito Penal, o preceito primário descreve a conduta tida como infração. O preceito secundário é a pena.

Para ilustrar, o artigo 121 do Código Penal, o preceito primário é “matar alguém”; o secundário é “pena – reclusão, de seis a vinte anos”.

O referido artigo do Código Penal, quando colocado em termos lógicos, toma a forma: “se matar alguém, então recebe pena de reclusão de seis a vinte anos”. Tomando-se por base exclusivamente essa norma penal, apenas o indivíduo que mata alguém recebe a pena descrita no preceito secundário, ou seja, reclusão de seis a vinte anos.

Se o agente provoca qualquer outro resultado diferente de matar alguém, ele não pode receber a pena em questão. Certo que existe possibilidade dele receber a pena descrita por outra norma, por exemplo, a pena correspondente pela lesão corporal. Porém, tendo-se em vista única e exclusivamente o artigo 121 do Código Penal, somente o resultado morte de alguém pode ser considerado para a aplicação da pena de reclusão estabelecida.

No mundo jurídico, não há lógica em se aplicar a pena correspondente ao crime de homicídio para alguém que pratica a conduta de furto, por exemplo. Isso se deve ao fato de que, para as normas penais incriminadoras, o princípio da reserva legal não abre brechas.

Além disso, o princípio da reserva legal igualmente se aplica às circunstâncias agravantes. Para que uma circunstância seja considerada no agravamento da pena, ela também deve estar perfeitamente descrita na norma e o agente precisa tê-la praticado exatamente como estabelecido pelo legislador.

3.3 Aplicação da lógica ao estudo do homicídio

Aprofundando-se no crime de homicídio qualificado, se a norma penal afirma que matar alguém por um motivo fútil é apenado com maior sanção, ninguém está autorizado a fazer adições de elementos normativos não previstos

⁴⁸ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Introdução à Filosofia**. 2 Ed. São Paulo: Moderna, 1993, p. 83.

pelo legislador e não expressos na primeira proposição, que seja a “ausência de motivo”.

A princípio, essas considerações não provocam grandes dificuldades quanto à aplicação. Se o indivíduo cometeu a conduta, então a pena deve ser aplicada sem muitas discussões adicionais. Entretanto, o Direito é uma ciência humana. A depender do julgador, incluindo-se o conselho de sentença no Tribunal do Júri, um fato pode ser enquadrado na norma penal e para outros julgadores não. Daí deriva o livre convencimento dos juízes entre duas teses oferecidas pelas partes. A verdade surge quando um das partes convence o julgador de que a prova apresentada é realmente fiel aos fatos. Porém, não se admite a colheita e apresentação de provas ao arrepio da Lei.

Cintra⁴⁹, ao atentar para as limitações da admissibilidade de provas em um processo, afirma que são ensejadores hábeis a enjeitar as provas: os que não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas para justificar seu acolhimento em juízo; os que apresentam riscos elevados de fraudes e manipulações; e os que ofendem o princípio da dignidade de quem lhes ficasse sujeito. Além disso, a prova constitui instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.

Portanto, para que ocorra a condenação do acusado de homicídio é necessário apresentar provas legais de ocorrência do crime e de autoria do fato. Se a denúncia pede agravamento da pena por qualquer circunstância descrita na Lei, então, igualmente, deve-se provar que a agravante realmente ocorreu.

Sendo o motivo fútil uma qualificadora no crime de homicídio, então a acusação deve, obrigatoriamente, provar que o fato foi cometido nos moldes dessa. Não se pode admitir que o órgão acusador peça condenação pelo motivo fútil, quando o motivo for desconhecido. Não faz sentido qualquer classificação de um motivo que sequer é conhecido.

⁴⁹ CINTRA, Antônio Carlos; Ginover, Ada Pellegrini e Dinamarco, Cláudio Rangel. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 371.

Da mesma forma, para considerar um motivo como ausente é necessário demonstrar que ele não ocorreu. Entretanto, dizer que o motivo não ocorreu é absolutamente diferente de falar que ele, o motivo, não foi encontrado ou sequer investigado.

Para que não reste dúvida, veja-se o seguinte conjunto de proposições:

I – Se o motivo é identificado, então ele existe.

II – Oras, o motivo não foi identificado.

III – Logo, o motivo não existe!

Esse silogismo revela a ardil falácia frequentemente utilizada para iludir o julgador do crime de homicídio qualificado pelo motivo fútil. Percebe-se claramente que a primeira proposição é correta e verdadeira, afinal, identificar o motivo é a maior prova de que ele realmente existe. A segunda proposição pode indicar a falha da investigação dos reais motivos que conduziram o agente a praticar o crime. A não identificação do motivo abre duas possibilidades lógicas: ou ele existe, porém não foi identificado, ou não existe e, por isso mesmo, não foi possível realizar a sua identificação. Assim, a conclusão apresentada na terceira proposição é falsa.

Igualmente, a denúncia que conclui pela ausência de motivo apoiada no fato de não ter sido identificado é falsa. O máximo que uma denúncia poderia concluir é que o motivo verdadeiro não foi encontrado, porém, a conclusão de inexistência de motivo jamais poderia ter sido obtida.

Pode parecer que tais discussões são preciosismos lógicos. Porém, o efeito na pena do acusado é relevante. A conclusão falaciosa ofertada em uma denúncia desse tipo desencadeia um erro de igual gravidade: se o motivo fútil é apenado com maior sanção, então constitui uma aberração jurídico-penal deixar de agravar do mesmo modo o homicídio gratuito. Obviamente, tal raciocínio é falso, pois partiu da premissa errada de que o crime foi cometido com ausência de motivo.

3.4 A verdade jurídica

O termo *verdade* não é absoluto. Existem vários tipos de verdades: material, formal, analítica, sintética, ideal, divina, de fato, etc. Já o direito romano não aceitava a existência de mais de uma verdade. Um brocado romano dizia que: *veritas est indivisa et quod non est plene verum non este semiplene verum sed plene falsum* (A verdade é indivisível e aquilo que não é plenamente verdadeiro não é semi-verdadeiro, mas plenamente falso).

Chauí não ignora a diversidade das concepções de verdade, porém ela consegue identificar pontos comuns entre elas:

“Veracidade, isto é, o conhecimento não pode ser ideologia, ou, em outras palavras, não pode ser máscara e véu para dissimular e ocultar a realidade servindo aos interesses da exploração e da dominação entre os homens. Assim como a verdade exige a liberdade de pensamento para o conhecimento, também exige que seus frutos propiciem a liberdade de todos e a emancipação de todos; a verdade deve ser objetiva, isto é, deve ser compreendida e aceita universal e necessariamente, sem que isso signifique que ela seja “neutra” ou “imparcial”, pois o sujeito do conhecimento está vitalmente envolvido na atividade do conhecimento e o conhecimento adquirido pode resultar em mudanças que afetem a realidade natural, social e cultural”.⁵⁰

O Código de Processo Penal não define o que é *verdade*, mesmo porque isso nem é função dele. Porém, a verdade como finalidade do processo pode ser observada em diversos momentos do diploma, como por exemplo, o artigo 217, que autoriza a retirada do réu quando a presença dele intimidar o testemunho e, portanto, a verdade do depoimento.

Essa recomendação está alinhada com o pensamento de Chauí, onde a verdade exige a liberdade de pensamento. Além disso, a verdade deve ser objetiva. No direito, essa objetividade pode ser entendida como correspondência entre o fato ocorrido e a demonstração por meio de provas.

A verdade proposta pelos romanos antigos pode ser inalcançável. Mesmo tendo-a como impossível, Badaró bem salienta que não é possível abrir mão da busca da verdade, pois se trata do único critério para se chegar a uma decisão justa: “O juiz deve procurar atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante

⁵⁰ CHAUI, Marilena. **Espinosa – uma filosofia da liberdade**. São Paulo: Moderna, 1995, p.134.

da certeza de sua ocorrência – ou inoocorrência –, realizar a justiça do caso concreto.”⁵¹

A busca da verdade consiste na eliminação do erro e do equívoco pelo caminho da não-contradição, mas essa eliminação, por mais que se faça, leva apenas a verdades parciais, embora seu alvo seja a verdade plena⁵². Desta forma, a verdade que deve ser procurada no processo penal é a ideia que se tem do real. Para o filósofo essa verdade é chamada de *verdade ideal*, enquanto no Direito é chamada de *verdade real*.

Mirabete⁵³ alerta que, apesar de algumas poucas exceções, no direito processual penal brasileiro vigora o princípio da verdade real e se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil.

