



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Pós-Graduação em Direito
MARCIO EVANGELISTA FERREIRA DA SILVA

O HOMICÍDIO QUALIFICADO NA APLICAÇÃO JUDICIAL:

Um estudo acerca do sentido e do alcance normativo do artigo 121, §2º, do Código Penal brasileiro

BRASÍLIA-DF

2013

MARCIO EVANGELISTA FERREIRA DA SILVA

O HOMICÍDIO QUALIFICADO NA APLICAÇÃO JUDICIAL:

Um estudo acerca do sentido e do alcance normativo do artigo 121, §2º, do Código Penal brasileiro

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado, área Direito e Políticas Públicas, do Centro Universitário de Brasília, como requisito final à concessão do título de Mestre em Direito.
Orientador: Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Júnior.

BRASÍLIA-DF

2013

Silva. Marcio Evangelista Ferreira da.

O homicídio qualificado na aplicação judicial. Um estudo acerca do sentido e do alcance normativo do artigo 121, §2º, do Código Penal brasileiro./ Marcio Evangelista Ferreira da Silva. O Autor, 2013.

191 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Júnior.

1. Direito Penal. 2. Homicídio Qualificado. 3. Hermenêutica Judicial. 4. Teoria do Tipo. 5. Princípios Jurídicos. Luís Carlos Martins Alves Júnior (Orientador).

CDU:

MARCIO EVANGELISTA FERREIRA DA SILVA

O HOMICÍDIO QUALIFICADO NA APLICAÇÃO JUDICIAL:

Um estudo acerca do sentido e do alcance normativo do artigo 121, §2º, do Código Penal brasileiro

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado, área Direito e Políticas Públicas, do Centro Universitário de Brasília, como requisito final à concessão do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Júnior.

Brasília, 30 de agosto de 2013.

Banca Examinadora:

Doutor Luís Carlos Alves Martins Alves Júnior

Professor Orientador

Doutor Inocêncio Mártires Coelho

Professor Examinador Interno

Doutor Luciano Santos Lopes

Professor Examinador Externo

A vida é curta, a arte é longa.

A ocasião, fugidia.

A esperança, falaz.

E o julgamento, difícil.¹

Dedico o presente estudo a todos os Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados que diuturnamente enfrentam a árdua tarefa de interpretar enunciados normativos ambíguos, vagos e equívocos.

¹ Hipócrates. Aforismos. 1,1.

Agradeço a meus pais pelos valores essenciais à formação do homem que sou
hoje.

Meu pai pelo exemplo de que realmente o trabalho enobrece o homem.

Minha mãe pela sensibilidade e bom senso – solução simples para todas as
agruras da vida.

Agradeço a minha esposa e minhas filhas pelo amor e apoio incondicional. Peço
perdão por minha ausência no tempo de estudo.

Agradeço aos professores do Uniceub pelas lições que me acompanharam pelo
resto de minha vida.

Agradeço a todos que de alguma forma me auxiliaram na realização do presente
estudo, como os servidores da biblioteca do TJDFT e os funcionários da secretaria do
Mestrado do Uniceub.

Em especial agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Luís Carlos Martins
Alves Júnior, por me apoiar e conduzir-me no estudo do tema escolhido.

Enfim, a Deus, fonte de tudo.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo a análise da hermenêutica e a interpretação dos enunciados normativos penais. Inicialmente é realizado um estudo sobre os métodos de interpretação delineados pela hermenêutica geral e jurídica. No intuito de atingir o objetivo inicial do estudo é feita uma incursão na Constituição Federal de 1988, em seus princípios e a correlata aplicação no direito penal. Na seqüência é feita uma abordagem sobre o tipo e o direito penal, em especial os elementos normativos incriminadores fechados e abertos. Quer-se demonstrar que todos os elementos normativos (fechados ou abertos) demandam valoração subjetiva, pois só assim descortina-se o sentido e o alcance do tipo penal, revelando-se a intenção da Lei. Para corroborar tal assertiva analisam-se várias obras do direito penal brasileiro, notando-se uma dicotomia, uns concordando com a necessidade da valoração subjetiva dos enunciados normativos e, de outro lado, outros exigindo-se que os elementos normativos sejam fechados e objetivos para aplicação por mera subsunção do fato ao texto da Lei. Uma abordagem especial é realizada sob a ótica de Chaïm Perelman, revelando-se que os enunciados normativos demandam sempre uma interpretação evolutiva, progressiva de acordo com as mudanças sociais. Reforçando tal entendimento apresenta-se a hipótese de integração evolutiva do enunciado normativo incriminador fundada na teoria da tipicidade conglobante preconizada por Eugênio Raúl Zaffaroni. Estuda-se também a hipótese de como os magistrados decidem e como deveriam decidir, apoiando-se em Alf Ross, Hans Kelsen, Inocêncio Mártires Coelho e Chaïm Perelman. Em seguida é realizado um estudo específico sobre as qualificadoras do crime de homicídio previsto no Código Penal brasileiro, bem como estuda-se os precedentes dos Tribunais. A conclusão que se obteve com o estudo é que o elemento normativo prescrito pelo legislador é mutável de acordo com a evolução social e que cabe ao intérprete apresentar o sentido e o alcance de aludida prescrição, sempre fiel ao espírito da Lei. Obteve-se ainda a conclusão de que é possível aplicar a interpretação analógica aos enunciados normativos qualificadores utilizando-se como paradigmas as ilicitudes previstas no sistema penal como um todo conforme teoria da tipicidade conglobante. Por fim, na prática judiciária, constatou-se que há déficit de fundamentação quanto ao sentido e o alcance do elemento normativo qualificador ao crime de homicídio previsto no Código Penal brasileiro.

Palavras-Chave: 1. Direito Penal. 2. Homicídio Qualificado. 3. Hermenêutica Judicial. 4. Teoria do Tipo. 5. Princípios Jurídicos.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the hermeneutics and interpretation of legal norms criminal. Initially we conducted a study on the methods of interpretation outlined by the general and legal hermeneutics. In order to achieve the objective of the study is made a foray into the Federal Constitution of 1988, in its principles and the related application in criminal law. Following an approach is made on the type and criminal law, and in particular its normative incriminating closed and open. Wants to demonstrate that all normative elements (open or closed) require subjective valuation, because only then reveals to the meaning and scope of the criminal type, revealing the intention of the Law. To corroborate this assertion we analyze various works of Brazilian criminal law, noting a dichotomy, each agreeing with the need for subjective evaluation of normative statements and on the other hand, others demanding that the normative elements are closed and objectives for application by mere subsumption of the fact the text of the Law. A special approach is performed from the perspective of Chaïm Perelman, revealing that the normative statements always require an evolutionary interpretation, according to progressive social change. Reinforcing this understanding presents the integration hypothesis evolutionary normative statement incriminating founded on the theory of typicality conglobante advocated by Eugenio Raúl Zaffaroni. It also considered the hypothesis as judges and decide how they should decide, relying on Alf Ross, Hans Kelsen, Inocência Mártires Coelho and Chaïm Perelman. Next is a specific study on the qualifying crime of murder under the Penal Code of Brazil, and we study the precedents of the courts. The conclusion was obtained with the study is that the normative element prescribed by the legislature is changeable according to the social evolution and that it is the interpreter present the meaning and scope of prescription alluded, ever faithful to the spirit of the Law. It was also observed that the conclusion can be applied to the interpretation analog normative statements qualifiers using as paradigms illegal activity under the criminal justice system as a whole as theory of typicality conglobante. Finally, in judicial practice, it was found that there is a deficit of reasoning concerning the meaning and scope of the normative element qualifier to the crime of murder under the Penal Code Brazil.

Key-words: 1. Criminal Law. 2. Qualified homicide. 3. Judicial Hermeneutics. 4. Type Theory. 5. Legal Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO, p. 10

2 HERMENÊUTICA E TIPO PENAL, p. 15

- 2.1 Hermenêutica e interpretação, p. 15
- 2.2 A ambigüidade e a interpretação do enunciado normativo, p. 22
- 2.3 O direito penal e a Constituição Federal, p. 33
- 2.4 O tipo e o direito penal, p. 45
- 2.5 A interpretação e o direito penal, p. 50
- 2.6 A tipicidade conglobante e a interpretação do enunciado normativo, p. 64
- 2.7 Hermenêutica judicial: como os magistrados decidem e como deveriam decidir, p. 70

3 O HOMICÍDIO QUALIFICADO NO DIREITO BRASILEIRO, p. 91

- 3.1 O crime de homicídio no direito penal brasileiro, p. 91
- 3.2 O crime de homicídio e suas qualificadoras, p. 94
- 3.3 O crime de homicídio qualificado na dinâmica jurisprudencial, p. 101
 - 3.3.1 Motivo torpe, p. 103
 - 3.3.2 Motivo fútil, p. 116
 - 3.3.3 Meio que cause perigo comum, p. 127
 - 3.3.4 Meio que dificulte ou torne impossível à defesa do ofendido, p. 135
 - 3.3.5 Assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime, p. 141

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS, p. 150

5 REFERÊNCIAS, p. 159

6 ANEXO, p. 168

1 INTRODUÇÃO

Interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões do direito.

O interprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do direito.

Carlos Maximiliano²

O objetivo central da presente dissertação é analisar a interpretação dos enunciados normativos incriminadores previstos nas qualificadoras do artigo 121, §2º, do Código Penal brasileiro, circunstâncias genéricas e abertas, são elas: motivo torpe, motivo fútil, meio que resulte perigo comum, meio que torne impossível ou dificulte a defesa do ofendido e crime praticado para assegurar a vantagem de outro crime.

A finalidade do estudo é analisar, com fundamento na hermenêutica e em seus métodos, como que os enunciados genéricos e abertos são interpretados e aplicados aos casos concretos, eis que há conflitos exegéticos quanto ao conteúdo, sentido e alcance dos aludidos enunciados qualificadores. Quer-se demonstrar que todos os elementos normativos incriminadores (fechados ou abertos) demandam valoração subjetiva, pois só assim descortina-se o sentido e o alcance do tipo penal, revelando-se a intenção da Lei.

Pois bem, o Estado detém o poder de criar enunciados incriminadores com o intuito de proteger bens jurídicos, aqueles que o legislador entende merecer tutela estatal devido estarem sob aviltamento constante. Para criar o enunciado penal incriminador, o legislador infraconstitucional deve estabelecer qual o direito/interesse que visa proteger, bem como a conduta que deseja vetar a prática, ou seja, a conduta que doravante será considerada crime. Em tal tarefa de estabelecer a conduta criminosa o legislador precisa atentar para os princípios constitucionais – o norte a seguir.

O estudo é dividido em duas partes. Na primeira analisam-se a hermenêutica, os métodos de interpretação e o enunciado normativo incriminador – o tipo penal. No estudo da hermenêutica verifica-se a importância do tema para o Direito Penal, pois como diz Inocêncio Mártires Coelho, tem o intérprete a tarefa de revelar o significado do texto legislativo como o músico revela a música de uma partitura. (2001, p. 21)

² MAXIMILIANO: 2000, p. 01

Ainda na hermenêutica verifica-se que são apresentados métodos pelos quais o exegeta interpretará o enunciado normativo. Na interpretação do Direito Penal devem-se aplicar os métodos que a hermenêutica geral nos apresenta, eis que é universal, não havendo um campo específico, sendo que a intitulada hermenêutica jurídica nada mais é do que a hermenêutica geral com certas singularidades, ou como nominou Hassamer, “um rebento tardio da teoria geral da hermenêutica”. (2007, p. 3-5)

Na hermenêutica jurídica não ocorrem às discussões intermináveis comumente existentes na estética e na filosofia, eis que o enunciado normativo incriminador deve ser aplicado ao caso concreto e, assim, há uma resolução do conflito exegético com a imposição de um entendimento.

A hermenêutica geral nos apresenta vários métodos para que o intérprete possa chegar a uma conclusão quanto ao conteúdo, sentido e alcance do enunciado normativo. Devido à extrema importância para o presente tema, aprofundou-se no estudo da interpretação extensiva, abordando-se as hipóteses de interpretação analógica, progressiva e evolutiva.

Analisa-se, ainda que rapidamente, a teoria do tipo penal e suas espécies. Nesta parte do estudo, retomando-se a análise da interpretação extensiva do tipo penal, ou seja, do enunciado normativo incriminador, apresentou-se a proposta de Eugênio Raúl Zaffaroni, qual seja, a da teoria da tipicidade conglobante, na qual é apontada uma vertente de interpretação extensiva evolutiva considerando o termo aberto ou vago em todo o sistema jurídico para a correlata adequação típica. Note-se que tal vertente não é adotada pelo aludido autor, eis que defende o garantismo e a interpretação restritiva em Direito Penal.

Para aprofundar o estudo da hermenêutica e dos métodos de interpretação do enunciado normativo incriminador abordou-se especificamente a questão de como os magistrados brasileiros decidem e como deveriam decidir, constando-se que deve haver um controle quanto ao processo decisório, pois o mesmo objeto interpretado não pode ter dois sentidos, eis que traria insegurança jurídica.

Para a análise das formas de interpretação do enunciado normativo incriminador foram analisados, dentre outros, os estudos de Chaïm Perelman, Alf Ross, Hans Kelsen, Inocêncio Mártires Coelho e Carlos Maximiliano.

Ao analisarmos os estudos sobre interpretação do enunciado normativo ficou assente que a atividade do intérprete é complementadora do texto elaborado pelo Poder Legislativo, eis que aludido texto é incompleto, vago, abstrato e só ganha vida quando aplicado ao caso concreto e, para tanto, deve se adaptar e evoluir.

Na segunda parte da presente dissertação realiza-se a análise do crime de homicídio qualificado sob as luzes do magistério penal brasileiro. Quer-se demonstrar como que o pensamento jurídico brasileiro analisa e interpreta os enunciados normativos qualificadores previstos para o crime de homicídio.

No estudo constatou-se que há uma tendência de restrição ao processo de interpretação do enunciado normativo qualificador, sempre fundado na alegação de que se for ampliado o conteúdo, o sentido e o alcance do enunciado estar-se-ia afrontando os princípios da legalidade e taxatividade/determinação.

Ainda na segunda parte do estudo, a análise é aprofundada nos casos judiciais, nos quais são aplicados *in concreto* os enunciados normativos qualificadores previstos no artigo 121, §2º, do Código Penal brasileiro. Verificou-se que em se tratando de interpretação do enunciado normativo qualificador a maioria dos julgados apontam para a solução da subsunção, ou seja, se a situação de fato corresponde ao texto, se é adequada ao enunciado normativo.

Notou-se na investigação de vários julgados o déficit de fundamentação quanto ao processo hermenêutico, eis que não há como saber qual método foi utilizado, pois há a imposição de um sentido que se atribui ao enunciado normativo qualificador, simplesmente pelo fato de se afirmar que se adequou ao fato.

As hipóteses analisadas no presente estudo são: a previsão da cláusula genérica no enunciado normativo incriminador, que demanda interpretação analógica, afronta o princípio da legalidade? A interpretação progressiva/evolutiva de um enunciado normativo incriminador com cláusula genérica afronta o princípio da legalidade? É possível compatibilizar o princípio da legalidade com a interpretação progressiva/evolutiva?

A princípio, o tema problema é centrado na aplicação judicial do Direito Penal e a relevância da pesquisa se justifica pelo fato de que será analisado se o Poder Judiciário está ou não interpretando o Direito Penal de forma razoável e fundamentado.

Com a pesquisa, serão apresentadas considerações sobre a interpretação dos enunciados incriminadores que contém expressões genéricas e abertas, bem como se a interpretação realizada no caso concreto é coerente de acordo com os métodos de interpretação apresentados pela hermenêutica. A relevância empírica também está presente, eis que um dos precedentes analisados vem sendo seguido por vários tribunais como paradigma, ou seja, já está gerando efeitos práticos.

O método adotado será o dedutivo e serão analisadas as teorias sobre a problemática da hermenêutica e a interpretação do Direito Penal. Como técnica de abordagem será utilizada o *Estudo de Caso*. (FIGUEIREDO; SOUZA: 2008, p. 93 e 120)

Para tanto, serão analisados casos que foram julgados pelos Tribunais de Justiça do País. Será realizada uma pesquisa exploratória (bibliografia básica); um recorte objetivo (identificar a questão problema, quais as hipóteses); um recorte institucional com a escolha de casos e dos órgãos decisores – objeto da pesquisa.

Nas considerações finais são apresentadas conclusões sobre a investigação realizada no magistério doutrinário e na prática judicial brasileira. Tentou-se demonstrar que o elemento normativo prescrito pelo legislador é mutável de acordo com a evolução social, bem como que cabe ao intérprete apresentar o sentido e o alcance de aludida prescrição, sempre fiel ao espírito da Lei. Tentou-se ainda demonstrar que é possível aplicar a interpretação analógica aos enunciados normativos qualificadores utilizando-se como paradigmas as ilicitudes previstas no sistema penal como um todo. Na análise dos julgados tentou-se demonstrar que, na prática judiciária, há déficit de fundamentação quanto ao sentido e o alcance do elemento normativo qualificador.

Em resumo, a presente dissertação tem a intenção de apresentar um estudo sobre a hermenêutica e a interpretação dos enunciados normativos incriminadores, em especial defendendo a possibilidade de interpretá-los extensivamente para o fim de mantê-los vivos e adequados à realidade da sociedade, pois como disse Carlos Maximiliano, a história

demonstrou que a radicalização do direito positivo não se sustenta e que o extremismo da aplicação da Lei, somente quando houver a exata subsunção, não pode subsistir. (2000, p. 320-322)

Quer-se, por fim, demonstrar que, aceitando-se ou não a interpretação extensiva ou analógica no Direito Penal brasileiro, o resultado da interpretação do enunciado normativo incriminador é um dos possíveis resultados, que só será justo se for aceitável, equitativo, razoável e conforme a Constituição Federal, a intenção da Lei e nos termos da realidade atual.

2 HERMENÊUTICA E TIPO PENAL

No presente capítulo pretende-se analisar o processo hermenêutico e as regras de interpretação dos enunciados normativos. A intenção é apontar possibilidades sobre o controle racional do ato de interpretar, pois conforme Hans Kelsen (2011, p. 391-395), a “interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica”. Com o ato de interpretar busca-se o justo, o correto, ou seja, o coletivamente aceitável, pois nenhum método de interpretação pode garantir a correção da manifestação do intérprete, eis que sendo proferida por autoridade competente é válida. Pretende-se também apresentar uma síntese da teoria do enunciado normativo incriminador, nominado na academia penalista, bem como na prática de tipo penal. Trata-se de tema ligado à descrição da conduta criminosa pelo legislador, pois conforme Nélon Hungria (1955, p. 11) definir um crime é “descrever o fato que o constitui”.

2.1 Hermenêutica e interpretação

O enunciado normativo incriminador é o texto da Lei penal, ou seja, a descrição de uma conduta, mas não a norma, pois esta advém daquele, é ela o *dever ser* que vincula as condutas do cidadão, sendo que aquele é abstrato – só um texto. (ALVES JUNIOR: 2010, p. 78)

O tema *interpretação* é campo de grandes debates. Cesare Beccaria era veementemente contra tal tarefa ser realizada pelo Juiz, fazendo, inclusive, alerta sobre a obscuridade das Leis. No seu entender se a Lei fosse simples e de fácil compreensão e entendimento pelos cidadãos, menos delitos teríamos. Queria ele dizer que o cidadão tem que ter ciência do que é proibido e, para isso ocorrer, deve entender o que diz a Lei e, assim, se comportar conforme o mandamento da sociedade estatuído no enunciado normativo. (1997, p. 22)

Em suas palavras:

Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão que não puder julgar por si mesmo as

conseqüências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis. (BECCARIA: 1997, p. 22)

Uma Lei para obrigar “de maneira realmente efetiva” deve ser breve e clara, ou seja, acessível a todos. (VILLEY: 2009, p. 742) Nítido, então, que a Lei deve conter expressões de fácil compreensão, bem como deve o enunciado normativo ser taxativo, certo e sem obscuridade. No entanto, convêm salientar que o problema da interpretação não se cinge às Leis, mas a todos os enunciados normativos, inclusive constitucionais. Com efeito, os enunciados constitucionais não contêm termos unívocos, ou seja, contem palavras (símbolos lingüísticos) que podem ter vários sentidos. (ALVES JUNIOR: 2010, p. 76)

No que diz respeito à interpretação de enunciados normativos, tormentosas são as discussões no campo da lingüística e do ativismo judicial (COELHO: 2011, p. 47-51), mas, como recorte metodológico, limitando o foco, o presente estudo não se aprofundará em tais pormenores.

O direito positivo estabelecido no enunciado normativo não encerra os problemas da sociedade, eis que as disputas diuturnas na maioria das vezes se resolvem com a aplicação da norma ao caso concreto, sendo que tal aplicação é levada ao Poder Judiciário, surgindo o problema da aplicação do enunciado normativo abstrato ao problema real, eis que cada litigante apresenta sua forma de ver o enunciado normativo, apontando que norma seja aplicada. Note-se que o problema também ocorre, na maioria das vezes, quando não há uma correspondência métrica entre o que foi previsto pelo legislador e o caso do mundo, a distância entre a generalidade do enunciado normativo e a singularidade do caso concreto, ou seja, “a antinomia entre o abstrato e o concreto”. (COELHO: 2001, p. 47-51)

Interpretar o enunciado normativo é tarefa necessária, pois a antiga máxima *in claris cessat interpretatio* não se sustenta, tudo se interpreta. (MAXIMILIANO: 2000, p. 9). Com efeito, sempre há margem de interpretação, o enunciado normativo deve ser sempre avaliado quanto à vontade e a intenção da Lei, pois como disse Ulpiano “embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva”. (*apud* MAXIMILIANO: 2000, p. 33)

Francesco Ferrara argumenta que há uma confusão quanto ao brocardo *in claris non fit interpretatio*, pois não se deve confundir interpretação com dificuldade de interpretação, referindo-se, no primeiro caso às Leis claras e, no segundo, às obscuras. Com efeito, a Lei traz em seu enunciado um “complexo de palavras escritas” que, por vezes, se apresenta defeituosa, sendo curial, no ato da interpretação, a “experiência e domínio perfeito não só do material positivo, como também do espírito de uma certa legislação”. (1987, p. 128-129)

Não se pode, então, aceitar a idéia do citado brocardo, pois mesmo sendo um enunciado normativo fechado, a ele pode ser atribuído vários significados, mesmo quando exposto de forma clara, quiçá de forma ambígua. O “direito é hermeneuticamente aberto, pois suas ‘expressões não tem um sentido único e fixo’, pois admitem sempre sentidos ‘contextual-gramaticalmente diferente e lhes é assim conatural e ineliminável uma virtual ambigüidade’.” (NEVES: 2003, p. 186-190)

Corroborando tal assertiva, Inocêncio Mártires Coelho, apoiado em Karl Larenz, afirma que não só os enunciados normativos obscuros demandam interpretação, mas também os que lhe parecem claros, também afastando a máxima citada acima. (2001, p. 86-87) No mesmo sentido, Alf Ross relata que todo enunciado normativo, seja claro ou vago, depende de uma interpretação, pois “nenhuma situação concreta enseja uma aplicação única da lei” sendo “errôneo, também, portanto, crer que um texto pode ser tão claro a ponto de ser impossível que suscite dúvidas quanto a sua interpretação”. (2007, p. 164-165 e 330)

Há então, necessidade de interpretar-se os enunciados normativos, havendo também a necessidade de racionalidade em tal processo, sendo que a hermenêutica apresenta métodos que podem ser racionalmente analisados e rotulados de aceitáveis ou não.

A hermenêutica é universal, não há um campo específico, pois “o pensamento hermenêutico é como uma fita que mantém unidas as áreas separadas da ciência, como também a ciência e a prática e que consegue, em princípio, a unidade”. Assim, a hermenêutica é um método científico, não um campo objetivo ou disciplina, sendo que a chamada hermenêutica jurídica é “um rebento tardio da teoria geral da hermenêutica”. (HASSAMER: 2007, p. 3-5)

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, compete à hermenêutica geral “atribuir às ações e criações humanas, de modo racional e controlável, um sentido que se considere, se não verdadeiro, pelo menos coletivamente aceitável”. Já a hermenêutica jurídica é dotada de certas singularidades, mas não difere da hermenêutica bíblica ou filosófica, eis que a religião, a moral e a Lei são regras de condutas coletivas e, como tais, tem “finalidade diretiva comum, comportam uma só leitura adequada ao seu objeto, uma interpretação em função normativa, uma hermenêutica”. Como dito, há particularidades na hermenêutica jurídica, tais como o “método impositivo ou pragmático-autoritário de pôr termo aos conflitos exegéticos”, ou seja, distinta “da maneira aberta como se travam as intermináveis disputas estéticas ou filosóficas”. (2011, p. 12-13, 21 e 82-83)

No entanto, busca-se uma racionalidade para a tarefa do exegeta que concretiza a Lei em sua singularidade. A racionalidade é necessária para reduzir-se o voluntarismo presente no ato hermenêutico. Com efeito, os textos, os enunciados normativos são “normas potenciais”, eis que possuem possibilidades de interpretações e, de tais enunciados, é que são extraídas as verdadeiras normas pelos aplicadores do direito. (COELHO: 2011, p. 12-13 e 21)

Destarte, por mais claro que pareça o enunciado normativo, sempre haverá a incidência dos processos de interpretação estabelecidos pela hermenêutica. A hermenêutica, muito confundida, nada mais é do que a reunião de processos sistêmicos, de formas, de modos pelos quais se interpreta o texto da Lei, de como é o processo de extração do sentido e de seu alcance. (MAXIMILIANO: 2000, p. 1)

Vários são os métodos de interpretação, sendo a interpretação literal o primeiro estágio para o intérprete, eis que “efectivamente, o texto da lei forma o substracto de que deve partir e em que deve repousar o intérprete.” (sic) Note-se que as palavras devem ser interpretadas no seu sentido comumente utilizado, salvo se merecerem acepção técnica, pois no caso, deve-se interpretá-las no seu sentido técnico em detrimento do uso vulgar. Já a interpretação lógica “move-se num ambiente mais alto e utiliza meios mais finos de indagação”. A lógica busca o espírito da disposição legal, deduz-se os factores da razão, entrelaçando-se com outras normas e todo o sistema. “É da ponderação destes diversos factores que se deduz o valor da norma jurídica.” (sic) (FERRARA: 1987, p. 139-141)

Na interpretação restritiva, entende-se que, mesmo havendo um enunciado normativo expresso de forma ampla, o legislador não quis abranger toda a classe, mas uma relação em especial. A interpretação restritiva tem lugar quando o texto genérico entra em contradição com outro enunciado, quando há uma contradição no próprio enunciado ou quando outra forma de interpretar ultrapassaria o fim almejado pelo enunciado. Já na interpretação extensiva, “pelo contrário, destina-se a corrigir uma formulação estreita de mais”. (sic) Por vezes, por imprecisão do legislador o texto contém referências à espécie quando deveria ser abordado o gênero. Há casos nos quais o texto exprime uma singularidade específica, quando na realidade pretendia-se proteger toda uma categoria. Assim, com a interpretação extensiva o intérprete pode corrigir tais imprecisões, alcançando situações não expressas no enunciado normativo “despojando o conceito das particularidades” e abarcando “a generalidade das relações”. (FERRARA: 1987, p. 141-150)

Sendo a interpretação extensiva uma “reintegração do pensamento legislativo”, deve ter aplicação ampla, inclusive a enunciados normativos de índole penal. Com efeito, o que é vedado no Direito Penal é a analogia, no entanto, a Lei não deve ser interpretada só no seu aspecto literal, mas em seu “conteúdo espiritual”. Ora, se o enunciado normativo tem a intenção de proibir certas condutas, verifica-se o fim da proibição e, em casos semelhantes, “de forma racionalmente interpretada, a proibição deve negar eficácia também àqueles outros meios que em outra forma tendem a conseguir aquele efeito.” (FERRARA: 1987, p. 151)

Na interpretação extensiva, busca-se no enunciado normativo o espírito, ou seja, o conteúdo, sendo que o intérprete deve, com tal raciocínio, pressupor “que o caso já está compreendido na regulamentação jurídica, entrando no sentido duma disposição, se bem que fuja a sua letra”. Ao se interpretar o enunciado normativo extensivamente nada mais se faz do que “reconstruir a vontade legislativa já existente”, tornando o caso incluído no texto, pois “por inexata formulação” parecia excluída. Revela-se, pois, o que a Lei pretendia com a proibição advinda do enunciado, sendo, assim, permitida a sua utilização no direito penal, pois a vedação é do uso da analogia e não da integração analógica. (FERRARA: 1987, p. 162-163)

Com os métodos da hermenêutica pode-se atribuir, após a pesquisa do fato, o caso concreto, qual norma é aplicável. Interpretar, então, é analisar o enunciado normativo e declarar qual é o seu sentido e seu alcance no mundo real. Mas interpretar não é tarefa fácil,

razão da hermenêutica apresentar métodos de se extrair o sentido, o alcance e a extensão do texto legal, regendo, assim, a arte de interpretar. (MAXIMILIANO: 2000, p. 1) Portanto, a interpretação é uma atividade criadora, eis que busca, por meio dos critérios hermenêuticos, a exata compreensão do enunciado normativo frente ao caso concreto. (BATISTA: 1984, p. 300)

O enunciado normativo editado pelo Poder Legislativo é amplo e abstrato e, assim, há dificuldades de aplicação ao caso concreto diante das particularidades de cada situação vivida na sociedade. As dúvidas surgem das particularidades não só pelo fato dos enunciados serem amplos e abstratos, mas também pelo fato de que são feitos por homens e aplicados por eles, ou seja, há uma imperfeição natural no plano normativo e no plano prático (MAXIMILIANO: 2000, p. 8-10).

Nesses casos a aplicação do enunciado ao caso concreto não é mero exercício de enquadramento do fato ao texto legal, eis que pode ocorrer de não apresentar-se a subsunção imediata, necessitando-se de que haja uma adaptação à realidade e, assim, o exegeta dá vida real ao enunciado que outrora era abstrato, eis que com a aplicação, após a interpretação, revela-se o sentido do enunciado normativo para o caso concreto. (MAXIMILIANO: 2000, p. 8-10)

Ora, um texto escrito há cem anos ao ser interpretado nos atuais dias sem dúvidas terá sentido, alcance e extensão diverso do preconizado à época de sua edição, pois há evolução social. Assim, a hermenêutica apresenta processos que aproximam o texto normativo à realidade atual e, por isso, sempre há interpretação, não há enunciado normativo que não necessite de interpretação, pois o aplicador parte da abstração e encerra a realidade.

A dificuldade maior do exegeta, segundo penso, é conseguir extrair o sentido e o alcance do enunciado que contem palavras ambíguas. A palavra por si só já é dúctil, eis que pode aparentar uma certeza encobertando várias realidades. Em sendo uma palavra ambígua, que não ostenta a certeza citada, o problema é maior, nascendo à dificuldade para o intérprete.

A interpretação do Direito Penal é problema que pertence à teoria geral do direito. Debatem-se os juristas sobre a função do Juiz na interpretação da Lei, uns negando a ele o direito, como Beccaria, outros apoiando a função interpretativa, como Savigny. Com

efeito, o Direito Penal é instrumento de defesa social contra o absolutismo, ou seja, é um Direito Penal que deve conter técnicas que garanta ao cidadão as liberdades individuais coibindo a arbitrariedade e a discricionariedade do poder político. É também, o Direito Penal, um direito público por duas razões, a primeira pelo fato de que refere-se aos interesses da sociedade e, a segunda, pelo fato de que só o Estado detém o direito de legislar sobre ele. (BATISTA: 1984, p. 289-290 e BATISTA: 1996, p. 12 e 52-53)

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, na interpretação do Direito Penal não se deve olvidar que todo saber requer uma definição, pois para isso delimita o horizonte, ou seja, ao interpretar o Direito Penal não se deve esquecer que tem sua razão de existir para conter o poder punitivo, ou melhor, é o Direito Penal “o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões”. Assim, no Direito Penal a interpretação a ser realizada pelo intérprete deve ser de contenção, redução do poder punitivo do Estado. Com efeito, os juízes são orientados por Leis que condicionam a atuação do Estado, como por exemplo, a Constituição Federal e o Código Penal. (2003, p. 39-40)

Mas a interpretação da Constituição Federal ou do Código Penal brasileiro é realizada pelo povo, pelos acadêmicos, pelos advogados e pelo Juiz que cria a norma para o caso concreto. As partes interessadas interpretam os enunciados normativos do modo que atendam suas expectativas, no interesse próprio ou de seu cliente. O cientista, o acadêmico, interpreta o enunciado normativo apresentando todas as possíveis soluções para o caso. No entanto, o Juiz realiza a interpretação partindo do texto e cria a norma para o caso concreto com sua decisão, firmando uma posição.

Portanto, necessário é analisarmos como se busca o sentido, o alcance e a extensão do enunciado normativo, bem como identificar a razão da inserção de palavras ambíguas no enunciado normativo. Eros Roberto Grau argumenta que o enunciado normativo não é completo, passando a sê-lo somente quando o intérprete o aplica ao caso concreto. (2006, p. 30) Ora, se citado enunciado normativo não é completo, contém termos e expressões que podem ter vários sentidos, mormente se o termo for equívoco em sua natureza, o intérprete criará o seu direito, sua norma advinda do enunciado normativo. (ALVES JUNIOR: 2010, p. 78)

2.2 A ambigüidade e a interpretação do enunciado normativo

O texto da Lei nada mais é do que um complexo de palavras que expressam uma vontade e, para determiná-la, o intérprete deve investigar e encontrar o conteúdo deduzido através das palavras do legislador (FERRARA: 1987, p. 128) Com efeito, o Direito Penal como ciência não pode ficar limitado à interpretação hierárquica da Lei, deve-se buscar “a revelação do seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-la a fatos humanos, a lamas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida”. (HUNGRIA: 1945, p. 6-7)

Assim, o interprete não deve ser um autômato, deve analisar o enunciado normativo e dele extrair a norma para o caso concreto. O intérprete deve buscar sempre o fim da Lei, eis que um enunciado normativo sempre tem a finalidade de proteger interesses e, o intérprete, deve assegurar tal finalidade em sua plenitude. (FERRARA: 1987, p. 130)

Apoiado em Larenz, Inocêncio Mártires Coelho, afirma que a primeira interpretação a ser realizada pelo intérprete é a literal, eis que legislador ao redigir o enunciado normativo utiliza a linguagem comum para que seja compreensível por todos. (2011, p. 88) No entanto, sabe-se que a interpretação literal não resolve as agruras do intérprete, pois um termo inserto no texto da Lei pode ter vários sentidos literários. Chaïm Perelman nos dá um exemplo que bem esclarece o problema da interpretação literal, confira:

[...] se uma placa avisar viajantes que lhes é proibido entrar na estação ferroviária acompanhado por um cão, deverá o encarregado permitir a entrada de um viajante que traz pela coleira um urso domesticado? Deve-se fazer prevalecer a letra ou o espírito do regulamento, ou seja, a intenção do legislador? (PERELMAN: 1998, p. 48)

Assim, necessário analisar sempre o alcance e a extensão do enunciado normativo, eis que, no exemplo visto, o inconveniente causado pelo urso na estação é igual ou superior ao de um cão, eis que a intenção³ da Lei era evitar o inconveniente de um animal no local. (PERELMAN: 1998, p. 72-76)

³ É uma intenção presumida, fictícia, pois a questão pode não ter sido objeto de debate no parlamento. (PERELMAN: 1998, p. 74)

É o problema da interpretação que, como dito, deve ser realizada com os processos de hermenêutica. No entanto, deve o interprete se ater ao enunciado normativo, ou seja, não pode ir além do que está escrito, é limitado semanticamente, não pode atribuir significados não escritos na Lei e mais, não pode dizer que está escrito no enunciado normativo o que é contrário à realidade social. (ALVES JUNIOR: 2010, p. 79)

Surge, então, o problema de limitação quando o texto traz termos equívocos, ou seja, não limitando semanticamente a tarefa do exegeta, contrariando o que diz Luis Luisi, pois o Direito Penal liberal assevera que o legislador deve evitar o uso de elementos abertos, eis que o subjetivismo é perigoso. (1987, p. 57-58) E mais, segundo Mariângela Gama Magalhães Gomes, não se deve olvidar que um dos objetivos do modelo penal garantista é a exigência de que o legislador crie, construa enunciados normativos incriminadores taxativos, objetivos, ou seja, enunciados normativos fechados. (2003, p. 11-12)

Antoine Garapon analisando a linguagem utilizada nos meandros jurídicos enfatiza que “não há necessidade de insistir no facto de a maior parte dos termos jurídicos ser incompreensível para os iletrados, que perfazem o grosso das pessoas que comparecem perante os tribunais.” (sic) (1997, p. 110) Conforme Hans Kelsen, na formulação de enunciados normativos deve-se evitar a equivocidade dos termos lingüísticos, eis que é necessário elaborá-los de “maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.” (2011, p. 397)

No entanto, mesmo havendo o alerta para que se criem enunciados normativos penais fechados, com conceitos delimitados, há uma tendência na criação de enunciados normativos abertos, com termos amplos. A par disso, Misabel de Abreu Machado Derzi relata que o enunciado normativo penal não pode ser considerado simplesmente uma hipótese, pois há de existir a “possibilidade de se estender” as conseqüências normativas e, finalizando a abordagem relata que é fundamental que o enunciado seja aberto para ter gradação e flexibilidade e, assim, aproximar-se da realidade. (2007, p. 65-70)

Sabe-se que é impossível que o legislador anteveja todas as situações do mundo real, da vida em ritmo alucinante, com a velocidade da informação tecnológica e da alteração de costumes, razão pela qual o enunciado normativo é formulado de maneira ampla e abstrata.

Segundo Roberto Freitas Filho, a produção legislativa do direito brasileiro sofreu alteração, pois se privilegiou a técnica de criar enunciados normativos abertos, com “conceitos jurídicos indeterminados no intuito de permitir a aplicação a situações que se modificam de acordo com a dinâmica de uma sociedade complexa.” (2009, p. 19)

Em suas palavras:

As cláusulas gerais são, portanto, identificadas como uma técnica legislativa por meio do qual se atribui a uma determinada norma o caráter de vagueza, permitindo assim a inserção no sistema [...] de elementos valorativos e permitindo ainda a formulação de novas normas. [...] As cláusulas gerais são formuladas com a utilização de termos vagos, imprecisos, semanticamente abertos de forma proposital, tendo em vista a necessidade de mobilidade na sua aplicação. (FREITAS FILHO: p. 262 e 281)

Roberto Freitas Filho, com apoio em Karl Engisch, afirma que as cláusulas gerais são elaboradas por uma forma de legislar que estabelecem enunciados de conteúdo e extensão incertos, tais como “escuridão e perigo”. Assevera ainda que há diferenciação quanto ao conteúdo de um enunciado normativo aberto, qual seja, será impróprio quando diz respeito a coisas, objetos reais da vida, como por exemplo, casamento, menor, funcionário público, e próprio quando o enunciado “sempre necessita de uma valoração para que seja aplicado em um caso concreto.” (2009, p. 275-277)

Sob o ponto de vista lógico, segundo Roberto Freitas Filho, a diferença entre os enunciados abertos e fechados é que neste há a possibilidade de utilizar-se do silogismo, pois há palavras descritivas, enquanto que naquele há somente palavras valorativas, avaliatórias. (2009, p. 265)

Segundo Luciano Santos Lopes, no enunciado normativo penal são encontrados elementos objetivos “que são meramente descritivos, há clareza e simplicidade no conceito”, no entanto, também são encontrados elementos⁴ com “estruturas típicas que precisam ser especialmente interpretadas para terem sentido pleno. Não são compreendidas pela mera percepção descritiva/ontológica do objeto.” E mais, o tipo descritivo necessita de elementos

⁴ O autor os nomina de “elementos normativos” (2010, p. 67)

com “carga axiológica”, eis que “o tipo penal deve ir além da mera descrição de condutas proibidas, valorando-as também”, pois assim, será revelada a proibição almejada pela Lei. (2010, p. 66-69)

No Direito Penal brasileiro o cerne do problema da interpretação ocorre na aplicação de enunciados normativos abertos⁵, pois quando o intérprete se depara com enunciados fechados⁶, ele lança mão da técnica do “subsuntivo direto”, enquanto que nos abertos há “um esforço hermenêutico adicional”, permitindo grau maior de subjetividade. Trata-se de processos distintos de interpretação, sendo que, nos dizeres de Roberto Freitas Filho:

O que há de diferente na aplicação das normas abertas é que o sentido descritivo da norma não está expresso *a priori* em seu texto, ou seja, é necessário que o aplicador venha a especificar os elementos que compõem a regra na *ratio decidendi* da decisão. (FREITAS FILHO: 2009, p. 10 e 29)

Com efeito, na aplicação do enunciado aberto o intérprete tem a necessidade de completar descritivamente os termos do enunciado normativo, sendo que no enunciado normativo fechado, o intérprete já está diante de um enunciado descritivo e lhe resta o processo imediato da subsunção. (FREITAS FILHO: p. 274-275)

Ora, a aplicação do enunciado normativo aberto ao caso concreto se torna um problema quanto à certeza⁷, pois pode-se chegar a “um sem-número de situações concretas sob o mesmo dispositivo normativo” e mais, o intérprete pode ser levado a utilizar de parâmetros extrajurídicos. (FREITAS FILHO: 2009, p. 10-15) Note-se que, segundo Karl Larenz, ao interpretar o enunciado aberto, antes de realizar a subsunção, o intérprete realiza ato interpretativo no qual define, atribui o significado ao termo vago. (1997, p. 299)

Não é demasiado lembrar que a interpretação de enunciados abertos ou fechados é sempre um julgamento de valor, no entanto, há de existir uma racionalidade no que diz respeito à fundamentação, pois, só assim, o resultado da aludida interpretação será objeto de

⁵ Enunciados dotados de vagueza socialmente típicas ou semanticamente abertas (FREITAS FILHO: 2009, p. 10)

⁶ Enunciados casuísticos ou semanticamente fechados (FREITAS FILHO: 2009, p. 10)

⁷ Exigência do princípio da legalidade/taxatividade/determinação

críticas. No entanto, é dever enfatizar que não “há possibilidade de absoluto controle sobre o resultado do processo de interpretação e aplicação das normas.” (FREITAS FILHO: 2009, p. 10-15, 16-17 e 30-31)

Ainda assim, deve ser objeto de controle racional, eis que “não é admissível que se chamem coisas diferentes pelo mesmo nome, especialmente em um contexto no qual estão em jogo a vida, a liberdade e outras importantes dimensões da existência humana”. (FREITAS FILHO: 2009, p. 318)

Assim, fica a pergunta: Como compatibilizar enunciados normativos incriminadores abertos com o princípio da legalidade⁸ e taxatividade⁹?