Assim, costuma-se diferenciar verdade formal de verdade material. A verdade formal é a aplicada no direito civil, em contraposição à busca no processo penal. Visto que o direito não permite a utilização de provas ilícitas ou ilegítimas e que a verdade é una, a dicotomia entre verdade formal e material é desgastada⁵⁴.

3.5 Refutação jurídica

A lei penal contém uma norma, que é uma ordem estatal dirigida a todos os cidadãos, no sentido de fazer ou não fazer alguma coisa. A lei deve ser clara e quanto a isso já se pronunciou Beccaria:

“Quanto maior for o número dos que entenderem e tiverem nas mãos o sagrado código das leis, tanto menos frequente serão os delitos, pois não há dúvidas de que a ignorância e a incerteza das penas contribuem para a eloquência das paixões.”⁵⁵

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal** – Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 196.

⁵² ROZA-GARCIA, Luiz Alfredo. **Palavra e verdade na filosofia e na psicanálise**. 5 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 17.

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44.

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal** – Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 197.

⁵⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 35.

Perceba-se que no discurso de Beccaria, ele não faz afirma, nem implicitamente, que existe um único entendimento do “sagrado código das leis”. Isto porque o Direito consiste em um objeto cultural. A certeza das ciências naturais afirma que “1 + 1” é “2” em qualquer lugar do mundo e em qualquer língua que se use. Já o Direito se expressa em valores. Os valores implícitos em uma lei podem sofrer diversas interpretações. Essa é a razão das enormes divergências interpretativas, doutrinárias e jurisprudenciais⁵⁶.

Entretanto, quando a Lei fala claramente que o homicídio cometido com o motivo fútil ou o torpe deve ser apenado com mais gravidade, ela não deixa espaços para que qualquer outro motivo receba maior sanção. Desta forma, ainda que se considere possível ocorrer um homicídio com ausência de motivo, não se pode agravar a pena com fundamento na analogia.

⁵⁶ MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 89.

4 HERMENÊUTICA

Como visto até aqui, o homicídio cometido por motivo fútil é apenado com mais severidade. Neste capítulo, discute-se como os métodos de interpretação podem ser aplicados ao estudo do crime de homicídio qualificado pelo motivo fútil.

Na mitologia antiga (grega e romana), Júpiter era o pai dos deuses e dos homens. A morada dos deuses era o Monte Olimpo, na Tessália. Quando convocados, todos os deuses compareciam ao palácio de Júpiter. Hermes (mercúrio) era filho de Júpiter com Maia, era o deus do comércio, da luta, da ginástica, da ladroeira e de tudo que exigisse destreza e habilidade. Além disso, dada sua habilidade e velocidade, Hermes era o mensageiro de Júpiter e a ele era atribuída a tarefa de fazer a comunicação entre os demais deuses e os homens⁵⁷.

Etimologicamente, *hermenêutica* significa “próprio (a) de Hermes”. Inicialmente o termo era empregado à Teologia, como sendo a arte de interpretação das Escrituras Sagradas ou daquele conhecimento que não se apresenta de forma clara.

No Direito, hermenêutica jurídica refere-se a todo processo de interpretação e aplicação da lei que implica compreensão total do fenômeno que requer solução.

O jurista Amauri Mascaro, sintetiza as técnicas de interpretação usadas em todas as áreas do direito:

- “a) Interpretação gramatical: consiste na verificação do sentido exato do texto gramatical das normas jurídicas, do alcance das palavras empregadas pelo legislador;
- b) Interpretação lógica: estabelece uma conexão entre os diferentes textos legais, supondo os meios fornecidos pela interpretação gramatical;
- c) Interpretação teleológica: volta-se para a procura do fim objetivado pelo legislador;
- d) Interpretação extensiva: ocorre quando a fórmula legal é menos ampla do que a *mens legislatoris* deduzida;
- e) Interpretação restritiva: supõe que o legislador usou expressões mais amplas do que seu pensamento;
- f) Interpretação autêntica: também denominada legal ou legislativa, é aquela que emana do próprio órgão que estabeleceu a norma;

⁵⁷ BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**. 20 ed. Tradução de David Jardim Júnior. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 9-15.

g) interpretada declarando seu sentido e conteúdo por meio de outra norma jurídica.”⁵⁸

Essa classificação não é rígida. Alguns autores afirmam que, por exemplo, a Interpretação Lógica é inserta na teleológica. Neste sentido, Damásio conceitua:

“Interpretação lógica ou teleológica
É a que consiste na indagação da vontade ou intenção objetivada na lei. Na maioria dos casos, a simples perquirição gramatical não é suficiente para exteriorizar a extensão e compreensão da norma, sendo necessária uma pesquisa mais profunda, mais rica em subjetividade, que indique qual a real finalidade de sua elaboração.”⁵⁹

Ney Teles ainda acrescenta dois métodos de interpretações:

“Interpretação doutrinária: é a realizada pelos juristas, pelos estudiosos, pelos cientistas do Direito;
Interpretação judicial: é a realizada pelos juízes e pelos tribunais, quando do julgamento dos casos concretos.”⁶⁰

Pois bem, analisando-se cada um dos métodos de interpretação ao artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal (por motivo fútil), tem-se que:

4.1 Interpretação gramatical

Segundo Houaiss

“motivo: s. m. razão de ser, a causa de qualquer coisa < o m. do seu mal-estar é essa instabilidade social > 1.1 DIR. PEN causa moral ou material de um crime. 1.2 JUR a razão ou conjunto de razões expostas em uma decisão judicial; fundamento, justificativa 2 explicação para ações de alguém; intenção, intuito < depois da perda do título, seu único m. era voltar ao ringue > 2.1 o que leva alguém a mudar de atitude; escopo, motivação < cedo tinha como m. na vida livrar-se da dependência paterna > 2.2 o que dá força psíquica, põe alguém em prontidão para a ação; incentivo, mobilização < em sua ação social, o mais forte m. era a fé >”⁶¹

Portanto, motivo é a causa de qualquer coisa. No homicídio, motivo é aquilo que leva o autor a matar.

⁵⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 322.

⁵⁹ JESUS, Evangelista Damásio de. **Direito penal – parte geral**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 41.

⁶⁰ TELES, Ney Moura. **Direito penal**. P. 4. Disponível em: <<http://www.neymourateles.com.br/direito-penal/wp-content/livros/pdf/volume01/6.pdf>>. Acessado em 14 fev. 2012, às 20:47.

⁶¹ HOUAIS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.968.

Já fútil é definido como:

“adj. s. **1** que ou o que não tem importância ou mérito; inútil, superficial **2** que ou o que tem aspecto enganador, não inspira confiança, não tem constância; frívolo, leviano < *atitudes, gestos f.* > n adjetivo de dois gêneros **3** que não tem valor; insignificante < *pretextos f., razões f.* > **4** que não tem fundamento, profundidade; tolo, pueril < *não conseguiu amadurecer seu projeto, acabou descartando-o por f.* >”⁶²

Desta forma, *motivo fútil* é aquele sem importância, leviano, sem profundidade, que não tem valor. Portanto, não há como adjetivar um motivo que não existe. Constitui-se flagrante insensatez tentar classificar algo que pretensamente não existe. Falar que a “ausência de motivo” é motivo fútil equivale ao absurdo de afirmar que “Eu não tenho um carro. Mas, este carro (que eu não tenho) é pequeno.” Se o motivo pode ser qualificado como frívolo, de pouca importância, tolo, etc. é porque ele existe e não se pode falar em “ausência” do motivo.

4.2 Interpretação lógica ou teleológica

O Código Criminal do Império inaugurava a sua Parte Especial tipificando os crimes contra o Estado e a encerrava com os crimes contra a pessoa. O Código Penal Republicano seguiu a mesma ordem e somente com o Código Penal de 1940 essa hierarquia de valores foi rompida. Com efeito, o atual Código Penal inicia a Parte Especial tratando dos crimes contra a pessoa e a encerra com os crimes contra o Estado, colocando o ser humano como epicentro do ordenamento jurídico.⁶³

O termo *homicídio* foi adotado no código de 1890. O código atual reproduz a nomenclatura, ao contrário dos diplomas alienígenas, que, não raro, usam o termo *assassinato*.⁶⁴

Flávio Barros define o homicídio como sendo:

“A morte de um homem causada por outro homem. É desnecessário se afirmar que se trata de morte injusta à medida que todos os delitos

⁶² HOUAIS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.409.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte especial**, Vol. 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 27.

constituem uma ação injusta. A expressão “outro homem” na definição se mostra necessária para diferenciá-lo do suicídio. O homicídio é o delito máximo, por excelência, pois atenta contra a vida humana, bem jurídico supremo, do qual irradiam todos os demais. O núcleo do tipo é o verbo “matar”, consiste em provocar a morte da vítima, que pode ser praticado de diversas formas, admitindo, portanto, uma infinidade de meios executórios.”⁶⁵

Três são as modalidades do crime doloso em análise: homicídio simples (art. 121, *caput*); homicídio privilegiado (art. 121, § 1º); e o homicídio qualificado (art. 121, § 2º).