Não se pode olvidar que o legislador necessita lançar mão de enunciado normativo genérico, mas não pode ser uma caixa vazia, deve conter um mínimo de determinação, de conteúdo, como por exemplo, as fórmulas casuísticas e as genéricas, pois as primeiras indicam ao intérprete como aplicar as últimas nos termos dos princípios da interpretação do Direito Penal. (BITENCOURT: 2011, p. 401)

Diante disso já se aceita, modernamente, conceitos elásticos de condutas criminosas, pois do contrário o direito não seria viável. Mas deve-se ter em mente que o enunciado normativo não pode ser vago ao extremo, de notória indeterminação, pois se o for, será inconstitucional. Nota-se assim, que o legislador moderno renuncia a tarefa de tecer minúcias ao descrever a conduta proibida no enunciado normativo. Pode-se dizer que a técnica legislativa de descrever conceitos vagos seria resultado de um desacordo político, deixando a decisão final sobre o tema para quem aplica o enunciado ao caso concreto.

Poder-se-ia dizer ainda que seria uma renúncia proposital diante da volatilidade do mundo (transformações científicas, tecnológicas e sociais), sendo uma técnica do legislador para que o direito seja viável, deixando ao Juiz uma discricionariedade maior. Por fim, a vagueza do enunciado, ainda que proposital, tem lugar para que o Juiz aplique o

⁸ “Pelo princípio da legalidade alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime.” (MIRABETE: 2013, p. 39)

⁹ “O princípio da taxatividade estabelece a exigência de que a norma forneça uma descrição do fato punível apta ao tornar facilmente reconhecida a correspondência, ao tipo incriminador, de uma conduta capaz de ser realizada concretamente.” (GOMES: 2008, p. 13) O mandato de certeza como denomina Luciano Santos Lopes (2010, p. 70)

enunciado de acordo com o caso concreto, sendo caso de suplência judicial para que se chegue à justiça do caso concreto. (GOMES: 2008, p. 164-166)

Assim, o princípio da taxatividade pode ser mitigado, pois como diz Nilo Batista, é sabido que a Lei é inegavelmente interpretada, pois impossível que tenha uma precisão absoluta e exaustiva do mundo. A atividade de interpretar na prática judiciária é necessária diante dos imprevistos do dia-a-dia que não são resolvidos pelo simples texto normativo. (1984, p. 292)

Em contraponto ao princípio da taxatividade, como exigência do princípio da legalidade, Néelson Hungria afirmou que o Juiz criminal no direito brasileiro não é um aplicador de justiça tarifada, eis que não tem à mão um *vademecum* que lhe de todas as soluções, terá que, em cada julgamento, não ficar limitado ao silogismo, mas dar um pouco de si – interpretando o enunciado normativo, criando a justiça para o caso concreto. (1942, p. 422)

Prosseguindo na análise da interpretação do enunciado normativo e sua ambigüidade, curial asseverar que o intérprete, ao buscar como eram compreendidos os fatos e os motivos que levaram o legislador a formar sua opinião para redigir o enunciado normativo, está percorrendo o caminho da interpretação histórica. No entanto, assim procedendo está esquecendo-se que está em situação hermenêutica diversa e que o fato que será objeto da concretização do enunciado normativo “ocorre no presente e não ao tempo em que ela entrou em vigor.” (COELHO: 2011, p. 65-69)

Quando o intérprete busca adequar o enunciado normativo aos tempos atuais, quando busca “o significado jurídico da lei, que só pode ser o seu significado atual, e não o significado histórico, aquele que lhe foi atribuído ao tempo da promulgação” estará no caminho da interpretação progressiva/evolutiva. O intérprete ao buscar o significado atual do enunciado normativo expande o sentido e o alcance de aludido preceito, “incorporando novos instrumentos de análise e descortina novos horizontes.” (COELHO: 2011, p. 71)

Ao interpretar-se progressivamente, quer-se dizer que o enunciado normativo terá aplicação a “situações que contempladas à luz do sentido lingüístico natural se encontram claramente fora de seu campo de referência.” Assim se procede, estender o sentido do

enunciado normativo, pelo fato de que houve uma “formulação parcial, uma revelação incompleta”, sob o argumento de que essa era a vontade do legislador, presumindo-se tal desiderato, mas “é forçoso ter ele desejado o que é desejável para o próprio juiz.” (ROSS: 2007, p. 179-183)

Com efeito, a interpretação progressiva/evolutiva atende aos progressos sociais, eis que “a atividade interpretativa pode ser considerada um prolongamento ou até mesmo uma fase do processo legislativo.” E mais, ao longo dos séculos, juristas apresentam renovadas interpretações sobre textos antigos, como por exemplo, a Lei das XII Tábuas e a Constituição dos Estados Unidos da América. Conclui-se, então, que as *novas* interpretações nada mais são do que a apresentação de elementos que originariamente já eram integrantes dos textos interpretados. (COELHO: 2011, p. 41 e 71)

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, apoiado em Radbruch, a “interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro.” (2011, p. 71)

Mas não se pode olvidar que o processo de interpretação é uma constante. Inocêncio Mártires Coelho, com apoio de Richard Palmer, relata que o entendimento sobre certo enunciado normativo contém o que representava à época de sua edição, mas também o que representa no presente. E mais, com suporte em Carlos Cossio, afirma que a alteração de uma interpretação sobre certo enunciado normativo não é correção de equívocos, mas, como na alteração legislativa, nada mais do que renovação decorrente de “epifenômenos de subjacentes transformações fático-axiológicas”, ou seja, é o trabalho do intérprete que revalida o enunciado às necessidades sociais e, assim procedendo, reduz o “descompasso entre os problemas sociais e as respectivas soluções legislativas”. A interpretação do enunciado normativo de acordo com as transformações sociais são “fatores de atualização e regeneração da sua força normativa.” (2011, p. 49-50, 61-62 e 70)

Misabel de Abreu Machado Derzi relata, com apoio em Gadamer, que a interpretação jurídica é uma intermediação da visão do mundo com a expressão do texto. Com efeito, há sempre uma tensão entre o sentido original do texto e o que se compreende na

atualidade, ou seja, “o aqui e agora ou a historicidade do direito, através do caso, do problema proposto, atua continuamente no sentido da norma, no evoluir jurídico do texto.” (2007, p. 60)

Também com apoio em Gadamer, Márcio Augusto Vasconcelos Diniz afirma que ao intérprete, diante de um texto ambíguo, nasce à necessidade da compreensão de dois mundos, “o mundo da experiência no qual o texto foi escrito e o mundo da experiência no qual está inserido o intérprete.” Assim, na interpretação evolutiva, o exegeta une os dois mundos, ou seja, “a compreensão vem a ser como uma evolução do limitado horizonte histórico para um novo horizonte superador.” (2002, p. 218-219)

Sobre o tema, não é demasiado trazer a lume a contribuição de Chaïm Perelman que, ao analisar a escola da exegese, argumenta que a compreensão de um enunciado normativo pode parecer claro, no entanto, ao se consultar “comentadores” surgem dúvidas que levam o texto à obscuridade, citando, como exemplo a questão da “morte natural¹⁰”. O Juiz, segundo Perelman, “deve buscar a interpretação mais razoável, a que permita a melhor solução, a mais equitativa ao caso particular, de acordo com o direito vigente”, mas a escola da exegese se recusa a assim proceder. (1998, p. 51-52)

Analisando a escola funcional, Perelman argumenta que o Juiz não deve atuar com simples dedução do texto da Lei, deve buscar seu espírito, tanto que deve lançar mão da interpretação analógica raciocinando *a símile*, pois no exemplo da proibição da entrada de um indivíduo com um cão na estação de trem, pelo argumento *a símile* também se proíbe a entrada do mesmo indivíduo acompanhado de um urso. Assim, conclui-se que o direito não pode ser compreendido como um jogo matemático, mas “um meio para alcançar o fim almejado pelo legislador.” (1998, p. 71-81)

Sobre o tema Perelman nos esclarece:

[...] o direito só pode ser compreendido em relação com o meio social ao qual é aplicável. Se este meio se transforma sob a influência de novidades técnicas, ou se uma mudança nos costumes ou nos valores socialmente aceitos, o papel do juiz será [...] adaptar o texto de modo dinâmico, considerando que a lei não previu essa situação

¹⁰ Relata que, com as novidades tecnológicas que permitem o transplante do coração de um indivíduo morto no corpo de outro, surgem dúvidas sobre manter o que se entendia por “morte natural”. (PERELMAN: 1998, p. 51-52)

nova e que, diante de uma lacuna da lei, ele deve decidir conforme as regras que estabeleceria se devesse agir como legislador. (1998, p. 81)

Perelman, com apoio em J. Esser, analisando o raciocínio judiciário, argumenta que “a interpretação da lei, para ser aplicada a um caso específico, deve ser considerada uma hipótese, que só será adotada definitivamente se a solução concreta em que redunde afigurar-se aceitável.” Com efeito, o sistema não é fechado, “novas leis são votadas e promulgadas, a jurisprudência e a doutrina mudam, embora de modo progressivo e raramente revolucionário.” Ora, se assim é, conclui-se que o sistema sofre alterações progressivas e o Juiz passa, com o influxo das novas situações sociais, a encontrar novas “soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente motivadas” e instauradoras da paz judicial. (1998, p. 115-116)

Conforme A. Castanheira Neves, apoiado em Wittgenstein, o texto solto nada mais é que um amontoado de palavras, um jogo lingüístico. Assim, o enunciado normativo só ganha vida quando aplicado ao caso concreto, quanto o intérprete, realiza o direito e, para tanto, o adapta à realidade atual. (2003, p. 190-195)

Em suas palavras A. Castanheira Neves enfatiza:

[...]vimos o aparecimento dum como que essencial ambigüidade nas significações das normas-prescrições jurídicas – os seus sentidos nunca são unívocos, mas variáveis em função da problemático-situacional e pragmática –, [...] a realidade ou os casos concretos da sua aplicação não se vêem nelas perfeitamente determinados e plenamente identificados e representados. Estas conclusões que têm simplesmente como pressuposto, já aludido e decerto irrecusável, a função prático-judicativa do direito e assim a sua intenção normativa relativamente à sua realidade histórico-social – a matriz dos casos jurídicos decididos, que se constitui e evolui com autonomia perante o sistema de prescrições legais e as suas significações lingüísticas – são base suficiente para compreendermos que a procura e a determinação do sentido das normas-prescrições jurídicas para o cumprimento daquela função prático-normativa do direito, em adequação problemático-decisória ou pragmática, exige uma

particular actividade de contínua recompreensão e reelaboração do sentido das normas-prescrições [...] (sic). (NEVES: 2003, p. 194)

Manuel A. Domingues de Andrade argumenta que a interpretação progressiva/evolutiva é fundada no princípio da atualidade, mas assevera que há opositores a tal técnica hermenêutica, eis que esvazia o princípio da irretroatividade das leis, pois o Poder Judiciário que lapida novos sentidos ao texto do enunciado normativo. Argumenta ainda que o texto permanece o mesmo, não da tolerância do Poder Legislativo ou pelo fato de que tal poder concorda com a hipótese, mas pela simples razão de não ser provocado. Assim, o texto continua em vigor e, à revelia do Poder Legislativo, o Poder Judiciário evolui o texto em vigência aos contornos da atualidade. (1987, p. 43-44)

Note-se que mesmo em tal contexto, a interpretação evolutiva tem assento constitucional, pois deve ser “conforme a provável intenção do próprio autor da lei interpretanda” e:

[...] qualquer que seja, porém, a solução que haja de prevalecer, a tese da actualidade da lei, e portanto a interpretação evolutiva, sempre subsistirá como possível, restando apenas averiguar na sede própria se será também razoável, isto é, justa e oportuna. (sic) (ANDRADE: 1987, p. 46)

Ainda sobre o tema, já anotando a existência da interpretação evolutiva quando o enunciado normativo conter termos ambíguos, Manuel A. Domingues de Andrade relata que não há como se afastar novos sentidos ao exposto literalmente pelo legislador, pois “ao regular certos aspectos da vida, a lei utiliza factores de sua natureza contingentes, relativos, móveis, capazes, portanto, de tomarem coloração diversa conforme os tempos.” (1987, p. 47)

Confira a seguinte assertiva que encerra o tema:

Às vezes de facto, a lei serve-se de conceitos essencialmente flexíveis, meras directivas gerais muito vagas e plásticas, cuja consistência exacta não específica e tem de ser definida ou precisada pelo juiz, no momento da aplicação, segundo as convicções reinantes no agregado social ou também, porventura, em investigação livre, operando com a idéia de justiça sobre os dados da realidade ambiente. (sic) (ANDRADE: 1987, p. 47)

Destarte, a adaptação do enunciado normativo pelo Juiz à realidade do fato ao decidir o caso concreto, torna a Lei, em seu conteúdo, renovada. Com efeito, a necessidade da adoção da interpretação evolutiva tem fundamento na variabilidade do texto do enunciado normativo, pois há a “possibilidade de a lei ganhar, com o tempo, conteúdos novos.” (ANDRADE: 1987, p. 19 e 48-49)

No sentido confira Radbruch abordando o tema interpretação jurídica:

[...] A vontade do legislador, a vontade do Estado que só na lei fala e que ela se esforça por descobrir, não é a vontade do redactor da lei; não é um pensamento que alguma vez tenha sido realmente pensado; não é um facto histórico fechado ou concluído; pelo contrário, está em permanente evolução e responde a novas necessidades, e a novos problemas jurídicos de mudados tempos e circunstâncias, com significações novas que o autor da lei nem por sombras podia presentir. (sic) (*apud* ANDRADE: 1987, p. 22)

Assim, o Juiz pode, a casos novos, aplicar princípios que evoluem o seu sentido. Pode também dar a princípios da Lei um sentido novo, “desde que não vá de encontro com outras normas.” Ora, o direito só se realiza na aplicação do caso concreto, razão pela qual o Juiz ao realizar o julgamento adapta o texto da Lei às nuances do caso posto, sopesando os princípios e as várias disposições legais que podem incidir na hipótese. Note-se que tal análise é crucial, qual seja, verificar a incidência não só de um enunciado, mas a totalidade do sistema. Por certo que o Juiz tem, na sua atividade, o instinto pela justiça, e o segue, incluindo na seara da aplicação técnica, mas não deve – ao seguir o instinto – “perder de mente a sua função de executor da lei.” (FERRARA: 1987, pp. 173-86)

Ora, o legislador, por vezes, no próprio enunciado normativo já invoca do Juiz a utilização de seus instintos, de sua experiência. Tal ocorre, por exemplo, quando o enunciado normativo “não determina com precisão o estado de facto, mas remete para factores sociais”, pois ao julgar “o juiz utiliza, e deve utilizar, conhecimentos extra-jurídicos que constituem elementos ou pressupostos do raciocínio.” (sic) (FERRARA: 1987, p. 187)

Destarte, não há como negar a atualização do enunciado normativo pelo intérprete, “pois ou se aceita a intervenção do hermeneuta, ou se decreta implicitamente a

impunidade para a maioria dos delinquentes e contraventores.” (MAXIMILIANO: 2000, p. 320)

Mas adverte Carlos Maximiliano:

A exegese deve ser criteriosa, discreta, prudente: estrita, porém não restritiva. Deve dar precisamente o que o texto exprime, porém tudo o que no mesmo se compreende; nada de mais, nem de menos. Em uma palavra, será declarativa, na acepção moderna do vocábulo. (MAXIMILIANO: 2000, p. 324)

Portanto, admitindo-se a interpretação extensiva, a mobilidade hermenêutica, a “exegese extensiva por força da compreensão”, deve o intérprete se ater ao “meio termo”, qual seja, utilizar-se dos processos hermenêuticos para encontrar o “espírito do dispositivo”, mas não indo “além das expressões da lei”, pois assim, o intérprete adaptará o texto do enunciado normativo à época de sua aplicação, atendendo os fatores sociais, bem como a novas teorias – “pois todo direito é vivo, dinâmico”. (MAXIMILIANO: 2000, p. 325-326)

2.3 O direito penal e a Constituição Federal

Todo direito fundamenta-se na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais, pois há um conjunto de normas, sistêmico, que devem obediência à norma superior. O intérprete deve extrair do enunciado normativo a decisão para o caso concreto – a norma – no entanto, tal tarefa deve observar o “marco normativo imposto pela norma de nível superior”, eis que a norma do caso concreto é extraída por derivação da norma superior. (COELHO: 2011, p. 92) Há, assim, uma estreita ligação da Lei com a Constituição Federal, ou seja, uma relação de vinculação de “um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica.” (KELSEN: 2011, p. 388-389)

A Constituição e as Leis de um País são objetos culturais, são normas jurídicas criadas pelo homem e, sendo assim, “são idênticas e possuem as mesmas características.” (COELHO: 2011, p. 37) No entanto, há algumas diferenças no que diz respeito à estrutura normativa e quanto a sua função no ordenamento jurídico.

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, apoiado em Michel Troper, a hermenêutica é idêntica no que diz respeito “ao problema do entender”, não havendo nenhuma singularidade “de fundo, na exegese da Constituição.” No entanto, apoiado em Emilio Betti, narra que há sim diferenças entre a Constituição e as Leis, qual seja, na aplicação, ou melhor, na interpretação constitucional deve “empregar-se regras ou técnicas peculiares, distintas das que se utilizam noutros documentos normativos.” Reconhece-se, pois, a controvérsia quanto à “especialidade/autonomia da interpretação constitucional.” (2011, p. 43-46)

Prosseguindo, ressalta-se que deve ser analisada a compatibilidade do Direito Penal frente à Constituição Federal, sendo sabido que a última palavra sobre a inconstitucionalidade ou não de um enunciado normativo aplicado ao caso concreto é da corte constitucional. (COELHO: 2001, p. 57)

No Direito Penal brasileiro a Constituição Federal, de forma dirigente, estabelece princípios que regulam e limitam a atuação do Estado na seara penal. Destarte o legislador infraconstitucional deve obediência à Constituição Federal, sendo o Direito Penal não apenas formal, mas funcional e axiologicamente conforme a Constituição, pois suas disposições somente valem e obrigam quando se prestem à realização dos fins constitucionais e prestigiem valores mais caros, aferidos naturalmente, segundo cada contexto histórico-cultural. (QUEIROZ: 2005, p. 21-23)

A pena no Estado Democrático de Direito deve ser o último recurso, eis que a intervenção estatal drástica não deve ser utilizada sem extrema necessidade. Assim, a relação do Direito Penal com o direito constitucional se torna estreita, pois cabe ao último limitar o poder exercido pelo Estado quando lança mão do primeiro. O direito constitucional por meio da Constituição – Lei fundamental – limita, vincula o legislador ordinário, ou seja, só pode legislar de modo coerente às diretrizes da Lei maior. (GOMES: 2003, p. 23-24)

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, trata-se de uma limitação negativa de competência. (1993, p. 73-74) E mais, sendo a Constituição Federal a carta que expressa a ordem social de onde se encontra a concepção do direito, as demais normas do sistema jurídico devem observar, se alicerçar no ordenamento constitucional. (CARVALHO: 1992, p. 36-37)

Destarte, devido à ligação íntima entre o Direito Constitucional e o Direito Penal, fala-se que não estamos somente na seara da proteção do princípio da legalidade, mas sim pelo princípio da constitucionalidade, eis que a Lei só terá validade se houver conformidade formal e substancial à norma superior, vale dizer, a Constituição. Quer-se dizer, a Lei para ter validade não basta ser formalmente constitucional, ela deve ser também substancialmente constitucional, ou seja, o significado do enunciado normativo deve corresponder, deve estar em conformidade ao estabelecido pela carta maior. (GOMES: 2003, p. 26-27)

Tal correspondência substancial faz com que o ordenamento infraconstitucional só seja válido quando o legislador ordinário atentar para as diretrizes constitucionais que são expressas nos princípios. Com efeito, a Constituição Federal do Brasil de 1988 trouxe inúmeros princípios norteadores que devem servir como fundamento para a construção do sistema jurídico, ou seja, os princípios constitucionais têm função de orientar a “hermenêutica teleológica e evolutiva.” (GOMES: 2003, p. 29-30)

Note-se que, se orienta a hermenêutica, o Juiz no Estado Democrático de Direito exerce a função de controlar a aplicação do enunciado normativo, no entanto, não substitui o papel do legislador, por óbvio, pois do contrário estaria ferindo-se a tripartição de poderes. Com efeito, ao Juiz cabe examinar se o legislador “se manteve ou não dentro dos limites que lhe foram traçados pela Constituição.” Portanto, o controle exercido pelo Juiz deve ser limitado à análise do enunciado normativo frente aos parâmetros constitucionais, mas advirta-se, não pode o Juiz alterar o sentido, a substância da criação da Lei pelo legislador. (GOMES: 2003, p. 222-223)

Sem dúvida alguma o princípio constitucional norteador do Direito Penal é o princípio da legalidade, no entanto, inicialmente, convém salientar que regras diferem de princípios. Segundo Inocêncio Mártires Coelho, uma regra tem aplicação quando a situação do caso concreto se verificar, afastando, por lógica, a incidência de outras regras, pois: “A deve ser B, e não C, D, E”. Já os princípios “apenas enunciam motivos para que o aplicador se decida neste ou naquele sentido”, ou seja, são “mandatos de otimização”, ou melhor, “pensamentos diretores”. A estrutura da Lei está subordinada em ser ou não aplicada ao caso concreto, enquanto que os princípios “exigem uma aplicação diferenciada, do tipo ‘realize-se o ótimo dentro do possível’.” (2011, p. 120-124 e 187)

Apoiado em José Joaquim Gomes Canotilho conclui o raciocínio:

Os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. (COELHO: 2011, p. 131)

Roberto Freitas Filho, com apoio em Karl Larenz, argumenta que um “princípio consagra sempre um elemento ético-social” e mais, “tem a função de ser norma fundamentadora de outras, idéia ou valor diretriz que dá sentido a um sistema ou subsistema.” Assim, pode-se dizer que um princípio não determina um comportamento (fazer ou não fazer – ditado pela regra), mas simplesmente “algum valor a se respeitar ou algum fim a se atingir”. O princípio traz “os valores consagrados por uma determinada sociedade”, ou seja, são limitadores do processo hermenêutico na busca “de conteúdo de sentido de normas particulares.” (2009, p. 192-205)

Prosseguindo na análise dos princípios, convém salientar que o sistema penal brasileiro, inegavelmente oriundo do sistema romano-germânico, é sistema do direito positivo que pressupõe princípios que norteiam e delimitam a aplicação do Direito Penal e mais, “constituem um patamar indeclinável, como ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas.” (BATISTA: 1996, p. 61)

Na análise da relação íntima entre os princípios e a interpretação de um enunciado normativo penal, Heleno Cláudio Fragoso assevera que não existem regras específicas para interpretação do Direito Penal, razão pela qual devem ser aplicadas as regras e princípios que regem os demais ramos. (2006, p. 96)

Note-se que alguns princípios são de grande relevância ao Direito Penal, são norteadores, ou seja, em que pese o autor citado anteriormente relatar não existir regras específicas, alguns princípios terão maior peso na interpretação do Direito Penal – em especial o da legalidade. Com efeito, para Nilo Batista, o princípio da legalidade é indispensável a qualquer sistema penal que deseje ser racional e justo. (1996, p. 65)

Necessário se faz também apontar que o Direito Penal advém da produção do Poder Legislativo infraconstitucional. Se assim é, o legislador ordinário, ao produzir, fica

vinculado às diretrizes estabelecidas na Constituição Federal, devendo respeito aos princípios, não podendo criar enunciados normativos incriminadores em afronta ao texto constitucional. (GOMES: 2003, p. 24) A título de orientação, não são só os princípios que limitam o legislador infraconstitucional, eis que a força da Constituição limita-o a algo maior, pois é a expressão do direito de uma determinada ordem social, ou seja, o legislador ordinário deve também trabalhar com a idéia de justiça¹¹ ao elaborar o texto de um enunciado normativo. (CARVALHO: 1992, p. 36-37)

Limitemo-nos à vinculação do legislador aos princípios – por questão metodológica. Pois bem, mas o que vem a ser o princípio que limita o poder legislativo ordinário em Direito Penal. Humberto Ávila, apoiado em Josef Hesser, assevera que princípios são normas que estabelecem fundamentos de um mandamento, enquanto que, segundo Karl Larenz, são normas que estabelecem os fundamentos para a interpretação e a aplicação do direito. Assim, os princípios diferem das regras, pois aqueles são fundamentos, são diretrizes a serem seguidas pelo intérprete. Já as regras descrevem uma hipótese e uma consequência. (2009, p. 35)

É sabido que há muita divergência quanto ao critério de distinção entre regras e princípios, razão pela qual transcrevo o que diz Humberto Ávila, confira:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA: 2009, pp. 78-79)

¹¹ “[...] realização de legítimas e aceitáveis aspirações individuais ou coletivas [...]” (ALVES JÚNIOR: 2010, p. 142)

Destarte, pode-se afirmar que a regra tem natureza descritiva de objetos determináveis, enquanto que os princípios “descrevem um estado ideal de coisas.” Afirma-se, igualmente, que as regras para serem aplicadas dependem de correspondência fática com a descrição normativa, sendo que nos princípios há apenas uma valoração dos efeitos do fato com “o estado de coisas que deve ser promovido.” Por fim, as regras propiciam uma solução, tem caráter de “decidibilidade” e os princípios não, pois “servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema.” (ÁVILA: 2009, p. 83-84)

Mas não é só, além dos princípios e das regras, segundo Humberto Ávila, há os postulados, que não são regras nem princípios, grosso modo, são “normas que orientam a aplicação de outras” e se situam em um metanível. Os postulados “estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis”, tais como o postulado da hierarquia e da coerência da regra com a constituição. No entanto, sabe-se que há divergência em ser o postulado um princípio ou uma regra. (2009, p. 125-138)

Prosseguindo, é sabido que as constituições dos Estados nos últimos tempos estabelecem princípios no intuito de incorporar as diretrizes do Estado Liberal e do Estado Social. Para fazer valer tais diretrizes são também estabelecidas normas para tornar concreto o direito de liberdade, igualdade e os valores de interesse geral. Assim, as constituições veiculam matéria penal ao dispor princípios penais na defesa das garantias e limitando o poder do Estado. (LUISI: 2003, p. 12)

Os princípios que cuidam de Direito Penal podem ser expressos, de maneira inequívoca, como o princípio da legalidade, ou implícitos, que se deduz das normas constitucionais, como o princípio da intervenção mínima. Assim, os princípios constitucionais penais são instrumentos de proteção dos direitos humanos, limitando a atuação estatal. (LUISI: 2003, p. 12-14 e 104) Ora, ao analisarmos a questão do Direito Penal brasileiro constatamos que a Constituição Federal traça os princípios que regem tal disciplina, sendo que todas as normas infraconstitucionais devem harmonizar-se com o texto constitucional – “sob pena de se tornarem inválidas”. (TELES: 2006, p. 35)

O princípio da legalidade é norteador do Direito Penal. Assim é pelo fato de que historicamente buscou-se vedar a utilização do Direito Penal como manobra política, como por exemplo, a prisão de um adversário político contrário ao sistema de governo. (GOMES:

2003, p. 31) Com efeito, mesmo se a conduta praticada pelo agente seja totalmente imoral, repugnante, só será punido o agente se existir Lei anterior proibindo e prevendo a sanção para a citada conduta, ou seja, para que a sanção penal tenha aplicabilidade ao agente, deve ser anterior e fixada por Lei. (TELES: 2006, p. 38)

Aludido princípio rompeu com as práticas arbitrárias limitando a atividade punitiva do estado, protegendo a liberdade do cidadão, sendo um início ao delineamento do direito de punir estatal. Antes da vigência do princípio da legalidade havia insegurança no âmbito jurídico, havia penas cruéis e os procedimentos eram eivados de ofensas à liberdade individual – como a tortura. No entanto, o princípio da legalidade expressa duas exigências, uma no sentido de garantia do cidadão que limita o poder do Estado e, outra, de caráter político no intuito de prevenção, reforçando a idéia de ameaça. (GOMES: 2008, p. 5-9)

Segundo Nélon Hungria, a Lei é a única fonte do Direito Penal e que não pode ser substituída pelo arbítrio judicial, sendo um sistema fechado, ou seja, ainda que lacunosa ou omissa a Lei penal em seus enunciados, o intérprete não pode se valer da analogia ou dos princípios gerais do direito para coibir uma conduta anti-social não prevista em Lei como crime. Note-se que os códigos penais modernos são adeptos da legalidade rígida, sendo que, para tal aceção, o que não é proibido é então lícito ou indiferente penal. (1955, p. 11-12)

Ainda segundo Hungria, a não obediência ao princípio da legalidade, como já visto, traria insegurança, eis que estaríamos diante da parcialidade “dos palpites de cada juiz na formação do direito” e mais, o arbítrio judicial como forma de aplicação da Lei é marcado como vergonhosa prática nas páginas da história da humanidade. (1955, p. 22)

O artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão expressa o seguinte mandamento: “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.” Desde então o princípio da legalidade vem sendo estabelecido nas legislações dos mais diversos países verdadeiramente democráticos. (MIRABETE: 2009, p. 40)

No Brasil não foi diferente, eis que a adoção do princípio da legalidade é tradição inspirada nos ideais da Revolução Francesa, pois a Constituição do Império de 1824 já o contemplava, sendo repetido nas Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946. (HUNGRIA:

1955, p. 37). Atualmente o princípio da legalidade é expresso no artigo 1º do Código Penal e foi positivado no artigo 5º, XXXIX da atual Constituição Federal¹².

Assim, para que uma conduta seja punida penalmente, há de haver uma Lei prévia proibindo o comportamento humano contrário aos interesses da sociedade. Mas não é só, a Lei deve estatuir a conduta que visa proibir, de forma clara, pois do contrário, ou seja, descrições vagas como a prevista no artigo 8º da Lei de Segurança Nacional¹³ não se pode “determinar qual a abrangência do preceito primário da lei penal e possibilita com isso o arbítrio do julgador.” (MIRABETE: 2009, p. 39-40)

Com a observância de tal princípio, pode-se dizer, o cidadão terá prévio conhecimento da conduta proibida, bem como conhecerá e terá certeza de que não será punido de forma diversa da prevista se violar o enunciado normativo. (BATISTA: 1996, p. 67) Para Bento de Faria o princípio *nullum crimen sine lege* é garantia de liberdade, é garantia de tranquilidade ao cidadão, eis que não viverá na incerteza do que é proibido, não serão, os cidadãos, “servos da gleba”. (1959, p. 81)

Note-se que modernamente só se fala em Estado Democrático de Direito – no que diz respeito ao Direito Penal – quando a vontade do Estado é regida por Lei, ou seja, segue orientação de regras jurídicas estabelecidas e legitimadas democraticamente. Ressalta-se ainda que no Direito Penal também só se fala em segurança jurídica e controle do *jus puniendi* quando os crimes e as penas são fixadas previamente por Lei, ou seja, para que tenhamos um verdadeiro Estado Democrático de Direito o Estado deve atuar – na seara do Direito Penal – somente por expressa previsão legal, devendo obediência ao princípio da legalidade previsto na Constituição Federal. (QUEIROZ: 2005, p. 25-27)

Do princípio da legalidade a doutrina extrai sub-princípios ou funções do princípio em comento. Os chamarei de princípios – como a maioria da doutrina brasileira. São eles: da reserva legal, da taxatividade, também chamado de princípio da determinação e, por fim, o da irretroatividade da Lei penal incriminadora. Tais princípios não são só conseqüências do princípio da legalidade, são na realidade sua essência, eis que ausente um

¹² De 05 de outubro de 1988.

¹³ Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou a soberania de outro país.

deles, ausente também estará a idéia de legalidade. (GOMES: 2008, p. 9; GOMES: 2003, p. 32-33 e BATISTA: 1996, p. 69-77)

Sucintamente o princípio da reserva legal diz respeito ao aspecto formal da Lei penal incriminadora, ou seja, só pode ser considerado crime e só pode ser aplicada uma sanção penal (pena) se houver uma Lei descrevendo-os, não sendo possível a criação de crimes e penas, a positivação do Direito Penal brasileiro, por outra modalidade legislativa, como por exemplo, um Decreto Presidencial. (GOMES: 2008, p. 7) Aludido princípio é condicionante de que alguém só será punido se existir Lei com uma norma proibindo a conduta, sendo que citada reserva de Lei é presente em todos os diplomas penais brasileiros desde 1803, inclusive nas Constituições brasileiras. (BATISTA: 1984, p. 301)

O princípio da irretroatividade da Lei penal incriminadora é intrinsecamente ligado ao da reserva legal, eis que para ser apenado por uma conduta considerada como crime, há de existir uma Lei prévia, ou seja, Lei anterior ao fato criando a figura incriminadora. Assim, se a Lei é posterior, a conduta não será punida, eis que não existia Lei anterior estabelecendo a proibição da conduta, melhor esclarecendo, a Lei incriminadora posterior não retroagirá para alcançar situações pretéritas.

Por questões metodológicas deixamos o princípio da taxatividade/determinação por último, devido a sua importância para o presente estudo. Com efeito, não há como dizer que um enunciado normativo obedeceu ao princípio em comento, se o intérprete não tiver condições de saber qual o sentido e alcance de aludido enunciado.

Foi com a idéia de legalidade que nasceu a técnica de descrição de condutas reprováveis em enunciados normativos precisos, assegurando a liberdade e a segurança jurídica. (GOMES: 2008, p. 7) E mais, do princípio da reserva legal pode-se afirmar que o enunciado normativo deve ser claro e determinado, eis que deve especificar a conduta para conhecimento do cidadão, limitando, demarcando o lícito do ilícito. (BATISTA: 1984, p. 303)

Ora, é corolário lógico do princípio da legalidade que o tipo penal seja determinado, ou seja, taxativo. Tal princípio é dirigido ao legislador, eis que em sua função de criar figuras incriminadoras, deve ser claro e preciso, não podendo valer-se de expressões ambíguas, equívocas ou vagas. (LUISI: 2003, p. 24) No mesmo sentido Nilo Batista enfatiza

que a determinação/taxatividade do tipo penal é exigência ao legislador penal brasileiro, seja pelo fato de que não ocorrerá à autodeterminação do cidadão, eis que não terá conhecimento do que é penalmente proibido, conforme teoria da intimidação penal, seja pelo fato de que a vagueza no enunciado normativo dá margem para manipulação no momento da aplicação da Lei. (1996, p. 78-79)

Antonio Carlos Santoro Filho, em comentários sobre o princípio da taxatividade, o denomina de princípio da tipicidade, pois o legislador deve descrever a conduta criminosa de “modo certo e inconfundível”. Ao descrever a conduta que visa coibir de forma taxativa, o legislador atende a uma das funções do tipo, qual seja: a da garantia. Ora o cidadão tem a garantia de que só as condutas taxativamente descritas são proibidas, não podendo, assim, o legislador criar figuras incriminadoras de forma genérica. (2003, p. 60-61)

Note-se ainda que a inobservância do princípio da taxatividade/determinação também ofende os princípios da legalidade e da anterioridade, pois nada adianta a Lei ser anterior se não houver clareza, ou seja, a Lei é anterior, mas a vagueza poderá resultar em variações diferenciadas e arbitrárias. (LUIZI: 2003, p. 24) Para Nilo Batista, o princípio da legalidade resta comprometido se a Lei cria figuras incriminadoras sem clareza em seus elementos, tornando-se impossível que o cidadão conheça o que é ilícito e vaticina: “equivale teoricamente a nada formular”. (1996, p. 78)

A determinação taxativa do tipo penal é garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, limitando, restringindo a discricionariedade quando do julgamento do caso concreto. (LUIZI: 2003, p. 25) Tal princípio “limita a discricionariedade do órgão judicial”, eis que exige do legislador que, ao elaborar o enunciado normativo penal, seja claro, devendo evitar que as “normas incriminadoras sejam ambíguas, equívocas e vagas, o que poderia ensejar diferentes e casuísticos entendimentos”. Assim, a exigência ao legislador de que seja preciso ao criar um modelo incriminador é, como já visto, garantia do cidadão, evitando a arbitrariedade e, por consequência, controla o *ius puniendi* do Estado. (GOMES: 2003, p. 33)

Ora, o enunciado normativo penal incriminador, chamado de tipo penal/legal tem a função de garantia do cidadão na medida em que, sendo taxativo (certo e determinado – não vago) fornece elementos ao cidadão para se auto-determinar, de responsabilizar-se pela conduta proibida que praticou, pois tinha conhecimento do conteúdo normativo expresso no

enunciado. (PALAZZO: 1989, p. 50) É o que se chama de eficácia preventiva do enunciado normativo, pois o indivíduo conhecendo a proibição, devido à certeza e taxatividade, pode se auto-determinar e não praticar a conduta proibida pelo legislador. (GOMES: 2003, p. 33)

Assim, pode-se dizer que o princípio da taxatividade/determinação, como os demais princípios, tem índole política, pois é uma exigência de que todos os enunciados normativos incriminadores sejam claros e precisos para que a idéia de proteção do cidadão contra o arbítrio estatal não ocorra. Note-se que sendo um enunciado normativo vago e impreciso não há segurança e a punição pode ser variada e mais, em sentido oposto, sendo o enunciado normativo incriminador “inequívoco, pouca discricionariedade terá o juiz quando da aplicação do direito”. Assim, enunciado normativo incriminador não pode ser vago, eis que a conduta proibida deve ser de fácil percepção, tornando evidente para o cidadão qual é o comportamento que acarretará no exercício do *ius puniendi*. (GOMES: 2008, p. 13)

O princípio da taxatividade pode ser entendido também como exercício do princípio da igualdade, pois a ambigüidade e a vagueza do enunciado normativo pode acarretar desigualdade na aplicação do enunciado normativo, sendo que os órgãos do Poder Judiciário podem sustentar opiniões divergentes – o que comumente ocorre. Nesse toar, a certeza emanada do enunciado normativo inequívoco traz segurança jurídica, fornecendo aos Tribunais Superiores elementos para o controle de legalidade das decisões inferiores. (GOMES: 2008, p. 14-15)

Com efeito, se um enunciado normativo for equívoco, os Tribunais Superiores não terão elementos para decidir se a norma aplicada ao caso concreto é a correta, não existirá parâmetro objetivo devido a vagueza do texto normativo. Portanto, se o enunciado normativo é vago, não há segurança na aplicação ao caso concreto e, assim, o Juiz não pode condenar um cidadão “que não se comportou como deveria, já que tal comportamento não estava claramente determinado a fim de orientar os cidadãos.” (GOMES: 2008, p. 14-15)

Sobre o princípio da taxatividade, Mariângela Gama de Magalhães Gomes esclarece:

Ao assegurar a certeza da lei, afasta-se o arbítrio do juiz, impedindo que ele venha a punir casos não expressamente previstos em lei. Quanto maior é a certeza, menor o subjetivismo, ideológico ou

pessoal do juiz. Além disso, assegura-se também a fragmentariedade do direito penal, a igualdade (que pressupõe a possibilidade de conhecimento da norma) e, portanto, também a prevenção geral, a possibilidade para os cidadãos de conhecer aquilo que é e o que não é penalmente vetado e conscientemente decidir o próprio comportamento. (GOMES: 2008, pp. 16-17)

Luiz Luisi argumenta que o princípio da legalidade na modernidade exige a aplicação do princípio da determinação-taxatividade, ou seja, é exigência constitucional de que os tipos penais tenham clareza e precisão. E conclui, apresentando um novo conceito sobre o princípio da legalidade, qual seja: “não há crime, não há pena sem lei prévia, precisa ou determinada e atual”. (2003, p. 110-111)

Nilo Batista assevera que há várias formas de desrespeito ao princípio da legalidade quando o enunciado normativo não é taxativo. Há, segundo o autor, violação quando o núcleo do tipo penal contém um verbo, um agir vago ou indeterminado, citando como exemplo a antiga conduta criminosa de “cometer adultério” e a ainda vigente de “reduzir alguém a condição análoga de escravo”. Tal autor aponta ainda outra violação, qual seja, a utilização de elementos sem precisão semântica, como por exemplo, “casa mal-afamada” ou “espetáculo capaz de pervertê-lo”. Ainda como violação ao princípio da taxatividade, como sub-princípio ou função do princípio da legalidade, é o emprego pelo legislador de tipificações abertas ou exemplificativas, pois os limites ao intérprete não são apresentados, como por exemplo, a conduta de “ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico de causar-lhe mal injusto e grave.” (1996, p. 81-82) (grifei)

Paulo Queiroz relata que o Estado respeitará o princípio da legalidade quando a Lei estipular condutas proibidas de forma precisa, não podendo ter conteúdo vago, obscuro ou amplo. Deve o enunciado normativo ser redigido com elementos precisos, sendo que, na interpretação pelo Poder Judiciário deve-se, segundo o citado autor, restringir o alcance do texto, sob pena de violação do Princípio da Legalidade e trazer insegurança à liberdade do cidadão. (2005, p. 27-28)

Destarte, apontada a importância do princípio da legalidade e seus sub-princípios ou funções, constata-se que a não observância é perigosa ao cidadão brasileiro, pois pode desconhecer que condutas o Estado proíbe.

2.4 O tipo e o direito penal

O Direito Penal é veiculado por enunciados normativos incriminadores que definem fatos puníveis culminando sanções. (BATISTA: 1984, p. 281) Tais enunciados incriminadores são chamados usualmente de tipos penais (*Tatbestand*). Traz em seu bojo a descrição dos elementos materiais do delito, uma exigência na estipulação de condutas criminosas no intuito de limitar o arbítrio dos governantes. (LUISI: 1987, p. 13-15)

O termo *tipo* tem origem grega e um dos seus sentidos é “exemplo ou modelo, em acepção mais valorativa, derivando para protótipo ou arquétipo”. Varias foram as acepções empregadas ao termo em comento, no entanto, o sentido originário do grego (modelo ou molde) “nunca se perdeu”. No entanto, mesmo sendo um molde, não se pode confundi-lo com um conceito. Com efeito, um conceito é rígido e fechado, nem sempre encontra correspondência com os fatos da vida. Já o tipo é flexível, criado para ser abstrato e genérico, podendo adequar-se, adaptar-se a situações modernas e atuais, mudando de “significado ao longo do tempo”. (DERZI: 2007, p. 38-92)

No sentido de Misabel de Abreu Machado Derzi esclarece:

Parece-nos que, pelo menos de acordo com a lógica aristotélica, o tipológico foge às características do pensamento científico conceitual clássico. O que importa é que (conceito ou não), tipo é o nome que se dá à ordem que, comparativamente, ordena objetos, segundo características nem rígidas nem flexíveis, em sistema aberto, graduável, voltado à realidade de valor e sentido. (2007, p. 92)

Mas não se deve olvidar que mesmo sendo flexível e abstrato, o tipo contém “ricas referências ao objeto”, uma delimitação que reduz a imprecisão, mas não elimina a *zona de penumbra* como dizia Carrió. E mais, mesmo “[...] quando o legislador opera com conceitos fechados, há de restar sempre o conhecido fenômeno da mudança de significação

das normas ao longo do tempo, dentro do ‘limites possíveis da palavra’.” (DERZI: 2007, p. 112)

Existem fases quanto a evolução do conceito de tipo penal, sendo que a primeira diz respeito à concepção da independência, sendo o tipo penal apenas a descrição de uma ação determinada com função meramente descritiva. A segunda fase é conhecida como da antijuridicidade, a qual reconhece ser o tipo uma descrição, mas também um indício de contrariedade, ou seja, antijurídica. Ainda em tal fase relata-se que o tipo não é só indício de antijuridicidade, mas também razão de ser, ou melhor, a tipicidade e a antijuridicidade são vinculadas. Segue-se com a fase chamada defensiva, fundamentada no princípio da legalidade, na qual o tipo penal é uma figura ideal, um “modelo conceitual extraído do acontecimento externo”. (BITENCOURT: 2012, p. 332-335)

Visto isso, pode-se emprestar a definição de tipo penal ventilada por Cezar Roberto Bitencourt, qual seja: “Tipo é o conjunto de elementos do fato punível descrito na lei penal [...] Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido”. (2012, p. 336) Guilherme de Souza Nucci entende da mesma forma, definindo o tipo penal como “uma conceituação puramente funcional que permite concretizar o princípio da reserva legal”. (2008, p. 182)

Assim, o tipo penal delimita o que é ilícito, mas não cria a conduta, apenas a transforma em crime. Com efeito, o tipo penal contém elementos descritivos “passíveis de reconhecimento por juízos de realidade, isto é, captáveis pela verificação sensorial (sentidos humanos)”. No entanto, contém também alguns elementos que dependem de juízos de valoração, são os chamados, pela doutrina penal, de *elementos normativos*. A valoração pode ser cultural, como por exemplo, *ato obsceno*, ou jurídica, como por exemplo, o termo *cheque*. (NUCCI: 2008, p. 183)

O tipo penal sendo o modelo descritivo de comportamentos proibidos tem suas funções. Uma delas é a *função indiciária*, a qual a conduta sendo proibida é típica e, assim, há indícios de que também será antijurídica, pois infringiu o direito. (BITENCOURT: 2012, p. 339)

Rogério Greco relata que o tipo também tem a *função fundamentadora* do *ius puniendi*. O Estado moderno detém o monopólio de aplicar sanções penais, sendo o tipo penal o meio pelo qual o Estado fundamenta e faz valer o direito de punir. Nos dizeres de citado autor “a função fundamentadora por ele exercida, abre a possibilidade ao Estado de exercer o seu direito de punir sempre que o seu tipo penal for violado”. (2010, p. 175)

Outra função é a *de garantia* que, baseada no princípio da legalidade, o tipo penal tem a função de fundamentar o injusto e também limitar o âmbito de incidência, ou melhor, do que é proibido, penalmente relevante. (BITENCOURT: 2012, p. 339) No mesmo sentido é o entendimento de Rogério Greco, sendo o tipo penal uma garantia do cidadão de que toda conduta é lícita, podendo praticar qualquer ato que não for expressamente proibido em um tipo penal, ou seja, tipificada em Lei como um ilícito penal. (2010, p. 175) Portanto, cada cidadão tem a garantia de que só será objeto de preocupação do Direito Penal a conduta que foi descrita por Lei em um tipo penal e, conforme Cezar Roberto Bitencourt, com apoio em Wezel, “o tipo penal tem a função de descrever de forma objetiva a execução de uma opção proibida”. (2012, p. 339)

Outra função do tipo penal, segundo Bitencourt, é a *função diferenciadora do erro*, eis que o cidadão só pode ser punido quando sua conduta abrange todos os elementos constitutivos da descrição abstrata, isto é, a conduta para ser típica tem que ser dolosa e tal dolo deve corresponder a todas as circunstâncias fáticas contidas no tipo penal. Assim, o tipo penal, presumidamente doloso, não se aperfeiçoa, tornando a conduta atípica, quando ocorrer o chamado erro de tipo. (2012, p. 339)

Ainda em relação às funções do tipo penal, Rogério Greco argumenta que há a *função selecionadora*, pois o legislador seleciona no mundo certas condutas que violam bens jurídicos que, no seu entender, são de maior relevância e merecem tutela estatal, tornando certas condutas tipificadas, tornando-as proibidas. (2010, p. 176) Misabel de Abreu Machado Derzi entende da mesma maneira, asseverando que “o tipo seleciona as ações humanas relevantes para o direito penal.” (2007, p. 161)

Prosseguindo na análise do tipo penal, convém salientar que as prescrições normativas devem propiciar ao intérprete critérios não contraditórios, ou seja, critérios claros para que o *dever ser* tenha contato com o dado do *ser*. (ZAFFARONI; BATISTA: 2003, p.

64) Desta feita, um dos objetivos do modelo penal garantista é a exigência de que o legislador crie, construa tipos penais taxativos, objetivos, ou seja, *tipos fechados*. (GOMES: 2003, p. 11-12)

Há muitos tipos penais que contém elementos que dependem de atividade valorativa, são os *tipos abertos*. Isso ocorre devido a dificuldade do legislador em modelar o tipo com dados objetivos, razão pela qual lança mão de expressões que dependem de análise subjetiva. Com efeito, o elemento aberto axiológico não é determinado, eis que cabe ao intérprete conferir o sentido do texto ao interpretá-lo, como no caso das nuances da ilicitude, como por exemplo, “injustamente”, bem como quando diz respeito a parte da estrutura do tipo, um elemento constitutivo, como por exemplo, “perigo comum, cruel, torpe”. (LUISI: 1987, p. 58-59)

Os elementos abertos podem ser classificados como jurídicos ou culturais, sendo que no primeiro já há um conceito consagrado e expresso em outras normas jurídicas, como por exemplo, “funcionário público” definido no artigo 327 do Código Penal. Já o último, a valoração é livre, pois não há uma significação expressa no tipo, como por exemplo, “fraude” prevista no artigo 155, §4º, II, do Código Penal. (LUISI: 1987, p. 58-59)

Inocência Mártires Coelho, apoiado em Karls Larenz, relata que a concretização do enunciado normativo genérico, no caso concreto, amplia o modelo criado pelo legislador, abarcando possibilidades “que não poderiam ter sido imaginadas sequer pelos mais proféticos dos legisladores históricos”. E prossegue, apoiando-se em Miguel Reale, narrando que o magistrado não podendo eximir-se do ato de julgar, pode até assumir o papel de legislador quando houver lacuna na legislação. (COELHO: 2011, p. 48-50)

Em seguida, abordando a questão da interpretação constitucional alerta para a hipótese dos enunciados abertos. Em suas palavras:

Apesar da natural abertura dos enunciados normativos, a ensejar diversas interpretações, nem por isso quaisquer leituras podem ser consideradas igualmente válidas, até porque existem critérios para verificar a sensatez de uma interpretação textual e, à luz desses parâmetros, para desqualificar as que se mostrarem,

indubitavelmente, erradas ou clamorosamente inaceitáveis. (2011, p. 186)

Em linha semelhante Winfried Hassamer relata que os conceitos ambíguos contidos no enunciado normativo permitem as diferentes formas de conceituação devido a vagueza, há um preenchimento valorativo pelo intérprete, ou seja, o “intérprete encontra na lei apenas uma informação incompleta relativa à decisão que lhe concede espaços para sua decisão”. (2007, p. 10)

Eros Roberto Grau não concorda com a denominação *conceitos ambíguos*, eis que seria um *contra-senso*, já que conceito dá a idéia de determinação, portanto, a questão não é conceitual, mas de tipos indeterminados, que possuem termos ambíguos ou imprecisos que necessitam de uma complementação do exegeta para a aplicação ao caso concreto. (2009, p. 239-240)

Em suas palavras:

Os parâmetros para tal preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções, essas, que variam conforme a atuação das forças sociais. Quando se trate de conceito aberto por ambigüidade seu preenchimento é procedido também mediante a consideração do contexto em que inserido – o que, de qualquer forma, não deve obscurecer a verificação de que, sempre, é da participação do jogo da linguagem no qual inserido o termo do conceito que decorre a possibilidade de o compreendermos, procedendo ao seu preenchimento. (2009, p. 240)

Mas adverte Eros Roberto Grau, “ainda que ambíguas e imprecisas, as palavras e expressões jurídicas [...] expressam significações determináveis”. (2009, p. 240) Winfried Hassamer, a respeito, conclui que um enunciado normativo é vago, digo aberto, quando a ele pode ser atribuído um sentido positivo, um negativo e um neutro. Sendo comum, pois a linguagem da Lei é semântica, isto é, aberta e ambígua, expressando a experiência comum do cotidiano. (2005, p. 249-362)

Assim, o tipo penal que contenha somente elementos descritivos objetivos são chamados de *tipos fechados*, enquanto os que contiverem em sua estrutura elementos que dependem de uma valoração para além do vernáculo são denominados de *tipos abertos*. (NUCCI: 2008, p. 184) Destarte, quando um tipo penal contém um elemento aberto que depende da valoração do intérprete, chama-se, comumente, de *tipo penal aberto* e, quando não, de *tipo fechado*.

O tipo penal ainda pode ser classificado ainda como formal ou material. O primeiro é a descrição objetiva realizada pelo legislador quando cria e molda a conduta criminosa que visa coibir. Já a segunda vincula-se à lesão ao bem jurídico a ser protegido pelo enunciado normativo. Assim, há casos em que há tipicidade formal, mas não material, como por exemplo, a lesão corporal causada pelo furo de um brinco na orelha de uma pessoa. Há uma adequação formal ao descrito no enunciado normativo, no entanto, como não há ofensa aos parâmetros éticos e sociais, a conduta é considerada atípica materialmente. (NUCCI: 2008, p. 187)

Não se olvida que há outros tipos de classificação, no entanto, para fins de análise de hermenêutica e interpretação, basta, no meu sentir, o apontado acima.

2.5 A interpretação e o direito penal

Thomas Kuhn relata que na prática da ciência os estudantes se familiarizam com a arte que se propõem a desempenhar estudando os manuais que apontam os paradigmas a serem seguidos, no entanto, quando tais paradigmas não resolvem as questões, ocorrendo anomalias, nasce a crise. Ora, se as crises não são resolvidas pelos manuais – que só apresentam os resultados sedimentados do que outrora foram teses – o estudante precisa de mais, ou seja, precisa de fundamentos, precisa dos elementos que alicerçaram as citadas teses, ou paradigma como nominou Kuhn, para poder prosseguir e tentar resolver os problemas – as novas crises. (2011, p. 30)

É sabido que o agente que pratica uma conduta criminosa age exatamente nos termos da conduta prevista no enunciado normativo, pois como já dito anteriormente, o agente viola a norma que se extrai do aludido enunciado. Assim, é possível dizer que no Código Penal não há enunciado normativo incriminador por imperativo expreso, há uma proibição “no bojo dos dispositivos legais”. (BITENCOURT: 2011, p. 158) Com efeito, o Código Penal

contém enunciados normativos no intuito de punir quem viola a norma contida em tais enunciados, mas não é só, o legislador também traz enunciados normativos permissivos, explicativos e complementares.

Os escritos brasileiros em Direito Penal são na grande maioria manuais e, em específico ao tema interpretação do enunciado normativo, de todas que tive à mão, todas¹⁴, à unanimidade, citam praticamente os mesmos autores como fonte de entendimento. Assim, para início da abordagem ao magistério brasileiro no Direito Penal, vou à fonte.

Se busco a fonte do Direito Penal vigente em termos de interpretação, não se pode olvidar Néelson Hungria¹⁵. Não se trata de reverencialismo, mas de fato, pois como dito, a unanimidade das obras de Direito Penal o citam como fundamento para as formas de interpretações que apresentam.

O problema da interpretação da Lei penal já foi objeto de tantas abordagens e, devido aos infortúnios causados pelo arbítrio judicial, Beccaria chegou ao ponto de asseverar que “feliz a nação em que as leis não são objeto de uma ciência”. (HUNGRIA: 1955, p. 49-50) Na análise da interpretação da Lei penal não se pode reduzir a função do Juiz ao automatismo, eis que as Leis contêm defeitos e sua redação, são ambíguas e obscuras, ostentando também contradições. (HUNGRIA: 1955, p. 50-51)

Na defesa do Código Penal brasileiro vigente, Néelson Hungria argumentou que há precisão nos enunciados incriminadores, mas não dispensa a interpretação para “explicar-lhe o verdadeiro sentido, o justo pensamento, a real vontade, a exata razão finalística, quase nunca devidamente expressos com tôdas as letras” (sic), eis que a interpretação judicial realizada pelos órgãos judiciários revela a justiça para o caso concreto e serve de diretrizes para a solução de casos similares. (HUNGRIA: 1955, p. 57-59)

O intérprete, ao deparar-se com uma Lei que contém expressões gramaticais que geram dúvidas, deve analisar a aludida expressão no sentido jurídico ou extrajurídico, mas, se ainda persistir dúvida, deve ser apegar ao sentido do uso comum. (HUNGRIA: 1955, p. 67)

¹⁴ Deixo de nominá-las, eis que realmente todos os manuais e tratados de direito penal que tive à mão, os mais comuns, citam Néelson Hungria

¹⁵ Com mais de 20 mil escritos conforme Cid Flaquer Scartezini (RUFINO; PENTEADO: 2003, p. 209)

Com efeito, o intérprete deve buscar a razão finalística da Lei, a chamada *ratio legis*, ou seja, o interesse da norma, o bem jurídico que visa tutelar, no entanto, deve-se lembrar que a *ratio legis* é diversa da *occasio legis*. É sabido que o legislador tem seus motivos para formular a Lei, os fatos que geraram a preocupação legislativa, a *occasio legis*. Entretanto, com a vigência da Lei, há um desprendimento de tal *occasio legis*, eis que a Lei passa a ter vida e existência “em si e por si”. A Lei sobrevive aos motivos que a ensejaram e continua a servir o fim do “direito que o seu texto consagra”, pois a Lei não é inflexível e perpétua à *occasio legis*, sendo que o homem evolui e os conceitos da vida também, razão pela qual não se pode recusar ao Direito Penal a interpretação evolutiva e adaptativa. (HUNGRIA: 1955. p. 70-71)

Hungria, com apoio em Maggiore, esclarece que “Se o direito é feito para o homem e não o homem para o direito, o espírito que vivifica a lei deve fazer dela um instrumento dócil e pronto a satisfazer, no seu evoluir, as necessidades humanas”. (1955, p. 75)

Hungria dizia que não se pode negar ao Juiz penal a faculdade de interpretar a Lei de modo a adaptá-la aos atuais aspectos da vida social. Deve o Juiz buscar o pensamento do legislador atual “no espírito evoluído da sociedade e no sentido jurídico imanente, que se transforma com o avanço da civilização”. Mas adverte, o intérprete que, ao dar à Lei, interpretação adaptativa não deve negá-la, não pode reformulá-la, deve ater-se ao texto e no caso concreto procurar apresentar o que a Lei não disse claramente. Adverte ainda que o Juiz deve definir a justiça do caso concreto nos limites permitidos pela Lei, não pode ir além, eis que se o fizer estar-se-ia deixando aos juízes a definição do que é o direito, o que acarretaria ameaça à segurança jurídica e mais, ameaça aos direitos individuais e sociais. (1955, p. 76-78)

Na interpretação da Lei, por vezes, o Juiz amplia o sentido e o alcance das palavras da Lei, é a chamada interpretação extensiva que, segundo Hungria, o primeiro passo é utilizar a máxima de que o que é incriminado quanto ao mínimo também o é quanto ao máximo. Narra também que o que é proibido quanto ao gênero, também é quanto à espécie, como por exemplo, o crime de bigamia, ou seja, também é fato criminoso a poligamia. Há também o exemplo do crime de perigo, ou seja, pune-se também quando o perigo resulta um dano efetivo. (1955, p. 82-84)

O enunciado normativo pode conter elementos que dependem de uma valoração subjetiva do intérprete, comumente encontrados no tipo penal aberto. Com efeito, na interpretação de tipos penais abertos se utiliza a interpretação extensiva, também chamada de analógica. Segundo Hungria, a ampliação ao sentido das palavras é realizada para buscar acomodar o verbete à vontade da Lei. No entanto, quando o legislador estabelece exemplos casuísticos e uma fórmula genérica, esta só pode englobar casos análogos aos exemplos. (1955, p. 86)

Nos casos em que a fórmula genérica é demasiadamente ampla, como por exemplo, “ter o agente cometido o crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”, Hungria adverte que é “uma elasticidade inteiramente aberrante do seu sentido”. Narra ainda que no Direito Penal, a interpretação extensiva deve apresentar o que do texto provém, por força de compreensão, ou seja, o que declarou o legislador – não podendo desvirtuar tal objetivo. (1955, p. 86-87)

Roberto Lyra inicia o tema interpretação narrando que os princípios gerais são aplicados a todos os ramos do direito, no entanto, assevera que há uma teoria especial de interpretação das Leis penais, pois especifica o que é privativo do Direito Penal. Note-se que à doutrina coube especificar tal teoria, mas as Leis cada vez mais vêm regulando a tarefa da Lei penal e que os métodos de interpretação tem histórico na escola do direito justo de *Stammler*, mas também nas escolas da sociologia e do direito livre, preconizados por, respectivamente, *Geny* e *Kantorowicz*. (1955, p. 183-186)

Ora, interpretar é conhecer o objeto e o alcance da norma, sendo que tal tarefa pode ser do legislador (interpretação autêntica), dos juristas (interpretação acadêmica) e a do Juiz (interpretação judicial) quando aplica a Lei ao caso sob sua análise. É sabido que a interpretação realizada pelo Juiz se dá através da lógica, pois busca ele “a alma que lhe transfundiu o legislador, por sua vez extraída da ciência e da vida”. (LYRA: 1955, p. 183-184)

Mas tal interpretação pode ser restritiva, sendo vedado ao Juiz sair do texto, da letra da Lei, limitando a atividade de julgar. A crítica que se faz a tal método é que a limitação induz um direito longe da realidade, podendo enveredar-se para uma fonte de opressão e não

de justiça, pois o direito se tornaria isolado de outras manifestações sociais. Ora, o rigor da Lei, por vezes, arbitrário, quando interpretado pelo Juiz, ao aplicá-lo ao caso concreto se humaniza, adapta-se ao caso da vida, ao ritmo do convívio social. (LYRA: 1955, pp. 176 e 186)

Mas a interpretação pode ser extensiva, permitindo ao intérprete que inclua casos, que a primeira vista, pareciam estar excluídos do texto da Lei. Tal interpretação pode ser analógica, ou seja, “inspira-se no confronto da Lei com os institutos análogos”. E mais, pode ainda ser por paridade, no qual, o intérprete, aplicará o texto da Lei “em tôda a extensão de seu preceito, aos casos compreendidos nos seus termos”. (sic) (LYRA: 1955, p. 184-185)

Note-se que a interpretação extensiva tem limites no Direito Penal, eis que é expresso no artigo primeiro do Código Penal brasileiro que o intérprete não pode criar crimes, trata-se, como já visto, do princípio da legalidade. Mas adverte Roberto Lyra que mesmo quanto a definição dos crimes é permitido interpretar quanto ao alcance do texto da Lei por força da compreensão, ou seja, é permitida a interpretação evolutiva quanto o texto da Lei carrega fórmulas largas – conferindo independência ao intérprete. (1955, p. 185-186)

Interpretar o Direito Penal, ao contrário do que vem sendo alardeado por vários julgados dos Tribunais brasileiros e manuais de direito processual penal, não é procurar uma forma de beneficiar o acusado, pois a tarefa do intérprete é buscar o verdadeiro sentido da Lei, beneficie ou não o acusado. (LYRA: 1955, p. 185-186) No mesmo sentido, Galdino Siqueira argumentava que só se interpreta em favor do acusado quando persistir dúvidas quanto ao sentido e o alcance do enunciado normativo – quando não houver certeza quanto a intenção do legislador. (2003, p. 42-43)

Bento de Faria argumentava que a interpretação, como processo lógico de verificar o sentido do enunciado normativo penal, coloca em evidência o conteúdo da disposição legislativa, mas deve-se atentar que não é a vontade do legislador, mas da Lei. Tal processo, como dizia Manzini, é subjetivar a regra objetiva, é buscar a vontade da Lei posta na realização de determinado caso ou série de casos. Note-se que mesmo sendo claro o enunciado da Lei, necessário se faz interpretar o enunciado normativo, pois afasta-se o perigo que sua letra pode gerar, ou seja, no ato da interpretação busca-se mais o espírito da Lei do que sua letra. (1958, p. 59-60)

É sabido que os princípios gerais que norteiam a tarefa de interpretar têm cabimento a qualquer ramo do direito e a qualquer Lei. No entanto, para a Lei penal há regras específicas e distintas que inspiram o Direito Penal, qual seja, o espírito legalista que garante o cidadão de eventuais abusos do poder estatal. A tarefa de interpretar é compreender e harmonizar os diversos textos da Lei, uns com outros para que não haja contradições. Para tanto, a interpretação não deve restringir-se ao sentido da palavra gramaticalmente, mas interpretar é conhecer a força do enunciado, que se deduz das palavras e do espírito da Lei. A interpretação não deve imobilizar o enunciado normativo, eis que ao Juiz é permitido ampliar o sentido, o pensamento da Lei para melhor adaptá-la às necessidades da vida. (FARIA: 1958, p. 61-63)

Para se realizar a interpretação de um enunciado normativo que não é claro, utiliza-se a interpretação lógica. Por tal processo busca-se a vontade da Lei que se encontra implícita no enunciado normativo, trata-se, pois, de um processo dedutivo que se realiza da análise do que o legislador concebeu ao dispor o enunciado de tal maneira, o que o moveu a estabelecer tal preceito. Ora, o enunciado normativo é uma frase, um esqueleto gramatical que ganha vida na dedução racional quanto ao motivo do legislador, o seu espírito. (FARIA: 1958, p. 63-64)

Na interpretação lógica pode-se restringir ou estender o sentido do enunciado normativo. Na primeira restringi-se o texto do enunciado normativo, mas advirta-se, não se pode restringir o sentido da Lei ao ponto de ir ao sentido oposto de sua vontade. Na segunda – interpretação extensiva – amplia-se o alcance do que está escrito ou do que não está escrito. Tal processo é perfeitamente possível no Direito Penal, pois há uma integração do texto, do pensamento do legislador e o caso concreto. Bento de Faria, com apoio em Ferrara, afirmava que “a interpretação extensiva, quando não é mais do que a reintegração do pensamento legislativo, aplica-se a todas as normas, sejam embora de caráter penal ou excepcional”. (1958, p. 64-66)

Ainda em relação à interpretação lógica, vale lembrar os elementos sistemático, histórico e sociológicos a considerar no ato de interpretar. O intérprete deve considerar, quando realizar a dedução no processo de interpretação lógico, do elemento sistemático, ou seja, o enunciado normativo está conectado, vinculado às regras da unidade jurídica que pertence, como por exemplo, o Direito Penal. Deve o intérprete, na busca do sentido da Lei,

compará-la com os dispositivos do mesmo repositório ou de outros, mas que tenham o mesmo objeto – deduzindo do exame das regras em conjunto. O exemplo que se pode dar é o capítulo de um código sobre certo objeto, apresenta grande importância no momento da interpretação, pois representa o que o legislador pensa sobre o objeto de referido capítulo. (FARIA: 1958, p. 70-71)

Já o elemento histórico também é de suma importância, eis que revela o progresso da sociedade e mais, apresenta questões importantes da aplicação de determinado elemento normativo no passado que pode ser confrontado com a atualidade do pensamento jurídico. (FARIA: 1958, p. 71)

Novamente apoiado em Ferrara, Bento de Faria asseverava:

Compreende-se que precioso auxílio para plena inteligência de um texto resulta de se descobrir a sua origem histórica, e seguir o seu desenvolvimento e as suas transformações, até ao arranjo definitivo do assunto no presente. Fórmulas e princípios que considerados só pelo lado racional parecem verdadeiros enigmas, encontram a chave da solução numa razão histórica, no rememorar de condições e concepções dum tempo longínquo que lhes deram uma fisionomia especial. (FARIA: 1958, p. 71-72)

No elemento sociológico, busca o intérprete o sentido da Lei nas transformações sociais. Interessante é que na dúvida, hodiernamente busca-se a interpretação em favor do acusado, no entanto, tal procedimento não deve ser a regra, pois deve-se em primeiro lugar resolver a dúvida “favoravelmente à defesa social, pois na sua segurança assenta, fundamentalmente, o objetivo da norma penal”. (sic) Note-se que o antigo adágio “in dubio pro reo” não pode servir para afastar o verdadeiro sentido e escopo da Lei, ainda que não favorável ao réu. (FARIA: 1958, p. 71-72)

É sabido que no Direito Penal não se permite analogia para criar enunciados normativos incriminadores, no entanto, não é vedado, como visto, o uso da interpretação analógica – extensiva. Esta tem o condão de dar ao enunciado normativo a extensão decorrente da “significação própria das palavras em conexão com a intenção do legislador”, ou seja, entorno de uma disposição da Lei e de acordo com o espírito e sua razão por dedução lógica. (FARIA: 1958, p. 79-80)

Sobre o tema confira o escólio de José Duarte:

Há norma e há penas, previamente fixadas, cuja regulamentação concreta aparece em cada caso ou procedimento que se lhe assemelha. Aplica-se-lhe, então, o mesmo dispositivo, com o que não se legisla, mas apenas se ajusta a novo caso a regra existente. Ficam ambos, sob o conteúdo do abstrato da norma. Há submissão do Juiz a lei positiva. É uma situação de necessidade que se resolve dentro do quadro legal. (*apud* FARIA: 1958, p. 79-81)

Aníbal Bruno no início de sua obra, apoiado em Ferri, faz um alerta ao ato de interpretar pelo Juiz, eis que “[...] o juiz não pode nem deve fazer o legislador nem substituir-se a ele. A observância das leis tais como são é condição fundamental da sociedade civilizada: *legun servi debemus, ut liberi esse possimus.*” (1967, p. 203-204)

Galdino Siqueira argumentava que há necessidade de que os delitos e as penas sejam fixadas por Lei, mas não só para garantia do cidadão, como já visto anteriormente, mas também para atribuir ao Estado o direito de punir. O enunciado normativo apresenta uma descrição que, implicitamente, contém uma norma, como por exemplo, o crime de homicídio no qual o legislador descreve: *matar alguém*, quando na realidade a norma é não matar. (2003, p. 35-42)

É sabido que há resistência na aplicação da interpretação extensiva no âmbito penal, mas segundo Galdino Siqueira, tal posicionamento é resquício antigo da reação de todos contra o arbítrio judicial. Ora, a interpretação extensiva é necessária, pois por meio da lógica busca-se “reconstruir o pensamento do legislador de recorrer aos motivos informativos da lei, para lhe dar exacta aplicação”.(sic) Assim, a interpretação extensiva nada mais é do que aplicar o enunciado normativo ao caso concreto, estendendo o alcance de acordo com o espírito da Lei no sentido que o legislador quis dar-lhe, ou seja, é dar “tradução fiel de uma vontade manifestada por palavras, que forma regular e cientificamente entendidas pelo interprete”.(sic) (2003, p. 42-44)

Heleno Cláudio Fragoso asseverava que todo direito é norma de conduta social e tem a finalidade de preservação de interesses. Narrava que a Constituição Federal contempla normas aplicáveis ao direito punitivo, inclusive como garantia individual estabelece a obediência do Direito Penal ao princípio da legalidade. Segundo Fragoso, o Direito Penal, como ciência, deve ser estudado dogmaticamente, eis que diante do princípio da legalidade (reserva legal) se assenta somente na Lei. No entanto, para o estudo dogmático, diante da crise do Direito Penal, o intérprete deve apresentar sempre uma postura crítica, interpretar a

Lei buscando a realidade para a realização de direitos. O objeto da interpretação é conhecer o significado preciso do enunciado penal, descobrir o atual significado da norma. (2006, p. 4-7, 19-20 e 98-99)

É possível realizar a interpretação evolutiva no Direito Penal para a realização da justiça de acordo com a atualidade, é desejado, inclusive, mas não se pode violar o texto da Lei. A interpretação do enunciado normativo inicia-se pelas palavras que a Lei contém, devendo o intérprete buscar o sentido pelo significado das palavras e mais, deve-se ter em mente que as palavras possuem sentido técnico e não o vulgarmente empregado. (FRAGOSO: 2006, p. 100-101)

Nilo Batista argumenta que o Direito Penal brasileiro, grosso modo, é veiculado pelo Código Penal e pelas Leis Extravagantes – é o Direito Penal positivado. O citado Código e as Leis especiais estabelecem enunciados normativos que definem fatos puníveis culminando sanções, mas não só, há também enunciados que contém princípios, estruturas, forma de aplicação e execução dos enunciados que definem as condutas delituosas. (1984, p. 281)

Ainda Nilo Batista, afirma que o enunciado normativo que estabelece o fato punível e a respectiva sanção é uma norma pura, comumente chamada de Direito Penal em sentido estrito. Já o enunciado que estabelece um princípio, a forma de aplicação e execução, são normas impuras, pois são uma espécie de “metadireito”, eis que são elas que se ocupam em estabelecer como são aplicadas as normas puras, comumente agrupadas na parte geral dos Códigos e forma a teoria geral da Lei Penal. (1984, p. 282-283)

Assim, indissociáveis a parte geral, com *normas impuras* – como denomina Nilo Batista, da parte geral, com *normas puras*. (1984, p. 282-283) Com efeito, para aplicar o enunciado normativo incriminador, o intérprete deve se valer dos princípios e regras dispostas na teoria geral da Lei Penal e, assim, apresentar a norma para o caso concreto – ainda que de forma extensiva.

Cezar Roberto Bitencourt relata que interpretar é descobrir o sentido e o alcance do enunciado normativo diante de suas ambigüidades, mas adverte que se deve sempre observar o contexto jurídico e político-social. No Direito Penal o intérprete não deve se

esquecer que há um agrupamento sistêmico, teleológico superior com critérios para se descobrir o escopo singular do enunciado, trata-se da interpretação constitucional penal, bem como a interpretação com base nos princípios que dão garantia ao cidadão e a segurança jurídica ao sistema. Não pode o intérprete divorciar-se do ordenamento ao qual o enunciado normativo pertence, inclusive não pode se afastar da concepção de Estado ao qual pertence, como no Brasil, o Estado Democrático de Direito. (2011, p. 166-167)

Para interpretar o enunciado normativo o intérprete deve valer-se dos métodos usuais, todos os métodos, pois um não deve excluir o outro, se complementam. Note-se ainda que, não há um método exclusivo para o Direito Penal, pode o intérprete utilizar-se de quaisquer processos idôneos da hermenêutica. Ressalta-se ainda, que a interpretação “mais benévola” não é obrigatória no Direito Penal e mais, equivocada é a idéia de que na dúvida interpreta-se em favor do réu. Com efeito, a tarefa do intérprete é buscar o sentido e o alcance do enunciado normativo, ou seja, buscar a vontade da Lei – severa ou benigna. (BITENCOURT: 2011, p. 167)

Variadas são as formas de interpretar o enunciado normativo penal, podendo ser quanto a fonte, autêntica, jurisprudencial ou doutrinária. A primeira é realizada pelo legislador, a segunda pelos órgãos decisores e, a última, pelos estudiosos com conhecimento técnico. Mas também se pode interpretar, quanto aos meios, de forma gramatical, histórica, lógica e sistemática. Na interpretação gramatical, também chamada de filológica, o intérprete busca o significado das palavras que o enunciado normativo contém, busca-se o sentido dos termos, sendo que a princípio busca-se o sentido comum do uso das palavras, mas também o sentido técnico dos termos jurídicos. A crítica que se faz é que o intérprete ao adotar tal critério será um formalista e aplicará a letra fria da Lei. (BITENCOURT: 2011, p. 168-172)

Note-se que o enunciado normativo deve ser composto por palavras que indiquem claramente a conduta proibida e, o legislador, só alcançará tal objetivo quando utilizar-se de linguagem comum, pois o dispositivo penal incriminador é dirigido a todo e qualquer cidadão, ou seja, o legislador deve se expressar com precisão que dispensará outros esclarecimentos e, em sendo certa a prescrição normativa, com termos inequívocos, a interpretação gramatical “assinala o limite da interpretação”. Já na interpretação histórica, o intérprete busca o sentido e o alcance do enunciado normativo na orientação legislativa que culminou na edição do texto, busca-se, então, qual era a política criminal adotada pelo Estado,

ou seja, a finalidade objetiva da Lei. Interessante ressaltar que, para a aplicação da interpretação histórica, o intérprete pode se valer na maioria das vezes da exposição dos motivos apresentada pelo legislador, pois lá se encontra as “conclusões sobre os motivos, sobre as esperanças e sobre as representações da norma”. (BITTENCOURT: 2011, p. 173)

Na interpretação lógica-sistemática o intérprete busca sanar as contradições dos enunciados normativos. Com a lógica o intérprete busca encontrar os fundamentos do enunciado normativo relacionando-o com outros que dele se aproxima, acarretando, assim, a ampliação do seu alcance. Com o uso do elemento sistêmico o intérprete, após o uso da lógica, analisará o enunciado normativo de forma ampla, ou seja, “investigando o sentido global do direito, que a Lei expressa apenas parcialmente”. Com tal método o intérprete aplicará o enunciado normativo de forma contextualizado, de forma a garantir a unidade do ordenamento. (BITTENCOURT: 2011, p. 174-175)

Ainda quanto a interpretação do enunciado normativo, o intérprete pode, quanto aos resultados, valer-se da forma declarativa, extensiva e restritiva. Na interpretação declarativa o intérprete nada mais faz do que afirmar exatamente qual é o sentido do enunciado normativo, não ampliando ou restringindo-o, ou seja, limita-se, o intérprete, a declarar a vontade da Lei que coincide com o texto legal. Já na interpretação restritiva, no intuito de encontrar o sentido e o alcance do enunciado normativo, o intérprete procura reduzir, minimizar o sentido e o alcance do texto legal, pois o legislador foi além do que queria dispor. Com efeito, comum é restringir o sentido e o alcance do enunciado normativo utilizando-se dos métodos lógico-sistemático, teleológico ou histórico. Em situação inversa, quando o intérprete amplia o sentido e o alcance do enunciado normativo está valendo-se do método ampliativo, extensivo, eis que o legislador disse menos do que desejava, pois o sentido e o alcance do enunciado normativo é muito mais do que se extrai do texto legal literal. (BITTENCOURT: 2011, p. 175-176)

Muito se confunde interpretação extensiva, chamada de interpretação analógica, com a analogia. Desde já se assenta que em matéria de enunciado normativo incriminador não é possível o uso da analogia – que na realidade não é forma de interpretação, mas de preencher lacunas do sistema. Ora, na interpretação busca-se o sentido e o alcance do texto legal normativo, sendo que na analogia não há o texto a interpretar, há um vácuo legislativo. Assim na interpretação extensiva ou analógica, o intérprete busca harmonizar o enunciado

normativo com a *volunta legis*. Destarte, não se pode confundir com a analogia, eis que na interpretação analógica há um processo de interpretação orientado pelo próprio enunciado normativo, eis que há “um meio indicativo para integrar o preceito normativo dentro da própria norma, estendendo-se a situações análogas”. Assim o intérprete estende o conteúdo do enunciado normativo a casos semelhantes aos previstos no texto legal por expressa determinação, ou seja, não deixa de ser uma interpretação sistêmica, eis que abrange casos semelhantes ao previsto pelo legislador nos termos de sua vontade. (BITTENCOURT: 2011, p. 177-179)

Damásio Evangelista de Jesus ao tratar da interpretação no Direito Penal narra que aplicam-se as regras gerais à todas as Leis, ou seja, por mais clara que lhe pareça o enunciado normativo “não prescinde do labor exegético”. Em seguida traz a clássica definição das espécies de interpretação (quanto ao sujeito, quanto aos meios empregados e quanto ao resultado). Interessante é a passagem da espécie interpretação judicial, eis que relata que o Juiz diuturnamente, em contato com os mais variados casos, dá novos significados aos enunciados normativos propiciando a aproximação da Lei à vida social. (2010, p. 75-83)

Tal modo de interpretação é progressiva, eis que a aproxima, adapta o enunciado normativo aos fatos presentes, pois “a lei vive e se desenvolve em ambiente que muda e evolui e, uma vez que não queiramos reformá-la freqüentemente, é mister adaptar a norma, como sua própria vontade o permite, às necessidades da época”. Outra passagem interessante é a abordagem da possibilidade da interpretação analógica no Direito Penal, pois tal espécie de interpretação deve ser *intra legem* eis que “toda vez que uma cláusula genérica se segue a uma fórmula casuística, devendo entender-se que aquela só compreende os casos análogos aos mencionados por ela”. O legislador brasileiro utilizou-se de tal fórmula (casuística seguida de genérica) largamente no Direito Penal, havendo mais de vinte e nove enunciados normativos que demandam a interpretação analógica *intra legem*. (JESUS: 2010, p. 87-89)

No que diz respeito à interpretação extensiva, Mirabete argumenta que o intérprete amplia o sentido e o alcance do enunciado normativo. Pode ocorrer pela interpretação progressiva ou pela interpretação analógica. A primeira ocorre quando o intérprete atualiza o sentido das expressões contidas no enunciado normativo, adaptando-o à atualidade ditada pelas transformações sociais. Já interpretação analógica o legislador introduz no enunciado normativo espécies genéricas, abertas, que devem ser interpretadas à

semelhança das espécies casuísticas previstas no mesmo enunciado. Com efeito, o intérprete “busca da vontade da norma por meio da semelhante com fórmulas usadas pelo legislador”. (2012, p. 35-36)

Rogério Greco inicia a abordagem do tema interpretação da Lei Penal narrando que a máxima *in claris cessat interpretatio* não se sustenta, pois não há enunciado normativo totalmente claro que dispense a interpretação e mais, diz que se há uma conclusão quanto a clareza do enunciado, é porque ocorreu o exercício da interpretação. (2009, p. 35-42)

Interessante é a dicotomia que apresenta quanto a interpretação ser objetiva ou subjetiva. Na primeira o intérprete busca encontrar a vontade da Lei. Já na segunda o exegeta busca a vontade do legislador. Mas, após apresentar tal explicação, faz uma ressalva de que há críticas quanto ao intérprete buscar a vontade do legislador, eis que não se trata de uma única pessoa e sim uma variedade de pessoas que participam do processo legislativo. E mais, não há razão de buscar a vontade do que o legislador disse, mas, diante do princípio da legalidade presente do Direito Penal brasileiro, o que foi dito pela Lei, ou seja, busca-se no Direito Penal o que a Lei estabeleceu. (GRECO: 2009, p. 35-42)

Outra passagem interessante de Greco é a abordagem sobre a interpretação analógica no Direito Penal. A justificativa que se dá para utilizar-se da interpretação extensiva analógica é a dificuldade em prever “todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade”. Assim, o legislador permite que o exegeta lance mão do recurso que amplia o alcance do enunciado normativo. Para tanto, a Lei apresenta exemplos – as chamadas cláusulas, fórmulas casuísticas – e encerra com uma expressão genérica – as cláusulas, fórmulas genéricas – permitindo que tudo que “seja semelhante possa também ser abrangido pelo mesmo artigo”. (2009, p. 43)

Para exemplificar a hipótese de ampliação do conteúdo do enunciado normativo pela interpretação analógica, Greco narra que o legislador no crime de homicídio casuisticamente estipula que tal crime será qualificado quanto praticado com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia e tortura, mas também estabeleceu que será igualmente qualificado se o crime for cometido por meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum e conclui:

Quando o legislador fez inserir as expressões ou por outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum, ele quis dizer que qualquer outro meio dissimulado ou que cause excessivo sofrimento à vítima e aquele que possa trazer uma situação de perigo a um número indeterminado de pessoas, embora não elencados expressamente por esse inciso, estão também por ele abrangidos e, em virtude disso, qualificam o crime de homicídio. (GRECO: 2009, p. 43)

Verifica-se, então, que a interpretação analógica é uma espécie de interpretação extensiva, sendo que aquela difere desta pelo fato de que o legislador apresentou o norte ao exegeta, qual seja, a cláusula, a fórmula casuística que deve ser seguida na aplicação da fórmula genérica. (GRECO: 2009, p 43-44)

Ney Moura Teles, ao abordar a interpretação do Direito Penal brasileiro, também apresenta a clássica classificação de como interpretar um texto legal e narra que o enunciado normativo penal nada mais é do que uma ordem estatal destinada a todos os cidadãos que apresenta um mandamento de fazer ou não fazer algo, ou seja, determina comportamentos. Argumenta ainda que em sendo o enunciado normativo uma ordem que impõe comportamentos permitidos ou proibidos, não pode haver dúvidas sobre o seu conteúdo, sua extensão e o significado, pois “toda norma, de consequência, necessita ser conhecida em sua inteireza para que se possa bem saber o que se pode e o que não se pode fazer, o que é certo e o que é errado, distinguindo o proibido do permitido”. (2006, p. 94-108)

Interessante é a passagem que Teles faz sobre a interpretação extensiva quanto ao enunciado normativo incriminador, argumentando que é preciso ter cuidado em interpretar extensivamente, vez que não se pode olvidar que vige o princípio da reserva legal. Para que se respeite o princípio da legalidade, o enunciado normativo incriminador deve conter termos claros e taxativos, sendo que, a vagueza é proibida, mas nem por isso a interpretação extensiva é proibida no Direito Penal brasileiro, no entanto, o enunciado normativo deve atender duas necessidades básicas que são:

Uma, a de não violar o princípio da legalidade, descrevendo, o mais exatamente, precisamente, possível o comportamento que deseja proibir sob ameaça de pena. A outra necessidade é a de alcançar, abarcar, abranger todos os comportamentos que constituam graves agressões aos bens jurídicos mais importantes. (TELES: 2006, p. 113)

Assim, respeitando o princípio da legalidade o legislador deveria taxar todas as hipóteses possíveis da conduta que visa coibir, mas, se o fizesse, teríamos centenas de termos

e expressões contidas no enunciado normativo. Destarte, para não termos um tipo com inúmeras expressões o legislador confere ao intérprete a possibilidade da aplicação da interpretação analógica, selecionando algumas condutas proibidas, taxando-as no enunciado normativo e, ao final, descreve uma conduta genérica para que abarque, abranja todas as condutas análogas às descritas casuisticamente. Note-se que não se trata de analogia, eis que não há lacunas no enunciado normativo. Com efeito, na interpretação analógica a própria Lei indica ao intérprete com estender o alcance do conteúdo do elemento normativo, qual seja: “analogicamente à fórmula casuística que determinou”. (TELES: 2006, p. 114-115)

Enfim, o intérprete terá um norte a seguir ao aplicar a interpretação analógica, qual seja, os exemplos listados pelo legislador antes da inserção da fórmula genérica. No entanto, o intérprete não pode olvidar que na tarefa da interpretação deve sempre buscar a *ratio legis*, ou seja, finalisticamente qual era a vontade da Lei. (TELES: 2006, p. XXXVI)

Paulo Queiroz ao abordar o tema interpretação do Direito Penal assevera que para cada caso particular ocorrerá uma interpretação específica do enunciado normativo na busca do seu significado, nascendo as “dificuldades interpretativas” e que não há uma única interpretação do enunciado normativo, há “várias possibilidades igualmente validas”. Com efeito, o legislador positivou o direito e estipula parâmetros, sendo que, apoiado em Kelsen, assevera que tal parâmetro pode ser chamado de moldura, quadro e mais, há várias hipóteses de interpretação que cabem na citada moldura “em qualquer sentido possível”. (2005, p. 48-55)

Há duras críticas ao positivismo, de que é anti-liberal, que impede a evolução do direito, contudo, o direito positivado pode ter inúmeras variações interpretativas, não sendo, assim, anti-evolutivo, anti-liberal o sistema positivado. Portanto, o intérprete compreende o sentido do enunciado normativo dentro das várias possibilidades possíveis – dentro da moldura – de acordo com o conhecimento e experiência que tem do objeto, ou seja, “a interpretação é uma fotografia da alma do intérprete”. (QUEIROZ: 2005, p. 48-55)

2.6 A tipicidade conglobante e a interpretação do enunciado normativo

O enunciado normativo incriminador, o *tipo penal*, é o modelo abstrato descritivo de condutas que o Estado, por meio da Lei, sob ameaça de sanção, visa coibir.