A diferenciação entre essas três modalidades surgiu na França, em 1832, com a finalidade de temperar a excessiva rigidez do Código napoleônico, tornando possível a avaliação de certas condições de fato e de certos pormenores de culpabilidade não previstos.

A diferenciação das circunstâncias esteve presente nos Códigos de 1830 e 1890. O de 1940 condescendeu com o arbítrio judicial – postulado da nova criminologia.⁶⁶

Na nova criminologia, diversas teorias surgiram para justificar e aplicar sanções diferenciadas de acordo com as variadas circunstâncias que acompanham os delitos: metafísica especial, enocomistas e guerreiros, política, judiciária, extrínseca e intrínseca.

A partir dessas teorias, dois sistemas que versam sobre as circunstâncias surgiram. O primeiro deixava ao juiz a incumbência de identificar e aplicar a pena de acordo com a situação posta, os critérios diretivos para a avaliação das circunstâncias eram dados pela própria lei. Já no segundo sistema, todas as circunstâncias eram explícitas na lei e não caberia ao juiz aplicar qualquer interpretação mais flexível.

O Código de 1940 utilizou-se de um sistema híbrido, no qual as circunstâncias são taxativamente aquelas expressas na lei, porém cabe ao juiz identifica-las no caso concreto e aplica-las dentro das balizas legais. A garantia de

⁶⁵ BARROS, Flávio. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 8.

⁶⁶ LYRA, Roberto. *In* HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 2. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense 75, 1979, p. 260.

coerência entre o preceito legal e o arbítrio judicial seria, em tese, dada pela exigência de fundamentação da sentença.

A comissão ministerial responsável pela elaboração do Código atual viu-se obrigada a decidir entre a infinita lista de condutas necessárias para abarcar todas as situações criminosas com as respectivas circunstâncias – casuismo das circunstâncias – ou remeter à jurisprudência o fardo da questão de decidir.⁶⁷

A contingência atendeu aos dois sistemas e, assim, as atenuantes e agravantes judiciais, isto é, captadas pelo juiz, deram origem ao artigo 42 daquele Código:⁶⁸

“Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

- I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;
- II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.”

Já o sistema legal, na forma de rol taxativo de condutas e elementos psíquicos agravantes ou atenuantes, foi atendido pelo artigo 44 e 48, respectivamente, do mesmo diploma:

“Art. 44. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

- I - a reincidência;
- II - ter o agente cometido o crime:
 - a) por motivo fútil ou torpe;”⁶⁹

Roberto Lyra ainda esclarece que naquele Código, o art. 42 orientava e esclarecia o juiz, enquanto os art. 44 ao 48 obrigavam à consideração de certos aspectos que o legislador frisava e concentrava revelação genérica do estado perigoso. Porém, na apreciação das provas dessas circunstâncias peremptórias, intervinha a livre apreciação do juiz.

Para tanto, a pesquisa das circunstâncias, como já reconhecia o revisor do Código, era, e assim permanece, complexa, ampla, minuciosa e profunda.

⁶⁷ LYRA, Roberto. *In HUNGRIA*, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 2. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense 75, 1979, p. 274.

⁶⁸ BRASIL. *Decreto-lei N° 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>>. Acessado em 22 fev. 2012, às 12:00.

⁶⁹ **Nota do autor:** Art. 61 no Código Penal atual.

Em cada espécie, diante do criminoso e mediante as provas, a adaptação da pena resolveria quaisquer dúvidas pelos princípios gerais e pela lógica das coisas.⁷⁰

O zelo com o qual o Código de 1940 foi elaborado e revisado partia do princípio de que as elementares dos crimes seriam tratadas com igual esmero pelos operadores do direito. Entretanto, quando se observa, na atualidade, uma denúncia com pedido de condenação por homicídio qualificado pelo motivo fútil, sem a indicação e a demonstração de que assim agiu o acusado, nenhuma outra conclusão pode-se chegar senão a de que o desvelo esperado pelo Ministério Público foi secundarizado.

Se isso não fosse grave *per se*, aquele órgão, reconhecidamente tido como o fiel fiscalizador da lei, o Ministério Público, ainda encontra guarida, junto à parte do judiciário, à tese pouco crível, na qual a efetiva ausência não é do motivo do crime, mas sim da merecida perquirição dos verdadeiros móveis do agente.

O verdadeiro fim da pena mais alta no homicídio qualificado é, naturalmente, aplicar maior reprimenda aos delitos cometidos por impulsos execráveis. Assim, a tentativa de se aplicar maior sanção aos casos em que os motivos são ignorados impugna o espírito do qual se imbuíram os legisladores e juristas responsáveis pelo Código Penal, com destaque para os preceitos secundários do homicídio.

4.3 Interpretação extensiva

A interpretação extensiva é usada quando o intérprete entende que o alcance da norma é maior do que o texto legal. Em regra, ela somente é usada para ampliar os direitos e garantias individuais. Entretanto, há alguns casos raros, isolados, em que o intérprete deu maior alcance à norma penal para incriminar o acusado. Por exemplo:

“CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11. 466/2007. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1.

⁷⁰ LYRA, Roberto. *In HUNGRIA*, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 2. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense 75, 1979, p. 277.

Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional. 2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis.”⁷¹

Mesmo em casos especiais, a interpretação não pode se desvirtuar da vontade da lei. Visto que a interpretação extensiva excepcional ataca o princípio da reserva legal, deve o intérprete ponderar sobre quais princípios são mais preponderantes na ampliação do alcance da norma.

Ao considerar que um preso do regime fechado que está na posse de acessórios de aparelhos celulares sofre a pena correspondente ao preceito secundário que incrimina a posse do aparelho, o intérprete da norma considerou que o princípio da razoabilidade deve prevalecer aos princípios da taxatividade e reserva legal, no caso concreto.

Entretanto, o mesmo raciocínio não pode ser aplicado indiscriminadamente a todos os casos. Deste modo, não parece razoável afirmar que a *mens legis*, implicitamente, engloba a “ausência de motivo” ou o desconhecimento do motivo no motivo fútil.

Neste sentido, esclarecedoras são as palavras do professor Flávio Gomes:

A interpretação extensiva em regra não é permitida em Direito Penal. Ela somente é admissível quando fica claro que a situação concreta se ajusta indubitavelmente ao sentido do texto legal. É a vontade da lei que manda (não a vontade do legislador e muito menos a do intérprete). Nenhum intérprete pode ampliar o sentido do texto legal. Pode revelá-lo, nunca ampliá-lo, em matéria penal e contra o réu.⁷²

Por fim, o estudo do art. 121, § 2º, inciso I pode ser elucidativo. Quando o legislador desejou dar mais flexibilidade à interpretação da norma, ele o

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 106481 / MS - Mato Grosso do Sul. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28celular+reserva+legal+interpreta%E7%E3o+extensiva%29+%28%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORV%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORA%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Julgado em 08/02/2011. Acessado em 22 fev. 2012, às 20:58.

⁷² GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal** – parte geral, vol.1, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 164.

fez explicitamente. Assim, o homicídio qualificado pela torpeza ocorre quando a paga ou promessa de recompensa é o motor do crime, ou outro motivo torpe. Essa mesma autorização de interpretação analógica não é observada na norma que trata do motivo fútil. Em outras palavras, não há a expressão “ou outro motivo fútil” no texto legal porque não era essa a vontade do legislador.

Essa roupagem que se tenta vestir na norma não pode ser concebida como interpretação, mais se assemelha à “*Nova roupa do rei*” de Hans Christian Andersen, na qual somente os mais inteligentes são capazes de ver a legalidade dessa hermenêutica. A *pseudointerpretação* almejada se adequa perfeitamente ao que o Ministro Carlos Ayres Britto chama de “salto triplo carpado hermenêutico”.

A inserção da ausência ou desconhecimento de motivo na qualificadora pelo motivo fútil é, na verdade, criação de lei penal e, portanto, perigosa extrapolação de competência constitucional.