(GRECO: 2010, p. 151-152) Ou como define Luciano Santos Lopes “um esquema legal abstrato que descreve condutas proibidas/ordenadas pela ordem jurídica”. (2010, p. 53)

Foi visto também que o enunciado normativo incriminador é aplicado ao caso concreto quando há adequação típica formal ou legal, ou seja, a subsunção do caso concreto ao texto normativo. (GRECO: 2010, p. 151-152)

O tipo penal pode ser classificado como *formal e material*, o primeiro como a descrição abstrata da conduta proibida e, o segundo, como a desconformidade da conduta com os parâmetros éticos e sociais aceitos pela sociedade. Nessa linha de raciocínio note-se que, para o acatamento da atipicidade material, invocam-se os princípios da insignificância¹⁶ e da adequação social¹⁷. Mas não basta.

Só há tipicidade quando a conduta praticada pelo agente é inaceitável em todas as regras do ordenamento jurídico – não só no âmbito penal. É o que se nominou de Tipicidade Conglobante, ou seja, não se considera o fato, isoladamente, na seara penal, mas globalmente em todos os ramos do direito. Com isso corrigem-se os rigores da tipicidade formal, excluindo de sua abrangência, condutas que efetivamente não lesaram o bem jurídico protegido. (NUCCI: 2008, p. 187-188)

No mesmo sentido, abordando a questão da tipicidade no Direito Penal, Misabel de Abreu Machado Derzi relata que, na interpretação, o exegeta deve buscar o sentido do tipo, sendo que, para tanto, “não se extrai da literalidade estanque”, mas em uma análise de todo o sistema jurídico. (2007, p. 218) Na interpretação do enunciado normativo, o intérprete deve buscar não só a subsunção do fato à forma, deve buscar o fim proposto pelo legislador, qual seja, o desajuste da conduta frente ao bem protegido pela norma.

Assim, só poderá ser considerada típica a conduta desajustada socialmente, “aquelas afastadas das relações sociais que se inserem no campo da normalidade da vida em comum”. Note-se que na interpretação o exegeta deve buscar a finalidade intrínseca do

¹⁶ Segundo esse princípio [...], é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amíúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. (BITENCOURT: 2012, p. 58)

¹⁷ [...] segundo esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não se revestem da tipicidade e, por isso, não podem constituir delitos. (BITENCOURT: 2012, p. 55)

enunciado normativo que é a proteção do bem jurídico protegido, ou seja, buscar um sentido, um comportamento que não seja aceito socialmente. (SANTORO FILHO: 2003, p. 175-176)

No sentido confira:

[...] se o legislador, ao criar os tipos do injusto, parte da experiência concreta das relações sociais e tem por fim elaborar os modelos de condutas desvaloradas socialmente, não se poderia pretender que os tipos fossem amplos a ponto de abranger comportamentos considerados corretos, ou ao menos tolerados pela sociedade. (SANTORO FILHO: 2003, p. 176)

Eugênio Raúl Zaffaroni afirma que somente a adequação típica formal/legal não basta para que a conduta analisada seja considerada antinormativa – típica. Narra que para ocorrer a tipicidade há de existir uma antinormatividade em todo o ordenamento jurídico, ou seja, a conduta será típica penalmente quando for proibida em todos os campos do direito, o que denominou de *tipicidade conglobante*. (1997, p. 460-461)

Não há tipicidade, segundo Zaffaroni, quando uma conduta é permitida pelo ordenamento civil, mesmo sendo vetada no ordenamento penal, eis que seria uma contradição. A premissa é de que para ser típica a conduta deve ser antinormativa como um todo, não havendo tipicidade (mesmo havendo subsunção formal/legal do caso ao texto normativo incriminador) quando no ordenamento a conduta prevista como um direito ou dever em outro ramo do direito, como por exemplo, na seara cível. Em síntese, para ser típica, nos termos da teoria em comento, deve a conduta ser típica formalmente (tipicidade legal ou formal no Direito Penal) e ainda ser antinormativa conglobantemente – contrária a todo o ordenamento jurídico. (1997, p. 460-461)

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli:

A norma jurídica que dá lugar ao tipo (e que permanece anteposta a ele: não matarás, não furtarás etc.) não está isolada, mas permanece junto com outras normas também proibitivas, formando uma ordem normativa, onde não se concebe que uma norma proíba e outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar em ordem normativa e sim um amontoado caprichoso de normas

arbitrariamente reunidas. (ZAFFARONI; PIERANGELI: 2007, p. 522)

Assim, fica claro que para haver tipicidade, não basta a adequação ao tipo, há de ocorrer a adequação formal, bem como a adequação “a luz da consideração conglobada da norma”. (ZAFFARONI; PIERANGELI: 2007, p. 522)

Analisando a proposta de Zaffaroni, vem a mente a narrativa de Eros Roberto Grau quando aborda a questão da interpretação, na qual o direito não pode ser interpretado em tiras, deve sim, ser analisado como um todo, eis que o enunciado normativo não é singular, deve-se considerar que o texto “ocupa no todo do ordenamento jurídico” uma posição não avulsa. (2009, p. 131-132)

E conclui:

A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o lingüístico, o sistêmico e o funcional. No contexto lingüístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, par após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional. (GRAU: 2009, p. 132)

Normalmente a teoria da tipicidade conglobante é difundida para afastar os rigores da tipicidade formal, mas, é possível utilizá-la de outro modo, interpretá-la de outra forma. Com efeito, ao analisar um enunciado normativo, *a priori*, a conduta analisada pode parecer não inserta ao disposto no texto, mas se o caso for analisado sob o enfoque da normatividade conglobante, ocorrerá a adequação típica – havendo uma integração do sistema punitivo. (ZAFFARONI; PIERANGELI: 2007, p. 522-523)

No sentido confira:

Pode-se argumentar que, assim como a consideração conglobante da norma anteposta ao tipo pode revelar que uma conduta abarcada pelo tipo penal, na realidade não está proibida, pode também acontecer o contrário, ou seja, que uma conduta que não seja alcançada pelo tipo legal apareça como proibida ante a consideração conglobante da

norma anteposta a ele. (ZAFFARONI; PIERANGELI: 2007, p. 523)
(grifei)

No entanto, para a análise da tipicidade conglobante, de forma diversa da comumente difundida – não para excluir, mas para incluir no âmbito do enunciado normativo – o intérprete deve se ater aos princípios penais, como por exemplo, o da vedação da analogia *in mallam parte*. Mas conforme Zaffaroni e Pierangeli não “há inconveniente algum em que a tipicidade conglobante sirva para esclarecer o alcance de um tipo penal”. (2007, p. 523)

Pois bem, de tudo que foi visto pode-se afirmar que a hermenêutica apresenta o método de interpretação progressiva/evolutiva, adequando o enunciado normativo às alterações sociais. Em Direito Penal, o princípio da legalidade limita a atividade interpretativa extensiva devido à necessidade de que o *tipo penal* deve ser certo, claro e taxativo. O direito, como um todo, só pode proibir certas condutas quando em sua totalidade do ordenamento jurídico, conforme teoria da tipicidade conglobante. Mas como conciliar a interpretação progressiva/evolutiva e o princípio da legalidade diante da evolução social?

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, apoiando-se no livro-manifesto, *The Critical Legal Studies Movement*, de Roberto Mangabeira Unger, nos apresenta uma nova visão do pensamento jurídico, inclusive no que toca ao Poder Judiciário. Trata-se de crítica ao formalismo e ao objetivismo – que “afasta o entorno jurídico de seus vínculos com a realidade vivente” –, trazendo um discurso sobre o moderno pensamento e a prática do direito pelo Poder Judiciário, que teria nova função, pois “deveria assumir maiores responsabilidades no sentido de revisar o que o legislador faz e de transformar, por intermédio dessa revisão, a estrutura de poder que presentemente viceja na sociedade.” (GODOY: 2010, p. 152-177)

Misabel de Abreu Machado Derzi, abordando a questão da indeterminação e obscuridade dos enunciados normativos, argumenta que para a aplicação do texto que é flexível “há um esforço doutrinário e jurisprudencial para desvelar as notas fixas e rígidas, diferenciadoras, que se destinam a esclarecer os casos limites”. (2007, p. 237)

Para Winfried Hassamer o enunciado normativo penal é a expressão da realidade, ou seja, traz a linguagem cotidiana, a experiência, que muda de acordo com as alterações da sociedade – necessariamente aberta e ambígua. Portanto, cabe ao legislador

moldar enunciados normativos unindo a precisão dos termos à flexibilidade da linguagem. (2005, p. 242-362)

Assim, creio ser possível (conciliar a interpretação progressiva/evolutiva e o princípio da legalidade diante da evolução social), pois a interpretação progressiva/evolutiva apenas adéqua o texto do enunciado normativo aos dias atuais, não taxa novas condutas como vetadas pelo Direito Penal. Com efeito, não se pode olvidar que “são os homens sábios e prudentes que foram progressivamente fazendo o direito.” (VILLEY: 2009, p. 746) Inocêncio Mártires Coelho, apoiando-se em Gadamer, narra que a interpretação não é tarefa definitiva, “pois a interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui.” Argumenta ainda que nenhuma interpretação é descontextualizada, pois “se leva a cabo em condições históricas e sociais determinadas.” (2001, p. 88 e 95)

Ora, as bases da estrutura do tipo penal se transformam diuturnamente, pois a todo o momento nos deparamos com novas formas de violar o bem jurídico protegido e, as bases do Direito Penal e de outras áreas também se transformam, como por exemplo, novas proibições no âmbito civil que regram as relações jurídicas. (MISABEL: 2007, p. 63)

Nélson Hungria argumentava que o Juiz ao analisar o caso concreto apresenta a interpretação judicial que não tem força obrigatória – senão para o caso concreto – no entanto, “serve como diretriz para a solução dos casos similares, tanto mais prestigiosa quanto mais perseverante e pacífica.” Narrava ainda que “o juiz deve ter alguma coisa de pelicano. A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justiça ‘as roupas feitas’ da Lei e os figurinos da doutrina.” Destarte, para Hungria, se a Lei deve ser aplicada a essa “variedade infinita” de fatos da vida, o intérprete não pode ficar adstrito ao que o legislador previa à época *occasio legis*, deve apresentar uma resposta atual, pois “a lei não pode ficar inflexível e perpetuamente ancorada nas idéias e conceitos que atuaram na sua gênese”, ou seja, não se pode olvidar da interpretação evolutiva. (1955, p. 58-75)

Hungria, com apoio em Maggiore, argumentava que a Lei é destinada ao homem e, assim, deve ser dinâmica, pois deve ser “um instrumento dócil e pronto a satisfazer, no seu evoluir as necessidades humanas.” Destarte, o intérprete deve buscar imprimir ao enunciado normativo “elasticidade” a fim de adaptá-lo aos novos aspectos da vida em sociedade. Deve

ser, diante da Lei, “um revelador de todo o possível direito que nela se encerra, suprindo-lhe a inexplicitude decorrente da imperfeição da linguagem humana.” (1955, p. 75-77)

É sabido que não é possível prever todas as condutas pormenorizadamente que possam atentar contra o bem jurídico protegido pelo enunciado normativo, daí a necessidade do legislador em utilizar-se de expressões abertas na constituição do elemento normativo incriminador, sintetizando “a descrição do comportamento criminoso.” Assim procedendo, o legislador deixa ao intérprete a função de complementar o enunciado penal, ou seja, interpretá-lo com um juízo de valoração. (SILVEIRA: 2007, p. 74)

Tal valoração é variável de acordo com a época em que o exegeta se debruça sobre o problema, ou seja, é passível de evolução. Segundo Fabiano Augusto Martins Silveira, “parece indiscutível que os elementos normativos possuem uma capacidade superior de atualização histórica, uma vez que reproduzem conceitos potencialmente aberto às variações socioculturais. (2007, p. 75)

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli abordando o tema, em específico ao Direito Penal, argumentam que é possível a extensão do enunciado normativo, mas dentro do “limite semântico do texto legal”. A interpretação extensiva deve observar ainda outro limite, qual seja, os princípios norteadores do Direito Penal, como por exemplo, a vedação da utilização de analogia para a criação de punição. Assim, como pode haver um enunciado normativo com várias hipóteses de interpretação, é perfeitamente possível acatar o enunciado normativo em sentido mais amplo, desde que harmonizado dentro do sistema penal. (2004, p. 170-171)

2.7 Hermenêutica Judicial: Como os magistrados decidem e como deveriam decidir

De início convém relatar que a decisão para o caso concreto não é extraída do texto do enunciado normativo, é sim, segundo A. Castanheira Neves, apoiando-se em Hart, construída a partir do texto, mas amoldada ao fato posto. (2003, p. 190)

A função do magistrado, como intermediário entre o enunciado normativo e o caso concreto, é vinculada, sendo executor do estabelecido pelo legislador, sendo que sua

função é aplicar o direito (FERRARA: 1987, p. 111). Tal tarefa, segundo Márcio Augusto Vasconcelos Diniz, apoiando-se em Gadamer, tem função complementar, pois:

A tarefa da interpretação é a de concretização da lei em cada caso, o que é também tarefa da aplicação. A função de complementação produtiva do direito, que nela [na interpretação] acontece está, desde logo, reservada ao juiz, o qual está, todavia, sujeito à lei, exatamente do mesmo modo que todo membro da comunidade jurídica. (DINIZ: 2002, p. 225)

Note-se que a vinculação do intérprete à Lei depende da Lei, ou seja, os enunciados normativos genéricos e imperfeitos redundam em menos vinculação, pois há de se complementar o texto. Em situação oposta, quando o enunciado é preciso, pode-se esperar maior vinculação. (HASSAMER: 2005, p. 242)

No entanto, é necessário divisar a atuação do intérprete comum da atividade do magistrado. Na filosofia procura-se uma justiça *in abstracto*, buscando-se um ideal, enquanto que o magistrado imerge no mundo *in concreto*. O magistrado “experimenta quotidianamente o mal, a crueldade dos homens, a resistência dos factos, o carácter perecível da cidade política, a fragilidade das provas e a exclusão da verdade.” (sic) (GARAPON: 1997, p. 19)

Antoine Garapon argumenta que “o juiz delibera apenas sobre casos particulares envolvendo homens de carne e osso, enquanto que o jurista trata os problemas do direito abstraídos da sua dimensão humana.” (1997, p. 18) No mesmo sentido, Luis Carlos Martins Alves Júnior assevera que, no ato de decidir, o magistrado “interpreta as circunstâncias fáticas, os valores sociais e os enunciados jurídico-prescritivos.” (2010, p. 143)

Segundo Winfried Hassamer não há certeza de como se interpretar o enunciado normativo, não há regras, sendo que as existentes não são capazes de determinar resultados, as regras nada mais são do que “ofertas desejáveis e legitimadoras de resultados.” (2007, p. 12)

Com o magistrado não é diferente, eis que no ato de julgar carrega o ato com seus valores adquiridos em sua experiência de vida, no entanto, tal subjetividade no ato de interpretar e aplicar o enunciado normativo ao caso concreto deve ter um limite, qual seja: as “palavras da Lei”. Ora, não se pode desprezar o texto normativo, pois o “intérprete não pode

dizer o que o texto não diz, nem deixar de dizer o que o texto diz.” (ALVES JÚNIOR: 2010, p. 94, 143 e 146)

No mesmo sentido, Inocêncio Mártires Coelho, com apoio em Meier-Hayoz, assevera que o disposto na Lei é “ponto de partida para a elucidação do sentido pelo intérprete e, de outro, como limite à atividade hermenêutica enquanto tal.” Se o limite imposto for violado é pelo fato de que adentrou ao subjetivismo desrespeitando o “marco normativo.” (2011, p. 91-92)

Hans Kelsen argumentava que interpretar é um ato mental que fixa o sentido da norma aplicada ao caso concreto, ou seja, o conteúdo que será atribuído ao enunciado normativo. O intérprete pode ser um cidadão, que necessita saber qual o sentido e o conteúdo do enunciado normativo para observá-lo – para não sofrer sanção. Mas também é intérprete o cientista que descreve o direito positivo e, por fim, o magistrado que interpreta o enunciado ao aplicá-lo ao caso concreto. (2011, p. 387)

A tarefa do magistrado é, na aplicação do enunciado normativo, uma continuidade do processo de determinação do sentido e conteúdo e, havendo “pluralidade de significações de uma palavra”, o intérprete, que aplicará o texto legal ao caso concreto, encontrará “várias significações possíveis”, ou seja, a interpretação exarada por tal intérprete “é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” Nítido, pois, que qualquer que seja a interpretação realizada é “um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.” (KELSEN: 2011, p. 389-392)

O enunciado normativo incriminador é por sua natureza abstrato, flexível e adapta-se à realidade da vida que é mutante. Assim, a expressão de tal mutação é encontrada nas novas interpretações que os magistrados elaboram para o caso concreto. (DERZI: 2007, p. 112)

No sentido confira:

A evolução jurisprudencial em torno da interpretação de uma mesma norma, a qual se mantém literalmente inalterada no tempo, atua no campo do conceito que ‘significa’ o objeto e no campo semântico mais

amplo, que pode colher diferentes possibilidades conotativas. (DERZI: 2007, p. 112)

Assim, segundo Misabel de Abreu Machado Derzi, o enunciado normativo incriminador contém referências a objetos, sendo que tais referências são abertas e flexíveis, adequando-se à realidade na interpretação do caso concreto realizada pelo Juiz. (2007: p. 114)

Em que pese relatos de que a sentença do magistrado é resultado do simples silogismo, a decisão do caso concreto depende da apreciação do sentido do enunciado normativo, ou seja, a tarefa da aplicação do citado enunciado ao caso do mundo real depende da análise do seu significado e de seu valor (FERRARA: 1987, p. 112-113) Assim, o magistrado terá que se valer dos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência e mais, na aplicação da Lei “fará sentir, ao lado da lei e do direito científico, a voz da própria consciência e a consciência coletiva, diante da realidade de cada crime e de cada criminoso.” (sic) (HUNGRIA: 1942, p. 422)

Interpretar um enunciado normativo é indicar o “significado da diretiva” do texto elaborado pelo legislador, é expor como o magistrado aplicará o enunciado ao caso concreto. A interpretação do direito vigente redundará em uma interpretação vigente, ou seja, aquela que recebe adesão dos tribunais. Há assim, uma previsão de como o enunciado é aplicado ao caso concreto, no entanto, “uma previsão desse tipo pode apoiar-se em precedentes. Neste caso o pronunciamento referente à interpretação pode ser equiparado aos pronunciamentos acerca do direito vigente.” (ROSS: 2007, p. 135-136)

No sistema baseado no direito positivo¹⁸ no qual a Lei é a “fonte predominante do direito”, a interpretação busca “descobrir o significado da lei e a sustentar que os fatos dados são abarcados por ele ou não.” O enunciado normativo, sendo um texto, expressa uma forma lingüística escrita que possuem significados que “designam (querem dizer) ou apontam para algo que é distinto deles mesmos.” No entanto, o significado do texto escrito só terá sentido dentro de um contexto, ou seja, descobrindo-se qual a referência, descobriremos o campo correspondente à palavra. (ROSS: 2007, p. 135-141)

¹⁸ Diferente do sistema inglês que é baseado nos precedentes e no raciocínio via exemplos (ROSS: 2007, p. 138)

Note-se que as palavras, em sua maioria, não contêm campo de referência único, o que gera uma incerteza quanto a seu significado, ou seja, são as palavras ambíguas por natureza, cujo significado só poderá ser obtido “quando é considerada como parte integrante de uma expressão definida.” No entanto, mesmo dentro de um contexto, por ser ambígua, o resultado da interpretação da palavra escrita não é “preciso” ou “isento de ambigüidade”, pois há problemas sintáticos, lógicos e semânticos, buscando-se, com a interpretação, “descobrir significado bom ou razoável que se harmonize com aquele que o contexto e a situação indicam como tais.” (ROSS: 2007, p. 143-151)

Abordando tema específico “administração da justiça”, Alf Ross relata que o ato do magistrado é um ato de vontade, pois ao decidir não faz simplesmente compreender o significado da Lei frente ao fato concreto. Com efeito, “a inevitável imprecisão das palavras [...] fazem com que, freqüentemente, seja impossível estabelecer se o caso é abarcado ou não pelo significado da lei.” A interpretação pode conduzir pela aplicação ou não do texto do enunciado normativo. Assim, o magistrado faz uma escolha mediante sua valoração e nessa medida, é “um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento.” (2007, p. 166-167)

Esse ato de construção, do magistrado, vem carregado dos valores pessoais, com os valores sociais, fazendo com que sua decisão, no seu entender, seja a correta “de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural”, eis que “na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei à luz de sua consciência jurídica material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como correta, mas também como justa e socialmente desejável.” (ROSS: 2007, p. 168)

O magistrado, ao decidir, leva em consideração dois fatores, ou vetores dominantes como nomeia Alf Ross. O primeiro a consciência jurídica formal (a Lei) e, o segundo, a consciência jurídica material (a Justiça). Destarte, o magistrado apresenta suas conclusões de modo a aparentar que não deixou a Lei de lado, mas, na realidade decidiu de acordo com sua função criadora. “Trata-se de uma interpretação construtiva, a qual é, simultaneamente, conhecimento e valoração, passividade e atividade.” (2007, p. 168-169)

Fica cristalino que o magistrado é influenciado pelo texto da Lei, pelas considerações pragmáticas e pelo fato que avalia, proferindo sua decisão com uma fachada, ou seja, como se fosse a aplicação da Lei. No sentido confira a conclusão de Alf Ross:

Se o juiz se limitar a aplicar a lei aos claros casos referenciais, se manterá preso às palavras literais da lei, atitude que possivelmente se liga à rejeição de uma concebível restrição dela, para o que aplica por analogia outras normas jurídicas. Por outro lado, se o juiz desejar tomar uma decisão que se situa na zona duvidosa da regra (interpretação especificadora), ou que, inclusive é contrária ao significado lingüístico natural (interpretação restritiva ou por extensão) buscará apoio para o resultado desejado onde quer que possa encontrá-lo. (ROSS: 2007, p. 182)

Destarte, o magistrado, quando interpreta o enunciado normativo, atuará com objetividade dentro da Lei quando sua decisão se expressar “dentro de princípios de interpretação ou valorações que são correntes na prática”, ou seja, “justa em sentido objetivo”. Será, por outro lado, injusta quando se afastar do sentido comumente expressado pela prática. (ROSS: 2007, p. 331)

Mas qual o limite na atividade do magistrado ao criar a norma para o caso concreto?

Sabe-se que cabe ao Poder Legislativo a tarefa de redigir os enunciados normativos, no entanto, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de interpretá-los e aplicá-los aos casos concretos. É sabido que os enunciados normativos nada mais são do que a expressão de “conceitos, idéias e valores” e que, de modo objetivo, destinam-se a todos. No entanto, a interpretação, pelo Poder Judiciário, deve ser criativa, eis que adequara o preceito “à luz do dia”. Tal criatividade na interpretação do enunciado normativo ocorre devido a generalidade e abstração da redação legislativa, mas também pelo fato das transformações histórico-sociais. (COELHO: 2011, p. 52-53 e 55)

Interpretar é, diante das circunstâncias fáticas do caso concreto, atribuir ao enunciado normativo um significado – racional – socialmente aceitável. Não se pode esquecer que o intérprete é um ser humano carregado de valores pessoais vividos que formam sua personalidade. O intérprete ao extrair a norma do enunciado normativo, para aplicá-la no caso

concreto, carrega sua pré-compreensão sobre o objeto, seus preconceitos, sendo impossível adotar o objetivismo em tal tarefa – é uma ilusão. E mais, segundo Gilmar Ferreira Mendes, é por meio do trabalho hermenêutico que o magistrado aproxima o texto da Lei ao caso concreto. (*apud* COELHO: 2011, p. 12-13)

O intérprete ao revelar o significado da Lei adiciona o seu entendimento sobre o objeto. Tem a mão, os dados da realidade e também todo o campo normativo – delimitado – para construir “a norma de decisão ou a norma do caso”, ou seja, nasce o problema sobre o controle do espaço normativo que trabalha o intérprete. (COELHO: 2011, p. 21-22)

Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho:

[...] o grande esforço rumo à racionalidade e à controlabilidade do resultado da interpretação consistirá em concebermos métodos e critérios que assegurem autonomia do objeto, sem impedir, no entanto, que sobre ele trabalhe o sujeito da interpretação. (COELHO: 2011, p. 21).

Comumente se fala que o magistrado da *civil law* é a boca da Lei, que realiza somente o silogismo (fato – texto normativo), no entanto, tanto o magistrado da *common law* quanto o da *civil law* criam e moldam o direito no ato de interpretar, ou seja, “a suposta diferença entre o juiz do *common law*, livre para construir novas soluções para novos casos, era amplamente imaginária . O juiz do *civil law* também cria e molda o direito, embora pareça que está somente aplicando o código.” (KELLY: 2010, p. 537)

Portanto, há de se manter um campo para o intérprete desempenhar sua atividade, ou como diria Kelsen, atuar dentro da moldura. No entanto, mesmo assim há de existir uma controlabilidade, pois do contrário estaríamos na seara do “vale-tudo hermenêutico.” Busca-se, então, a interpretação razoável, pois, como sabido, é impossível buscar a interpretação verdadeira. (COELHO: 2011, p. 24-25)

Como razoável deve-se entender como uma razoabilidade objetiva que “possa legitimar a atividade hermenêutica em padrões aceitáveis no Estado de Direito de configuração democrática e social.” Os padrões aceitáveis da razoabilidade são encontrados na “consciência jurídica geral” e no “devido processo legal”, pois historicamente tais critérios

demonstram a criatividade do intérprete e impedem o voluntarismo. (COELHO: 2011, p. 24-25)

Portanto, deve-se buscar uma racionalidade no ato do intérprete que, para Inocêncio Mártires Coelho, se encontra quando o ato for realizado em um devido processo legal e motivado, sob pena de não ser legítimo. Narra ainda que “os métodos e os princípios da interpretação, apesar da sua multiplicidade e da inexistência de critérios, minimamente objetivos”, são mecanismos de controle e legitimação. (2011, p. 75 e 186-187)

Quando se adentra na seara da controlabilidade logo vem à mente a questão da taxatividade do enunciado normativo, quer-se dizer, é necessária para garantir “a transparência e o controle” da atuação do intérprete. No entanto, “a norma não pode ser entendida sem a imaginação das circunstâncias às quais ela deva ser ‘adequada’.” (HASSAMER: 2007, p. 6-17)

Note-se que ao se aceitar a interpretação evolutiva, na qual o magistrado concebe um sentido novo ao enunciado normativo, não se quer ferir a segurança jurídica, pois é sabido que “o direito situa-se sempre entre tradição e inovação, permanência e adaptabilidade.” Para haja segurança jurídica o cidadão deve saber qual regra é válida e qual o seu alcance. Com efeito, há segurança quando não há riscos, quando há uma previsibilidade ainda que relativa. (ÁVILA: 2012, p. 66-77)

Na interpretação feita pelo magistrado, devido ao princípio da legalidade, o ponto de partida é o texto do enunciado normativo. A decisão é declarativa e retroativa, pois diz respeito a fatos passados, isso não quer dizer que é uma decisão imprevisível. Para haver segurança jurídica há de existir no mínimo uma previsibilidade relativa que, estará presente, quando for possível “prever um número reduzido de alternativas decisórias.” Teremos um número reduzido de variáveis decisões quando a jurisprudência atentar para o princípio da igualdade, fazendo com que o próprio tribunal se autolimite quanto a alterar o sentido de uma interpretação, ou seja, tratará situações iguais de acordo com seus próprios precedentes. (ÁVILA: 2012, p. 626-627)

Confira a seguinte transcrição de Humberto Ávila:

A lei deve valer para todos igualmente, mediante a aplicação uniforme a todos os casos que se enquadrem em seus termos. Portanto, ainda que cada caso seja um caso, incumbe ao Poder Judiciário aplicar de modo uniforme os seus próprios precedentes, estendendo para os casos futuros o mesmo tratamento, dado aos passados quando entre estes existirem as mesmas circunstâncias relevantes de fato. (ÁVILA: 2012, p. 627)

Ao analisar a interpretação realizada pelos magistrados, Chaïm Perelman relata que na aplicação da Lei o magistrado não a observa “ao pé da letra”, pois leva em consideração a finalidade a que se propõe o texto do enunciado normativo. O magistrado amplia ou restringe o alcance da Lei de acordo com os “valores que ela protege.” (2005, p. 616-619)

Note-se que a inadaptação do texto do enunciado normativo à situação concreta é que faz incidir a “interpretação dinâmica que quer adaptar o sentido da lei às mudanças ocorridas desde a sua promulgação”, sendo a prescrição da vontade atual do legislador. Com isso há uma flexibilidade no sistema formalista, no entanto, para isso deve-se enxergar que a decisão do Juiz não advém de uma conclusão necessária das premissas, mas sim de um raciocínio dialético, pois “é a escolha e a força dos motivos, tais como são apreciados pelo juiz, que manifestam a racionalidade de sua decisão, e não o fato de moldá-los a um formalismo qualquer, indiferente ao conteúdo das premissas.” (2005, p. 616-619)

Em *Lógica Jurídica*, Perelman aborda, inicialmente, a questão do raciocínio definindo-o como uma atividade mental que revela, através de seu produto, as intenções e as influencias de quem o elaborou. A citada atividade mental pode ser estudada através da lógica, pois se analisa as premissas, a estrutura e a conclusão, bem como “a validade do vínculo que as une”. (1998, p. 1)

Com apoio em Aristóteles, Perelman argumenta que o raciocínio pode ser analítico ou dialético. O primeiro utiliza-se de premissas válidas que resultam em conclusões também válidas, transferindo “à conclusão a necessidade e a verdade das premissas”, ou seja, ocorre um silogismo que pode ser traduzido pelo esquema clássico de que: “Se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C”. A lógica analítica, que exige a condição de verdade para as premissas é a lógica formal, pois “estuda as inferências válidas, graças

unicamente à sua forma”. O segundo, o raciocínio dialético, é referente às deliberações e controvérsias, não a demonstrações científicas. Com efeito, o raciocínio dialético diz “respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso”. (1998, p. 1-2)

Ora, se o silogismo da lógica formal exige “a passagem das premissas à conclusão”, uma decisão se distancia do raciocínio analítico e se aproxima do dialético, eis que, do contrário, “não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum”. (PERELMAN: 1998, p. 2-3)

A discussão em comento é travada na seara da lógica comum, ou seja, pura e simples. No entanto, quando se fala em lógica jurídica (ainda que haja restrição na utilização de tal terminologia), não se pode igualá-la à lógica formal, sob pena de reduzir o raciocínio à estruturas formais. Perelman, com apoio em E. H. Lévi, argumenta que “o raciocínio jurídico tem uma lógica específica. Sua estrutura se adapta a dar um sentido à ambigüidade e a constantemente verificar se a sociedade chegou a discernir novas diferenças ou similitudes.” (1998, p. 4-7)

Portanto, a lógica formal, importante a vários campos do conhecimento, tem sua relevância mitigada no campo do direito, pois “a lógica jurídica é ligada à idéia que fazemos do direito e se lhe adapta.” O direito é repleto de incessantes controvérsias, seja dos juristas ou dos magistrados, sendo que o resultado final, quando não se chega a um acordo, é obtido mediante uma imposição de autoridade, o que o difere da ciência comum, pois nesta, na ausência de acordo, as partes permanecem, cada uma, na posição em que se encontra. (PERELMAN: 1998, p. 7-8)

Ora, se a controvérsia no direito é resolvida por imposição, não se pode afirmar que a decisão imposta é ou não correta ou ainda se é a “única solução justa para o problema levantado”, mas que é a mais razoável, eqüitativa de acordo com aquele que a proferiu, ou seja, se diz que é aquela que conciliou o raciocínio jurídico com a justiça gerando a “aceitabilidade social da decisão”. (PERELMAN: 1998, p. 7-13)

Assim, se há controvérsias, há a necessidade de se aprofundar nas disposições da Lei e, em tal busca, entra-se na análise do raciocínio judiciário que, grosso modo, percorreu três fases. (PERELMAN: 1998, p. 25-30)

A primeira é a escola da exegese que, sinteticamente, pretendia “reduzir o direito à lei”, nada cabendo ao exegeta, pois “os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete.” Tal doutrina é fundada na separação dos poderes, ou seja, cabe ao Poder Legislativo elaborar as Leis, estabelecendo o direito como “expressão da vontade do povo, enquanto que ao magistrado cabe somente a função de aplicar o direito que lhe é dado.” (PERELMAN: 1998: p. 31-32)

No sentido confira a seguinte passagem:

Uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo judiciário, cuja maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo. (PERELMAN: 1998, p. 33)

Note-se que pretendia, a escola da exegese, que os magistrados dissessem o direito como se fosse o direito somente a Lei, ou seja, “uma entidade quase mística”. Por óbvio que tal silogismo só encontra respaldo em um sistema em que os enunciados são “isentos de toda ambigüidade.” No entanto, o sistema não é assim, não é completo, pois “se o sistema é coerente, deveria ser impossível demonstrar dentro dele uma proposição e sua negação.” (PERELMAN: 1998, p. 33-34 e 53)

Por fim, nas palavras de Perelman, a impossibilidade de tal sistema fica claro, confira:

Para evitar a obscuridade da lei, resultante da imprecisão e da ambigüidade de seus termos, era necessário que a doutrina e a jurisprudência se esforçassem para definir, de modo tão claro quanto possível, todos os termos usados pela lei. (PERELMAN: 1998, p. 69)

A segunda fase, na busca das disposições da Lei no raciocínio judiciário, é a da concepção teleológica, funcional e sociológica do direito. Na visão funcional, o direito não é

“um sistema mais ou menos fechado”, mas um meio pelo qual o Poder Legislativo lança mão para atingir seus objetivos – promovendo os valores da sociedade. Assim, ao contrário da escola da exegese, na qual o magistrado partia da simples dedução dos enunciados normativos, na escola funcional o magistrado deve buscar a intenção do legislador que redundou na elaboração da Lei, perseguindo o fim e o espírito, não a letra do enunciado normativo. (PERELMAN: 1998, p. 70-71)

Muda-se, então, o papel da doutrina, pois na escola funcional não se busca somente esclarecer os termos literais do enunciado normativo, mas uma “investigação teórica da intenção que presidiu à elaboração da lei.” (PERELMAN: 1998, p. 71)

O último período, na busca das disposições da Lei no raciocínio judiciário, é pós 1.945, que se caracteriza na singularidade de uma concepção tópica. Em linhas gerais, trata-se de uma reação ao positivismo jurídico, uma reação ao entendimento que afastou da aplicação do direito qualquer inferência da idéia de justiça e de valores. É uma reação contra a eliminação de qualquer traço de subjetivismo, enfim, uma reação à transformação do direito como uma ciência objetiva. (PERELMAN: 1998, p. 91)

Segundo Perelman, Hans Kelsen apresentou uma teoria hierarquizada, mas não formal, eis que nessa a norma inferior é deduzida da superior, enquanto que na teoria de Kelsen, há uma hierarquia de adesão, ou seja, autoriza-se a criação de uma norma inferior se fundamentada na superior – a Constituição de um Estado. Tal teoria trouxe ainda o dinamismo, pois confere maior campo de atuação na medida em que “a norma superior que determina o quadro em que aquele a quem é conferida a autoridade de exercer um poder legal [...] pode escolher livremente uma linha de conduta, desde que não saia dos limites fixados pela norma superior.” (PERELMAN: 1998, p. 91-92)

Para Perelman, Kelsen elimina qualquer análise de valor (justiça, moral, política ou ideologia) quando se trata da ciência do direito, pois para ele a preocupação está nas “condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos, com sua conformidade às normas que os autorizam.” No entender de Perelman, para Kelsen, o magistrado não é mera boca da Lei, eis que pode proceder a diversas interpretações do enunciado normativo. Assim, se reconhece “que a indeterminação do âmbito legal no qual o juiz exerce sua atividade fornece-lhe a oportunidade não só de deduzir a solução concreta a partir da regra geral, mas de

proceder livremente a uma interpretação da lei, sendo esta resultante de uma escolha exercida por sua vontade.” (1998, p. 92-93)

Entrementes, após o “Estado criminoso que foi o Estado Nacional-Socialista”, passou-se a questionar-se a idéia do direito como sendo a Lei. Para Perelman, o direito é princípio não expresso na Lei, não é só a vontade do legislador, o direito é mais, são os valores que o legislador tem por missão promover – “dentre os quais figura em primeiro plano a justiça.” (1998, p. 95)

Concluindo a análise das três fases mencionadas acima, Perelman diz que “O juiz não pode considerar-se satisfeito se pôde motivar sua decisão de modo aceitável; deve também apreciar o valor da decisão, e julgar se lhe parecer justa, ou, ao menos sensata.” (1998, p. 96)

Mas, como a idéia de justiça é vaga e adentra na seara da moral, política e religião, surge o problema da segurança jurídica, eis que o magistrado não pode laborar com arbitrariedade. A subjetividade conferida ao magistrado pelo Estado o “impede identificar, pura e simplesmente, o que é justo, segundo o direito como que parece justo a um indivíduo.” (PERELMAN: 1998, p. 103)

Assim, surgiu a aplicação dos princípios, pois no caso da Alemanha de Hitler, mesmo não havendo crime fixado em Lei anterior, entendeu-se que existia “um princípio geral reconhecido pelas nações civilizadas, concernente ao respeito da dignidade da pessoa humana.” Como os princípios, se supõe, são reconhecidos e aplicados em toda parte, mesmo não escritos, o magistrado os declara quando na resolução do caso concreto. No entender de Perelman, com a aplicação dos princípios, o magistrado terá “as justificações de direito conformes ao interesse público e à moral dominante.” (1998, p. 103-111)

Após a exposição das três escolas, Perelman adentra ao pensamento moderno de Esser, o qual constitui uma reação ao positivismo, mas não fundada em ideologias ou no direito natural, mas em uma análise metodológica do raciocínio judiciário. Em linhas gerais, da análise do pensamento de Esser, pode-se afirmar que os métodos de interpretação, os princípios e os precedentes não são suficientes para guiar os magistrados no julgamento do caso concreto. Com efeito, a prática judiciária deve ser guiada nas “motivações e justificações

da decisão, ou seja, visa essencialmente demonstrar o caráter sensato da solução, inserindo-a no sistema jurídico em vigor.” (1998, p. 113-114)

Nos dizeres de Chaïm Perelman, quanto a teoria de Esser:

Conclui-se destas considerações que a solução justa da lide não é simplesmente, como afirmaria o positivismo jurídico, o fato de ser conforme a lei; isto é legal. [...] Pelo contrário, são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiam o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito, subordinando-se normalmente esta última preocupação à precedente. [...] A tarefa que o juiz se impõe é portanto a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito: o teórico deverá apenas examinar os métodos que o juiz utiliza para chegar a esse resultado. (1998, p. 114-115)

Com isso, segundo Perelman, não se pode negar a segurança jurídica que advém de tal pensamento jurídico, eis que “confere a capacidade jurídica de prever, de modo praticamente satisfatório, as reações daqueles que estão encarregados de dizer o direito.” A previsão, antever como o direito será aplicado, é o problema central da análise do raciocínio judiciário frente à segurança jurídica. Na lógica, o raciocínio dos juristas é melhor analisado não como uma lógica formal, “mas como uma argumentação que depende do modo como os legisladores e os juízes concebem sua missão e da idéia que têm do direito e de seu funcionamento na sociedade.” (1998, p. 115-243)

Assim, necessária a análise da lógica e da argumentação do discurso judiciário. Quando se fala em lógica, comumente se refere à lógica formal, matemática, que apresenta técnicas de, desculpe-me a redundância, raciocínio lógico. Mas, a lógica formal que se utiliza de teoremas rígidos, não se presta aos juízos de valor do raciocínio judiciário, chegando a concluir-se que “não havia lógica específica dos juízos de valor, mas que, nas áreas examinadas, bem como em todas aquelas em que se trata de opiniões controvertidas se discute e delibera, recorre-se a técnicas de argumentação.” Destarte, se assim é, a lógica jurídica deve empenhar-se de descobrir “mediante quais procedimentos intelectuais o juiz chega a considerar tal decisão como equitativa, razoável ou aceitável.” (PERELMAN: 1998, p. 138-139)

Para tanto, utiliza-se do raciocínio dialético e retórico, eis que ausentes técnicas unânimes que estabelecem acordo sobre questões controvertidas. Com a retórica procura-se, com o discurso, “provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas.” Procura-se persuadir por meio do discurso, demonstrando as relações de lógica. Note-se que o discurso procura apresentar, de modo convincente, a verdade das premissas para garantir a verdade da conclusão. Note-se ainda que a adesão não é baseada em uma verdade, mas em valores, que tem intensidade variada, eis que “a intensidade da adesão sempre pode ser utilmente aumentada, pois nunca se sabe com qual tese ou qual valor ela poderia entrar em competição, em caso de incompatibilidade e, portanto, de escolha inevitável.” (PERELMAN: 1998, p. 141-143)

Como visto, o raciocínio dialético e retórico é baseado em valores, na adesão e, assim, há auditório específico do discurso, “pois um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer.” No entanto, não se olvida que uma argumentação convincente dirige-se a qualquer auditório, seja de “estudiosos ou de ignorantes”, mas por óbvio, toda argumentação deve iniciar-se por teses que já possuem adesão do auditório que se pretende persuadir, concluindo-se, pois, que o orador deve conhecer o posicionamento de seu auditório. Por fim, a argumentação eficaz possui uma totalidade, uma integração dos argumentos “que acodem espontaneamente ao espírito de quem ouve o discurso.” (PERELMAN: 1998, p. 143-180)

O magistrado, portanto, atento a seu auditório (partes, advogados e sociedade¹⁹) passa a ser agente complementar do legislador, pois buscará para o caso concreto “uma solução equitativa e razoável”, mas para isso deve permanecer “dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito”, recorrendo, assim, às técnicas argumentativas onde demonstrará a aceitabilidade de sua conclusão. A aceitabilidade da decisão é sempre resultado de uma “argumentação jurídica suficientemente sólida”, pois só assim não ocorrerá a continuação do litígio, nascendo a paz judicial. O argumento é sólido não só quando atende o descrito no enunciado normativo ou a vontade do Estado, mas quando apresenta os valores dominantes na sociedade. (PERELMAN: 1998, p. 185-200)

Note-se, ainda, que uma decisão é aceitável quando motivada, ou seja, quando expressa “com fidelidade todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo

¹⁹ O auditório universal (PERELMAN: 1998, p. 210)

por ele adotado”, ou melhor, quando indica as escolhas que fez. Portanto, tem o magistrado a função, por meio da fundamentação, “tornar a decisão aceitável” aos juristas e, especialmente, às partes. Com efeito, é importante convencer os juristas pelo fato de que a decisão será um precedente para casos semelhantes. Já para as partes, convencendo-as de que é a melhor decisão para o caso concreto haverá, como já dito, a paz judicial. (PERELMAN: 1998, p. 213-223)

O raciocínio judiciário quanto a matéria fática não é comumente utilizado como precedente, pois diz respeito ao estabelecimento dos fatos. Já o raciocínio judiciário de direito é utilizado como precedente, eis que trata da definição ou alcance do texto legal. O enunciado normativo, que traz noções vagas, tem seu sentido atribuído gradualmente pela jurisprudência, pois “cada decisão, que implica uma qualificação positiva ou negativa, contribui para precisar a noção, que, como sabido, são variáveis, de uma sociedade para outra, de uma época para outra.” (PERELMAN: 1998, p. 224-226)

A respeito Perelman enfatiza:

O direito admitido não é simplesmente o direito imposto pelo legislador: é preciso torná-lo flexível para conciliá-lo com o que é considerado equitativo ou razoável; é neste sentido que evolui o direito contemporâneo em todas as sociedades democráticas, nas quais a simples afirmação por parte da autoridade é fortemente contestada. (1998, p. 229)

Destarte, o magistrado não pode impor sua decisão, deve apresentar um discurso aceitável, qual seja: com motivação convincente. Mas se indaga: e se tal “motivação convincente” soar como uma subjetividade que busca o arbítrio? (PERELMAN: 1998, p. 233)

Perelman relata que o magistrado não será arbitrário quando o direito se desenvolver em equilíbrio da ordem sistemática e da ordem jurídica coerente. Com efeito, a ordem sistemática é baseada na coerência do sistema de direito que o magistrado deve salvaguardar – o texto da Lei. Já a ordem jurídica coerente é fundada na decisão razoável, aceitável e com sendo na equidade. Assim, o magistrado, ao final, tomará a “decisão que lhe parecer, ao mesmo tempo, a mais equitativa e a mais conforme ao direito em vigor.” (1998, p. 238-240)

Pois bem, do presente capítulo pode-se concluir que a hermenêutica e as regras de interpretação são universais e que a hermenêutica jurídica tem certa peculiaridade, qual seja, a da imposição pragmático-autoritária para por fim ao conflito exegético. Concluiu-se que todo texto normativo carece de interpretação, por mais claro que pareça, eis que de acordo com o plano contextual, várias significações podem surgir, não se concebendo mais validade ao antigo adágio *in claris cessat interpretatio*.