4.4 Interpretação restritiva

É usada quando há o entendimento de que o legislador usou termos mais amplos do que queria e, por isso, o escopo da norma deve sofrer limitação. No estudo da aplicação da norma que agrava o homicídio pelo motivo fútil, não cabe esse tipo de interpretação.

4.5 Interpretação autêntica

A Exposição de Motivos do Código Penal explica que no homicídio qualificado as circunstâncias são aquelas que revelam maior periculosidade ou extraordinário grau de perversidade do agente. Logo a seguir ele fala que o motivo fútil é a qualificadora que, pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime.⁷³

Assim, percebe-se que o legislador confirma a necessidade de que haja motivo, ainda que ínfimo, para qualificar o crime. Além disso, a maior reprimenda estatal nas infrações penais mais graves e que revelam maior periculosidade do agente é consoante com o princípio da proporcionalidade.

⁷³ CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Código Penal**. Lei 2.848/1940. Item 38.

Por outro lado, a subsunção perfeita à moldura penal é condição imprescindível. Portanto, se não houver motivo fútil e este não for efetivamente demonstrado, não há que se falar na aplicação da sanção correspondente. Se não há motivo, então não há motivo fútil e o homicídio é simples, desde que não seja qualificado por outras circunstâncias.

Como a própria Exposição de Motivos do Código Penal afirma, antes do diploma penal vigorar, por mais de um ano, penalistas renomados da época examinaram exaustivamente o projeto de lei, dentre eles Néelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra. A “ausência de motivo” como qualificadora não entrou no rol do homicídio qualificado porque os legisladores anuíram com a tese de que nenhum crime ocorre sem motivo que lhe dê causa. Contra essa ideia, poder-se-ia questionar se o assunto não teria passado despercebido àqueles juristas e, portanto, faz-se necessário atualizar a interpretação dada ao dispositivo em questão. A resposta é dada exatamente por um doutrinador que fez parte da comissão que revisou o diploma, o próprio Néelson Hungria:

“Os *motivos determinantes* constituem, no direito penal moderno, a pedra de toque do crime. Não há crime *gratuito* ou sem motivo e é no motivo que reside a significação mesma do crime. O motivo é o “adjetivo” do elemento moral do crime. É através do “porquê” do crime, principalmente que se pode rastrear a personalidade do criminoso, e identificar a sua maior ou menor anti-sociabilidade. Para regular e *individualizar* a medida da pena, não basta averiguar o valor psicológico do réu, a maior ou menor intensidade do dolo ou a quantidade do dano ou perigo de dano: é imprescindível ter-se em conta a *qualidade* dos motivos impelentes.”⁷⁴

Para refutar definitivamente a tese de homicídio sem motivo, Hungria faz uma crítica irônica e ácida aos adeptos desse absurdo. Ele admite a possibilidade de alguém matar gratuitamente, porém, apenas na literatura de André Gide, *Os subterrâneos do Vaticano*. Uma vontade consciente exercendo-se sem motivo ou como causa exclusiva de si mesma é, ainda para Néelson Hungria, qualquer coisa como o milagre da levitação e, para crer nisso, tem de se crer também que o barão de Munchausen realmente se tirou do atoleiro, a si e a seu cavalo, puxando pelo próprio topete.

⁷⁴ HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 5. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense 75, 1979, p. 122.

Porém, Hungria não ignorava as dificuldades que poderiam advir na busca dos verdadeiros motivos de um homicídio. Aliás, ele já antevia essa amofinação até mesmo na pesquisa distintiva entre dolo e culpa. Persistindo a dúvida, também Hungria já oferecia a solução:

“Como reconhecer-se a *volutas ad necem* (vontade de matar)? Trata-se de *factum internum* (fato interno), e desde que não é possível pesquisa-lo no “foro íntimo” do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato. O sentido da ação (ou omissão) é, na maioria dos casos, inequívoco [...]. É sobre pressupostos de fato, em qualquer caso, que há de assentar o processo lógico pelo qual se deduz o dolo distintivo do homicídio.[...]. Se o fato, com seus elementos sensíveis, é equívoco, ou se já dúvida irreduzível, ter-se-á, então, de aplicar o *in dubio pro reo*, admitindo-se a hipótese menos grave.”⁷⁵

Portanto, ocorrendo dúvidas na identificação dos motivos do crime, deve-se aplicar a pena menos gravosa. Se a dúvida for entre homicídio doloso e culposo, admite-se o homicídio culposo; se for sobre o acusado ter ou não ter agido com motivo fútil, então não se admite a tese de motivo fútil.

Os mais críticos poderiam argumentar que essa visão de Nélson Hungria era isolada e que ele não foi o único responsável pelo Código Penal.

Essa crítica seria pertinente, se não fossem as lições de outro revisor do Código Penal, Roberto Lyra, na obra do próprio Hungria:

“A circunstância é, pela própria natureza, subjetiva [...]. A cota dos fatores endógenos no crime é um dos critérios para estimar a periculosidade, porque revela a marca, o coeficiente pessoal. Se ignorado o motivo do crime, não se pode computar a agravante, muito menos, a causa de aumento de pena [...]. É preciso ter em vista a fonte de onde o agente tirou o impulso para agir, embora somente a consequência ulterior ao crime a indique, ou a realidade a esconda. O móvel faz parte do processo intelectual e volitivo.”⁷⁶

Desta forma, Roberto Lyra afasta cabalmente qualquer tese que deseje dar nova interpretação à qualificadora de motivo fútil para o crime de homicídio pela desculpa de que a “ausência de motivo” não foi imaginada pelo legislador original.

⁷⁵ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 5. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense 75, 1979, p. 49.

⁷⁶ LYRA, Roberto. *In* HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 2. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense 75, 1979, p. 282.

4.6 Interpretação doutrinária

Quando se fala em “ausência de motivo” no crime de homicídio, a doutrina apresenta considerável divergência, além de contradição curiosa.

Bitencourt não admite a ocorrência de crime gratuito, sem motivo, como pode ser observado na página 57 de seu livro:

“Os motivos constituem a fonte propulsora da vontade criminosa. Não há crime gratuito ou sem motivo. Como afirmava Pedro Vergara, os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as forças psíquicas”.⁷⁷

Estranhamente, o mesmo autor, na mesma obra, 12 páginas à frente, afirma:

“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 um 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 outra alternativa. Por isso, defendemos, de *lege ferenda*, o acréscimo de uma nova qualificadora ao homicídio: “ausência de motivo”, pois quem o pratica nessas circunstâncias revela uma perigosa anormalidade moral que atinge as raízes da demência.”⁷⁸

Francisco Barros não se atentou para essa falha na doutrina de Bitencourt e a ele aderiu. O grande perigo em se defender o acréscimo da “ausência de motivo” como qualificadora do homicídio é que, mesmo sem previsão legal, muitos homicídios já recebem a pena de qualificado sem análise profunda dos impulsionadores do agente. Com o permissivo legal, formar-se-á o esteio da superficialidade acusatória e decisória.

Nas palavras de Bitencourt, não há crime sem motivo ou gratuito. Se acatada a sugestão do jurista gaúcho, certamente acusadores e julgadores farão uso do dispositivo diante de ínfima dúvida acerca dos verdadeiros motivos, em detrimento ao princípio do *in dubio pro reo*.

⁷⁷ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal** – parte geral. Vol. 1, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 68.

O comportamento que Bitencourt afirma revelar “anormalidade moral que atinge as raias da demência” é incorreto. Pois, mesmo os loucos agem motivados, seja porque vozes os mandam matar, porque creem que irão tornar o mundo mais pudico ao eliminarem determinadas pessoas, seja por sadismo ou qualquer outro motivo que precisa ser pesquisado por peritos, analisado em juízo e, se realmente houver demonstração segura de se tratar de distúrbios psiquiátricos, a própria lei fornece a solução: medida de segurança – para garantir a égide tanto do agente quando da sociedade.

Tome-se, por exemplo, a condenação de um psicopata que é condenado por homicídio qualificado por motivo fútil em que não houve identificação dos motivos do crime. Por maior rigidez que tenha a Lei de Crimes Hediondos, cumprida a pena, o psicopata será colocado em liberdade após o cumprimento da pena. Solto, presentes ainda estarão as afecções da alma do psicopata e, portanto, em risco estará a sociedade.

Ilana Casoy fala, inclusive, que muitos assassinos em série sofrem de dissociação de personalidade (verniz) para sobreviverem no mundo real, distante das fantasias motoras das barbáries que comentem.