A hermenêutica apresenta métodos para se buscar significações possíveis e razoáveis ao enunciado normativo, mas repita-se, possíveis, eis que nenhum método pode garantir correção no ato de interpretar. Abordou-se, ainda que rapidamente, a interpretação literal, lógica, restritiva e extensiva, sendo que, quanto ao último método, demonstrou-se que a preocupação se dá quando a interpretação apresenta um distanciamento entre o fato e o enunciado normativo.

Em específico à interpretação extensiva, que pode ser progressiva/evolutiva/analógica, conclui-se que é aceita no Direito Penal, eis que interpretar é a arte de criar e completar o texto elaborado pelo legislador, pois há uma imperfeição natural e os enunciados penais são abstratos e amplos. A justificativa, para se aceitar a interpretação extensiva no Direito Penal, sustenta-se no fato de que o sentido e o alcance do enunciado normativo varia de acordo como passar dos anos – com a evolução social.

Na interpretação dos enunciados normativos fechados há uma pseudo²⁰ segurança no processo de subsunção, sendo que nos enunciados normativos com termos ambíguos e vagos há margem para o subjetivismo, o que também ocorre com os enunciados penais abertos. No entanto, a racionalidade no ato de interpretar pode ser alcançada com a exigência de fundamentação, pois assim poderá ocorrer críticas ao modelo apresentado, mas não há como haver controle absoluto, eis que busca-se significações possíveis com o ato de interpretar.

A influência da Constituição Federal na interpretação do Direito Penal é notória²¹, realçando-se a importância da necessidade de que o texto aplicado ao caso concreto tenha suporte na norma superior. A Constituição Federal de 1988 estabelece princípios

²⁰ Digo pseudo, pois foi visto que todos os enunciados normativos, ainda que fechados, podem ter vários significados possíveis.

²¹ A Constituição Federal de 1988 é dirigente no aspecto penal.

norteadores à atividade penal do Estado, sendo que os princípios gerais e os princípios do Direito Penal não ostentam diferencial em sua aplicação, pois são diretrizes do sistema que orientam o intérprete.

Diante de tal assertiva, a criação de enunciados normativos incriminadores deve obedecer ao princípio da legalidade. Tal princípio, previsto tanto na Constituição Federal quanto no Código Penal, orienta o intérprete no momento da exegese, eis que do texto não pode ser afastar – sob pena de afronta constitucional – e, se assim proceder, estaremos diante de uma decisão inválida.

Do princípio da legalidade extrai-se sub-princípios, como o da taxatividade/determinação que orienta o legislador a elaborar enunciados claros e objetivos, devendo se afastar da vagueza e da ambigüidade e que, ocorrerá ofensa ao princípio da legalidade quando o destinatário da Lei não tiver condições de afirmar qual o sentido e o alcance do enunciado normativo devido a sua indeterminação. A ofensa ao princípio da taxatividade/determinação pode gerar a ofensa a outro princípio, qual seja, o da igualdade, eis que sendo vago o enunciado normativo, poderá ocorrer decisões dispares em casos semelhantes.

Assim, há uma tensão entre a aplicação dos princípios da legalidade (da taxatividade/determinação) com a interpretação extensiva evolutiva/progressiva/analógica, sendo preferível que os enunciados normativos fossem objetivos. No entanto, fechados ou abertos, com a interpretação evolutiva/progressiva/analógica busca-se atualizar o enunciado normativo aos tempos atuais, de acordo com as alterações sociais, reduzindo o distanciamento do texto da Lei aos casos concretos.

A interpretação evolutiva/progressiva é necessária, pois o direito é vivo, dinâmico e só é viável quanto o Juiz o adapta aos casos concretos de acordo com a atualidade. Ora, o Juiz quando assim procede, está baseado no texto normativo, mas descortina novos horizontes – afastando-se do positivismo exacerbado – que não sustenta mais.

A interpretação evolutiva/progressiva não afronta o princípio da legalidade, eis que tal processo hermenêutico apenas adéqua o texto normativo à realidade atual e mais, pode ainda ampliar o sentido do aludido enunciado quando se apóia na teoria da tipicidade

conglomerante que, como visto, pode estender o sentido e o alcance do enunciado normativo com apoio no ordenamento jurídico total, como por exemplo, um homicídio ser considerado torpe quando a morte é motivada pela briga de gangues de “pontos de tráfico de drogas”, será torpe pelo fato de que o sistema também considera ilícita a associação em gangues para a prática de crimes, bem como torpe pelo fato de que o tráfico de drogas, por si só, também é crime. Assim, adequa-se o termo torpe à realidade atual e legal.

Nélson Hungria realçava a necessidade da interpretação, pois só assim se encontra a justiça para o caso concreto, reconhecendo a possibilidade da interpretação evolutiva e progressiva, advertindo que não se deve afastar do enunciado normativo, deve o intérprete acomodar o verbete à vontade da Lei.

Já para Roberto Lyra o intérprete dá vida ao enunciado, ou seja, o traz à realidade social e mais, não se deve sempre interpretar a favor do réu, pois na dúvida deve-se buscar o sentido da Lei – beneficie ou não o réu – tese também professada por Galdino Siqueira, Heleno Cláudio Fragoso e Cezar Roberto Bitencourt.

Bento de Faria asseverava que deve-se buscar a vontade da Lei e não do legislador, eis que a análise do caso frente ao enunciado afasta o perigo que a letra fria da Lei pode gerar, sendo que tal proceder visa harmonizar o texto à realidade, admitindo, igualmente, a interpretação extensiva no Direito Penal.

Cezar Roberto Bitencourt argumenta que o intérprete deve considerar o contexto político-social e jurídico no momento da aplicação da Lei ao caso concreto, tese corroborada por Damásio Evangelista de Jesus quando afirmou que o Juiz diuturnamente dá novos significados aos enunciados quando entra em contato com os mais variados casos.

No pertinente à interpretação extensiva por analogia, o legislador usa termos casuísticos e genéricos, sendo que o intérprete deve aplicar a cláusula genérica a casos semelhantes aos exemplos apresentados pelo legislador, não podendo se afastar da interpretação progressiva, eis que deve-se dar nova roupagem ao texto vetusto da Lei, atualizando-o e mais, sempre há várias possibilidades igualmente válidas de interpretação – desde que dentro da moldura, com dizia Kelsen.

Indagou-se como magistrados decidem e como deveriam decidir. É sabido que o Juiz cria, na decisão do caso concreto, uma norma a partir do texto normativo – a Lei – que o vincula. No entanto, tal vinculação não o impede de, diante das circunstâncias fáticas e dos valores sociais, adequar a Lei ao caso concreto, inclusive carregando a decisão com seus pré-juízos, seus valores pessoais.

A atividade do magistrado é completar o texto elaborado pelo legislador, adequando-o ao caso concreto, aproximando o texto da Lei à realidade, pois o tipo penal é geral e abstrato, sendo mutável de acordo com a época que é aplicado. Mas, tal tarefa deve ser controlada para se evitar o arbítrio e, para tanto, a decisão deve ser fundamentada, pois assim será passível de controle quando confrontada com a consciência jurídica geral, bem como com os precedentes. Note-se que ainda que o Juiz analisará o caso de acordo com a consciência jurídica geral e os precedentes, no entanto, deve também basear-se na Lei e na Justiça.

Perelman – Lógica Jurídica – argumenta que o intérprete, após as discussões, resolve a pendenga por atos de imposição por autoridade, mas isso não quer dizer que seria a única decisão possível. Notou-se que é aceita a hipótese da evolução do direito por meio da interpretação progressiva, eis que o direito é dinâmico, a escolha da decisão mais aceitável e razoável sofre influência da evolução social.

Com a interpretação evolutiva, segundo Perelman, pode-se prever qual decisão será tomada para casos semelhantes quando a fundamentação, a argumentação e os métodos utilizados são conhecidos – podendo haver um controle. A argumentação deve gerar um resultado aceitável, razoável nos termos do auditório (partes, advogados e sociedade) e não será arbitrária, mesmo oriundo do subjetivismo, se encontrar amparo na ordem jurídica, ou seja, se for conforme o direito.

Assim, como conclusão parcial, pode-se afirmar que o legislador descreve condutas – que visa proibir – de forma pormenorizada ou não, nascendo o problema da interpretação extensiva no Direito Penal nos enunciados vagos e ambíguos. Neste caso, pode-se afirmar que ocorrerá um esforço do intérprete para complementar o tipo penal deficitário semanticamente, podendo ser de grande auxílio, analisar o caso nos termos propostos pela

teoria da tipicidade conglobante – havendo uma inclusão típica por extensão quando se analisar o tipo e o caso frente ao sistema como um todo e não de forma estanque.

3 O HOMICÍDIO QUALIFICADO NO DIREITO BRASILEIRO

Pretende-se no presente capítulo analisar como o direito brasileiro²² aborda o crime de homicídio e suas nuances no sistema penal. Busca-se com o estudo apresentar os posicionamentos acerca da interpretação dos enunciados normativos qualificadores previstos no artigo 121, §2º, do Código Penal, em especial a análise sobre os termos vagos, ambíguos e equívocos, sendo que, para tanto, foram analisados diversos autores e vários julgados sobre o tema.

3.1 O crime de homicídio no direito penal brasileiro

O crime de homicídio sempre teve grande atenção do legislador, eis que o bem vida é pressuposto de direito para todos os outros direitos. Nélon Hungria dizia que o homicídio, devido a sua vital importância para o Código Penal era “o ponto culminante na orografia dos crimes.” (1955, p. 25)

Segundo Cezar Roberto Bitencourt o Código Penal vigente rompeu com a tradição da supremacia do Estado sobre a pessoa, iniciando a parte especial do aludido Código alocando “o ser humano como epicentro do ordenamento jurídico, atribuindo à pessoa humana posição destacada na tutela que o direito penal pretende exercer”. (BITENCOURT: 2011, p. 23)

Como dito, o Código Penal deu grande importância ao crime de homicídio, inaugurando sua parte especial tipificando citado crime estabelecendo: *Matar alguém*. Trata-se de um enunciado normativo cuja norma é *não mate*, pois se o fizer estará sujeito às sanções penais. A norma de conduta *não mate* é implícita, eis que o crime em comento não veio tipificado como Moisés revelou a Lei Divina *não matarás*. Ora, quando o Código Penal prescreve *matar alguém* o preceito que está implícito é uma premissa lógica, está se exigindo que não mate. Assim, quando um sujeito elimina a vida de outro homem praticou uma conduta que se amolda ao tipo previsto *matar alguém*, violando, destarte, a norma que implicitamente previa que não matasse alguém, ou seja, a Lei penal descreve condutas que se cometidas violam a norma. (BATISTA: 1984, p. 284-286)

²² Doutrina penal e precedentes jurisprudenciais

O Código Penal ao dar início de sua parte especial com a vedação do ato de matar alguém segue um sistema classificatório, qual seja, o do valor social do bem jurídico protegido, eis que a vida é pressuposto para todos os direitos. (BATISTA: 1984, p. 282) Abre-se o Código Penal proibindo os crimes contra a pessoa pelo fato de que “o ser humano é a razão de ser da sociedade e, portanto, do Direito”. (TELES: 2006, p. 1)

Com efeito, o Código Penal adotou um critério sistemático ao elencar os crimes em espécie, pois não poderia se afastar da técnica legislativa, no entanto, o sistema adotado é também uma forma de auxiliar àqueles que o consultam. Historicamente a catalogação era empírica e genérica, como por exemplo, os delitos públicos e privados. Grotius e Puffendorf foram os primeiros a apontar para uma classificação sistemática, o primeiro selecionando os crimes pela gravidade e o segundo de acordo com categorias, como por exemplo, crimes contra Deus, Sociedade e Estado. (HUNGRIA: 1942, p. 7-8)

Outras espécies de classificação surgiram no decorrer dos tempos, como a de Beccaria que elencava os crimes contra a sociedade, contra o indivíduo e os crimes que o cidadão deve ou não fazer. Já Carrara dividia os crimes classificando-os em naturais e sociais, sendo que Franz Von Liszt os dividia em crimes contra o indivíduo e contra os bens da coletividade. De extrema importância é a classificação dada por Arturo Rocco, pois elenca os crimes de acordo com a existência humana, ou seja, como centro de “irradiação de todos os bens ou interesses juridicamente protegidos”. (HUNGRIA: 1942, p. 8-12)

No entanto, segundo Hungria, com o tempo o critério racional de objetividade jurídica, ou seja, atentando-se ao bem ou interesse jurídico a ser tutelado, foi sendo adotado pela maioria dos códigos. O Código Penal brasileiro adotou o critério de objetividade jurídica, optando por iniciar pelos crimes contra a pessoa, eis que são presumidamente os crimes mais primitivos, mas não é só, além de adotar o critério de acordo com o objeto jurídico, adotou também o critério metodológico, partindo do crime mais simples para o mais complexo. (1942, p. 8-12)

Assim, o Código Penal brasileiro de 1.940 inicia sua parte especial tipificando o crime de homicídio, eis que a pessoa humana é um dos mais importantes objeto de tutela penal, pois a vida é pressuposto da personalidade. (HUNGRIA: 1942, p. 14) Hungria, com apoio em Carmignani, define o crime de homicídio como a “occisão violenta de um homem

injustamente praticada por outro homem”, no entanto, apoiando-se em Von Liszt, sinaliza para uma definição mais simples, qual seja: “a destruição da vida humana”. (1942, p. 25)

Os crimes de homicídio podem ocorrer das mais variadas formas e, assim, no decorrer dos tempos várias foram as classificações, como por exemplo, o simples, o deliberado, o qualificado e até o parricídio – para um caso específico. O Código Penal brasileiro, seguindo a tradição do Código anterior, definiu o crime de homicídio como simples e qualificado. Na figura simples o Código Penal brasileiro não apresenta nenhuma peculiaridade específica, pois apenas descreve a conduta homicida que visa coibir. (HUNGRIA: 1942, p. 26-29)

Damásio Evangelista de Jesus ao iniciar a análise dos crimes em espécie estipulados pelo Código Penal brasileiro argumenta que o legislador os classificou de acordo com “a natureza e importância do objeto jurídico”, ou seja, o bem que visa proteger proibindo determinadas condutas. (2010, p. 37)

O crime de homicídio é classificado como simples pelo fato de atingir o bem jurídico tutelado, a vida humana extra-uterina sem nenhuma outra peculiaridade. Será, no entanto, qualificado quando a conduta do agente é diferenciada, demonstrando maior desvalor para com a vida, necessitando uma reprovação maior, eis que os motivos, os meios e a forma destoam do simples ato de matar alguém. (TELES: 2006, p. 12-19) Ou seja, nas qualificadoras o legislador apresenta peculiaridades não incluídas na figura básica do homicídio simples. (HUNGRIA: 1942, p. 26-29)

Julio Fabbrini Mirabete abordando a parte especial do Código Penal argumentava que não há uma conexão entre a parte geral e especial, sendo necessário, para alguns, elaborar uma introdução à parte especial do aludido código. (2012, p. 3-4) Sobre tal pormenor, Luciano Santos Lopes argumenta que “a análise da parte geral deve ser feita com um traço de união com a parte especial, para existir integridade do ordenamento jurídico-penal.” (2010, p. 73)

No entanto, modernamente não se vê tal necessidade, eis que “a ilicitude é descontínua e casuística e os elementos diferenciais próprios a cada figura penal impedem um critério de absoluto rigor na formulação de princípios ou fórmulas gerais”, ou seja, necessário

é realizar um estudo aprofundado da parte geral casuisticamente para cada tipo penal previsto na parte especial. (MIRABETE: 2012, p. 3-4)

3.2 O crime de homicídio e suas qualificadoras

O enunciado normativo incriminador, o tipo penal, é uma figura abstrata que descreve condutas proibidas, pois ou são danosas ou são ético-socialmente reprovadas. A figura descritiva contém elementos suficientes para estabelecer a conduta proibida, no entanto, há casos em que o legislador apresenta tipos derivados da figura principal, na maioria das vezes para qualificá-los com outros elementos. Quando o legislador qualifica o crime tem a intenção de estabelecer maior punição devido a certas circunstâncias (não previstas expressa ou intrinsecamente no tipo penal básico) que são de “especial gravidade objetiva ou subjetiva”. (GOMES: 2003, p. 193-194)

O legislador penal ao estabelecer o crime de homicídio, na sua forma qualificada, apresentou peculiaridades que recomendam maior reprovação, razão de cominar pena diversa da figura simples. O Código considerou os motivos determinantes (torpe, fútil) e os meios e modos de execução (cruel, tortura, tocaia, que cause perigo comum) como formas que representam maior periculosidade do agente, justificando a exasperação da pena. (HUNGRIA: 1942, p. 29)

Assim, as qualificadoras são alheias ao tipo penal, eis que não são elementares do tipo, são, como nomeadas, circunstâncias. Digo mais, são acidentais, eis que se presentes incidirá nova pena – diversa da pena prevista para a figura básica – mas, se ausentes, o tipo penal incriminador continua a ser o mesmo – um crime de homicídio. As qualificadoras são circunstâncias que o legislador entendeu por bem tipificá-las fora da figura básica do tipo penal incriminador, eis que extrapolam as circunstâncias normais previstas para o crime comum, como por exemplo, matar desferindo um disparo de arma de fogo. Nas qualificadoras há circunstâncias motivacionais ou modais que exigem uma punição maior, citando-se como exemplo, matar a modo de Calígula – empalando as vítimas. (HUNGRIA: 1942, p. 144)

Segundo Bento de Faria um tipo penal é qualificado quando há uma circunstância prevista para agravar a pena. O agravamento ocorre pelo fato de que as

circunstâncias são reveladoras de maior periculosidade ou de elevado grau de perversidade do sujeito. (1959, p. 17-18)

Pois bem, justifica-se a análise das qualificadoras do crime de homicídio dada a importância do bem em litígio, bem como pelas penas previstas ao crime em comento, que são ásperas para quem viola o bem maior do Código Penal e, por isso, as agruras jurídicas são da mesma forma ásperas entre os litigantes, eis que o acusador pleiteia a incidência de qualificadoras como intuito de elevar a reprimenda, enquanto o defensor pleiteia a não incidência de aludidas exasperadoras de pena, nascendo, assim, o problema de interpretação do sentido, alcance e extensão dos enunciados normativos qualificadores, hoje presentes nos incisos do artigo 121, §2º, do Código Penal.

Modernamente o motivo determinante é a “pedra de toque do crime”, eis que quando se sabe o porquê da prática do crime, sabe-se, em princípio, que personalidade e qual a antissociabilidade do agente. (HUNGRIA: 1942, p. 112-113) Não é por outra razão que o Código Penal inicia o elenco das qualificadoras pelo motivo torpe, aquele repugnante, de extrema vileza, sendo que o Código Penal cita como exemplo de torpeza o crime de homicídio mercenário. Na exposição de motivos do Código Penal, Francisco Campos relata que o motivo torpe “é o que suscita a aversão, a luxúria, o despeito da imoralidade contrariada, o prazer do mal, etc.”. (HUNGRIA: 1955, p. 244)

Na análise do artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal, verifica-se que há menção de um exemplo casuístico (paga ou promessa de recompensa) e em seguida um verbete genérico (ou outro motivo torpe). Néelson Hungria ao analisar tal questão não faz nenhuma menção de como o intérprete deve aplicar o enunciado normativo qualificador pelo motivo torpe. (1942, p. 140)

Assim, surge a indagação: Torpe pode ser todo e qualquer motivo repugnante? O que é motivo repugnante? Cada intérprete apresentará uma solução para o caso, surgindo nova indagação: Criar um tipo penal com tal vagueza não fere o princípio da legalidade, especificamente o da taxatividade/determinação? Tal indagação é o que aflige o intérprete da Lei ao caso concreto, problema de interpretação, eis que a Lei não contém somente termos inequívocos.

Ainda sobre o crime de homicídio qualificado, o artigo 121, §2º, inciso II, do Código Penal prescreve que o motivo fútil é causa que demanda maior reprovabilidade. Fútil, nos termos da exposição de motivos do Código Penal é aquele “que, pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime”, ou seja, é o motivo desproporcional ou inadequado. (HUNGRIA: 1955, p. 244) Surge novamente o problema citado alhures, o que é fútil para uns pode não ser para outros – acarretando inúmeras interpretações. Mais uma vez Nelson Hungria não indica como o intérprete de proceder ao se deparar com o vocábulo em comento. (1942, p. 141)

No artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal o legislador novamente qualifica o crime de homicídio apresentando exemplos casuísticos de meios de matar (veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura) e, em seguida, finaliza a qualificadora com enunciados genéricos (meio cruel, insidioso ou que resulte perigo comum), ou seja, texto com casuística exemplificativa e fórmula genérica ao final. (HUNGRIA: 1942, p. 141)

O texto é novamente equívoco e gera inúmeras definições. Ora, o que é causar perigo comum na prática de um crime de homicídio? Poderia ser dirigir um veículo em excesso de velocidade em *racha* automobilístico, com dolo eventual, e matar uma pessoa atropelada, causando também a outras pessoas perigo pelo fato de que o veículo ostenta um tanque de combustível que poderia explodir? Poderia ser o crime de homicídio praticado com disparo de arma de fogo contra uma única pessoa, mas pelo fato de existir outras pessoas no recinto, também estaria causando um perigo a elas?

Nelson Hungria ao comentar tal qualificadora não esclarece ao intérprete de como se chega a uma interpretação segura que importaria respeito e obediência ao princípio da taxatividade/determinação, relatando que “o meio de que possa resultar perigo comum é o meio que além de atingir a vítima escolhida, pode criar uma situação de perigo extensivo a um indeterminado número de pessoas”. (1955, p. 90).

Constata-se que há cláusulas genéricas com vocábulos amplos que pode gerar uma interpretação generosa, como por exemplo, dizer que a superioridade de armas é causa que impossibilita ou dificulta a defesa do ofendido, bem como de que dirigir veículo automotor em excesso de velocidade é um meio que pode causar perigo comum – mesmo que se trate de período em que não há pessoas em via pública.

Roberto Lyra ao abordar o tema das qualificadoras, argumenta que o motivo torpe não é definido pelo Código atual e que era tratado de forma menos vaga no Código Penal de 1.890. Para ele torpe é o motivo repugnante ao senso ético da coletividade e, fútil, aquele cometido a pretexto gratuito, desproporcionado. Note-se que na abordagem faz um cotejo com o projeto do Código Penal Italiano que previa motivos abjetos (torpes), perversos ou fúteis (desproporcionais), mas que o termo perverso foi omitido por ser muito genérico, ou seja, demonstrada a preocupação com termos abertos. (1955, p. 268-271)

No entanto, apesar de adentrar ao estudo do Código Penal Italiano, Roberto Lyra define o que vem a ser o termo expresso no Código Penal atual, mas não analisa a questão da interpretação. Porém, ao citar Marciano (*Il Nuovo Codice Penale*, Nápoles, 1932) argumenta que cada Juiz pode ter uma interpretação do que vem a ser fútil ou torpe, mas para interpretar tais termos qualificadores não pode analisar o caso de acordo com seu individualismo, mas orientar-se para o todo, para a sociedade e não o indivíduo em particular. (1955, p. 268-271)

Quanto ao meio cruel e a tortura, é definido como sendo aquele que causa o sofrimento desnecessário e extraordinário, físico ou moral à vítima. Já para configurar o perigo comum basta a potencialidade deste para integrar o crime, não importando que ela se concretize. (LYRA: 1955, p. 288-290) Percebe-se, mais uma vez que não se aborda o tema interpretação, não se analisa o alcance do vernáculo, apenas os define.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, na interpretação do Direito Penal deve-se observar o princípio da legalidade e seu sub-princípio taxatividade/determinação. É sabido que tais princípios vedam a incriminação vaga e indeterminada, pois não torna certa a ilicitude da conduta o que redundaria em ofensa à segurança jurídica do cidadão, bem como deixa ao julgador a tarefa de identificação do fato punível. No entanto, ao abordar os crimes praticados por motivo torpe, fútil, para assegurar a vantagem de outro crime, cometido com recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, bem como que resulte perigo comum limita-se a definir cada situação, mas não analisa o pormenor de que o tipo contém cláusulas casuísticas e genéricas. (2006, p. 114-115 e 423-426)

Bento de Faria ao tratar das qualificadoras do crime de homicídio asseverou que a primeira traz exemplos e encerra com a afirmação de que o homicídio também será qualificado se praticado por motivo torpe. Como Hungria, relata que é o motivo desprezível,

repugnante, o que revela um particular grau de perversidade, no entanto, não traça nenhuma forma de como o Juiz deve buscar a citada torpeza junto ao fato concreto. Na seqüência, ao tratar da qualificadora do motivo fútil, limita-se a definir que será aquele que tem uma desproporção entre a causa e o crime de homicídio. Nada aborda sobre a vagueza terminológica utilizada pelo legislador. (1959, p. 18-19)

Ainda Bento de Faria, analisando a crueldade e o meio insidioso, apenas os define, mas nada argumenta sobre o limite que o intérprete terá na análise do caso concreto, bem como sequer abordou a questão do perigo comum, tampouco se há *in casu* interpretação analógica. Em seguida trata do crime qualificado pela traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que torne difícil ou impossibilite a defesa do ofendido, limitando-se a afirmar que se trata de circunstância que revela “sangue frio” do agente, ou seja, maior gravidade da conduta. No mesmo toar é a abordagem da qualificadora por conexão, ou seja, que será o crime de homicídio conexo com qualquer outro crime, mas nada relata sobre a vagueza do enunciado normativo que diz “matar alguém para assegurar a vantagem de outro crime”. (1959, p. 19-25)

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, às qualificadoras, por óbvio, se aplica o princípio da legalidade, ou seja, o termo qualificador deve ser certo e determinado, mas como é sabido, o legislador vale-se, por vezes, de terminologias abertas para estabelecer a proibição a certas condutas, o que também ocorre nas figuras qualificadoras. (2011, p. 80-81)

No entender de Bitencourt, o legislador ao qualificar o homicídio trouxe alguns exemplos, tal como o homicídio qualificado pela tortura, mas ao final trouxe uma terminologia aberta, qual seja, homicídio qualificado quando praticado por meio cruel. São as chamadas cláusulas/fórmulas casuísticas ou genéricas. (2011, p. 80-81)

No entanto, em análise detida verifica-se que pouco se fala da interpretação das terminologias abertas. Para Bitencourt, na interpretação das qualificadoras genéricas, o intérprete deve buscar a similitude com as qualificadoras casuísticas, pois “servem apenas de paradigmas dos diversos modos de execução do crime de homicídio”. Destarte, na interpretação do enunciado genérico existente na qualificadora, o intérprete deve buscar a natureza da qualificadora apresentada no enunciado normativo qualificador fechado utilizado

como exemplo pelo legislador, um parâmetro, ou como já foi dito anteriormente – como paradigma. (2011, p. 80-81 e 84-85)

Damásio Evangelista de Jesus analisa diversas figuras típicas do crime de homicídio (simples, privilegiada, qualificada e culposa) e, no caso específico do crime de homicídio qualificado, narra que deixa de ser simples o ato de matar alguém quando os motivos, os meios, as formas ou a conexão com outro crime for tipificado como um tipo derivado, secundário. (2010, p. 45-51 e 97)

Ao tecer comentários sobre o homicídio qualificado por motivos torpe, Jesus argumenta que o intérprete deve lançar mão da interpretação analógica, eis que “a paga e a promessa de recompensa são motivos torpes”. E quanto ao crime de homicídio cometido por meio cruel, insidioso ou por meio que possa causar perigo comum novamente afirma que deve-se utilizar da interpretação analógica, no entanto, assevera que a interpretação deve atentar para a natureza do meio empregado, pois deve ter semelhança ao exemplo casuístico. Explicação que se repete quando é abordada a qualificadora da traição, emboscada, dissimulação ou com o emprego de outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, qual seja, que na análise das cláusulas genéricas, o intérprete deve interpretar analogicamente com as cláusulas casuísticas, pois devem ter idêntica natureza das hipóteses descritas pelo legislador. (2010, p. 98-101)

Julio Fabbrini Mirabete abordando o estudo específico do crime de homicídio qualificado afirma que será qualificado o crime de homicídio quando o Estado deseja uma punição maior, quando os meios, as formas e os motivos revelarem maior periculosidade do agente. Na seqüência, como vários autores, aborda especificamente cada qualificadora disposta no §2º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro. Define as hipóteses, analisa a tipologia dos enunciados normativos, cita exemplos e julgados, no entanto, nada relata sobre a existência e aplicabilidade das cláusulas genéricas, como por exemplo: perigo comum, meio insidioso ou meio cruel, bem como qualquer meio que dificulte ou impossibilite a defesa do ofendido. (2012, p. 34-39)

Abordando as qualificadoras do crime de homicídio Ney Moura Teles tece comentários sobre a definição e aplicabilidade de cada enunciado, no entanto, ao abordar a motivação torpe narra que se trata de uma forma genérica que deve ser interpretada à

semelhança da casuística, qual seja, a paga ou promessa de recompensa e diz: “Serão torpes todos os motivos que, à semelhança do fim lucro, ou da contratação de alguém para destruir uma vida humana, impelirem o sujeito a matar alguém. São os motivos indignos, que constroem com os valores morais”. (2006, p. 23)

Na seqüência da análise das qualificadoras citado autor as define e tece comentários sobre a aplicabilidade da norma genérica, enfatizando que a expressão meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum deve ser interpretada analogicamente, ou seja, o meio utilizado pelo agente deve ser semelhante às fórmulas casuísticas para serem inseridas na fórmula genérica. (TELES: 2006, p. 30)

Rogério Greco analisando o crime de homicídio e suas qualificadoras inicia o tema apresentando uma introdução ao estudo da parte especial do Código Penal, realçando a importância do princípio da legalidade especificamente quanto a necessidade da Lei penal ser certa. A Lei, então, deve ser clara e simples para que seu destinatário, o cidadão brasileiro, tenha conhecimento do que é proibido e comportar-se de acordo com o que é proibido ou não. Com isso, ou seja, sendo o enunciado normativo certo, taxativo, afasta-se a insegurança na aplicação do texto legal, bem como se evita o arbítrio – como ocorrido na época no nazismo²³ na qual os enunciados eram vagos, amplos e incertos, permitindo todo tipo de atrocidades. (2009, p. 30-34)

Segundo Greco, a pena para o delito de homicídio qualificado será mais severa devido aos motivos, meios, modos e fins aliados à prática do crime. O legislador, para abordar o maior número de casos, lançou mão da interpretação analógica, pois considerou como modelo casuístico do motivo torpe – a paga e a promessa de recompensa. (GRECO: 2009, p. 163) Na seqüência, tecendo comentários sobre a qualificadora do homicídio praticado com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum, narra que o legislador utilizou-se da velha fórmula casuística seguida da fórmula genérica e vaticina:

Tal recurso visa preservar, na verdade, o princípio da isonomia, no qual situações idênticas mereçam o mesmo tratamento pela lei penal. Ou seja, tudo aquilo que for considerado meio insidioso, cruel ou de que possa resultar perigo comum qualificará o homicídio, a exemplo das hipóteses mencionadas expressamente pelo inciso III

²³ Ex: punição por fato praticado contra “o são sentimento do povo alemão” (GRECO: 2009, p. 30-34)

(veneno, fogo, explosivo, asfixia e tortura). (GRECO: 2009, pp.167-168)

Destarte, o intérprete deve, ao analisar as hipóteses genéricas, procurar a isonomia com as hipóteses casuísticas prescritas pelo legislador no enunciado normativo qualificador, para assim, atender a vontade da Lei. (GRECO: 2009, p. 167)

Ao analisar os termos genéricos e abertos inseridos nos enunciados normativos qualificadores do crime de homicídio, Cezar Roberto Bitencourt argumenta que modernamente se aceita certa indeterminação no enunciado normativo, eis que o legislador não tem como antever todas as possíveis condutas que podem ocorrer na violação de um bem jurídico, ou seja, utiliza-se da generalidade para tentar abranger um número maior de condutas nocivas à sociedade. Assim, o legislador apresenta algumas circunstâncias tipologicamente fechadas coibindo certas condutas e, ao final, apresenta uma terminologia aberta para que condutas semelhantes também sejam consideradas proibidas. (2011, p. 80-81)

No mesmo sentido, defendendo a possibilidade ventilada acima, Rogério Greco argumenta que o legislador lança mão da fórmula genérica no intuito de abarcar hipótese não elencada expressamente, mas desejando que fosse, podendo, assim, ser ampliado o sentido do enunciado normativo. (2010, p. 39)

3.3 O crime de homicídio qualificado na dinâmica jurisprudencial

O legislador penal prescreve condutas proibidas e os juristas apresentam suas conclusões, no entanto, segundo Carlos Maximiliano, com apoio em Louis Huguency, argumenta que “encher a cabeça de regras de direito sem consultar julgado algum é tão ridículo como aprender literatura sem nada ler, ou história da arte sem contemplar um quadro ou uma estátua, ou botânica sem observar uma planta sequer”. (2000, p. 33)

Chaim Perelman afirma que o direito é o que os tribunais decidirem, mais precisamente a Corte Suprema, pois incumbidos de dizer o direito. Assim, examinando as decisões dos tribunais é que saberemos o que é o direito, diferindo do que o indivíduo comumente entende como regra, pois “cada pessoa pode formular as regras que considera obrigatórias e os ideais que se propõe a realizar.” (2005, p. 611)

Daí a importância de se estudar os precedentes dos tribunais, pois, nos dizeres de Perelman:

A determinação da regra de direito, através de suas aplicações em casos concretos, pressupõe uma colaboração de fato entre os poderes legislativo e judiciário, sendo a importância de seus respectivos papéis variável conforme os casos. [...] A análise das decisões judiciárias fornece, assim, um excelente material para a constituição de uma lógica dos juízos de valor, integrados numa teoria geral da argumentação. (2005: p. 615-620)

Note-se que um antigo texto, ainda em vigência, tem atualmente uma interpretação diversa da época de sua edição, por vezes, pelo fato do legislador consagrar “com o seu silêncio, a interpretação nova que a jurisprudência fornece, de tempos em tempos, de um texto antigo.” (PERELMAN: 2005, p. 625-626)

Resta claro, então, que a concepção estática da interpretação não tem mais lugar, eis que o direito não pode ser identificado só como a Lei. Com a dinâmica, o Juiz adapta o direito às necessidades atuais, eis que “o papel do juiz é tomar uma decisão, resolver, escolher, em nome do que considera o direito e a justiça, sabendo que suas decisões vão integrar-se no sistema de direito de que ele constitui um elemento central.” (PERELMAN: 2005, p. 632)

Passemos, então, à abordagem dos julgados em específico. Foram consultados vários²⁴ da maioria dos Tribunais do País²⁵, porém só alguns foram selecionados, sendo que o corte metodológico incluiu os cinco incisos do artigo 121, §2º, do Código Penal.

A análise foi realizada por incisos²⁶, seguindo-se da argumentação sobre o julgado. Note-se que muitos dos julgados apresentam déficit de fundamentação²⁷ quanto a interpretação do enunciado normativo qualificador, às vezes sob o argumento de que o caso

²⁴ Cerca de cento e oitenta

²⁵ Em alguns incisos também são abordados julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

²⁶ Ementas dos julgados estão no ANEXO

²⁷ No sentido: “Percebe-se, na prática judiciária, uma precariedade argumentativa quanto à análise da teoria do delito [...] Há um déficit operacional nesse sentido, ao não se correlacionar adequadamente a prática jurídica com a teoria correspondente.” (LOPES: 2010, p. 220)

deve ser analisado pelo corpo de jurados e, na maioria das vezes, que há adequação fática – mas sem análise técnica²⁸ do enunciado.

3.3.1 Motivo torpe²⁹

a³⁰) Verifica-se do acórdão que o réu foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal, pois teria agredido a vítima, mediante espancamento, deixando-a sangrar até a morte, sem prestar-lhe o devido socorro. Consta ainda do julgado que o motivo do crime consubstancia-se no fato de que o réu “admitiu ter sido acometido de ciúme por suspeitar que estivesse sendo traído pela companheira.” Os Desembargadores, à unanimidade, mantiveram a qualificadora do motivo torpe, sob o fundamento de que o ciúme configura a torpeza da atitude do réu.

Analisando o fato concreto, verifico que o réu ao agredir sua companheira até a morte por ciúme é indicativo de torpeza. Não se olvida que é comum encontrarmos na doutrina³¹ que o ciúme não é indicativo de torpeza ou futilidade, sendo um sentimento comum.

Creio que tal posicionamento é equivocado – pelo menos no caso de violência entre casais –, pois não se pode considerar como um sentimento comum o ciúme doentio que causa a morte de uma mulher, não se pode considerar como um sentimento comum o ciúme capaz de gerar na mente do homem a vontade de matar.

De outro lado, ao analisarmos o dispositivo qualificador *motivo torpe*, constata-se que se trata de uma cláusula genérica com paradigmas casuísticos. Verifico que, a princípio a torpeza deveria cingir-se somente a fatos semelhantes à fórmula casuística – crime mercenário. No entanto, tal exegese seria uma indevida limitação ao processo de interpretação analógica, pois nos termos da interpretação progressiva/evolutiva, o direito deve ser interpretado – inclusive em Direito Penal – de forma a atualizar o enunciado normativo aos dias atuais.

²⁸ No que se refere à interpretação do enunciado normativo

²⁹ Artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal

³⁰ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Primeira Turma Criminal, N. Processo: 2012 06 1 008 482-2, disponível em <www.tjdft.jus.br>

³¹ O *ciúme*, por si só, como sentimento comum à maioria da coletividade, não se equipara ao motivo torpe. (BITENCOURT: 2012, p. 83)

Assim, à época dos fatos o legislador apresentou exemplos de crimes que causavam repulsa social (a torpeza) e elencou o exemplo casuístico comum à época (crime mercenário), no entanto, com a evolução da sociedade, outros fatos passaram a integrar o rol da torpeza. No caso julgado constata-se que o réu, por ciúmes, agrediu e matou sua companheira, ou seja, tal conduta, por si só, atualmente é considerada torpe, abjeta, pois a sociedade não tolera tal proceder, sendo, inclusive, ilícito autônomo, conforme dicção da Lei Maria da Penha³².

Com efeito, o ciúme não justifica o ato tresloucado de Otelo, devendo, sim, ser considerado torpe, eis que abjeto, causa uma repulsa social, tanto é que os movimentos sociais, desde a década de setenta, evidenciaram que a violência contra a mulher, sob o slogan *quem ama não mata*, não se justificava e que não mais poder-se-ia alegar a malfadada *legítima defesa da honra*. (MATOS; CORTES: 2011, p. 39) Note-se que a sociedade passou a considerar os crimes de homicídio passionais como repulsivos, resultando na edição da Lei Maria da Penha, que visa coibir a violência contra a mulher, pois em 2010 a taxa de homicídios femininos foi de 4,4 mortes de mulheres por 100 mil habitantes. (REVISTA: Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres: 2011, p. 6)

Destarte, é possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal de forma mais abrangente, bastando aplicar a teoria da tipicidade conglobante³³, analisando-se o dispositivo qualificador no sistema – não simplesmente frente às fórmulas casuísticas, mas em todo o sistema penal. Com efeito, se o legislador atual entende que qualquer forma de agressão à mulher é ilícito penal, civil e familiar, também o será para qualificar o crime de homicídio – pois coíbem a agressão por ciúmes³⁴.

Portanto, se a qualificadora em comento visava punir mais severamente o crime de homicídio que também causasse repulsa social, é legítima a interpretação que amplia o rol

³² Artigo 7º, inciso II, da Lei n. 11.340/2006: São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I – *in omissis*; II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe causa dano emocional ou diminuição da autoestima ou que lhe prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações [...]

³³ No sentido não comumente utilizado, mas nos termos do escólio de Eugênio Raúl Zaffaroni: Pode-se argumentar que, assim como a consideração conglobante da norma anteposta ao tipo pode revelar que uma conduta abarcada pelo tipo penal, na realidade não está proibida, pode também acontecer o contrário, ou seja, que uma conduta que não seja alcançada pelo tipo legal apareça como proibida ante a consideração conglobante da norma anteposta a ele. (ZAFFARONI; PIERANGELI: 2007, p. 523) (grifei)

³⁴ Nos termos do artigo 2º e 5º da Lei n. 11.340/2006, a agressão moral e psíquica é fato ensejador da interferência estatal – por não ser mais aceito pela sociedade

para além dos exemplos da fórmula casuística, eis que permitido pela interpretação analógica progressiva/evolutiva, bem como pela análise frente à tipicidade conglobante.

b³⁵) Do relatório do julgado se extrai que o réu foi denunciado como incurso no artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal, pois teria desferido golpes na vítima, com um pedaço de madeira, ocasionando o óbito. Segundo o Ministério Público, a motivação do crime se deu pelo fato de desacerto envolvendo o comércio de entorpecentes, bem como pelo fato de que a companheira do réu estava deixando-o para se relacionar com a vítima.

Os Desembargadores mantiveram a condenação do réu à unanimidade, no entanto, não adentraram na análise da incidência ou não da qualificadora do motivo torpe, eis que, ao que parece, o recurso interposto pela defesa era genérico e pleiteava a absolvição, bem como a nulidade do julgamento. Mas interessa saber se o fato de matar por dívida de drogas pode ser considerado homicídio qualificado por motivo torpe, eis que, como cedoço, o enunciado qualificador traz a fórmula casuística de matar mediante paga ou promessa de recompensa, paradigma da cláusula genérica – torpeza.

Com efeito, a decisão de condenação pelo motivo torpe encontra amparo na interpretação progressiva/evolutiva, bem como na teoria da tipicidade conglobante³⁶. À época da promulgação do Código Penal, o legislador trouxe exemplos de crimes que demonstravam a torpeza, casuísticos comuns à época, no entanto, a sociedade evoluiu e outros fatos passaram a causar a repulsa social acentuada, o asco social. O direito, como sistema vivo também deve evoluir e abarcar as novas situações que são declaradas diuturnamente, pela sociedade, abjetas.

No caso julgado constata-se que o réu matou a vítima diante do desacerto de mercancia de entorpecentes, ou seja, tal conduta – comércio de drogas –, por si só, atualmente é considerado crime autônomo, conforme a Lei n. 11.343/2006³⁷.

³⁵ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Segunda Turma Criminal, N. Processo: 2010 01 1 227 873-0, disponível em <www.tjdft.jus.br>

³⁶ No sentido já apontado em nota acima.

³⁷ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Assim, é possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal de forma a abranger o caso em comento, bastando analisar o dispositivo qualificador no sistema – não simplesmente frente à fórmula casuística, mas no sistema penal geral, eis que se o legislador atual entende que comerciar entorpecentes é crime, também o será para qualificar o crime de homicídio – pois ambos são espécies de enunciados normativos que coíbem a torpeza, qual seja: repulsa social no ato da mercancia de drogas.

Portanto, se a qualificadora em comento visava punir mais severamente o crime de homicídio que causasse asco social, é legítima a interpretação que amplia o rol para além dos exemplos da fórmula casuística, eis que permitido pela interpretação analógica progressiva/evolutiva, bem como pela análise frente à tipicidade conglobante.

c³⁸) Constata-se do julgado que o réu foi denunciado como incurso no artigo 121, §2º, incisos I e IV, cc artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, eis que teria efetuado disparos de arma de fogo contra a vítima no intuito de matá-la. O Ministério Público argumentou que o motivo foi torpe, eis que “decorrente de desavença proveniente de um empréstimo de arma de fogo.” No recurso os Desembargadores, à unanimidade, mantiveram na acusação a qualificadora.

Mais uma vez surge o problema da interpretação analógica ou extensiva, eis que, como já visto, o enunciado qualificador apresenta, a exemplo de motivo torpe, o homicídio

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI 4274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

³⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Terceira Turma Criminal, N. Processo: 2012 04 1 008 389-8, disponível em <www.tjdft.jus.br>

mercenário, literalmente distante da motivação apontada pelo Ministério Público no julgado em comento.

Na fundamentação do julgado verifica-se que não se adentra na questão da interpretação do enunciado normativo qualificador, pelo contrário, no recurso se utiliza a manobra processual de que, quando não “se evidencia que as mencionadas qualificadoras são manifestamente improcedentes ou destituídas de amparo no contexto fático-probatório dos autos”, devem ser mantidas para serem apreciadas pelo corpo de jurado.

Com efeito, creio que tal tarefa é técnica por demais e não pode ser deixada aos juízes leigos³⁹. Deve o magistrado – como intérprete construtor – analisar se a interpretação que se dá ao texto é razoável e aceitável pelos juristas, pelas partes e pela sociedade.

Pois bem, embora não contenha fundamentação sobre a questão da extensão do enunciado normativo, pode-se apresentar uma interpretação, mantendo-se a acusação, como formulada, eis que há amparo. Ora, o réu, com intenção de matar, assim agiu devido a um desacerto de um empréstimo de uma arma de fogo que, como sabido, por si só, é uma conduta coibida pela legislação penal⁴⁰.

Assim, eventual condenação do réu por homicídio por motivo torpe encontra amparo na interpretação progressiva/evolutiva, bem como na teoria da tipicidade conglobante⁴¹, eis que atualiza-se o modelo de torpeza de acordo com a evolução da sociedade, pois não é mais tolerável, causando repulsa social, que se empreste arma de fogo – ainda que gratuitamente.

Destarte, é possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal de forma a abranger o caso em comento, bastando analisar o dispositivo qualificador no sistema – não simplesmente frente à fórmula casuística, mas no sistema penal geral, eis que se o legislador atual estabeleceu que ceder ou emprestar arma de fogo é crime, também o será para qualificar o crime de homicídio, ampliando-se o rol para além dos exemplos da fórmula

³⁹ O corpo de jurados

⁴⁰ Art. 14. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (grifei)

⁴¹ No sentido já apontado em nota acima.

casuística, eis que permitido pela interpretação analógica progressiva/evolutiva, bem como pela análise frente à tipicidade conglobante.

d⁴²) Do relatório e do voto do Desembargador Relator extrai-se que o réu foi denunciado como incurso no artigo 121, §2º, incisos I e IV, do Código Penal, pelo fato de desferir disparos de arma de fogo, contra a vítima, ocasionando sua morte. Narrou o Ministério Público que motivo do crime foi torpe pelo fato de que o réu estava se vingando, pois a vítima tinha tentado roubar seu boné em data anterior. No recurso os Desembargadores, à unanimidade, mantiveram na acusação a qualificadora.

Da análise do caso surge novamente o problema da interpretação do enunciado normativo qualificador, eis que é possível considerar a vingança como motivo torpe? Estaria a vingança dentro da semelhança do catalogo casuístico⁴³ apresentado pelo legislador no inciso I do artigo em comento?

São perguntas que não foram respondidas no julgado, pois os Desembargadores mantiveram a sentença do corpo de jurados sob o fundamento de que se baseou em prova fática. Com efeito, não se analisou – mesmo havendo prova incontroversa de que houve vingança – se tal proceder do réu pode ser equiparado a motivo torpe, pois na literalidade do texto há uma distância muito grande da fórmula casuística.⁴⁴

Analisando o caso fático sob a ótica da interpretação da tipicidade conglobante⁴⁵, verifico que é possível manter a torpeza na acusação, tal como formulada. Ora, o réu, com intenção de matar, assim agiu, movido pelo sentimento de vingança, pois foi vítima de roubo, ou seja, estava fazendo justiça com as próprias mãos que, como cediço, por si só, é uma conduta coibida pela legislação penal⁴⁶.

Portanto, eventual condenação do réu por homicídio por motivo torpe encontra amparo, pois a torpeza se apresenta no fato de que o réu não podia fazer justiça com as próprias mãos – matando a vítima – mesmo sendo ela suspeita de um crime.

⁴² Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Segunda Turma Criminal, N. Processo: 2012 03 1 004 250-2, disponível em <www.tjdft.jus.br>

⁴³ Mediante paga ou promessa de recompensa

⁴⁴ Homicídio mercenário

⁴⁵ No sentido já apontado em nota acima.

⁴⁶ Art. 345. Fazer justiça com as próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Enfim, ao se interpretar o artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal, se inclui como torpe o exercício arbitrário das próprias razões – analisando o dispositivo qualificador no sistema penal em geral, pois também é crime, ampliando-se o rol para além dos exemplos da fórmula casuística.

e⁴⁷) Consta do julgado que o Ministério Público denunciou o réu como incurso nos artigos 121, §2º, incisos I e IV (vítima Eloá), 121, §2º, incisos I e IV, combinado com 14, inciso II (vítima Nayara), 121, §2º, inciso V, combinado com 14, inciso II (vítima Atos), 148, §1º, inciso IV, por cinco vezes (vítimas Eloá, Victor, Iago e Nayara, esta por duas vezes), todos do Código Penal.

Narrou o “parquet” que o réu, com vontade de matar, efetuou disparos de arma de fogo acarretando o óbito de sua ex-namorada. A motivação, segundo a acusação, seria torpe, eis que o réu assim agiu “por ciúmes e brigas”, eis que a vítima encerrou o relacionamento, fato não aceito pelo réu e que, no dia dos fatos, a vítima não quis reatar o namoro. Os Desembargadores mantiveram na acusação a qualificadora em comento.

Verifica-se do julgado que os Desembargadores fundamentaram que o crime seria de motivação torpe pelo fato de “que na hipótese dos autos, seria a vingança, seu inconformismo com o término do relacionamento.” Os Desembargadores ainda fundamentaram sua decisão transcrevendo doutrina sobre o tema na qual é afirmado que o motivo torpe é aquele “vil, imoral, desprezível e que contrasta com a moralidade média”.

O Tribunal agiu com acerto, eis que realmente matar sua ex-namorada por ciúmes é de motivação abjeta. Com efeito, não se tolera mais o entendimento de que o ciúme doentio é um sentimento comum, não se pode considerar comum o sentimento capaz de gerar na mente do homem a vontade de matar.

Ora, ao analisarmos o enunciado qualificador em comento, verifica-se que o legislador trouxe exemplos de torpeza e seguiu com uma cláusula genérica, sendo que a torpeza não pode cingir-se somente a fatos semelhantes aos da fórmula exemplificativa.

⁴⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão: 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO. N. 9000016-07.2008.8.26.0554, disponível em <www.tj.sp.jus.br>

Note-se que, aplicando-se a interpretação analógica, nos termos da interpretação progressiva/evolutiva, atualiza-se o enunciado normativo aos dias atuais. Não se pode olvidar que à época da edição do Código Penal havia a malfadada “legítima defesa da honra” – não tolerada nos dias atuais. Com efeito, se o réu, por ciúmes, matou sua ex-namorada, agiu com torpeza, pois *quem ama não mata* e, conforme evolução do direito, hoje quem atentar contra a integridade física e mental da mulher pratica ato ilícito nos termos da Lei Maria da Penha.

f⁴⁸) Conforme consta do julgado o Ministério Público denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, inciso I e III, do Código Penal, pois teria esganado a vítima após discussão entre o casal. O motivo do crime, segundo a acusação, seria acerca de valores que o réu teria subtraído da vítima. O Ministério Público relatou que antes da data dos fatos houve uma discussão entre réu e vítima sobre valores que o primeiro tinha subtraído da segunda, sendo que no dia dos fatos o réu, para se vingar, matou a vítima por asfixia.

Os Desembargadores mantiveram a sentença que pronunciou o réu por ter praticado crime de homicídio por motivo torpe (discussão sobre valores) e meio cruel (asfixia).

Analisando o julgado constato que houve acerto, eis que a interpretação apresentada ao artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal está em consonância ao que dispões a doutrina e os precedentes em casos semelhantes, ou seja, que o crime foi torpe pelo motivo mercenário. Com efeito, o enunciado qualificador traz os exemplos casuísticos, paga ou promessa de recompensa e a fórmula genérica, ou outro motivo torpe.

Vimos no presente estudo que há parte da doutrina sustentando que a fórmula genérica é hipótese de interpretação extensiva e integrativa, sendo que o intérprete não deve se afastar da semelhança com os exemplos apresentados pelo legislador. Pois bem, se assim é, o julgado em comento teve acerto, eis que os Desembargadores relataram que “[...] a prova colhida, demonstra que a discussão que teria supostamente motivado o homicídio referiu-se à subtração de determinada quantia em dinheiro pertencente à vítima, portanto, evidenciado o motivo torpe.”

⁴⁸ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Órgão: Segunda Câmara Criminal - Classe: RSE – Recurso em Sentido Estrito – Processo N. 0072201-68.2012.8.19.0000, disponível em <www.tjrj.jus.br>

Destarte, fica evidente que houve a interpretação extensiva não se afastando do modelo casuístico que incida crime por motivo vil – o crime mercenário. No entanto, o crime pode ser considerado motivado pela torpeza não só pelo indicativo mercenário, basta que o fato cause o asco social – a torpeza que o próprio termo indica – que será suficiente para qualificar o crime de homicídio.

Ora, no caso dos autos houve a morte da companheira do réu, ou seja, motivação de gênero, contra a mulher em relação doméstica. Consta que o réu subtraiu dinheiro de sua companheira, a ameaçou e, ao fim, a matou por esganadura. O crime é torpe não só pelo fato de envolver quantia em dinheiro. Exigir do intérprete que só considere torpe o motivo mercenário é uma indevida limitação ao processo de interpretação analógica, pois nos termos da interpretação progressiva/evolutiva, o direito deve ser interpretado – inclusive em direito penal – de forma a atualizar o enunciado normativo aos dias atuais.

Assim, com a evolução da sociedade, outros fatos passaram a integrar o rol da torpeza, sendo que no caso em análise constata-se que o réu, por discussão de companheiros, discutiu, ameaçou e ao fim matou sua companheira, ou seja, tal conduta, por si só, atualmente é considerada torpe, abjeta, pois a sociedade não tolera tal proceder, sendo, inclusive, ilícito autônomo, conforme dicção da Lei Maria da Penha⁴⁹.

Posto isso, é possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso I do Código Penal de forma mais abrangente, bastando aplicar a teoria da tipicidade conglobante⁵⁰, analisando-se o dispositivo qualificador no sistema – não simplesmente frente às fórmulas casuísticas, mas em todo o sistema penal. Com efeito, se o legislador atual entende que qualquer forma de agressão à mulher é ilícito penal, civil e familiar, também o será para qualificar o crime de homicídio.

Portanto, se a qualificadora em comento visava punir mais severamente o crime de homicídio que também causasse repulsa social, é legítima a interpretação que amplia o rol

⁴⁹ Artigo 7º, inciso II, da Lei n. 11.340/2006: São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I – *in omnis*; I – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe causa dano emocional ou diminuição da autoestima ou que lhe prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações [...]

⁵⁰ No sentido não comumente utilizado, mas nos termos do escólio de Eugênio Raúl Zaffaroni: Pode-se argumentar que, assim como a consideração conglobante da norma anteposta ao tipo pode revelar que uma conduta abarcada pelo tipo penal, na realidade não está proibida, pode também acontecer o contrário, ou seja, que uma conduta que não seja alcançada pelo tipo legal apareça como proibida ante a consideração conglobante da norma anteposta a ele. (ZAFFARONI; PIERANGELI: 2007, p. 523) (grifei)

para além dos exemplos da fórmula casuística, eis que permitido pela interpretação analógica progressiva/evolutiva, bem como pela análise frente à tipicidade conglobante.

g⁵¹) Se extrai do julgado que o Ministério Público denunciou o réu como incurso nos artigos 121, §2º, incisos I, II e III, 212, e 244-B, todos do Código Penal, pois o réu na companhia de um menor teriam esfaqueado a vítima e ateado fogo em seu cadáver. Segundo a acusação a motivação do crime foi torpe, eis que a vítima teria dito que estaria grávida do réu e, assim, por tal motivo o réu a matou. Os Desembargadores mantiveram a pronúncia do réu, mantendo também, na acusação, a qualificadora da torpeza.

Verifica-se do julgado que os Desembargadores mantiveram a qualificadora da torpeza na acusação sob dois argumentos. O primeiro de índole processual, narrando que “Sabe-se que as qualificadoras só podem ser excluídas da análise do Tribunal Popular se manifestamente inexistentes, o que não acontece neste caso concreto.” O segundo argumento, de índole simplista – subsunção do fato – segundo os Desembargadores é de que “Quanto ao motivo torpe, entendido como aquele que causa repulsa excessiva, vê-se que o recorrente, em tese, tirou a vida da vítima somente pelo fato de ela estar dizendo que estava grávida dele.”

Em que pese não concordar com a fundamentação apresentada pelos Desembargadores, creio que houve acerto no julgado, eis que utilizando-se a definição comumente utilizada para o termo torpe, verifico que há uma adequação ao caso em comento.

A princípio a torpeza deveria cingir-se somente a fatos semelhantes à fórmula casuística – crime mercenário. No entanto, tal exegese limitaria o processo de interpretação analógica (progressiva/evolutiva), pois o direito deve ser interpretado de modo a atualizar o enunciado normativo aos dias atuais.

Com efeito, matar uma mulher pelo fato de desconfiar que ela esteja grávida causa asco social. No caso julgado constata-se que o réu, por suspeitar que a vítima disse estar grávida, a matou, ou seja, tal conduta, por si só, atualmente é considerada torpe, abjeta, pois a

⁵¹ Tribunal de Justiça do Paraná, Órgão: Primeira Câmara Criminal - Classe: Recurso em Sentido Estrito – Processo N. 970.849-6, disponível em <www.tjpr.jus.br>

sociedade não tolera tal conduta, sendo, inclusive, ilícito autônomo, conforme dicção da Lei Maria da Penha⁵².

Ora, é abjeta a causa da morte em comento. Note-se que a sociedade passou a considerar os crimes de homicídio passionais como repulsivos, resultando na edição da Lei Maria da Penha, que visa coibir a violência contra a mulher, pois em 2010 a taxa de homicídios femininos foi de 4,4 mortes de mulheres por 100 mil habitantes (REVISTA: Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres: 2011, p. 6).

Destarte, é possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso I do Código Penal de forma mais abrangente, bastando aplicar a teoria da tipicidade conglobante⁵³, analisando-se o dispositivo qualificador no sistema – não simplesmente frente às fórmulas casuísticas, mas em todo o sistema penal.

h⁵⁴) Consta do julgado que o réu foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal, pois teria cometido crime de homicídio consumado. A motivação do crime, segundo o julgado, foi torpe pelo fato do homicídio ter sido “cometido por ter a vítima furtado a quantia de R\$ 10,00 (dez reais) do Apelante”. Os Desembargadores negaram provimento ao recurso sob o fundamento de que os jurados analisaram o fato e decidiram que foi uma conduta torpe, preservando-se a soberania dos veredictos.

Verifico que houve acerto no julgado, pois na análise do artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal, verifica-se que há menção de um exemplo casuístico (paga ou promessa de recompensa) e em seguida um verbete genérico (ou outro motivo torpe). O motivo, como cedo, é a “pedra de toque do crime”, eis que quando se sabe o porquê da prática do crime, sabe-se, em princípio, que personalidade e qual a antissociabilidade do agente. (HUNGRIA:

⁵² Artigo 7º, inciso II, da Lei n. 11.340/2006: São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I – *in omissis*; I – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe causa dano emocional ou diminuição da autoestima ou que lhe prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações [...]

⁵³ No sentido não comumente utilizado, mas nos termos do escólio de Eugênio Raúl Zaffaroni: Pode-se argumentar que, assim como a consideração conglobante da norma anteposta ao tipo pode revelar que uma conduta abarcada pelo tipo penal, na realidade não está proibida, pode também acontecer o contrário, ou seja, que uma conduta que não seja alcançada pelo tipo legal apareça como proibida ante a consideração conglobante da norma anteposta a ele. (ZAFFARONI; PIERANGELI: 2007, p. 523) (grifei)

⁵⁴ Tribunal de Justiça do Acre, Órgão: Câmara Criminal - Classe: Apelação – Processo N. 0010790-90.2010.8.01.0001, disponível em <www.tjac.jus.br>

1942, p. 112-113) O Código Penal Brasileiro inicia o elenco das qualificadoras pelo motivo torpe, sendo aquele repugnante, de extrema vileza, ou como o próprio código exemplifica, o crime de homicídio mercenário.

Pois bem, no caso analisado o réu matou a vítima porque ela teria lhe furtado R\$ 10,00 (dez) reais. A conduta do réu revela motivação mercenária, com conotação econômica, pois o que fez nascer em sua mente a vontade de matar foi o *vil metal*. Assim, há uma similitude do fato genérico com as casuísticas apresentadas pelo legislador no artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal – homicídio mercenário.

Ora, revela asco social a conduta de matar por causa de dinheiro, sendo este o espírito do enunciado qualificador, sendo, então, razoável a interpretação que adéqua o termo torpe ao fato matar por causa de furto de seu patrimônio.

No entanto, como os enunciados do artigo 121, §2º incisos I e II, do Código Penal, são abertos fica a pergunta: poderia o fato descrito acima ser considerado fútil? Como não há uma delimitação poder-se-ia chegar a tal interpretação, pois comumente futilidade é definida como sendo o motivo de somenos importância, ou seja, matou somente por causa de R\$ 10,00 (dez) reais?

Para termos segurança na aplicação dos enunciados qualificadores, o intérprete deve explicitar o processo hermenêutico de como chegou a definir o alcance do enunciado vago e, só assim, saberemos se o fato pode ser definido como torpe ou fútil. Com efeito, o fato descrito no julgado em comento melhor se adéqua à torpeza do que à futilidade, pois nesta o legislador, bem como a doutrina e os precedentes, deseja que haja uma desproporcionalidade entre a conduta de matar e a motivação, sendo que naquela, o que classifica a conduta como torpe é, em primeira análise, o motivo econômico.

i⁵⁵) Analisando o julgado constata-se que o réu foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º, incisos I e IV, do Código Penal, pois teria ceifado a vida da vítima. A motivação do crime, segundo o julgado, seria a vingança, pois o réu teria desavença com a vítima que teria lhe desferido um tiro em data pretérita, sendo torpe a conduta no entender do órgão da acusação.

⁵⁵ Tribunal de Justiça do Tocantins, Órgão: 3ª Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal - Classe: RSE – Recurso em Sentido Estrito – Processo N. 5010008-37.2013.827.2706, disponível em <www.tjto.jus.br>

O crime seria ainda qualificado pelo recurso que impossibilitou a defesa da vítima, um senhor com mais de setenta anos, que foi atingido pelas costas. Os Desembargadores mantiveram a sentença de pronúncia negando provimento ao recurso. As qualificadoras de igual modo foram mantidas, sob o argumento processualista de que “as qualificadoras somente devem ser excluídas da pronúncia se manifestamente improcedentes, ou seja, sem qualquer sustento no acervo probatório dos autos”.

Os Desembargadores fundamentaram que o motivo foi torpe devido ao réu vingar-se de desavença anterior (a vítima desferiu um tiro no réu que tentava lhe esfaquear), bem como seria crime qualificado pelo fato de atingir a vítima pelas costas.

Pois bem, creio que não houve acerto no julgado. Foi visto no início do presente estudo que há enunciados normativos incriminadores que descrevem condutas genéricas, como por exemplo, praticar um ato por motivo torpe. Assim, surge a indagação: torpe pode ser todo e qualquer motivo repugnante? O que é motivo repugnante? Cada intérprete apresentará uma solução para o caso.

No julgado em análise o julgador considerou o crime de homicídio qualificado pelo motivo torpe com suporte na prática de vingança. Surge, então, o problema da interpretação do enunciado normativo qualificador, eis que é possível considerar a vingança como motivo torpe? Estaria a vingança dentro da semelhança do catalogo casuístico apresentado pelo legislador no inciso I do artigo em comento?

São perguntas que não foram respondidas no julgado, pois os Desembargadores mantiveram a sentença de pronúncia sob o fundamento de que o ato de vingar-se é torpe. Com efeito, não se analisou – mesmo havendo prova incontroversa de que houve vingança – se o ato do réu pode ser equiparado a motivo torpe, pois na literalidade do texto há uma distância muito grande da fórmula casuística.⁵⁶

É sabido que, diante do enunciado aberto, o intérprete deve, pelo processo hermenêutico, adequar o texto normativo à realidade atual, ampliando o sentido do aludido enunciado. O intérprete pode apresentar uma definição de torpeza se apoiando na teoria da

⁵⁶ Homicídio mercenário pela paga ou promessa de recompensa

tipicidade conglogante – que analisa o termo do enunciado com apoio no ordenamento jurídico total.

Destarte, no caso, o homicídio não poderia ter sido considerado torpe, pois o motivo considerado é um ato antecedente de tentativa de homicídio, ou seja, tentou uma vez, não conseguiu e, da segunda vez, tentou e conseguiu. Com efeito, o motivo não foi explicitado na decisão, pois não se sabe qual foi o móvel da tentativa de homicídio (fato antecedente) e do homicídio (fato julgado), não podendo o intérprete considerar que o ato é torpe com a simples afirmação que foi ato de vingança.

Ora, vingança – por si só – não pode ser considerada uma conduta torpe, fútil etc., sendo que o fato que origina a vingança é que deve ser analisado para fins de adequação típica e objeto de interpretação, sendo, no meu sentir, sem fundamentação a classificação de torpe – só pelo ato de vingar-se.

3.3.2 Motivo fútil⁵⁷

a⁵⁸) O réu conforme o julgado, foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, § 2º, inciso II, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, pois desferiu facada contra a vítima com o intuito de matá-la, não conseguindo seu desiderato por forças alheias à sua vontade. Pesou sobre o réu a qualificadora do motivo fútil, eis que agiu por ciúmes, consubstanciado no fato de que a vítima estaria se relacionando com a ex-namorada do réu. Os Desembargadores, à unanimidade, mantiveram na acusação a qualificadora sob o argumento de que há indícios fáticos de sua ocorrência – não analisando se o ciúme é ou não fútil.

O caso em análise – futilidade – é mais complicado de se analisar do que o motivo torpe, eis que o neste o legislador exemplifica o que se compreende por torpeza⁵⁹, sendo que naquele não há um indicativo sequer, trata-se de prescrição normativa reconhecidamente aberta.

⁵⁷ Artigo 121, §2º, inciso II, do Código Penal

⁵⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Terceira Turma Criminal, N. Processo: 2011 03 1 012 412-8, disponível em <www.tjdft.jus.br>

⁵⁹ Paga ou Promessa de Recompensa

O primeiro passo, no meu entender, é utilizar o sentido comum do termo fútil que, como visto em capítulos anteriores, é definido como aquele “que, pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime”, ou seja, é o motivo desproporcional ou inadequado. (HUNGRIA: 1955, p. 244) Assim, a princípio não é possível considerar o ciúme como motivo fútil, pois “o ciúme, por exemplo, não se compatibiliza com motivo fútil”, eis que é um sentimento “comum à maioria da coletividade”. (BITENCOURT: 2012, p. 83-84)

O segundo passo é analisar se é possível considerar a motivação – ciúmes – como sendo fútil sob o enfoque da interpretação progressiva/analógica e da tipicidade conglobante. Sob tal enfoque, a conduta, por si só, atualmente é considerada torpe (como visto acima), abjeta, pois não se tolera tal proceder, sendo, inclusive, ilícito autônomo, conforme dicção da Lei Maria da Penha⁶⁰. Com efeito, atualmente passou-se a considerar os crimes de homicídio passionais como repulsivos e não de só menos importância.

Destarte, o julgado não atende aos dois passos analisados acima, pois não é utilizado o sentido comum do termo (pela definição dos juristas ciúme não é fútil), bem como não encontra amparo na tipicidade conglobante (tentar matar por ciúme é torpe, pois encontra amparo na Lei Maria da Penha – não fútil).

b⁶¹) Constatase do julgado que o réu foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º, incisos II e IV, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, pois, com vontade de matar, desferiu disparos de arma de fogo contra a vítima, que não veio a óbito devido a não ser “atingida em local de letalidade imediata” e pelo fato de que “recebeu pronto e eficaz atendimento médico.” Consta do relatório que o crime foi motivado por “conta de desavenças entre gangues rivais.”

Os Desembargadores negaram provimento ao recurso, à unanimidade, mantendo a qualificadora na acusação, sob o argumento processualista de que a “exclusão das qualificadoras, na fase de pronúncia, somente é possível se manifestamente improcedentes e sem qualquer lastro nas provas coletadas nos autos.”

⁶⁰ Artigo 7º, inciso II, da Lei n. 11.340/2006: São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I – *in omissis*; I – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe causa dano emocional ou diminuição da autoestima ou que lhe prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações [...]

⁶¹ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Terceira Turma Criminal, N. Processo: 2010 05 1 009 450-3, disponível em <www.tjdft.jus.br>

Ouso discordar, eis que ao contrário do entendimento dos Desembargadores, não houve futilidade – mas torpeza no ato do réu. Com efeito, briga de gangue revela asco social, revela repulsão social e não uma motivação de só menos importância.

Já foi dito que o primeiro passo para analisar o enunciado normativo qualificador do motivo fútil é a utilização do sentido do termo comumente utilizado. Nelson Hungria considera o motivo fútil como aquele que “não é causa suficiente para o crime”, desproporcional ou inadequado. (1955, p. 244) Assim, não há fundamento para afirmar ser uma briga de gangues – fútil – quando não está sendo utilizado o sentido normal do termo.

No entanto, ao adentrarmos na análise do caso – briga de gangues – consta-se que se utilizando o sentido normal do termo *motivo torpe*, verificamos que há uma adequação, pois torpe é aquele “que suscita a aversão, [...] o despeito da imoralidade contrariada, o prazer do mal, etc.” (HUNGRIA: 1955, p. 244) De outro lado, briga de gangues, pode ser considerado, pela ótica da tipicidade conglobante – também como motivo torpe.

Com efeito, uma gangue quando pratica crime de tráfico de drogas é ilícito penal tanto pela mercancia⁶² quanto pela associação para o tráfico⁶³, conforme Lei n. 11.343/2006.

⁶² Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI 4274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

⁶³ Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e §1º, e 34 desta Lei. Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias multa.

Se a gangue se une para praticar qualquer outro crime, também é crime nos termos do Código Penal, eis que quadrilheiros⁶⁴, conduta também ilícita. Assim, se o réu tentou matar a vítima por briga de gangues, tal conduta – por si só – é considerada crime autônomo, pois estavam associados ou em quadrilha, sendo possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal de forma a abranger o caso em comento, bastando analisar o dispositivo qualificador no sistema – não simplesmente frente à fórmula casuística, mas no sistema penal geral.

Portanto, se o fato não é fútil, mas torpe, não houve acerto na interpretação do enunciado qualificador, pois a conduta não era de só menos importância, mas conduta que causa asco social.

c⁶⁵) Em análise do julgado verifica-se que o Ministério Público denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, incisos II e IV, do Código Penal e artigo 12 da Lei n. 10.826/2003. Consta que o réu desferiu disparos de arma de fogo contra a vítima acarretando o óbito desta. Consta-se que o motivo do crime foi fútil, eis que decorrente de desentendimento por dívida de drogas. Os Desembargadores deram provimento parcial ao recurso do réu para afastar a incidência do crime de porte ilegal de arma de fogo, reconhecendo que tal conduta foi crime meio para o crime de homicídio.

Os Desembargadores mantiveram a qualificadora do motivo fútil em arripio ao entendimento doutrinário e jurisprudencial. Com efeito, matar por dívida de drogas é crime motivado pela torpeza, que não se enquadra na definição doutrinária da futilidade, qual seja, aquele que “não é causa suficiente para o crime”, ou seja, é o motivo desproporcional ou inadequado. (HUNGRIA: 1955, p. 244) Do julgado se extrai que os Desembargadores entenderam que a motivação do crime era de somenos importância, eis que a vítima era devedora do réu “pois havia pegado certa quantidade de droga e não quitado a débito”. O fundamento, então, foi de que “o ato trágico (homicídio) não decorreu, unicamente, de brigas ou discussões, mas pela rivalidade entre eles (dívida de drogas)”.

Ora, já foi dito alhures que mercancia de entorpecentes é motivo torpe, eis que modernamente é considerado crime e se adapta – pela teoria da tipicidade conglobante – à

⁶⁴ Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo Único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

⁶⁵ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Segunda Turma Criminal, N. Processo: 2011 05 1 023 903-4, disponível em <www.tjdf.jus.br>

cláusula genérica do disposto no artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal. Adapta-se, inclusive, também pela interpretação progressiva/evolutiva, pois o direito atua de acordo com as inovações da sociedade, ou seja, se era torpe a circunstância do homicídio mercenário, é torpe a morte motivada pela cobrança de drogas – mas nunca fútil.

d⁶⁶) Extrai-se do julgado que o Ministério Público denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, inciso II, do Código Penal. Segundo consta o réu munido de uma faca desferiu golpes na vítima acarretando o óbito. O crime foi motivado, segundo a denúncia ministerial, pelo fato de que a vítima negou ceder um cigarro ao réu que, descontente, deixou o local, armou-se, voltou e cometeu o crime de homicídio. Os Desembargadores, à unanimidade, negaram provimento ao recurso do réu, mantendo a qualificadora do motivo fútil na acusação.

A manutenção da qualificadora do motivo fútil no caso em comento tem fundamento, eis que de acordo com o que dispõe a doutrina e a jurisprudência sobre o tema. Com efeito, segundo Roberto Lyra, fútil é crime cometido a pretexto gratuito, desproporcionado. (1955, p. 268-271)

Ora, fútil é o motivo que se revela desproporcional ao ato de matar – como no caso em análise. Com efeito, a negativa em ceder um cigarro não pode gerar o ato extremo de ceifar a vida alheia, ou seja, a motivação é ínfima para o ato máximo de matar.

Assim, houve acerto em manter na acusação a qualificadora do motivo fútil, eis que na praxe doutrinária e jurisprudencial, o termo *fútil* foi empregado como era de se esperar do intérprete.

e⁶⁷) O Julgado trata de crime de homicídio qualificado por motivo fútil. O Ministério Público denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, inciso II, cc artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal pelo fato de ter desferido disparos de arma de fogo contra a vítima, levando a mesma a óbito. Segundo o julgado, a motivação do crime se deu pelo fato de que o réu não concordou com o a atitude da vítima de entrar no supermercado com um

⁶⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Segunda Turma Criminal, N. Processo: 2011 05 1 023 903-4, disponível em <www.tjdft.jus.br>

⁶⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão: Oitava Câmara de Direito Criminal, Classe: Apelação, N. Processo: 0034355-7.2004.8.26.0001, disponível em <www.tj.sp.jus.br>

cachorro e, depois de uma discussão, interrompida por terceiros, aguardou a vítima deixar o local e desferiu disparos de arma de fogo contra ela, só não a matando por forças alheias à sua vontade, qual seja, pronto atendimento médico.

Os Desembargadores negaram provimento ao recurso à unanimidade, inclusive mantendo a qualificadora do motivo fútil, sob o argumento de que encontra respaldo nos autos e que “decerto que a origem da alteração foi a presença do cachorro dentro do supermercado, fato este que incomodou o acusado, impelindo-o a provocar e a agredir a vítima. Aliás, a discussão somente evidencia a futilidade por que foi praticado o delito, havendo uma notória desproporção entre a origem do desentendimento e a reação do apelante.”

No caso, creio que os Desembargadores laboraram com acerto, pois o fato capitulado como fútil encontra amparo na descrição doutrinária de motivo fútil. Com efeito, futilidade nos termos da exposição de motivos do Código Penal Brasileiro é aquele “que, pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime”. (HUNGRIA: 1955, p. 244)

O fato de o réu discutir com a vítima e depois tentar matá-la pelo fato de a mesma ter entrado em um supermercado com um cão é, sem dúvidas, motivação desarrazoada para o ato de matar, é uma reação desproporcional. O que ocorreu é que o réu teve como motivo de sua empreitada criminosa, como dizia Roberto Lyra, o pretexto gratuito, desproporcionado. (1955, p. 268-271)

Assim, se a razão do crime, o que fez nascer na mente do réu a vontade de matar, foi a vítima ter entrado em um supermercado com um cão houve sim a desproporcionalidade apontada pela doutrina penalista brasileira, devendo o caso ser classificado como fútil.

f⁶⁸) Consta do julgado o Ministério Público denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, incisos II, III e IV, do Código Penal, pois teria matado a vítima com diversos golpes, em local ermo, motivado pela eventual traição e recusa ao sexo. O crime foi classificado como fútil, cruel e com recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Os Desembargadores mantiveram a condenação por homicídio qualificado, conforme pleiteado pela acusação.

⁶⁸ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Órgão: Sexta Câmara Criminal - Classe: RSE – Recurso em Sentido Estrito – Processo N. 0000447-58.2006.8.19.0006, disponível em <www.tjrj.jus.br>

O julgado pouco traz de elementos para a análise do processo de interpretação, uma pelo fato de que há a exortação de precedentes processuais de que não é possível reformar a decisão dos jurados se há indícios nos autos da versão por eles acatada. Duas, os Desembargadores afirmaram que a motivação é fútil pelo fato de que a vítima teria recusado sexo com o réu, bem como havia suspeita de traição.

No entanto, analisando o fato narrado no presente caso, constato que mais razoável⁶⁹ seria a adequação do crime pela motivação torpe. Com efeito, não é de somenos importância, desproporcional, matar pelo motivo apontado no julgado (negativa de sexo ou traição). Ora, já foi visto no presente estudo que as relações íntimas de afeto não podem ser consideradas de pouca importância, tanto é que hoje há legislação específica tratando do tema⁷⁰.

Assim, se a motivação do crime foi intriga de relacionamento amoroso, fútil não é, mas torpe. Já foi dito que crimes como o narrado acima é torpe só pelo fato de envolver companheiros, ou seja, a conduta de matar sua companheira/namorada etc., por si só, atualmente é considerada torpe, abjeta, pois não se tolera tal proceder, eis que causa repulsa social. Com efeito, os movimentos sociais, desde a década de setenta, evidenciaram que a violência contra a mulher, sob o slogan *quem ama não mata*, não se justificava. (MATOS; CORTES: 2011, p. 39)

Os crimes de homicídio passionais são considerados como repulsivos, resultando na edição da Lei Maria da Penha, que visa coibir a violência contra a mulher. Assim, o crime, no meu sentir, não foi fútil, mas torpe, pois é possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal de forma mais abrangente, bastando aplicar a teoria da tipicidade conglobante⁷¹, analisando-se o dispositivo qualificador no sistema – não simplesmente frente às fórmulas casuísticas, mas em todo o sistema penal. Com efeito, se o legislador atual entende que qualquer forma de agressão à mulher é ilícito penal, civil e familiar, também o será para qualificar o crime de homicídio.

⁶⁹ Aceitável e justificável pelo processo hermenêutico da interpretação evolutiva/progressiva

⁷⁰ Lei Maria da Penha

⁷¹ No sentido não comumente utilizado, mas nos termos do escólio de Eugênio Raúl Zaffaroni: Pode-se argumentar que, assim como a consideração conglobante da norma anteposta ao tipo pode revelar que uma conduta abarcada pelo tipo penal, na realidade não está proibida, pode também acontecer o contrário, ou seja, que uma conduta que não seja alcançada pelo tipo legal apareça como proibida ante a consideração conglobante da norma anteposta a ele. (ZAFFARONI; PIERANGELI: 2007, p. 523) (grifei)

g⁷²) Consta do julgado que o Ministério Público denunciou o réu e seus comparsas como incurso nos artigos 121, §2º, inciso II, 211 e 212, todos do Código Penal, pois em unidade de desígnios ceifaram a vida da vítima. Narrou o órgão da acusação que a motivação do crime foi fútil, eis que houve desentendimento acerca do valor de R\$ 300,00 entre a vítima e o réu - relativa a conserto de automóvel. Um dos comparsas do réu efetuou dois disparos de arma de fogo na cabeça da vítima, acarretando-lhe o óbito. Destruíram o cadáver, serrando-lhe as pernas, bem como partindo o corpo ao meio e o ocultaram, enterrando-o em um matagal.