“O fato de controlar seu comportamento para que isso não aconteça mostra que o criminoso sabe que seu comportamento não é aceito pela sociedade, e que seu verniz social é deliberado e planejado com premeditação. É por esse motivo que a maioria deles é considerada sã e capaz de discernir entre o certo e o errado. [...] Seu verniz é tão perfeito que as pessoas na prisão confiam nele e em seu comportamento, sem entender como aquela pessoa tão educada e solícita, calma e comportada, possa ter cometido crimes tão numerosos e violentos.”⁷⁹

É apavorante imaginar que um indivíduo desses estará livre, no máximo após 30 anos de pena, porque uma investigação deficiente não identificou comportamento anômalo, o promotor acreditou que ele praticou homicídio sem motivo e essa tese foi aceita pelos julgadores, seja com ou sem norma penal que fundamente essa cadeia de falhas ou porque a jurisprudência tem aceito a equiparação da “ausência de motivo” ao motivo fútil.

Álvaro Mayrink da Costa, Magalhães Noronha, Néelson Hungria, Luis Regis Prado, Flávio Barros, Fernando Galvão, Roberto Lyra e Guilherme Nucci

⁷⁹ CASOY, Ilana. **Serial Killer – Louco ou cruel?**. 6 ed. São Paulo: Madras, 2004, p. 21-22.

repelem qualquer concepção de crimes sem motivos e refutam, alguns com veemência, a tentativa de equiparação do desconhecimento de motivo ao motivo fútil.

“De outro lado é bastante polêmica a possibilidade de equiparar a ausência de motivo ao motivo fútil. Sustentam alguns que praticar o delito sem qualquer motivo evidencia futilidade, como que não podemos concordar. O crime sempre tem uma motivação, de modo que desconhecer a razão que levou o agente a cometê-lo jamais deveria ser considerado motivo fútil. É possível que o Estado-acusação não descubra qual foi o fator determinante da ação criminosa, o que não significa ausência de motivo. Uma pessoa somente é capaz de cometer um delito sem qualquer fundamento se não for normal, merecendo, nesse caso, uma avaliação psicológica, com possível inimputabilidade ou semi-imputabilidade.”⁸⁰

Noronha é ainda mais incisivo:

“[o motivo fútil] Não chega à ausência, pois todo delito, como ação (em sentido amplo) que é, tem um motivo. O crime *gratuito* é mera lucubração cerebrina de romancistas ou fruto de mente enferma. A futilidade do móvel se afere pela desproporção com o crime.”⁸¹

Fernando Galvão reconhece a dificuldade para se identificar o móvel da conduta criminosa. Porém, com coerência, afirma que não sendo o motivo determinante identificado, não é possível classificá-lo, nem como fútil, nem como torpe:

“Não haveria, assim, crime *gratuito* ou sem motivo. No entanto, a apuração dos motivos do crime não constitui tarefa fácil, e, não se conseguindo identificar os motivos de um crime, não é possível atribuir-lhe a qualidade de fútil ou torpe.”⁸²

Também, nesse sentido:

“Por outro lado, o motivo fútil também qualifica o homicídio (art. 121, § 2º, II). Motivo fútil é o insignificante, de somenos importância, que, em regra, tomando-se por base o *homo medius*, não leva ao crime. É aferido pela gritante desproporção entre o motivo e o crime, considerando-se a sensibilidade moral do homem médio e não na opinião subjetiva do réu. Esclareça-se, porém, que na ausência de motivo, por ser desconhecido o motivo, exclui-se a qualificadora.”⁸³

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 412.

⁸¹ NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**, vol. 1, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 319.

⁸² GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. Niterói, RJ: Impetus, 2004, p. 718.

⁸³ BARROS, Flávio. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 30.

Damásio não aceita a equiparação da ausência de motivo com a futilidade:

“O motivo fútil não se confunde com ausência de motivo. Assim, se o sujeito praticou o fato sem razão alguma, não incide essa qualificadora, nada impedindo que responda por outra, como é o caso de motivo torpe.”⁸⁴

Portanto, incorre no erro de admitir a qualificação por torpeza de um motivo que não existe ou é desconhecido.

Por outro lado, Álvaro Mayrink da Costa traz elementos novos à discussão:

“Entendemos como motivo fútil, em síntese, a ausência real de motivo para a ação delitiva. Nas hipóteses de litígio insignificante costuma-se dizer na linguagem dos tribunais do júri que o autor obrou sem motivos, que na verdade se traduz pelo motivo inadequado para o resultado típico.”⁸⁵

Com embargos, a própria definição de motivo fútil já traz em seu bojo a insignificância. Ao autor faltou esclarecer o que se entende por “ausência real de motivo”. A depender da dessa definição, a ocorrência de motivo real para a conduta delitiva pode tornar o motivo justo ou relevante, e, portanto, o fato deve ser, respectivamente, classificado como homicídio privilegiado ou legítima defesa.

Obscuridade, entretanto, não incorre Mayrink ao afastar a possibilidade de atos desprovidos de motivo: “De outra parte, é de lembrar que inexistem condutas imotivadas. A perversidade constitui motivo torpe.”⁸⁶

Diante da doutrina de Mayrink, faz-se necessário alertar que a perversidade pode constituir doença mental.⁸⁷

Lacônica visão tem Prado: “O motivo fútil não se confunde com a *ausência de motivo* ou com motivo injusto.”⁸⁸

⁸⁴ JESUS, Evangelista Damásio de. **Direito Penal – Parte Especial**, vol.2, 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 99.

⁸⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal – Parte Geral**, vol. 3, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 429.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 432.

⁸⁷ Vide comentários sobre a doutrina de Bitencourt, p.51.

⁸⁸ PRADO, Luis Regis. **Comentários ao Código Penal**, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 398.

Mirabete, em seu Manual de Direito Penal, não enfrenta o tema e se resume a comentar as diferenças entre motivos de relevantes valores morais e os mais censuráveis. O autor aborda a *ausência* de motivo apenas no Código Penal Interpretado, resumindo-se, entretanto, a apresentar jurisprudências, contra e a favor, da equiparação com o motivo fútil.

Já Capez e José Boschi parecem contagiados com a amnésia que assolou Bitencourt e Barros.

Boschi afirma que: “Não há conduta humana desprovida de motivos, finalidade.”, isso na página 212 de seu livro. Já na página 253, da mesma obra, ele afirma:

“Por motivo fútil há que se entender o desproporcional, insignificante, revelador da insensibilidade moral do autor. Mesmo que, por hipótese, alguém cometesse um crime sem motivos, sua conduta, conforme precedentes, seria equiparada à do criminoso que age por motivo fútil.”⁸⁹

Ora, se não existe conduta desprovida de motivo, com máximo respeito, não se pode concordar com a equiparação, ainda que baseada em hipóteses e precedentes, de algo que não existe com algo que está na lei.

Já Capez, na página 33 de seu livro, utiliza as palavras de Nélon Hungria para afirmar que não existe crime sem motivo; enquanto na página 48 do mesmo livro ele afirma: “Matar alguém sem nenhum motivo é ainda pior que matar por mesquinha, estando, portanto, incluído no conceito de fútil.”⁹⁰

Para Luiz Flávio Gomes:

“A ausência de motivo (ou seja: não se descobre a razão do delito) não é mesma coisa que motivo fútil (que exige comprovação efetiva). Ocorrendo a primeira (ausência de motivo), não pode ter incidência o motivo fútil. Quem comete o crime por puro prazer é sádico e isso configura motivo torpe.”⁹¹

⁸⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus critérios de aplicação**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 253.

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – parte especial**, vol. 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33 e 48.

⁹¹ GOMES. Luis Flávio; GARCÍA, Antônio; e MOLINA de Pablos. **Direito Penal – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 735.

Percebe-se que o professor Gomes comete venial pecado ao afirmar que ausência de motivo se confunde com desconhecimento de motivo. Salienta-se, porém, que para ele, ausência de motivo e motivo fútil não se equiparam. Já a equiparação entre sadismo e motivo torpe deve ser vista com cautela, pois, com já comentado, a depender do grau de sadismo, pode ser o agente doente mental e, portanto, inimputável.

5 ALGUNS CASOS RELATIVOS AO TEMA

Neste capítulo é apresentado o primeiro caso real de homicídio supostamente cometido sem motivo, caso esse ocorrido nos Estados Unidos. A seguir, são estudados três casos igualmente reais, porém cometidos no Brasil, para mostrar como o conceito de homicídio cometido com ausência de motivo é aplicado nos tribunais.

5.1 O caso Leopold e Leob

A literatura de Nietzsche era a grande moda do início do século XX. Um jovem em especial, Nathan Leopold, se deixou influenciar por aquele filósofo alemão, porém de forma perniciosa. Leopold era superdotado e falou pela primeira vez aos quatro meses de idade; aos 19 já era formado e fazia o segundo curso superior, Direito.

Richard Leob era amigo íntimo de Leopold. Algumas investigações da época apontam para a existência de uma relação homossexual forte entre os dois. Leob formou-se em História e era o mais jovem a receber um título de graduação na Universidade de Michigan. Ele pretendia cursar Direito ao terminar algumas pós-graduações.

Na crença de serem superiores a qualquer outra pessoa, Leob e Leopold sequestraram o jovem Frank, de 13 anos, retalharam seu corpo e o mataram sufocado com uma meia. Após o assassinato, os dois homicidas levaram o corpo de Frank para uma região isolada de Indiana e espalharam ácido clorídrico no cadáver com intuito de dificultar a identificação. Voltaram para casa e fizeram um pedido de resgate aos pais de Frank. Após escreverem o bilhete, Leopold destruiu a máquina de escrever.

Antes dos pais de Frank pagarem o resgate, um imigrante polonês encontrou o corpo da vítima. Junto ao corpo foi encontrado um óculos feito do casco de tartaruga e um mecanismo de mola bastante raro. Na verdade, apenas um optometrista receitava aquele tipo de óculos em Michigan e informou que naquele estado apenas três pessoas tinham um óculos como aquele, um deles era Leopold.

Uma busca policial revelou um trabalho de faculdade que Leopold fez em que os sinais da máquina datilográfica coincidiram perfeitamente com os do bilhete do resgate. Além disso, ao deporem, os jovens afirmaram que na noite do crime ficaram passeando de carro pela cidade na companhia de duas mulheres desconhecidas. Porém, esse álibi foi desmentido pelo motorista da família, pois o carro estava sendo consertado e não tinha condições de sair da garagem.

Pressionados pela polícia, os dois confessaram. No primeiro julgamento a ganhar o título de “julgamento do século”, todos esperavam que o melhor advogado da época iria alegar insanidade mental de seus clientes. Mas, isso não aconteceu e os acusados se declararam culpados para evitar o tribunal do júri e, portanto, a provável imposição da pena capital.

Para a defesa, o motivo do crime foi a obsessão que os dois jovens tinham em praticar um crime perfeito e fortalecerem os laços homossexuais. O defensor ainda alegou que Leopold e Loeb sofriam de distúrbios delirantes e de grandeza, mas que agiram influenciados, inermes, pela obra de Nietzsche, em especial “*Além do bem e do mal*”. O advogado de defesa ainda alegou que Loeb recebeu uma formação excepcionalmente rígida e religiosa na infância e que, para o réu, o crime seria uma forma de desafiar a autoridade excessiva que sobre ele se estabeleceu.

Já para a acusação, os réus mataram porque temiam ser reconhecidos pelo sequestro, feito para pagar dívida de jogos, e pela índole criminosa. Leopold e Loeb já tinham um passado de pequenos crimes.

Cada um dos réus foi condenado à prisão perpétua pelo homicídio e mais 99 anos pelo sequestro. Em 1936 Loeb morreu na prisão ao tentar manter relações sexuais à força com outro detento. Leopold recebeu condicional após 33 anos de cumprimento da pena e mudou-se para Porto Rico.

O caso dos dois jovens serviu de inspiração para diversas obras, com destaque para o filme “*Compulsion*” (lançado no Brasil com o nome de

“*Estranha compulsão*”), de 1959. O caso também serviu de inspiração de alguns episódios da série “*Law & Order*” e já foi citado no seriado “*Seinfeld*”.⁹²

Afirmar que o homicídio não teve motivo não condiz com o que foi apurado nas investigações. Para eles, a realização do crime perfeito seria a comprovação de superioridade intelectual, um delírio alucinante e narcisista. Não se pode ignorar igualmente a fantasia mórbida e homossexual de praticarem um ato que permaneceria secreta e única entre eles.

5.2 O caso Ivan Silva e Mauro Picanço

O Ministério Público do Amapá denunciou Ivan da Silva e Mauro Picanço Júnior pela prática de homicídio qualificado pelo motivo fútil. Segundo a denúncia, no dia 12 de outubro de 2008, o primeiro acusado envolveu-se em uma briga contra a vítima, ocasião essa que levou uma paulada na cabeça. Momentos depois, retornou ao local armado e acompanhado do segundo acusado e, juntos, executaram a vítima.

Para o órgão acusador, o motivo fútil estaria presente, pois a ausência de motivo equiparar-se-ia a esta qualificadora.

A defesa do acusado recorreu e conseguiu retirar a qualificadora do motivo fútil. O julgador do recurso da defesa afirmou que:

“Em relação às circunstâncias qualificadoras, alega o MP que o crime foi praticado por motivo fútil porque, em sua opinião, a ausência de motivos equipara-se a esta qualificadora. Evidentemente esta qualificadora tem de ser afastada, porque a ausência de motivo encaixa-se no injusto do crime, e não na futilidade, que seria um plus na prática do homicídio. Não há uma prova sequer que a sustente, ou seja, não existe nenhuma prova de que houve um motivo a justificar uma reação tão desproporcional da ação da ré.”⁹³

Algo que não deixa de provocar certo espanto é o fato do acusador ignorar completamente a briga imediatamente anterior ao homicídio como motivo do

⁹² Universidade do Missouri. The Leopold and Loeb Trial: a brief account. (tradução livre). Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/leoploeb/accountoftrial.html>>. Acessado em 17 fev. 2012, às 17:30.

⁹³ AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Amapá. Ação Penal Pública. Câmara Única. Autor: Ministério Público do Amapá. Réus: Ivan Kelli Souza da Silva e Mauro Jorge de Souza Picanço Júnior. Processo Nº. 0005384-68.2009.8.03.0001 de 19/02/2009. Julgado em 13/12/2010. Disponível em: <<http://www.tjap.jus.br/app/open/consultas/?task=pro>>. Acessado em 16 fev. 2012, às 14:48.

crime. Ou ainda, segundo o Ministério Público do Amapá, uma briga em uma boate, concomitante com uma paulada na cabeça, não se perfila no elemento anímico do agente.

5.3 O caso João Machado

João Felipe Machado foi denunciado por homicídio qualificado por motivo fútil e sem possibilidade de defesa da vítima por ter matado Agnaldo da Silva em 04 de agosto de 2006. Pronunciado e libelado, o réu foi condenado a 13 anos de reclusão, em regime fechado.

O réu recorreu para o Tribunal alegando que a “ausência de motivo” não caracteriza futilidade. O juízo *ad quem*, de relatoria do Des. Edelberto Santiago, ao negar provimento da peça de defesa, entendeu que:

“Malgrado, efetivamente, alguns doutrinadores comunguem desse entendimento, filio-me à corrente que, acertadamente, equipara, para os fins legais, a ausência de motivo ao motivo fútil, qualificadora do crime de homicídio no §2º, inciso II, do art. 121 do Código Penal.

O legislador quis punir com maior severidade aquele que, por egoísmo intolerante, ceifa a vida do outro. Ora, se assim o fez com o motivo banal, maior razão de fazê-lo com ausência do motivo, que traduz a futilidade em seu grau maior, mais grave.

A se admitir a malsinada tese, corre-se o risco de todo homicida afirmar que nenhuma razão tinha para cometer o crime, ao invés de admitir que banal foi sua razão para tanto.

De mais a mais, embora os jurados tenham sido indagados sobre o fato do réu ter agido "sem qualquer motivo", a dinâmica dos fatos acolhe a existência de motivação para o ato, ainda que banal.”⁹⁴

Consta nos autos que réu e vítima não se conheciam e, na noite dos fatos, ingeriam bebida alcoólica em um bar, quando a vítima casualmente olhou para o apelante, que falou "aquele cara tá me encarando demais, e eu não estou gostando". Seguiu-se, então, que o apelante sentou defronte à vítima e passou a encará-la e, em dado momento, interrompendo a conversa da vítima com terceiro, de arma em punho, mirou sua cabeça, à curtíssima distância, e disparou, vindo a efetuar novo disparo, também na cabeça, quando a mesma já se encontrava no chão.

⁹⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal. 1ª Câmara Criminal. Réu: João Felipe Teles Machado. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Julgado em 25/03/2008. Publicado em 04/04/2008. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=188&ano=6&txt_proceso=52711&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=homicídio qualificado futil ausência&todas= &expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=188&ano=6&txt_proceso=52711&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=homicídio%20qualificado%20futil%20ausência&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)>. Acessado em 18 fev. 2012, às 15:39.