Analisando o julgado verifica-se que pouco se fundamenta acerca da incidência ou não da qualificadora prevista no artigo 121, §2º, inciso II, do Código Penal. Com efeito, há uma fundamentação de subsunção – de que o fato que ocorreu é fútil, pois segundo a acusação houve condutas “motivadas pela total futilidade, já que a animosidade foi gerada pela quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais).”

Os Desembargadores, corroborando a fundamentação ministerial, fundamentaram a manutenção da qualificadora em comentário relatando os fatos, ou seja, que de o réu “aumentou o preço inicialmente acordado e a vítima de início não concordou”, nascendo a intriga que se resolveu na morte da vítima. Outro fundamento utilizado pelos Desembargadores é de que o crime foi considerado fútil pelos jurados, não havendo nulidade, no entanto, nada foi dito quanto ao método de interpretação quanto a vagueza do termo fútil.

Pois bem, ao analisar o enunciado normativo qualificador do motivo fútil deve-se ter em mente que o sentido do termo deve ser o usual. Nélon Hungria relata o motivo fútil é aquele que “não é causa suficiente para o crime”, o motivo que se revela desproporcional ao ato de matar. (1955, p. 244)

Visto isto, creio que não houve acerto no julgado, eis que não há fundamento para afirmar ser a motivação, fútil – utilizando-se o sentido normal do termo. Se adentrarmos na análise do caso – morte por causa de R\$ 300,00 – utilizando-se o sentido normal do termo motivo torpe, verificamos que há uma adequação, pois torpe é aquele “que suscita a aversão, [...] o despeito da imoralidade contrariada, o prazer do mal, etc.” (HUNGRIA: 1955, p. 244)

⁷² Tribunal de Justiça do Paraná, Órgão: Terceira Turma Criminal - Classe: Apelação – Processo N. 770.236-5, disponível em <www.tjpr.jus.br>

Ora, se o exemplo casuístico apresentado pelo legislador no artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal é a motivação mercenária (paga ou promessa de recompensa), o caso em análise é torpe e não fútil, eis que a motivação do crime foi o fato da vítima não querer pagar valor acima do acertado anteriormente – o que revelou a fúria do réu e de seus comparsas que culminou com o ato de matar.

Portanto, se o fato não é fútil, mas torpe, não houve acerto na interpretação do enunciado qualificador, pois a conduta não era de só menos importância, mas conduta que causa asco social.

h⁷³) Consta do julgado que o réu foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º inciso II, do Código Penal, pois teria atirado na vítima com uma escopeta acarretando-lhe a morte. A motivação do crime, segundo a sentença de pronúncia, seria fútil, eis que o móvel do réu foi uma discussão “envolvendo uma dívida de R\$ 20,00 reais”. Os Desembargadores mantiveram a sentença de pronúncia, inclusive mantendo a qualificadora do motivo fútil sob o fundamento de que “testemunhas confirmaram ter sido o homicídio gerado por sentimentos de vingança”.

Analisando o julgado verifico que não houve acerto, pois o processo hermenêutico apresentado não condiz com a orientação doutrinária, tampouco com os precedentes. Com efeito, na fundamentação os Desembargadores citam como precedente um julgado no qual o fato não é semelhante para sustentar que se trata de motivo fútil, qual seja, “de que o delito contra a vida teria ocorrido em razão da suposição do recorrente de que a vítima estaria falando de seu irmão”.

Ora, falar mal de um irmão é motivo desproporcional ao ato de matar, mas matar por discussão dívida não – são situações fáticas distintas que não podem ser tratadas como semelhantes, eis que a última denota torpeza pela razão econômica da discussão.

Foi visto que os Desembargadores fundamentaram que o motivo foi fútil devido ao réu vingar-se de desavença anterior (“testemunhas confirmaram ter sido o homicídio gerado por sentimentos de vingança”). Como dito, creio que não houve acerto no julgado,

⁷³ Tribunal de Justiça do Acre, Órgão: Câmara Criminal - Classe: Apelação – Processo N. 0000604-93.2010.8.01.0005, disponível em <www.tjac.jus.br>

pois seria possível considerar a vingança como motivo fútil? Estaria a vingança dentro da intenção do legislador para a futilidade descrita no inciso II do artigo em comento?

Indagações que não foram respondidas no julgado, pois os Desembargadores mantiveram a sentença de pronúncia sob o fundamento de que “subsistindo elementos de convicção quanto à incidência da qualificadora atribuída aos Apelantes, não deve o Tribunal afastá-la, sob pena de usurpar a competência constitucional do Tribunal Popular, que é o juiz natural para apreciação da causa.”

Com efeito, diante do enunciado aberto, o intérprete deve, pelo processo hermenêutico, adequar o texto normativo à realidade atual, ampliando o sentido do aludido enunciado. O intérprete apresentará a definição de futilidade se apoiando na teoria da tipicidade conglogante – que analisa o termo do enunciado com apoio no ordenamento jurídico total.

Destarte, no caso, o homicídio não poderia ter sido considerado fútil, pois o motivo considerado é um ato antecedente de discussão por dinheiro (R\$ 20,00), não podendo o intérprete considerar que o ato é fútil com a simples afirmação que foi ato de vingança. Tal fato se amolda melhor, uma adequação razoável e aceitável, ao que dispõe o artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal – motivo torpe.

Ora, no caso analisado o réu matou a vítima por causa de uma dívida de R\$ 20,00 (vinte) reais, ou seja, a conduta do réu revela motivação mercenária, com conotação econômica, pois o que fez nascer em sua mente a vontade de matar foi o *vil metal*.

i⁷⁴) Extrai-se do julgado que o réu foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º, inciso II, do Código Penal, eis que efetuou disparos de arma de fogo na direção da vítima acarretando seu óbito. O motivo do crime teria sido, conforme acusação, o fato da vítima prejudicar a imagem do réu perante a empresa, bem como discussões acerca de horas extras e cobrança de valores devidos, portanto, fútil.

A qualificadora do motivo fútil foi afastada pelos Desembargadores sob o argumento de que não é fútil a cobrança de valor que entende devido, bem como pelo fato de

⁷⁴ Tribunal de Justiça do Pará, Órgão: Terceira Turma Criminal, Classe: RSE – Recurso em Sentido Estrito, N. Processo: 2012.3.022654-5 (0000663-75.2000.814.0051), disponível em <www.tjpa.jus.br>

que não comprovada a desproporcionalidade, “Isto porque a futilidade aqui sopesada remete a uma causa esdrúxula, alguma coisa dotada de insignificância tamanha em relação à gravidade do ilícito perpetrado.”

Pois bem, analisando o caso creio que houve acerto, pois o réu teria praticado o crime por discussões acerca de valores que entendia ser-lhe devido. Fútil realmente não é, pois analisando a doutrina sobre o tema sempre encontramos a definição traçada por Nélon Hungria, qual seja, o motivo que “não é causa suficiente para o crime”, ou seja, é o motivo desproporcional ou inadequado. (1955, p. 244) Ora, discutir sobre dívidas de valores que lhe são devidos, ou indevidos, não pode ser equiparado a insuficiência de causa. A futilidade é segundo Roberto Lyra, o crime cometido a pretexto gratuito, desproporcionado. (1955, p. 268-271).

Com efeito, se a motivação, que foi comprovada, tinha fundamento em valores, como bem alinhavado no julgado, fútil não pode ser, mas poderia ser torpe, eis que cobrar dívidas legais seria crime de exercício regular de direito, quando entabulada de forma intimidatória ou com violência. Ao analisarmos o dispositivo qualificador “motivo torpe”, que se trata de uma cláusula genérica com paradigmas casuísticos. A princípio a torpeza deveria cingir-se somente a fatos semelhantes à fórmula casuística – crime mercenário. No entanto, nos termos da interpretação progressiva/evolutiva, o direito deve ser interpretado de forma a atualizar o enunciado normativo.

Assim, é possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal de forma abrangente, aplicando, no meu sentir, a teoria da tipicidade conglobante⁷⁵, analisando-se o dispositivo qualificador no sistema – não simplesmente frente às fórmulas casuísticas, mas em todo o sistema penal. Ora, se o legislador entende que a cobrança de valores de forma intimidatória ou com violência é crime⁷⁶ tal conduta também o será para qualificar o crime de homicídio.

⁷⁵ No sentido não comumente utilizado, mas nos termos do escólio de Eugênio Raúl Zaffaroni: Pode-se argumentar que, assim como a consideração conglobante da norma anteposta ao tipo pode revelar que uma conduta abarcada pelo tipo penal, na realidade não está proibida, pode também acontecer o contrário, ou seja, que uma conduta que não seja alcançada pelo tipo legal apareça como proibida ante a consideração conglobante da norma anteposta a ele. (ZAFFARONI; PIERANGELI: 2007, p. 523) (grifei)

⁷⁶ Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Portanto, se o réu se defende dos fatos, realmente fútil não é a conduta que lhe é imputada, no entanto, deveria ser capitulado como torpe, conforme permite a interpretação analógica progressiva/evolutiva, bem como a tipicidade conglobante.

3.3.3 Meio que cause perigo comum⁷⁷

a⁷⁸) Extrai-se do julgado que o Ministério Público ofereceu denúncia dando o réu como incurso no artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal (homicídio qualificado por causar perigo comum). Narrou o *parquet* que o réu transitava com seu veículo, em via pública⁷⁹, e veio a colidir na parte traseira do veículo da vítima acarretando o óbito.

Consta do julgado que o réu desenvolvia velocidade incompatível com a do local (165 Km/h) e, assim, assumiu o risco de produzir o resultado morte⁸⁰, bem como, por desempenhar velocidade incompatível com o local e estar em *racha* expôs a perigo comum as pessoas que trafegavam pela via – local do evento.

No julgamento do recurso à decisão de pronúncia, os Desembargadores, à unanimidade, mantiveram a pronúncia quanto ao crime de homicídio com dolo eventual, no entanto, confirmaram o decote da qualificadora do perigo comum da acusação.

Um dos argumentos foi de que o legislador, ao utilizar a fórmula casuística e genérica, forneceu ao intérprete exemplos e determinou que o mesmo fizesse uma interpretação analógica para abarcar casos não previstos na Lei, mas que a interpretação analógica deve seguir a linha da fórmula casuística, ou seja, há o exemplo legal e o intérprete deve encontrar casos semelhantes ao exemplo.

No caso julgado, os Desembargadores entenderam que dirigir um veículo em velocidade excessiva não é semelhante ao fogo ou explosivo⁸¹ e que, se assim entender, seria ampliar demais o sentido da Lei, seria, inclusive, analogia *in malam partem*.

⁷⁷ Artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal

⁷⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Primeira Turma Criminal, N. Processo: 2004 01 1 015 922-9, disponível em <www.tjdft.jus.br>

⁷⁹ Distrito Federal, Brasília, Ponte Juscelino Kubitchek-JK

⁸⁰ Homicídio com dolo eventual/indireto

⁸¹ Exemplos casuísticos do enunciado qualificador do perigo comum

Outro argumento, para excluir a qualificadora da acusação, foi no sentido de que não se pode equiparar um veículo a uma bomba⁸² – para aproximá-lo do exemplo casuístico explosivo. Os Desembargadores narraram que o intérprete, no processo de auto-integração da norma não pode se afastar do paradigma, *in casu*, fogo e explosivo.

Ainda como motivo para excluir a qualificadora do perigo comum, os Desembargadores narraram que a conduta de dirigir um veículo não é dirigida ao fim matar, o que afastaria a qualificadora em comento, eis que a qualificadora do perigo comum deve, necessariamente, derivar da conduta lesiva do réu ao atingir a vítima, produzindo-lhe o resultado morte.

Pois bem, em que pese encontrarmos fundamentação no julgado em comento, inclusive com transcrições doutrinárias, constato que não houve acerto. Com efeito, analisado o fato concreto, verifico que o réu ao desempenhar, com seu veículo, velocidade incompatível para o local já estaria colocando em perigo um número indeterminado de pessoas. Note-se ainda, que assim procedendo, já está assumindo o risco de matar, ou seja, sua conduta é direcionada ao resultado morte (ao assumir o risco), caindo por terra o argumento de que o perigo comum não derivou da conduta inicial.

De outro lado, em termos de interpretação da cláusula genérica com o paradigma casuístico, verifico que houve indevida limitação ao processo de interpretação analógica. Com efeito, nos termos da interpretação progressiva/evolutiva, o direito deve ser interpretado – inclusive em Direito Penal – de forma a atualizar o enunciado normativo aos dias atuais.

Assim, à época dos fatos o legislador apresentou exemplos de crimes que causam perigo comum, casuísticos comuns à época, no entanto, com a evolução da sociedade, outros crimes passaram a integrar o rol de crimes de perigo. No caso julgado constata-se que o réu dirigia em excesso de velocidade, ou seja, tal conduta, por si só, atualmente é considerado crime autônomo, conforme o Código de Trânsito Brasileiro⁸³.

⁸² Tese apresentada pelo Ministério Público no Recurso em Sentido Estrito

⁸³ Art. 311. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Destarte, é possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal de forma mais ampla, bastando aplicar a teoria da tipicidade conglobante⁸⁴, ou seja, analisa-se o dispositivo qualificador no sistema – não simplesmente frente às fórmulas casuísticas, mas em todo o sistema penal. Com efeito, se o legislador atual entende que dirigir veículo automotor em excesso de velocidade é crime, também o será para qualificar o crime de homicídio – pois ambos são espécies de enunciados normativos que coíbem condutas que causam perigo comum⁸⁵.

Portanto, se a qualificadora em comento visava punir mais severamente o crime de homicídio que também causasse perigo comum, é legítima a interpretação que amplia o rol para além dos exemplos da fórmula casuística, eis que permitido pela interpretação analógica progressiva/evolutiva, bem como pela análise frente à tipicidade conglobante.

Note-se que o presente caso também foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Na corte superior de justiça o acórdão foi reformado determinando-se que a qualificadora do perigo comum fosse novamente incluída na acusação. O argumento dos Ministros foi no sentido de que o agente que desenvolve velocidade excessiva e, com dolo eventual, mata o condutor do veículo que estava na via em velocidade normal, além de responder por homicídio doloso, deve responder pela qualificadora do perigo comum, eis que causou perigo a um número indeterminado de pessoas. O argumento é válido, no entanto, não veio acompanhado de fundamentação, transparecendo mais ato de autoridade do que julgamento fundamentado, pois não há a apresentação do processo hermenêutico quanto ao cerne da questão – interpretação analógica.

No Supremo Tribunal Federal não foi diferente, ou seja, manteve-se a qualificadora do perigo comum na acusação sob o fundamento processualista de que só é possível decotar da acusação a qualificadora que se apresente “manifestamente improcedente”, mas não se adentrou na análise do cerne da apelação – a interpretação analógica.

⁸⁴ No sentido já apontado em nota acima.

⁸⁵ Crime de perigo é aquele que se consuma coma superveniência de um resultado material que consiste na simples criação do perigo real par o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. Nesses crimes, o elemento subjetivo do tipo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente. (BITENCOURT: 2012, p. 274)

b⁸⁶) Constata-se do julgado que o Ministério Público ofereceu denúncia dando o réu como incurso no artigo 121, §2º, incisos II e III, cc artigo 14, II, ambos do Código Penal (tentativa de homicídio qualificado por motivo fútil e por causar perigo comum).

Narrou o *parquet* que o réu efetuou disparos em direção a um bar onde se encontravam elevado número de pessoas. O motivo do crime, segundo o Ministério Público, foi de que houve “negativa de sua entrada no estabelecimento comercial, gerando um desentendimento banal.”

Os Desembargadores negaram o recurso do réu, à unanimidade, que visava a exclusão das qualificadoras. O fundamento para o não provimento do recurso foi de que restou evidente que o réu, com sua conduta “de disparar sua arma de fogo em local onde se encontravam várias pessoas”, provocou, com sua conduta, perigo comum a “qualquer pessoa” que estivesse no estabelecimento comercial.

Pois bem, em que pese não encontrarmos fundamentação jurídica no julgado em comento – havendo somente indicação de subsunção de fato ao descrito no enunciado qualificador – constato que houve acerto no julgado.

Com efeito, analisando o fato concreto, verifico que o réu ao desferir disparos de arma de fogo em local habitado por várias pessoas colocou, efetivamente, em perigo um número indeterminado de pessoas. Assim procedendo, o réu assumiu o risco de matar e, em termos de interpretação da cláusula genérica com o paradigma casuístico, verifico que houve aplicação do processo de interpretação analógica (ainda que não expresso no julgado).

Nos termos da interpretação progressiva/evolutiva, o direito deve ser interpretado atualizando o enunciado normativo à realidade. O legislador quando elaborou o Código Penal vigente apresentou os crimes que causam perigo comum casuísticos à época, no entanto, com a evolução da sociedade, outros crimes passaram a integrar o rol de crimes de perigo.

No caso julgado constata-se que o réu ao efetuar disparos de arma de fogo em via pública (direcionando sua fúria ao estabelecimento comercial) colocou um número

⁸⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Primeira Turma Criminal, N. Processo: 2005 04 1 000 423-0, disponível em <www.tjdft.jus.br>

indeterminado de pessoas em perigo, devendo incidir a qualificadora em comento, eis que tal conduta, por si só, atualmente, é considerada crime autônomo, conforme o Estatuto do Desarmamento⁸⁷.

Assim, legítima a interpretação do artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal de forma a fazer incidir ao fato descrito acima, aplicando a já mencionada teoria da tipicidade conglobante⁸⁸, ou seja, analisa-se o dispositivo qualificador no sistema penal. Ora, se o legislador atual entendeu que disparar arma de fogo em via pública e em local habitado é crime autônomo, também o será para qualificar o crime de homicídio – pois ambos são espécies de enunciados normativos que coíbem o perigo comum.

Destarte, se a qualificadora em comento visava punir mais severamente o crime de homicídio que também causasse perigo comum, torna-se plausível e legítima a interpretação que amplia o rol para além dos exemplos da fórmula casuística, eis que permitido pela interpretação analógica progressiva/evolutiva, bem como pela análise frente à tipicidade conglobante.

c⁸⁹) Do *Habeas Corpus* em referência é possível se extrair que ao réu foi imputada a prática do crime previsto no artigo 121, §2º, incisos II, III e IV, do Código Penal pelo fato de, segundo o Ministério Público, ter efetuado disparos de arma de fogo “em local movimentado e em direção ao bar, onde se encontrava elevado número de pessoas”, provocando, com sua conduta, “perigo comum a qualquer pessoa que estivesse no estabelecimento comercial”.

No *Habeas Corpus* os Desembargadores, à unanimidade, denegaram a ordem argumentando que “os disparos foram efetuados ao lado de um quiosque de lanches, sendo que no momento do crime havia um grande número de pessoas no local e nas imediações, de modo que a conduta do paciente resultou em perigo comum.”

⁸⁷ Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸⁸ No sentido já apontado em nota acima.

⁸⁹ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Segunda Turma Criminal, N. Processo: 2001 0 02 009 170-4, disponível em <www.tjdft.jus.br>

Novamente não se encontra, no julgado, fundamentação jurídica – havendo somente indicação de subsunção de fato ao descrito no enunciado qualificador. No entanto, constata-se que houve acerto por parte dos Desembargadores, pois o réu ao desferir disparos de arma de fogo em local freqüentado por várias pessoas, assumiu o risco de matar, não uma, mas várias pessoas, ou seja, causou perigo comum a um número indeterminado de pessoas.

E mais, em termos de interpretação da cláusula genérica com o paradigma casuístico, como já visto anteriormente, houve aplicação do processo de interpretação analógica, eis que fugiu-se dos exemplos casuísticos abarcando situação não prevista expressada no enunciado normativo.

Nos termos da interpretação progressiva/evolutiva, o Direito Penal deve ser interpretado de forma a atualizar o enunciado normativo aos interesses da sociedade – diversos da época da produção legislativa. O legislador atua com os problemas que estão latentes ao tempo da produção legislativa, no entanto, com o passar do tempo, outras interpretações e outros crimes passam a integrar a noção do que vem a ser definido como crime de perigo.

In casu, o réu ao efetuar disparos de arma de fogo em direção a local povoado de pessoas colocou um número indeterminado de pessoas em perigo, devendo incidir a qualificadora em comento, eis que tal conduta, por si só, como já visto, é considerada crime autônomo, conforme o Estatuto do Desarmamento.

Portanto, é coerente a interpretação dada ao artigo 121, §2º, inciso III, pois se funda na aplicação da teoria da tipicidade conglobante e na interpretação progressiva/evolutiva, coibindo condutas que geram perigo comum.

d⁹⁰) Analisando o julgado verifica-se que o réu foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º, incisos I, III, e IV, do Código Penal. Consta do julgado que o réu na condução de um veículo automotor dirigiu em via pública no sentido de contramão, mesmo sendo advertido por passageiros que estavam no interior do veículo, assumindo o risco de matar. O veículo conduzido pelo réu colidiu com outro causando a

⁹⁰ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Segunda Turma Criminal, N. Processo: 2008 07 1 011 689-7, disponível em <www.tjdft.jus.br>

morte de cinco vítimas que estavam em veículo que transitava na mesma via em sentido oposto.

Conforme a denúncia o crime foi praticado por motivo torpe, eis que o réu, mesmo advertido dos riscos, disse que gostava de aventura. Verifica-se, ainda, que o réu tinha ingerido bebida alcoólica e dirigia na contramão, quase atropelando pessoas que estavam no acostamento e paradas de ônibus, colocando em risco um número indeterminado de pessoas. Por fim, consta que o réu, ao colher o veículo da vítima na contramão, dificultou a defesa das vítimas.

Os Desembargadores, à unanimidade, mantiveram a qualificadora do perigo comum, sob o argumento foi de que o réu ao dirigir em via pública, sob efeito de álcool e na contramão, colocou em risco um número indeterminado de pessoas “que porventura passaram naquele local, naquele momento, configurando, a princípio, a qualificadora ora em questão.” Consta ainda que a ação do réu fez “periclitare a incolumidade social”. Precedentes e doutrina foram transcritas para fundamentar o *decisum*.

Verifico que a decisão se encontra bem fundamentada no que diz respeito à aplicação da qualificadora do perigo comum ao crime de homicídio, no entanto, não adentra na análise de ser uma interpretação extensiva ou progressiva/evolutiva. Com efeito, a decisão em comento apenas adentra na situação fática – dirigir na contramão – frente ao termo lingüístico – perigo comum. Não demonstra, a necessidade ou não da interpretação integrativa com as cláusulas casuísticas, bem como não expõe se a expressão *perigo comum*, inserta na qualificadora do crime de homicídio, abrange toda e qualquer conduta de perigo.

No entanto, mesmo com fundamentação somente em relação à subsunção do fato e explicação do que vem a ser a qualificadora do perigo comum ao crime de homicídio, constato que a decisão teve acerto em manter a qualificadora.

Com efeito, foi visto acima que é possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal de forma mais ampla, bastando aplicar a teoria da tipicidade conglobante, ampliando o rol para além dos exemplos da fórmula casuística, eis que permitido pela interpretação analógica progressiva/evolutiva, pois o fato de dirigir na contramão – sem

dúvidas é dotado de circunstância que causa perigo comum a um número indeterminado de pessoas.

e⁹¹) Conforme consta do julgado, o Ministério Público denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, incisos I, III e IV, do Código Penal, pois perseguiu a vítima e efetuou disparos de arma de fogo que a atingiu e a levou a óbito.

O motivo do crime, segundo a acusação foi torpe, praticado com recurso que dificultou a defesa do ofendido, bem como, com sua conduta, causou perigo comum, eis que efetuou os aludidos disparos de arma de fogo em via pública atingindo terceiros, causando lesões corporais.

Os Desembargadores mantiveram a qualificadora do perigo comum na acusação, negando provimento ao recurso sob o argumento de que "tiros foram trocados na rua, havendo pessoas presentes, tanto que duas delas consta terem sido feridas" e que "As qualificadoras só podem ser afastadas na pronúncia quando manifestamente impertinentes".

Houve acerto no julgado, pois Néelson Hungria ao comentar tal qualificadora relatou que "o meio de que possa resultar perigo comum é o meio que além de atingir a vítima escolhida, pode criar uma situação de perigo extensivo a um indeterminado número de pessoas". (1955, p. 90) Roberto Lyra considera presente a qualificadora em análise com o simples fato de existir a potencialidade do perigo para integrar o crime, não importando a concretização. (1955, p. 288-290)

No caso em análise o réu efetuou disparos de arma de fogo na direção da vítima e, além de atingi-la colocou em perigo várias pessoas que transitavam pelo local, inclusive, atingiu duas delas, ferindo-as.

Na interpretação da qualificadora em comento, conforme Damásio Evangelista de Jesus, deve-se utilizar da interpretação analógica atentando-se para a natureza do meio empregado, ou seja, semelhante ao exemplo casuístico, pois devem ter idêntica natureza das hipóteses descritas pelo legislador. (2010, p. 98-101)

⁹¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão: Sexta Câmara Criminal de Julho/99, Classe: Apelação, n. Processo: 248.937-3/6-00, disponível em <www.tj.sp.jus.br>

Em termos de interpretação da cláusula genérica com o paradigma casuístico, verifico que houve uma interpretação progressiva/evolutiva – de forma a atualizar o enunciado normativo aos dias atuais. Com efeito, no caso julgado constata-se que o réu efetuou disparos em via pública, ou seja, tal conduta, por si só, atualmente é considerado crime autônomo, conforme o Estatuto do Desarmamento⁹².

Destarte, é possível interpretar o artigo 121, §2º, inciso III do Código Penal de forma mais ampla, bastando aplicar a teoria da tipicidade conglobante⁹³, ou seja, analisa-se o dispositivo qualificador no sistema, não simplesmente frente às fórmulas casuísticas, mas em todo o sistema penal.

Assim, se é crime disparar arma de fogo em via pública pelo fato de criar risco à vida de transeuntes, tal conduta como meio para o crime de homicídio também será ilícita para qualificar o crime de homicídio, pois ambas são espécies de enunciados normativos que coíbem o perigo comum⁹⁴.

3.3.4 Meio que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido⁹⁵

a⁹⁶) Constata-se do julgado que a ré foi denunciada pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º, inciso IV, cc artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, pois teria tentado golpear a vítima no pescoço com vontade de matá-la. Narrou *parquet* que a ré atacou a vítima pelas costas, dificultando sua defesa. Os Desembargadores mantiveram a acusação de homicídio tentado – qualificado pela dificuldade de defesa da vítima.

Verifica-se da fundamentação do julgado que não há análise sobre o alcance da qualificadora em comento, eis que toda discussão cingiu-se sobre a questão de ser o ataque da ré um elemento que dificulta ou não a defesa do ofendido, bem como se é possível suprimir da apreciação do corpo de jurado a análise da qualificadora.

⁹² Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁹³ No sentido já apontado em nota acima.

⁹⁴ Crime de perigo é aquele que se consuma com a superveniência de um resultado material que consiste na simples criação do perigo real para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. Nesses crimes, o elemento subjetivo do tipo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente. (BITENCOURT: 2012, p. 274)

⁹⁵ Artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal

⁹⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Primeira Turma Criminal, n. Processo: 2010 08 1 002 190-4, disponível em <www.tjdft.jus.br>

A fundamentação dos Desembargadores é no sentido de que “o fato de a ré ter-se sentado atrás da cadeira da ofendida, local em que o campo de visão é limitado, para, só então, atacá-la por trás, é circunstância que dá sinais que a vítima teve dificuldade de se defender do intento da recorrente.” Verifica-se que o entendimento esposado no caso é o comumente adotado pela doutrina, pois Bento de Faria argumenta que condutas como a da ré em comento revela maior reprovabilidade da conduta, bem como retira da vítima a capacidade de se defender – revelando “sangue frio do agente”. (1959, p. 19-25)

Ora, a ré ao se esconder para efetivar o ataque é circunstância abarcada pela intenção do legislador, eis que as fórmulas casuísticas, todas⁹⁷, revelam o ataque de surpresa, ou seja, a ré se escondendo dentro do coletivo e, no momento certo, ataca o ofendido pelas costas é fato inesperado e que torna difícil ou impossível a defesa do ofendido.

Portanto, em que pese não haver fundamentação jurídica sobre o alcance da fórmula casuística – “recurso que torne difícil ou impossibilite a defesa do ofendido” – o julgado teve acerto em manter na acusação a qualificadora em comento.

b⁹⁸) O julgado trata de crime de homicídio qualificado no qual o Ministério Público denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, inciso IV, cc artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, pois o réu efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima colhendo-a de forma inesperada, crime que só não se consumou pelo fato da vítima receber pronto e eficaz atendimento médico. Os Desembargadores mantiveram a acusação formulada pelo Ministério Público à unanimidade.

Do julgado se extrai que os Desembargadores entenderam que há subsunção do fato (“tendo disparado contra a vítima, que se encontrava de costas”) com o enunciado qualificador (“que a forma de execução dificultou a defesa da vítima”).

Extrai-se do julgado que os Desembargadores debateram somente quanto a existência ou não da tentativa de homicídio, bem como se incidia ou não a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, no entanto, não discutiram sobre a interpretação

⁹⁷ Traição, emboscada ou dissimulação

⁹⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Terceira Turma Criminal, n. Processo: 2011 01 1 174 293-4, disponível em <www.tjdft.jus.br>

analógica que se opera quando aplica-se aludido enunciado qualificador, cingindo-se, então, a discussão somente sobre a subsunção do fato ao texto qualificador.

No entanto, analisando o texto da qualificadora em análise, constato que a decisão operou-se com acerto, eis que o ataque do réu contra a vítima – pelas costas – revela surpresa e, como já dito, faz incidir o enunciado qualificador. Com efeito, Rogério Greco relata que o intérprete deve “procurar a isonomia com as hipóteses casuísticas elencadas pelo legislador no enunciado normativo qualificador, para assim, atender a vontade da lei.” (2009, p. 167)

Assim, no caso dos autos, se o ataque do réu foi de surpresa pelas costas, é, sem dúvida, semelhante às fórmulas casuísticas, eis que sempre há surpresa na traição, na emboscada e na dissimulação – pois em todas as hipóteses a vítima não espera pelo ataque homicida.

c⁹⁹) Verifica-se do julgado que o réu foi denunciado pelo Ministério Público e condenado pelo Tribunal do Júri como incurso no artigo 121, §2º, incisos II e IV, do Código Penal, eis que após discussão com a vítima desferiu disparos de arma de fogo acarretando seu óbito. O recurso pleiteia a exclusão das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que impossibilitou a defesa do ofendido.

Os Desembargadores mantiveram a condenação, inclusive com as qualificadoras aludidas anteriormente, sob o argumento de que “não há dúvidas a respeito de ter esse requerente atingido o ofendido de inopino e desferido contra ele inúmeros disparos com arma de fogo em razão de xingamento antes recebido.”

Analisando os fatos relatados no julgado, bem como a decisão dos Desembargadores, creio que houve acerto, pois em uma análise detida constata-se que o ataque do réu contra a vítima foi de surpresa. O legislador no artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal apresentou exemplos casuísticos e, em seguida, fórmulas genéricas com as quais o intérprete pode incluir situações semelhantes às casuísticas, porém não expressas. A qualificadora em comento é a qualificadora da surpresa, ou seja, o ofendido não espera o ataque e, assim, é um recurso que dificulta ou torna impossível a sua defesa.

⁹⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão: Oitavo Grupo de Direito Criminal, Classe: Revisão Criminal, n. Processo: 0113323-03.2011.8.26.0000, disponível em <www.tj.sp.jus.br>

No julgado fica claro que a vítima foi alvejada de inopino, assim, não teve oportunidade de defesa. No caso se o paradigma é indicativo de surpresa e o ataque do réu revela que sua intenção era atingir a vítima desprevenida, sem possibilidade de reação, razoável a decisão que mantém na acusação uma qualificadora que exacerba a pena sob o fundamento de dificuldade ou impossibilidade de defesa do ofendido – pelo ataque inesperado do algoz.

d¹⁰⁰) Extrai-se do julgado que o Ministério Público denunciou a ré como incurso no artigo 121, §2º, incisos I e IV, do Código Penal, pois teria matado a vítima por ser ela fruto do relacionamento de seu companheiro com outra mulher, bem como por aproveitar-se ser adulta e a vítima uma criança, o que lhe facilitou a prática do crime. O crime foi classificado como torpe e com recurso que impossibilitou a defesa da vítima. A ré foi impronunciada. Os Desembargadores deram provimento ao recurso do Ministério Público pronunciando a ré como incurso no artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal, pois a matou e a “idade da vítima, 1 ano e 2 meses, tornou impossível qualquer possibilidade de resistência.”

Verifica-se do julgado que os Desembargadores deram provimento ao recurso ministerial pronunciando a ré pelo crime de homicídio sob o fundamento processualista de que havia indícios de que ela teria praticado o crime, não podendo subsistir a impronúncia. Quanto ao enunciado qualificador do artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal, os Desembargadores argumentaram que houve recurso que impossibilitou a defesa da vítima pelo fato de ser ela uma criança de tenra idade.

Analisando o enunciado qualificador e seguindo o raciocínio de parte da doutrina verifico que o julgado inovou, pois não apresentou uma interpretação da fórmula genérica à semelhança da cláusula casuísta - explico. Foi visto que o legislador apresentou como exemplos de causas que dificultam ou impossibilitam a defesa do ofendido a traição, a emboscada e a dissimulação. No caso dos autos, ter a criança tenra idade não é semelhante ao modelo casuístico, ou seja, houve uma interpretação fora dos parâmetros elencados pela doutrina – que assevera que o modelo deve ser seguido como paradigma.

¹⁰⁰ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Órgão: Oitava Câmara Criminal - Classe: Apelação – Processo N. 0063535-76.2006.8.19.0004, disponível em <www.tjrj.jus.br>

No entanto, creio que houve acerto no julgado. Com efeito, a cláusula genérica de recurso que impossibilite ou dificulte a defesa do ofendido pode ser qualquer meio utilizado para a prática do crime que deixa a vítima sem possibilidade de defesa, como por exemplo, sua idade. Trata-se de verdadeira interpretação extensiva, abordando situações não explicitadas pelo legislador – que não poderia prever todas as hipóteses.

Se justifica a utilização da interpretação extensiva analógica pela dificuldade em prever “todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade”, permitindo, o legislador, que o exegeta lance mão do recurso que amplia o alcance do enunciado normativo. (GRECO: 2009, p. 43)

Assim, o modelo casuísta traz exemplos que revelam surpresa, ato que a vítima não espera, no entanto, é possível utilizar a interpretação extensiva dando novos contornos à cláusula genérica. Ora, analisando o caso fático sob a ótica da interpretação da tipicidade conglobante¹⁰¹, verifico que é possível manter a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, tal como formulada. Verifica-se do julgado que a ré aproveitou-se de sua proximidade com a vítima (madrasta) e também do fato de que a vítima não tinha como se defender (pouco mais de um ano de idade) e a matou, ou seja, cometeu crime utilizando dos meios que impossibilitaram a defesa do ofendido, fato que, como cediço, por si só, é uma conduta coibida pela legislação penal^{102 103}.

Portanto, eventual condenação da ré por homicídio praticado com recurso que impossibilitou ou dificultou a defesa da vítima encontra amparo, pois se apresenta no fato de que a vítima, por sua idade, não poderia se defender.

Enfim, ao se interpretar o artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal, se inclui como recurso que impossibilita a defesa da vítima sua tenra idade, analisando o dispositivo qualificador no sistema penal em geral, pois também é ilícito penal atentar contra quem é menor, ampliando-se o rol para além dos exemplos da fórmula casuística.

¹⁰¹ No sentido já apontado em nota acima.

¹⁰² Art. 121, §4º do Código Penal. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

¹⁰³ “Instituiu-se, assim, uma espécie de homicídio agravado por considerar-se que a vítima, nessas hipóteses, tem maiores dificuldades em se defender, além da maior censurabilidade que cerca esse crime quando tem por sujeito passivo uma criança ou uma pessoa idosa.” (MIRABETE: 2013, p. 41)

e¹⁰⁴) Do julgado se extrai que o réu desferiu disparos de arma de fogo contra a vítima, acarretando-lhe a morte. Consta que a motivação do crime foi de que a vítima iria denunciar o sobrinho de réu como autor de um crime. Do julgado se extrai ainda que a vítima foi atacada de surpresa, bem como quando já prostrada ao chão, continuou a ser atacada pelo réu. O Ministério Público, então, denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, incisos I (motivo torpe) e IV (recurso que impossibilitou a defesa da vítima), do Código Penal. Os Desembargadores negaram provimento ao recurso.

Analisando o julgado verifico que a motivação não se enquadra na torpeza prevista no artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal, pois agir por vingança, por si só, não induz a motivação abjeta prevista no enunciado qualificador. Com efeito, deve-se analisar, como já foi visto, o motivo que antecedeu a vingança. No caso constata-se claramente da denúncia de que o motivo do crime foi “porque a vítima Edivaldo Bahles Correa havia prestado declaração para a polícia a respeito do que sabia sobre a morte de Éderson dos Santos Monteiro, cujo autor teria sido a pessoa de nome Valdir Pôster do Amaral, sobrinho do denunciado.”

Ora, o fato é reprovável, mas não se enquadra na hipótese da torpeza prevista como qualificadora. O fato se enquadra nos termos do artigo 121, §2º, inciso V, do Código Penal, pois a motivação do crime foi para que o sobrinho do réu ficasse impune de crime que cometeu, ou seja, houve homicídio por conexão consequencial com outro crime (praticado pelo sobrinho do réu). É neste ponto que se constata o perigo de enunciados abertos, eis que se estendeu o sentido e o alcance do termo *torpe* a casos que não se amoldam ao espírito da Lei. Assim, por meio da fundamentação é possível tecer críticas quanto ao resultado apresentado pelo magistrado, eis que aponta-se o erro no processo hermenêutico.

No que diz respeito ao enunciado qualificador previsto no artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal, creio que houve acerto no julgado. O réu “para execução do crime, surpreendeu a vítima Edivaldo Bahles Correa quando este se encontrava distraidamente em um andaime no interior de uma residência onde trabalhava.” Assim, a vítima foi alvejada sem poder se defender, de surpresa, adequando-se ao enunciado qualificador aberto – qualquer meio que impossibilite ou dificulte a defesa do ofendido.

¹⁰⁴ Tribunal de Justiça do Paraná, Órgão: Primeira Câmara Criminal - Classe: Recurso em Sentido Estrito – Processo N. 1.002.741-5, disponível em <www.tjpr.jus.br>

3.3.5 Assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime¹⁰⁵

a¹⁰⁶) Verifica-se do julgado que o Ministério Público denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, inciso I, cc artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, eis que desferiu disparos de arma de fogo contra a vítima, não acarretando o óbito. O motivo do crime, segundo a acusação, seria torpe, eis que atingiu a vítima que defendia seu filho. O magistrado pronunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, inciso V, cc artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, atribuindo nova definição jurídica ao fato qualificador no sentido de que o réu atingiu a vítima para assegurar a execução de seu crime fim – o filho da vítima.

Os Desembargadores mantiveram a sentença de pronúncia ao argumento de que a adequação formulada pelo magistrado é mais adequada ao caso, eis que o réu “alvejou intencionalmente a vítima quando esta defendia a vida do próprio filho. Desse modo, supõe-se que o réu objetivava continuar seu intento homicida original”, narrando ainda que a definição de torpeza “não se amoldam ao contexto fático apresentado”.

O julgado é de extrema simplicidade¹⁰⁷, não adentrando na análise da interpretação do enunciado qualificador, adequando-o simplesmente ao fato sem maiores detalhes. A qualificadora em comento – assegurar a execução de outro crime – é um enunciado amplo, pois o que se pode entender por assegurar? Qual o limite de condutas que podem ser consideradas o fim almejado pelo agente?

O julgado em análise não adentra na questão, relata que o fato do réu alvejar a vítima que protegia seu filho é conduta que se amolda ao texto do enunciado qualificador. Com efeito, Ney Moura Teles relata que assegurar a execução de outro crime é “tornar possível ou mais fácil a realização de outro crime.” (2006, p. 33)

Assim, se no caso analisado, o intento do réu era alvejar o filho da vítima, mas diante de sua interferência, alvejou a vítima, o delito em questão se amolda ao texto qualificador, pois atingiu a vítima para poder alcançar seu desiderato – o filho da vítima –, a

¹⁰⁵ Artigo 121, §2º, inciso V, do Código Penal

¹⁰⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Primeira Turma Criminal, n. Processo: 2011 09 1 022 778-4, disponível em <www.tjdft.jus.br>

¹⁰⁷ Três laudas com a ementa

vítima visada desde o princípio, ou seja, o julgado foi acertado, em que pese não adentrar na análise da interpretação do enunciado qualificador.

b¹⁰⁸) Consta do julgado que o réu foi denunciado pelo fato de ter participado de crime de homicídio tentado, com outros elementos, que, com sua anuência, efetivaram disparos de arma de fogo contra vítimas que estavam no local, bem como contra os policiais que tentavam impedir a consumação de crime de roubo praticado pelo grupo a que pertencia o réu.

O Ministério Público denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, inciso V, cc artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, ao argumento de que o crime não se consumou por erro de pontaria dos agentes, bem como qualificado pelo fato de que efetuaram disparos de arma de fogo contra as vítimas para assegurar a impunidade de delito anterior – crime de roubo.

A acusação foi mantida pelos Desembargadores, sob o argumento de que o réu ao fugir do local com os demais agentes contribuiu para o crime, eis que foram efetivados disparos de arma de fogo contra os policiais para “garantir o sucesso do plano comum” – o anterior crime de roubo.

O julgado, como outros já analisados, não contém análise sobre a interpretação do enunciado qualificador, há apenas a adequação fática ao texto da Lei. Segundo Ney Moura Teles, o crime de homicídio será qualificado quando o agente tem em mente, “busca um fim abjeto, repugnante, desvalorizando uma vida humana por puro egoísmo, para livrar-se da aplicação da lei pena.” (2006, p. 34)

Constato no julgado que houve acerto por parte dos Desembargadores, eis que o crime de homicídio tentado só ocorreu por uma finalidade maléfica anterior, qual seja, alvejar os policiais ou qualquer pessoa que poderia impedir o réu e seus comparsas de fugir – após a prática do crime de roubo.