A análise desse caso demonstra a existência de motivo: o olhar da vítima. Não se pretende aqui advogar pela legitimidade de tamanha pravidade diante de um mero olhar. Contudo, o olhar não é único. Nos dizeres de Alfredo Bosi: “O olhar condensa e projeta os estados e os movimentos da alma. Às vezes, a expressão do olhar é tão poderosa e concentrada que vale por um ato.”⁹⁵

Os especialistas em morfologia animal bem sabem que uma das grandes diferenças entre predadores e presas é disposição dos olhos. Caninos, felinos e outros predadores naturais possuem os olhos centrados na frente do crânio. Isso permite melhor avaliação da dimensão, velocidade e distância das presas. Já os animais que possuem os olhos posicionados na lateral da cabeça tem ângulo de visão próximo a 360°, próprio para prevenir ataques. Isso explica porque um gado gira a cabeça quando há alguém à frente dele; para permitir que tenham noção da distância e tamanho da pessoa.

Cesar Millan é um dos maiores especialistas em psicologia canina. Em seu livro, “O encantador de cães”, Millan esclarece que:

“Existe como que uma etiqueta no mundo canino que estabelece que, ao encontrarmos um cão, não devemos olhá-lo nos olhos, mas manter a energia calma e assertiva e permitir que o animal se aproxime.”⁹⁶

Certo é que o comportamento canino não pode ser equivalente ao humano. Mas, no sentir de Millan, apesar de homens e animais se desenvolveram de modos diferentes, todos compartilham pontos fracos e fortes.

Além disso, dada a gigante variação cultural da raça humana, constitui absurdo simplista qualquer tentativa de igualar e erigir à condição de inócua e inocente todos os olhares. Em especial na cultura chinesa e japonesa, olhar fixamente nos olhos de um interlocutor é sinal de confronto hostil. Essa atitude precede aos combates de artes marciais.

No Brasil, se por um lado conversar com alguém sem olhar nos olhos demonstra desinteresse, por outro lado, para muitas pessoas essa atitude

⁹⁵ BOSI, Alfredo. **Fenomenologia do olhar**. In NOVAES, Adauto (Org.). Fenomenologia do olhar. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 78.

⁹⁶ MILLAN, Cesar. **O encantador de cães**. 18 ed. Tradução de Carolina Coelho. Campinas, SP: Verus, 2011, p. 98.

pode ser interpretada como uma ameaça, como um predador mirando sua caça. Como exemplo, pode-se imaginar uma pessoa estranha entrando em uma comunidade dominada por traficantes armados de fuzis. Se tal pessoa encarasse fixamente o líder do bando, certamente seria abatida. Talvez, nessa situação, o estranho tivesse maior chance de passar imune se baixasse o olhar, em um claro sinal de submissão.

Duas pessoas encontram-se bebendo em um bar, sob efeito não muito confiável do álcool. Então, uma delas olha para a outra. Pode ser que essa situação seja um “olhar simples”, mas, não se pode se excluir, de antemão, a possibilidade de ter sido um “olhar ameaçador”. Certo que o senso comum indica tratar-se de motivo fútil para o homicídio. Porém, a resposta clara e demonstrada deveria ter sido efetuada pela acusação. A afirmação de que não houve motivo para o crime é, aparentemente, leviana.

5.4 O caso Ednei Brito

No dia 06 de novembro de 2002, Ednei Costa Brito deferiu um golpe de faca em Charles Barbosa da Silva com intuito homicida. A vítima não faleceu por vontade alheia do autor, qual seja o pronto-atendimento médico.

Consta nos autos que:

“Assim, na data, hora e local, acima indicados, a vítima em via pública, conversando com terceira pessoa, foi abordada pelo denunciado o qual, sem qualquer motivo, após aproximar-se da vítima, desferiu-lhe um golpe de faca.

Ressalte-se que o denunciado praticou o crime por motivo fútil, uma vez que não houve desentendimento anterior, entre denunciado e vítima, ou qualquer outro motivo para o crime.”

O juiz pronunciou o réu por homicídio simples, fato esse o qual o Ministério Público insurgiu-se e conseguiu inserir, por voto da maioria da 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, as qualificadoras referentes ao motivo fútil e impossibilidade de defesa da vítima. O réu entrou com embago infringente e conseguiu decisão favorável quanto a retirada da qualificadora de motivo fútil, permanecendo, entretanto, a pronuncia referente à impossibilidade de defesa.

Insistindo na tese de homicídio qualificado pelo motivo fútil, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios recorreu ao Superior Tribunal de Justiça e conseguiu inserir na pronúncia a acusação quanto ao disposto no art.121, § 2º, inciso II do Código Penal.

Segundo depreende-se da ementa da decisão do Superior Tribunal de Justiça, por maioria daquele julgado, a tese de que a equiparação da “ausência de motivo” ao motivo fútil não é manifestamente ilegal e, por isso, somente o juiz natural da causa (o tribunal do júri) pode decidir sobre a causa.

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRONÚNCIA. TRIBUNAL DE JÚRI. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. NÃO CABIMENTO. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA NÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”⁹⁷

Como pode ser constatado, o assunto ainda não é pacífico na jurisprudência. Dentro do mesmo tribunal, julgadores consideram que a “ausência de motivo” se equipara ao motivo fútil; outros não aceitam a tese de homicídio sem motivo e em tais situações entendem que o homicídio é simples.

No caso em análise, testemunhas afirmam que ao se aproximar da vítima, o autor falou “é você!” para, então, deferir o golpe de faca. Considerando-se apenas essa afirmação, não se pode esclarecer o verdadeiro motivo da tentativa de homicídio. O elemento anímico por trás desse “é você!” pode ser: “é você o estuprador da minha filha!” e, assim, o homicídio, provavelmente, seria privilegiado; ou “é você o usuário de drogas que está me devendo expressiva quantia e, por isso, vai morrer!”, o que, talvez, classificasse o homicídio como torpe.

Não se exclui, ainda, a possibilidade do autor do crime ser louco e, ao encontrar a vítima, pensou: “quero matar alguém apenas para saciar meu desejo de matar, como você está na rua, é você quem eu procurava!”. A quantidade de ilações que podem ser propostas para tentar explicar o se passou pela cabeça do agente ao proferir “é você!” é tão ampla quanto a criatividade de quem as formula.

⁹⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 785.831 - DF (2005/0163512-1). 6ª Turma. Relatora: Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). Recorrido: Ednei Costa Brito. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Julgado em 27/05/2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoesmonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=3983140&formato=PDF>>. Acessado em 18 fev. 2012, às 22:29.

Caberia à autoridade policial e ao Ministério Público estudar o caso com a atenção que ele merece, apresentar laudos psiquiátricos, investigar a vida pregressa do acusado, etc. Aparentemente, um indivíduo que esfaqueia seu semelhante, no meio da rua, sem qualquer motivo conhecido pelas autoridades demonstra alta periculosidade, ou não.

Resta destacar o voto da relatora, Desembargadora Jane da Silva:

“Conforme se infere de tais declarações, não houve motivo aparente para a prática delituosa, pois o autor e a vítima não se conheciam. O motivo fútil, como qualquer outra qualificadora, somente deve ser reconhecido se cumpridamente demonstrado. A ausência de motivos somente poderá ser melhor avaliada na fase de fixação da reprimenda, quando da análise das circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal.”

Como pode ser observado, para a desembargadora, o reconhecimento do motivo fútil, assim como de qualquer qualificadora, somente por ser reconhecido se houver demonstração. Essa afirmação, apesar de ser óbvia, ela parece ter sido esquecida por alguns promotores e julgadores. A admissão de inexistência do motivo torna a prova impossível de ser produzida. Caso a pronúncia seja no sentido de equiparar a “ausência de motivo” ao motivo fútil, a condenação do réu, pelo conselho de sentença, será facilitada, ante o desconhecimento profundo dos conceitos jurídicos dos cidadãos que normalmente são jurados.

Isso faz com que a defesa fique extremamente atenta e recorra até a última instância contra a pronúncia que inserir a “ausência de motivo” como qualificadora do homicídio ou da tentativa.

A palavra final sobre como devem ser pronunciados e julgados os homicídios nos quais são ignorados os motivos ainda não foi dada. Porém, tem recebido grande atenção da jurisprudência o voto da Min. Laurita Vaz, do qual transcreve-se, a seguir, pequeno excerto:

“Observa-se, portanto, que o juízo processante, ao afastar a qualificadora do motivo fútil, **fê-lo mediante o cotejo do conjunto-probatório**, ressaltando, expressamente, que *“as provas produzidas não identificaram o motivo que ensejou o crime em questão.”*

Ora, como é sabido, fútil é o motivo insignificante, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral. Não se pode confundir, como se pretende, ausência de motivo com futilidade. Assim, se o sujeito

pratica o fato sem razão alguma, não incide essa qualificadora.”(grifo original)⁹⁸

⁹⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 769.651/SP. 5ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Luís Ricardo da Silva e Nilton César Maia. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em 04/04/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2341704&sReg=200501240296&sData=20060515&sTipo=41&formato=PDF>. Acessado em 19 fev. 2012 às 15:16.

CONCLUSÃO

Não existe ação humana sem motivo. A admissão de homicídio sem nenhum elemento impelidor tem trazido decisões judiciais e teorias divergentes ao mundo do Direito. Como demonstrado no presente trabalho, alguns autores se contradizem ao reconhecer o imperativo motriz da conduta humana e, logo em seguida, afirmarem que há homicídios praticados gratuitamente.

Não obstante, a celeuma cresce significativamente quando se tenta classificar, como fútil ou torpe, um motivo que supostamente não existe. Ao que tudo indica, a vozeria estupefaciente seduz e ecoa na jurisprudência, criando divergência no trato dos casos semelhantes.

Curiosamente, as incisivas palavras de Néelson Hungria, Roberto Lyra e Magalhães Noronha não receberam a devida importância dos julgadores de sua época e a jurisprudência mais antiga pendia para a equiparação da “ausência de motivo” ao motivo fútil. Atualmente, observa-se movimento inverso: autores recentes tem ignorado os ensinamentos dos juristas do passado e, assim, moldam suas doutrinas a partir de jurisprudência anacrônica e absurda. Isso constitui verdadeiro desvirtuamento do papel da doutrina, que seja, discernir a aplicação do direito à luz dos sólidos princípios jurídicos e da eterna lógica que deveria conduzir os pensadores do direito.

Não pode prosperar o pedido da criação da qualificadora “ausência de motivo”, pois todas as ações humanas são precedidas de motivo impulsionador. Há ainda doutrinadores modernos que defendem a criação da qualificadora “motivo desconhecido” para agravar a pena do homicídio. Isso evidencia o desespero da autoridade policial e do órgão acusador para desvendar os verdadeiros motivos que levam a um determinado homicídio.

Homicídio, via de regra, é um erro e seu autor deve ser apenado de acordo com a gravidade de seus atos. Entretanto, ele não pode ser apenado com mais gravidade diante da falha do Estado em investigar as circunstâncias verdadeiras que antecedem ao crime.

Quanto ao órgão acusador, como fiel defensor da lei, cabe mais esmero na elaboração da denúncia para não incorrerem no erro de tentar qualificar

um motivo desconhecido. Se o problema é a excessiva atribuição dos promotores e autoridades judiciais, dificultando análises minuciosas que esses casos merecem, então a luta é por melhores condições de trabalho. Porém, o réu, por pior que seja, não merece pagar pela falha do Estado.

Ao advogado, na sua incansável luta por uma sociedade mais justa, cabe protestar incansavelmente contra qualquer lampejo de imputação indevida de pena, com destaque para o discorrido na presente monografia.

REFERÊNCIA

- AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Amapá. Ação Penal Pública. Câmara Única. Autor: Ministério Público do Amapá. Réus: Ivan Kelli Souza da Silva e Mauro Jorge de Souza Picanço Júnior. Processo Nº. 0005384-68.2009.8.03.0001 de 19/02/2009. Julgado em 13/12/2010. Disponível em: <<http://www.tjap.jus.br/app/open/consultas/?task=pro>>. Acessado em 16 fev. 2012, às 14:48.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Introdução à Filosofia**. 2 Ed. São Paulo: Moderna, 1993.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** – texto integral. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- ARYÈS, Philippe e DUBY, Georges. **História da vida privada**. Vol. 1. Traduzido por Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal** – Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BARROS, Flávio. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal** – Parte Geral. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- _____. **Direito Processual Penal**, Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT. Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal** – parte geral. Vol. 1, 7 ed. São Paulo, 2002.
- _____. **Tratado de Direito Penal** – parte especial, Vol. 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus critérios de aplicação**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BOSI, Alfredo. **Fenomenologia do olhar**. In NOVAES, Adauto (Org.). Fenomenologia do olhar. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>>. Acessado em 22 fev. 2012, às 12:00.
- BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 769.651/SP. 5ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Luís Ricardo da Silva e Nilton César Maia. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em 04/04/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2341704&sReg=200501240296&sData=20060515&sTipo=41&formato=PDF>. Acessado em 19 fev. 2012 às 15:16.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 785.831 - DF (2005/0163512-1). 6ª Turma. Relatora: Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). Recorrido: Ednei Costa Brito. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Julgado em 27/05/2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=3983140&formato=PDF>>. Acessado em 18 fev. 2012, às 22:29.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. RSE 2002.05.1.007383-7. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Lecir Manoel da Luz. Recorrido: Ednei Costa Brito. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Julgado em 09/10/2003. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=jrhtm03&ORIGEM=INTER&PGATU=181658&l=&ID=693862505&OPT=&DOCNUM=1>>. Acessado em 18 fev. 2012, às 21:49.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 66034. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de novembro de 2011. Publicado no DJe.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**. 20 ed. Tradução de David Jardim Júnior. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Agência Câmara de Notícias. Brasília, 2011. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/195843-PROPOSTA-AMPLIA-PENAS-PARA-FORMACAO-DE-QUADRILHA-E-ROUBO-COM-VIOLENCIA.html> Acesso em 11/01/2012. 10:43.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Código Penal**. Lei 2.848/1940. Item 38.

CANOTILHO, José. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – parte especial**, vol. 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito penal – parte geral**, vol. 1, 7 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

CASOY, Ilana. **Serial Killer – Louco ou cruel?**. 6 ed. São Paulo: Madras, 2004.

CASTRO, Lages Flávia. **História do direito geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAUI, Marilena. **Espinosa – uma filosofia da liberdade**. São Paulo: Moderna, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos; Ginover, Ada Pellegrini e Dinamarco, Cláudio Rangel. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal – Parte Geral**, vol. 3, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução Paulo Neves. 3 edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Sérgio Valadão. **Curso de direito constitucional**, 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 31 ed. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. Niterói, RJ: Impetus, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal – parte geral, vol.1**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direito Penal – parte geral, vol.2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. I, 9 ed. Niterói: Impetus, 2007

HOLTHE, Van Leo. **Direito Constitucional**. 5 ed. Bahia: Podium, 2009.

HOUAIS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 5. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense 75, 1979.

JESUS, Evangelista Damásio de. **Direito Penal – Parte Especial, vol.2**, 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito penal – parte geral**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KAFKA, Franz. **O processo**. 2 ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LYRA, Roberto. In HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 2. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense 75, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILLAN, Cesar. **O encantador de cães**. 18 ed. Tradução de Carolina Coelho. Campinas, SP: Verus, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal. 1ª Câmara Criminal. Réu: João Felipe Teles Machado. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Julgado em 25/03/2008. Publicado em 04/04/2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=188&ano=6&txt_processo=52711&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=homicidioqualificadofutilausencia&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acessado em 18 fev. 2012, às 15:39.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

- _____. **Manual de direito penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2005.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito Constitucional – teoria jurisprudência e 1000 questões**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**, vol. 1, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1963.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- PRADO, Luis Regis. **Comentários ao Código Penal**, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PUIG, Mir Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires – Argentina: BDF, 2003.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- REIS, Albani Borges dos. **Metodologia científica e perícia criminal**. Campinas: Millennium Editora, 2005
- ROZA-GARCIA, Luiz Alfredo. **Palavra e verdade na filosofia e na psicanálise**. 5 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros.
- SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis especiais anotadas**. 10 edição. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.
- SKINNER, Burrhus Frederic. **Ciência e comportamento humano**. Tradução de João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002
- TELES, Ney Moura. **Direito penal**, p. 4. Disponível em: <<http://www.neymourateles.com.br/direito-penal/wp-content/livros/pdf/volume01/6.pdf>>. Acessado em 14 fev. 2012, às 20:47.

Universidade do Missouri. The Leopold and Loeb Trial: a brief account. (tradução livre). Disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/leoploeb/accountoftrial.html>>. Acessado em 17 fev. 2012, às 17:30.

VILLEY, Michel. **Direito romano**. Tradução Fernando Couto. Porto: Resjurídica, 1991.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.