Verificando as nuances do fato descrito no julgado pode-se concluir que os corréus, na companhia do réu, após praticarem crime de roubo, buscavam a impunidade – por

¹⁰⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Segunda Turma Criminal, n. Processo: 2010 04 1 000 462-2, disponível em <www.tjdft.jus.br>

meio dos disparos de arma de fogo contra os policiais. É neste ponto que se constata que a cláusula é aberta, pois pode o agente buscar sua impunidade por qualquer meio, havendo, no meu sentir, uma integração analógica no enunciado qualificador, podendo o intérprete estender o conteúdo do enunciado às novas formas de se buscar a impunidade.

c¹⁰⁹) Analisando o julgado verifica-se que o Ministério Público denunciou o réu como incurso no artigo 121, §2º, incisos IV e V, do Código Penal pelo fato de, na companhia de seu comparsa, efetuado disparos de arma de fogo contra a vítima acarretando o óbito da mesma.

Segundo a acusação o crime foi motivado por uma dívida do réu com a vítima, ou seja, “em função das atividades ilícitas que praticaram juntos” sendo um “indício de que o crime pode ser cometido para assegurar vantagem de outro crime.” A acusação foi mantida pelos Desembargadores.

O fundamento, para a manutenção da qualificadora na acusação, foi processualista, qual seja, de que a qualificadora só pode ser excluída da denúncia se for provada sua “manifesta improcedência”, aplicando-se o adágio *in dubio pro societate*.

Argumentou-se também que há uma adequação do procedimento do réu com o descrito no enunciado normativo qualificador – que o réu matou para ficar com a vantagem das atividades ilícitas que mantinha com a vítima.

Pois bem, a qualificadora em comento traz a expressão “vantagem de outro crime”, ou seja, o móvel do agente é ficar com o que os envolvidos angariaram com a prática de crime anterior. Mas o que seria vantagem? Só aquela que tem fins econômicos ou pode ser qualquer tipo de vantagem?

Quanto ao primeiro questionamento, vantagem para os termos da Lei, nos dizeres de Damásio Evangelista de Jesus, pode ser o produto¹¹⁰, o proveito¹¹¹ ou o preço¹¹²

¹⁰⁹ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Órgão: Primeira Turma Criminal, n. Processo: 2009 04 1 016 759-4, disponível em <www.tjdft.jus.br>

¹¹⁰ Produto do crime são os objetos ou coisas adquiridas diretamente do crime, como o objeto furtado. (JESUS: 2010, p. 103)

¹¹¹ Proveito do crime é toda e qualquer vantagem que não seja produto nem preço do delito. (idem)

¹¹² Preço do crime é a paga ou a promessa de recompensa. (ibidem)

adquirido com a prática de crime anterior. (2012, p. 103) Quanto ao segundo, a vantagem “pode ser de qualquer natureza, patrimonial ou moral.” (TELLES: 2006, p. 35)

Assim, se o réu e seu comparsa alvejaram a vítima no intuito de não repassar quantia em dinheiro de “atividades ilícitas que praticaram juntos”, houve sim uma perfeita interpretação do enunciado normativo, eis que integrou-se à intenção do legislador – o Código Penal “pune mais severamente a maior censurabilidade da conduta, revelada na intenção” do agente que pratica o crime para apoderar-se da vantagem obtida anteriormente com prática de outro delito. (JESUS: 2010, p. 103)

d¹¹³) Segundo consta do julgado o réu foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º inciso V, do Código Penal, pelo fato de que teria desferido disparos de arma de fogo contra a vítima, a matando. Segundo o Ministério Público, o réu assim agiu pelo fato de que a vítima iria denunciá-lo às autoridades públicas como sendo autor de crime de roubo e, assim, praticou homicídio para assegurar a ocultação de outro crime.

Os Desembargadores mantiveram a sentença de pronúncia, inclusive classificando o crime como qualificado, sob o argumento de que “havendo nos autos indicação de que a vítima fora morta porque estaria a revelar a autoria de um roubo anteriormente praticado” deve ser mantida na acusação a qualificadora prevista no artigo 121, §2º, inciso V, do Código Penal.

Pois bem, a decisão em análise não adentra na questão da interpretação do enunciado normativo, simplesmente faz uma análise de subsunção do fato ao enunciado. Ora, o artigo 121, §2º, inciso V, do Código Penal traz elementos abertos e vagos, tanto é que do julgado se encontra confusão entre ser qualificado para assegurar a impunidade ou a vantagem de crime anterior, sendo que os Desembargadores tratam como se fossem termos iguais.

Com efeito, assegurar a ocultação de um crime é impedir que a autoridade pública e a vítima tenham conhecimento de que um crime ocorreu, sendo que assegurar a impunidade de outro crime é coibir que a identidade do autor do crime chegue ao

¹¹³ Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão: Primeira Câmara Criminal, Classe: Apelação, n. Processo: 963.620.3/3-00, disponível em <www.tj.sp.jus.br>

conhecimento da autoridade pública. Por fim, assegurar a vantagem é eliminar os comparsas para permanecer com todo o produto do crime.

Da análise do julgado verifica-se que o caso se amolda ao que define a doutrina como sendo assegurar a impunidade, pois o crime era conhecido, mas não se sabia quem eram seus autores e a vítima iria delatá-los. O móvel do crime, assim, foi eliminar a testemunha que poderia incriminá-lo perante as autoridades públicas.

Não há sequer adequação típica do fato ao termo “vantagem de outro crime” inserta no artigo 121, §2º, inciso V, do Código Penal, eis que se o réu matou a vítima para que ela não o delatasse, não cometeu o crime para assegurar nenhuma vantagem, pois neste caso o Código Penal “pune mais severamente a maior censurabilidade da conduta, revelada na intenção” do agente que pratica o crime para apoderar-se da vantagem obtida anteriormente com prática de outro delito (JESUS: 2010, p. 103), o que não é o caso dos autos.

Assim, os Desembargadores obraram com acerto em manter a qualificadora pelo fato de que o réu matou a vítima para não ser delatada (“havendo nos autos indicação de que a vítima fora morta porque estaria a revelar a autoria de um roubo anteriormente praticado”), no entanto, equivocaram-se em utilizar o termo “vantagem” como sendo motivação do crime.

e¹¹⁴) Do julgado se extrai que os réus foram denunciados pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º, incisos IV e V, do Código Penal, pois combinaram em praticar crime de roubo e, suspeitando que um dos comparsas estivesse traindo-os, resolveram matá-lo. Segundo a acusação o crime foi praticado com recurso que impossibilitou a defesa, eis que sob o pretexto de urinar pararam o veículo e, então, efetuaram disparos de arma de fogo contra a vítima, acarretando o óbito. O crime foi praticado, segundo a acusação, para assegurar a empreitada do crime de roubo, bem como o proveito que teriam com o crime contra o patrimônio.

Os Desembargadores mantiveram a condenação dos réus sob o argumento de que não houve nulidade no julgado, bem como que a decisão dos jurados não pode ser alterada pelo colegiado, eis que “Não pode o Tribunal togado impor a sua conclusão a

¹¹⁴ Tribunal de Justiça do Paraná, Órgão: Primeira Câmara Criminal - Classe: Apelação – Processo n. 826612-6, disponível em <www.tjpr.jus.br>

respeito dos fatos, devendo limitar-se a cassar as decisões que deles sejam delirantes. Do contrário, a dita soberania do Júri seria outra inútil ficção”.

Em que pese não se encontrar fundamentação quanto a aplicação do artigo 121, §2º, inciso V, do Código Penal, constato que houve meio acerto no julgado, eis que o motivo do crime foi assegurar outra empreitada criminosa e não para garantir o proveito do crime, pois houve, no caso, uma conexão entre o crime de homicídio e o crime fim – roubo.

A cláusula apresentada no enunciado qualificador traz uma vagueza, eis que o crime pode ser qualificado pela conexão teleológica ou consequencial. Na primeira o crime de homicídio é crime meio para o crime fim, já na segunda, o crime de homicídio é crime posterior ao crime fim.

No caso a acusação faz uma confusão, pois imputa aos réus a prática de crime de homicídio para assegurar a empreitada do crime de roubo, bem como o proveito que teriam com o crime contra o patrimônio. Com efeito, são coisas diversas insertas na mesma qualificadora, o primeiro é um crime de homicídio praticado para assegurar a prática de outro crime, o roubo, ou seja, o crime de homicídio é praticado para que os agentes consigam praticar o crime fim.

Na primeira hipótese do enunciado qualificador considera-se qualquer conduta que, conforme Ney Moura Teles, torne “possível ou mais fácil a realização de outro crime.” (2006, p. 33) Assim, se houve o homicídio de um comparsa sob a suspeita de traição, houve sim, uma interpretação estendendo o enunciado qualificador, pois a traição poderia impedir a prática do crime desejado pelo grupo – o roubo.

Já no segundo caso, para a configuração, o crime fim já foi praticado e o homicídio é para garantir o proveito que obtiveram com o crime. No entanto, do julgado se extrai que não houve sucesso na empreitada, ou seja, não ficaram os réus com o produto do crime, não havendo a conduta de homicídio para garantir a fêria da empreitada criminosa.

Pois bem, do presente capítulo pode-se afirmar o legislador brasileiro tratou o crime de homicídio como a tradição moderna o trata, recebendo dela influência, ou seja,

revelou no artigo 121 do Código Penal a importância do direito à vida humana para o sistema penal.

O legislador estipulou uma forma simples de homicídio, mas também previu formas qualificadas quando o meio, a forma ou motivo do crime revelarem maior periculosidade do agente ou sua elevada perversidade. A estrutura do crime de homicídio é prevista no *caput* do artigo 121 do Código Penal, comumente chamado pela doutrina penal de *tipo penal*, sendo que os enunciados qualificadores estão previstos nos incisos do §2º do aludido artigo.

No decorrer do presente estudo constatou-se que os enunciados normativos qualificadores não fazem parte da estrutura básica do crime de homicídio, eis que são circunstâncias acidentais que elevam a reprimenda, mas não alteram a conduta que o legislador visa coibir – *matar alguém*. Notou-se que há inúmeras discussões doutrinárias sobre a definição e a forma de interpretar os enunciados normativos qualificadores, mormente a extensão e o alcance na interpretação analógica.

No estudo da primeira qualificadora (art. 121, §2º, inciso I, do Código Penal) verificou-se que há duas correntes doutrinárias, uma que diminui a atuação do intérprete, eis que limita o alcance da fórmula genérica (motivo torpe), pois restringe a aplicação da interpretação analógica a casos semelhantes aos da fórmula casuística (paga ou promessa de recompensa). A outra corrente doutrinária assevera que o legislador deixou ao intérprete a tarefa de complementar o enunciado normativo, ou seja, que cabe ao exegeta definir o que é *motivo torpe*, sugerindo que tal definição a expressada pela consciência jurídica atual.

Na segunda qualificadora (art. 121, §2º, inciso II, do Código Penal), verificou-se que há uma tendência majoritária na doutrina brasileira, pois se define *motivo fútil* como sendo aquele de somenos importância, o banal, desproporcional ao ato de matar, ou seja, passível de aplicação da interpretação extensiva evolutiva.

Na terceira qualificadora (art. 121, §2º, inciso III, do Código Penal), a exemplo da primeira, há duas vertentes doutrinárias, sendo que uma relata que as expressões abertas (contidas no enunciado normativo qualificador) devem ser interpretadas à semelhança das fórmulas casuísticas, aplicando-se a interpretação analógica, restringindo o alcance do texto

legal. Já a outra, permite ao exegeta interpretar as cláusulas abertas de acordo com o sentido que expressam, independente da semelhança com os exemplos casuísticos apresentados pelo legislador, permitindo a incidência da interpretação extensiva/evolutiva.

Na quarta e quinta qualificadoras (art. 121, §2º, incisos IV e V, do Código Penal), notou-se a fragilidade dos argumentos da consciência jurídica atual, ou seja, a doutrina penal brasileira pouco discorre sobre a forma de interpretar os referidos enunciados qualificadores. No entanto, há também duas correntes doutrinárias, sendo que um posicionamento doutrinário restringe o alcance dos enunciados às hipóteses semelhantes aos exemplos do legislador (interpretação analógica), e o outro posicionamento permite uma interpretação desvinculada dos exemplos legais (interpretação extensiva/evolutiva), podendo, por exemplo, ser qualificado o crime de homicídio pela conexão de assegurar a vantagem de outro crime, mesmo que a vantagem não seja patrimonial.

Assim, notou-se que o legislador delegou ao intérprete a complementação do sentido e do alcance do enunciado qualificador aberto, havendo discussões doutrinárias se há ou não limites ao intérprete, ou seja, de um lado o exegeta deve se espelhar nos exemplos casuísticos apresentados pelo legislador ou, de outro lado, o exegeta pode apresentar uma definição com alcance maior do enunciado normativo qualificador.

Na análise dos julgados dos Tribunais pretendeu-se demonstrar os problemas na interpretação e a valoração dos enunciados normativos incriminadores que contém termos vagos, ambíguos e abertos, restando claro que na prática judiciária há uma insegurança quanto ao sentido e alcance dos citados enunciados penais.

Com efeito, na análise de casos similares¹¹⁵ constatou-se que um Tribunal¹¹⁶ considerou o crime de homicídio qualificado por motivo torpe, enquanto que outro¹¹⁷ o considerou qualificado pelo motivo fútil.

Em outros dois casos similares¹¹⁸, constatou-se que um Tribunal¹¹⁹ considerou o crime de homicídio qualificado pelo perigo comum, sendo que o outro¹²⁰ afastou a

¹¹⁵ Matar a companheira por ciúmes

¹¹⁶ Fl. 102

¹¹⁷ Fl. 115

qualificadora sob o argumento de que não houve correta interpretação do enunciado normativo.

Verificou-se, por fim, que na maioria¹²¹ dos casos não houve análise dos elementos constitutivos do enunciado normativo incriminador, pois os enunciados normativos qualificadores não são analisados pelos julgadores, há uma tendência em negar provimento aos recursos sob os argumentos de que não se deve excluir as qualificadoras da acusação quando não são manifestamente improcedentes; que o caso deve ser analisado pelo corpo de jurados; ou quando há duas vertentes nos autos (uma pró e outra contra a existência da qualificadora) e os jurados acatam uma delas não há nulidade no julgamento.

¹¹⁸ Matar dirigindo veículo automotor em excesso de velocidade

¹¹⁹ Fl. 132

¹²⁰ Fl. 126

¹²¹ Quase a unanimidade

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hermenêutica jurídica difere pouco da hermenêutica geral, destacando-se que naquela, no ato de aplicar o enunciado normativo ao caso concreto, há uma imposição autoritária para por fim ao conflito exegético.

Vários são os métodos de interpretação apresentados pela hermenêutica, no entanto, um não pode excluir o outro, devendo haver uma harmonia, pois nenhum método é absoluto.

O ato de interpretar deve buscar o justo, o correto, o coletivamente aceitável, pois nenhum método hermenêutico garante o acerto da decisão proferida ao caso concreto, mas apenas resultados possíveis.

Todo enunciado normativo demanda interpretação, seja de terminologia fechada ou aberta, eis que, sem a tarefa do exegeta de complementar o texto legislativo, o enunciado nunca se adequará à singularidade dos casos concretos que evoluem diuturnamente e, sendo assim, várias significações podem ser apresentadas, não sendo mais aceito o brocardo *in claris cessat interpretatio*.

O enunciado normativo é defeituoso por natureza e, ao compararmos com o caso concreto verifica-se que na maioria das vezes não há uma correspondência imediata, exata, sendo natural a ambigüidade, já que a nenhuma expressão pode ser atribuído um único significado.

O elemento normativo incriminador, denominado tipo penal, é por sua natureza abstrato e contém vagueza quanto ao sentido e alcance de suas expressões que evoluem de acordo com a ordem social e os novos valores do Direito Penal.

O intérprete quando aplica o enunciado normativo incriminador ao caso concreto corrige as imperfeições e ambigüidades do texto, fazendo com que a letra da Lei, genérica e abstrata por natureza, seja reduzida à particularidade da realidade.

Toda interpretação do enunciado normativo incriminador deve respeito à Constituição Federal, ter suporte na norma superior sob pena de inconstitucionalidade, mas,

quando se interpreta o enunciado quanto ao seu alcance e sentido, só terá validade se também tiver suporte na intenção da Lei.

Os princípios constitucionais orientam o Direito Penal brasileiro como limitadores ao direito de punir, mas também são ideais a serem seguidos pelo intérprete no processo hermenêutico, já que expressam os valores e os fins almejados pela norma superior.

Os princípios da legalidade e da taxatividade/determinação são orientações que devem ser seguidas pelo Poder Legislativo no ato de legislar em Direito Penal, no entanto, tais princípios não limitam a atividade hermenêutica na interpretação evolutiva e progressiva, eis que está se atualizando o sentido e o alcance do enunciado normativo que foi elaborado taxativamente com terminologia comum à época de sua edição.

Na elaboração do enunciado normativo incriminador há uma tendência de se optar por termos claros e objetivos, pois com elementos de fácil percepção que auxiliam a análise do enunciado para se extrair a norma para o caso concreto.

Se existirem no enunciado normativo elementos abertos ou genéricos, a análise é mais dificultosa, mas não impossível, pois a certeza exigida pelos princípios da legalidade e da taxatividade/determinação é revelada pela análise do processo hermenêutico utilizado pelo intérprete, nas técnicas de interpretação e argumentação, sendo que, poderá ser chamada de justa a decisão que expressar os princípios constitucionais, for decorrente do texto da Lei, seguir a orientação da consciência jurídica geral e dos precedentes, enfim, for aceitável coletivamente.

O elemento normativo incriminador aberto ou fechado, ao longo do tempo é interpretado de forma diversa, adaptando-se, renovando-se paulatinamente, sem, contudo, ferir os princípios da legalidade e da taxatividade/determinação, eis que o processo hermenêutico é realizado do texto da Lei, nos limites das palavras, das expressões que contém.

O enunciado normativo incriminador aberto ou fechado, por não exprimirem conceitos, permitem diferentes interpretações, sendo que a vagueza e a imprecisão deve ser

complementada pelo intérprete buscando o sentido e o alcance na intenção da Lei que, por vezes, não vem expressa com todas as letras.

Há uma falsa segurança jurídica na exigência de formulação de enunciados normativos fechados, pois mesmo que se atenda aos princípios da legalidade e taxatividade/determinação, nada impede que vários sentidos possam ser atribuídos ao enunciado normativo incriminador que se diz fechado.

A segurança jurídica exigida pelos princípios da legalidade e da taxatividade/determinação só se implementa quando o significado atribuído ao enunciado normativo vir acompanhado de fundamentação na qual seja possível identificar o processo hermenêutico.

A natural ambigüidade dos enunciados normativos incriminadores não ofende os princípios da legalidade e taxatividade/determinação pelo fato de que há segurança jurídica nos processos hermenêuticos que demonstram, de forma racional e controlável, que o sentido e o alcance do enunciado apresentado ao caso concreto é aceitável coletivamente.

No processo hermenêutico o intérprete, ao buscar o sentido e o alcance do enunciado normativo, deve buscar a intenção da Lei, não a professada na *occasio legis*, mas a atual, pois o direito é vivo, se transforma e evolui de acordo com a sociedade e seus valores.

O intérprete deve buscar o sentido e o alcance do enunciado normativo na vontade da Lei a fim de viabilizar que a letra fria do texto se harmonize com a realidade da vida, fazendo com que o texto da Lei não seja considerado ultrapassado e sem aplicação.

No Direito Penal, na interpretação evolutiva e progressiva, o intérprete deve considerar a lógica sistêmica, ou seja, analisar o enunciado normativo em todo ordenamento jurídico, pois só assim encontra-se a intenção da Lei na proteção dos bens jurídicos.

Na interpretação extensiva, pela lógica jurídica, o intérprete deve buscar o sentido e o alcance do enunciado normativo no espírito da Lei, qual seja, a intenção proibitiva de condutas nocivas ao bem juridicamente protegido, sendo que se estatuí que uma conduta na sua singularidade é proibida, condutas semelhantes que atinjam o mesmo bem também são proibidas.

A exigência do modelo penal garantista de que os enunciados normativos incriminadores devem ser objetivos e taxativos deve ser observada com reservas, eis que se o termo do texto da Lei não permitir uma interpretação extensiva acaba por inviabilizar a própria Lei, em curto prazo de tempo, diante da volatilidade das situações reais da sociedade.

Modernamente opta-se, no processo legislativo, pela edição de enunciados normativos abertos, fazendo com que, pela interpretação extensiva, a Lei tenha vigência por longo tempo, eis que com o passar dos anos é atualizada pelo intérprete às alterações sociais, renovando e revalidando-a.

O intérprete diante do caso concreto cria a norma para resolver os conflitos, dando vida ao enunciado normativo que era abstrato, adequando-o à realidade atual. No entanto, só será justo se o processo hermenêutico demonstrar que a interpretação está nos termos da intenção da Lei e apresentar, de modo convincente, os valores dominantes da sociedade.

O enunciado normativo incriminador, seja fechado ou aberto, está em constante evolução e ganha novos significados de acordo com a evolução social, sendo falsa a afirmação de que elementos normativos previstos de forma objetiva garantem segurança jurídica, eis que com o passar do tempo, novos alcances e novas significações lhe são atribuídos.

A interpretação evolutiva e progressiva não afronta os princípios da legalidade e taxatividade/determinação, eis que tal processo hermenêutico apenas adéqua o enunciado normativo à realidade atual, dando ao Direito Penal a dinâmica necessária para não se tornar obsoleto e distante da sociedade.

Na interpretação extensiva evolutiva/progressiva o intérprete busca o sentido da Lei para apresentar um resultado de acordo com a realidade, ou seja, há a evolução, o progresso do enunciado normativo.

Na interpretação analógica, o intérprete busca o sentido da Lei nos exemplos apresentados pelo texto da Lei e apresenta um resultado de acordo com o paradigma legal.

Seja na interpretação extensiva ou na analógica, sempre há a intenção da Lei e, se assim é, o intérprete para apresentar um resultado razoável, deve atualizar o texto à realidade da vida, aproximando-o das questões diárias da sociedade.

No enunciado normativo genérico, acompanhado de fórmula casuística, o intérprete, como primeiro passo, deve partir da semelhança do texto posto pelo legislador para aplicá-los ao caso concreto, desde que seja similar, utilizando-se do sentido usual do termo.

Na interpretação do enunciado normativo genérico, acompanhado de fórmula casuística, o intérprete vincula-se ao exemplo legal somente no primeiro passo do processo de interpretação, no entanto, no segundo passo, não está vinculado, eis que deve atender os fins da Lei e apresentar um resultado que se adéque à evolução social e jurídica.

Na interpretação do enunciado normativo aberto, conforme teoria da tipicidade conglobante, o intérprete, para inclusão de tipicidade, busca amparo no ordenamento jurídico total para complementar o texto da Lei, adequando-se um vetusto enunciado normativo às legislações modernas.

Na interpretação do enunciado normativo incriminador há de se observar a antinormatividade da conduta descrita no ordenamento jurídico total e, se assim for, pode ocorrer a interpretação extensiva abarcando hipóteses não descritas expressamente pelo legislador, mas que pela interpretação extensiva fundamentada na teoria da tipicidade conglobante – se supõe que era a vontade da Lei abarcá-las.

Os magistrados quando apresentam a decisão criam a norma para o caso concreto, partindo do texto apresentado pelo legislador. No entanto, para que a decisão seja justa e controlável, para não ser arbitrária, deve vir acompanhada de dados que indiquem qual processo hermenêutico, quais métodos de interpretação foram utilizados para se chegar a aludida decisão.

A Lei penal vincula a atividade do magistrado, eis que executor do texto criado pelo Poder Legislativo, no entanto, sua atividade não está restrita aos termos e expressões contidas na Lei, pois deve complementar o processo legislativo, ampliando o sentido e o

alcance do enunciado normativo à atualidade do direito, respeitando a intenção da Lei em seu conteúdo.

Os magistrados estão vinculados ao texto apresentado pelo legislador, no entanto, quando criam a norma para o caso concreto, adéquam o enunciado normativo à circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no momento da decisão e não as da época da edição da Lei.

Nos enunciados normativos abertos, os magistrados ao criarem a norma para o caso concreto, complementam a lacuna deixada pelo texto, adequando-o aos fins da Lei, nos termos da situação atual.

A interpretação do enunciado normativo aberto, realizada pelo magistrado, é tarefa complementar à do legislador e passível de controle na análise da fundamentação exposta na decisão.

O magistrado apresentará uma interpretação aceitável quando se extrai do processo hermenêutico que a decisão está de acordo com a consciência jurídica geral e com os precedentes dos Tribunais. Assim, há controlabilidade no processo decisório, eis que da argumentação utilizada pelo magistrado pode-se saber quais foram os métodos utilizados para se chegar à conclusão apresentada e, assim, criticá-la e, ao fim, rotulá-la de justa ou injusta.

A interpretação do enunciado normativo pelo magistrado será inaceitável quando não vier acompanhada de processo hermenêutico que demonstre como se chegou ao resultado apresentado, sendo, então, fruto da arbitrariedade.

A tarefa do magistrado na interpretação do enunciado normativo incriminador parte do texto da Lei, mas, ao aplicá-lo ao caso concreto, apresentará o processo hermenêutico com os métodos de interpretação utilizados para dizer o direito, qual seja, se o enunciado normativo em seu conteúdo, alcance e sentido aplica-se ao fato concreto da vida, se se encontra no sentido que a Lei visava coibir.

No crime de homicídio, o legislador tipificou certas condutas de forma aberta e genérica, sendo necessária a utilização da interpretação extensiva, evolutiva e progressiva no

primeiro caso e, no segundo, a interpretação analógica, para se encontrar o sentido e o alcance dos enunciados normativos qualificadores.

Assim, a interpretação dos enunciados normativos qualificadores, na dinâmica, com a interpretação extensiva, evolutiva e progressiva ou pela interpretação analógica, deve se orientar pela consciência jurídica geral, o que pensam os juristas, e pelos precedentes jurisprudenciais da atualidade, o que os Tribunais decidem.

Segundo a consciência jurídica geral, atualmente, motivo torpe pode ser considerado como aquele que causa uma repulsa social, a especial repugnância na motivação do ato de matar, entendimento também aceito pelos precedentes jurisprudenciais.

Nos termos da consciência jurídica geral, o motivo fútil, atualmente, pode ser classificado como aquele que apresenta uma desproporcionalidade com o ato de matar, o desarrazoado, entendimento também aceito pelos precedentes jurisprudenciais.

Já o perigo comum, como resultado oriundo do ato de matar, segundo a consciência jurídica geral atual, é qualquer meio que, além de causar a morte da vítima visada, também causa perigo comum a um número indeterminado de pessoas, orientação também professada nos precedentes jurisprudenciais.

Segundo os precedentes jurisprudenciais e a consciência jurídica geral e atual, recurso que impossibilita ou dificulta a defesa do ofendido é qualquer meio que indique que a vítima foi atacada de surpresa, de forma que não esperava o ataque, ou seja, a vítima não pôde se defender ou quando pôde foi dificultada pelo ato inesperado do seu algoz.

Por fim, segundo a consciência jurídica geral e atual e os precedentes jurisprudenciais, o crime de homicídio será qualificado por conexão com outro crime desde que haja intenção maléfica do agente em praticar um crime contra a vida para poder praticar outro crime (assegurar a execução), para ficar o crime cometido desconhecido das autoridades ou da vítima (assegurar ocultação), para ficar a autoria do crime cometido desconhecida das autoridades (assegurar impunidade) e para obter o produto, proveito ou preço do crime, qualquer que seja, com ou sem conotação econômica (assegurar a vantagem de outro crime).

Na análise das qualificadoras do crime de homicídio é possível a aplicação da interpretação extensiva, dando-se ao texto da Lei novo sentido e alcance, nos termos da realidade. Busca-se com isso, a lógica de um sistema dinâmico, como por exemplo, estender a abrangência da qualificadora do perigo comum a quaisquer condutas que além de matar a vítima visada também causar qualquer perigo a um número indeterminado de pessoas, v.g., atirar na vítima em local habitado por várias pessoas ou matar alguém na direção de veículo automotor (racha, embriagado e em excesso de velocidade) em via pública na qual se encontram várias pessoas trafegando/transitando.

Pode-se ainda, com a interpretação extensiva, estender o sentido e o alcance da qualificadora do motivo torpe, pensada inicialmente para os crimes mercenários, para toda conduta de matar que for motivada, hodiernamente, por assuntos que causem asco e repugnância social, ou seja, torpe na acepção atual.

Notou-se uma insegurança nos precedentes dos Tribunais brasileiros, casos semelhantes sendo julgados de forma diversa, talvez pelo fato de não haver a demonstração do processo hermenêutico sobre o sentido e o alcance do enunciado normativo aberto ou genérico.

Há um déficit de fundamentação nos precedentes dos Tribunais brasileiros, eis que não há análise do sentido e alcance dos enunciados normativos, havendo, na maioria dos casos, somente análise de subsunção.

O déficit também é encontrado nos precedentes dos Tribunais brasileiros nas decisões processuais, chamadas de jurisprudência defensiva, eis que os recursos não são conhecidos, ou se conhece, mas se nega provimento utilizando-se de brocardos e súmulas que impedem a análise da interpretação dos enunciados normativos.

Concluindo, a hipótese de que a previsão da cláusula genérica no enunciado normativo incriminador, que demanda interpretação analógica, afronta o princípio da legalidade restou refutada, pois o intérprete se atém ao texto e a intenção da Lei.

De outro lado também restou refutada a hipótese de que a interpretação progressiva e evolutiva de um enunciado normativo incriminador com cláusula genérica

afronta o princípio da legalidade, pois o intérprete parte do texto da Lei e, considerando a evolução social, apresenta significados novos de acordo com a realidade, revigorando a intenção da Lei.

A hipótese de que seria possível compatibilizar o princípio da legalidade com a interpretação progressiva e evolutiva restou comprovada: a) quando a Lei apresenta o enunciado normativo oriundo de processo legislativo e encontra amparo na norma superior; b) quando o intérprete utiliza os termos da Lei no sentido usual, nos termos da consciência jurídica e dos precedentes; c) quando o intérprete utiliza as cláusulas casuísticas como paradigma para casos semelhantes; d) quando o intérprete, ao aplicar a interpretação evolutiva e progressiva se ampara na teoria da tipicidade conglobante, eis que no primeiro passo utiliza o sentido comum do termo, no segundo utiliza o exemplo casuístico como paradigma e, no terceiro passo, amplia o sentido e o alcance do enunciado normativo incriminador com base no ordenamento jurídico total.

Finalmente, pode-se assentar que, de toda forma, seja pela aceitação ou não da interpretação extensiva (evolutiva/progressiva) ou analógica, qualquer que seja o resultado da interpretação do enunciado normativo incriminador trata-se de um dos possíveis resultados, mas enfatiza-se que tal interpretação só poderá ser considerada de justa se for coletivamente aceitável, se for equitativa e razoável e, só será, se a fundamentação demonstrar de forma convincente, pelos métodos de interpretação, que a decisão está conforme a Constituição Federal, conforme a intenção da Lei e nos termos da realidade atual.

5 REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. Direitos Constitucionais Fundamentais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 10ª Edição, 2009.

_____. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2ª Edição, 2012.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis. Coimbra: Editora Armênio Amado, Coleção STVDIUM, 1987

BATISTA, Nilo. Temas de Direito Penal. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1984.

_____. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, Bauru, São Paulo: Edipro, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Tratado de Direito Penal, Parte Especial, Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Fabris, 1992.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. São Paulo: RT, 2ª Edição, 2007.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. Constituição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro Comentado: vol. I, Parte Geral. Rio de Janeiro: Record Editora, 1958.

_____. Código Penal Brasileiro Comentado: vol. IV, Parte Especial. Rio de Janeiro: Record Editora, 1959.

FERNANDES, Antonio Scarance. Prefácio. In: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERRARA, Francesco. Interpretação e Aplicação das Leis. Coimbra: Editora Aménio Amado. Coleção STVDIUM, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREITAS FILHO, Roberto. Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais: o caso do leasing. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

GARAPON, Antoine. Bem Julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito & Utopia em Roberto Mangabeira Unger, Democracia Radical, Imaginação Institucional e Esperança como Razão. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral, vol. I, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. Curso de Direito Penal. Parte Geral, vol. I, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. Curso de Direito Penal. Parte Especial, vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HASSAMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005.

_____. Direito penal libertário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Direito penal: Fundamentos, Estrutura, Política. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

HUNGRIA, Nélon. Novas questões jurídico-penais. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1945.

_____. Comentários ao Código Penal: vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. Comentários ao Código Penal: vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

KELLY, John M. Uma breve história da teoria do direito ocidental. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2ª Tiragem, 2011.

KUHN, Thomas S.. A Estrutura das Revoluções Científicas. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Luciano Santos. A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total do injusto. 2010. 245 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

LUIZI, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

_____. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal: vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal, Parte Geral, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Parte Especial, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2010.

MATOS, Myllena Calazans; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha, Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista, São Paulo: Lúmen Juris, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, parte geral, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Manual de direito penal, parte geral, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Manual de direito penal, parte especial, vol. 2, São Paulo: Atlas, 2012.

NEVES. A. Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I. Portugal: Coimbra Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral e especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PALAZZO, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Bauru: Edipro, 2ª Edição, 2007.

RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADO, Jaques de Camargo, Organizadores: Grandes Juristas Brasileiros. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Fundamentos de direito penal. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da Criminalização do Racismo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro: vol. I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TELES, Ney Moura. Direito Penal: Parte Geral: vol. I. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Direito Penal: Parte Especial: vol. II. São Paulo: Atlas, 2006.

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Martins Fontes, 2009.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2012. Os novos padrões da violência homicida no Brasil, Caderno Complementar 1: Homicídio de Mulheres no Brasil, São Paulo: Instituto Sangari, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume, Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Legislação

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em junho de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em junho de 2013.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em junho de 2013.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em junho de 2013.

Julgados

ACRE. Tribunal de Justiça do Acre. ÓRGÃO: CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: APELAÇÃO – PROCESSO N. 0010790-90.2010.8.01.0001. Disponível em <<http://www.tjac.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

ACRE. Tribunal de Justiça do Acre. ÓRGÃO: CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: APELAÇÃO – PROCESSO N. 0000604-93.2010.8.01.0005. Disponível em <<http://www.tjac.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - PRIMEIRA TURMA. HABEAS CORPUS. N. 106.902, DISTRITO FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - QUINTA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 912.060 - DF (2006/0268673-2), Tribunal de Justiça do Acre. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ÓRGÃO: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: APR – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2012 06 1 008482-2. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL, CLASSE: APR – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2010 01 1 227873-0. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, N. PROCESSO: 2012 04 1 008389-8. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL - CLASSE: APR – APELAÇÃO – PROCESSO N. 2012 03 1 004250-2. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA CRIMINAL - CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 2011 03 1 012412-8. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA CRIMINAL - CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 2010 05 1 009450-3. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL, CLASSE: APR – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2011 05 1 023903-4. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL, CLASSE: APR – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2011 05 1 023903-4. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
ÓRGÃO: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, N. PROCESSO: 2004 01 1 015922-9. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
ÓRGÃO: 1ª TURMA CRIMINAL, CLASSE: APR – APELAÇÃO CRIMINAL, N. PROCESSO: 2005 04 1 000423-0. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
ÓRGÃO: 2ª TURMA CRIMINAL, CLASSE: HCB – HABEAS CORPUS, N. PROCESSO: 2001 0 02 009170-4. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, N. PROCESSO: 2008 07 1 011689-7. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
ÓRGÃO: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2010 08 1 002190-4. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2011 01 1 174 293-4. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
ÓRGÃO: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO

ESTRITO, N. PROCESSO: 2011 09 1 022 778-4. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL, N. PROCESSO: 2010 04 1 000 462-2. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ÓRGÃO: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL, N. PROCESSO: 2009 04 1 016 759-4. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, N. PROCESSO: 2012.3.022654-5 (0000663-75.2000.814.0051). Disponível em <<http://www.tjpa.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. ÓRGÃO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 970.849-6. Disponível em <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. ÓRGÃO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: APELAÇÃO – PROCESSO N. 770.236-5. Disponível em <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. ÓRGÃO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 1.002.741-5. Disponível em <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. ÓRGÃO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: APELAÇÃO – PROCESSO N. 826612-6. Disponível em <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 0072201-68.2012.8.19.0000. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. ÓRGÃO: SEXTA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 0000447-58.2006.8.19.0006. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. ÓRGÃO: OITAVA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: APELAÇÃO – PROCESSO N. 0063535-76.2006.8.19.0004. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. ÓRGÃO: 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO. N. 9000016-07.2008.8.26.0554. Disponível em <<http://www.tj.sp.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. ÓRGÃO: OITAVA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL, CLASSE: APELAÇÃO, N. PROCESSO: 0034355-97.2004.8.26.0001. Disponível em <<http://www.tj.sp.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. ÓRGÃO: SEXTA CÂMARA CRIMINAL DE JULHO/99, CLASSE: APELAÇÃO, N. PROCESSO: 248.937-3/6-00. Disponível em <<http://www.tj.sp.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. ÓRGÃO: OITAVO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL, CLASSE: REVISÃO CRIMINAL, N. PROCESSO: 0113323-03.2011.8.26.0000. Disponível em <<http://www.tj.sp.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. ÓRGÃO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, CLASSE: APELAÇÃO, N. PROCESSO: 963.620.3/3-00. Disponível em <<http://www.tj.sp.jus.br>> Acesso em junho de 2013.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. ÓRGÃO: 3ª TURMA JULGADORA DA 2ª CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 5010008-37.2013.827.2706. Disponível em <<http://www.tjto.jus.br>> Acesso em janeiro de 2013.

6 ANEXO – Ementas de Julgados

Homicídio Qualificado pelo motivo torpe (artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal):

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

a) ÓRGÃO: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: APR – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2012 06 1 008482-2

E M E N T A. PENAL E PROCESSUAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO TORPE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELO USO DE ALGEMAS DURANTE O JULGAMENTO. IMPROCEDÊNCIA. CRÍTICA OCA À DOSIMETRIA DA PENA. SENTENÇA CONFIRMADA. 1 Réu condenado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, por haver matado a companheira por politraumatismo, espancando-a até a morte, depois de áspera discussão provocada por suspeitar que estivesse sendo traído. O réu a deixou exangue em cima da cama e ela só foi socorrida pelo sangue na manhã seguinte, sucumbindo depois de três dias de sofrimento em Unidade de Terapia Intensiva. 2 O fato de o réu ficar algemado durante a sessão de julgamento não causa nulidade quando sua necessidade é justificada fundamentadamente na periculosidade do réu, recomendando a cautela fundada no risco de fuga ou de ofensa à integridade física própria e alheia, conforme a Súmula Vinculante nº 11-STF. 3 A culpabilidade exacerbada do réu ficou evidenciada com o espancamento brutal da companheira na intimidade do lar, onde ela deveria se sentir mais segura. Disso se prevaleceu o agente para espancá-la à noite e deixá-la prostrada e exangue sobre a cama, somente sendo socorrida na manhã seguinte, perecendo três dias depois na UTI do Hospital de Base. A brutalidade inaudita justifica a avaliação negativa da culpabilidade e o acréscimo de três anos na pena-base, reduzida depois em um ano em razão da confissão espontânea. 4 Apelação desprovida. A C Ó R D ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, GEORGE LOPES LEITE - Relator, SANDRA DE SANTIS - Revisora, ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE, em proferir a seguinte decisão: DESPROVER. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 25 de abril de 2013, Desembargador GEORGE LOPES LEITE, Presidente e Relator.

b) ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL, CLASSE: APR – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2010 01 1 227873-0

E M E N T A. PENAL E PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO (MOTIVO TORPE). CONDENAÇÃO. RECURSO DO RÉU. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Os documentos públicos (as folhas de antecedentes penais dos réus) não estão inseridos no rol de referências proibidas durante a sessão de julgamento. Ademais, o documento constava dos autos, acessível às partes e aos jurados (art. 480, §3º, CPP), e não influenciou na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. 2. Negado provimento ao recurso do réu. A C Ó R D ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios,

JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA - Relator, SOUZA E AVILA - Revisor, ROBERVAL CASEMIRO BELINATI - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador SOUZA E AVILA, em proferir a seguinte decisão: NEGAR PROVIMENTO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 2 de maio de 2013. Desembargador JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Relator.

c) ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, N. PROCESSO: 2012 04 1 008389-8

E M E N T A - PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E PELO EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. LEGÍTIMA DEFESA NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INVIABILIDADE. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. 1. Nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, a pronúncia, como mero juízo de admissibilidade da acusação, deve ser proferida sempre que o juiz se convencer da existência do crime e houver indícios suficientes de que o réu seja o seu autor, fase em que vigora o princípio do in dubio pro societate. 2. Inviável a absolvição sumária quando não há prova incontestável da incidência de circunstância que exclua o crime ou isente o agente de pena, devendo o réu ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri. 3. Na fase de pronúncia, a exclusão das qualificadoras só é permitida quando manifestamente improcedente ou completamente dissociada do contexto fático-probatório dos autos. Do contrário, deve ser submetida à apreciação pelo Conselho de Sentença. 4. A absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo de homicídio qualificado tentado, somente é possível diante da existência de prova inequívoca de que a obtenção da arma tenha sido ato preparatório para a execução do homicídio. Não sendo esse o caso, a matéria deve ser submetida à apreciação do Conselho de Sentença. 5. Recurso desprovido. A C Ó R D Ã O - Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JOÃO BATISTA TEIXEIRA - Relator, HUMBERTO ADJUTO ULHÔA - Vogal, NILSONI DE FREITAS - Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora NILSONI DE FREITAS, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. NEGOU-SE PROVIMENTO. UNÂNIME. De acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 2 de maio de 2013, Desembargador JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Relator.

d) ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL - CLASSE: APR – APELAÇÃO – PROCESSO N. 2012 03 1 004250-2

E M E N T A - PENAL E PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO (MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA). CONDENAÇÃO. RECURSO DO RÉU. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Evidencia-se decisão manifestamente contrária à prova dos autos a ensejar novo julgamento, somente quando a decisão proferida pelo Conselho de Sentença for absolutamente desprovida de suporte fático, o que não ficou caracterizado nos presentes autos. 2. Negado provimento ao

recurso do réu. A C Ó R D Ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA - Relator, SOUZA E AVILA - Revisor, ROBERVAL CASEMIRO BELINATI - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, em proferir a seguinte decisão: NEGAR PROVIMENTO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 9 de maio de 2013 Desembargador JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Relator.

Tribunal de Justiça de São Paulo:

e) ÓRGÃO: 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO. N. 9000016-07.2008.8.26.0554

Ementa. Júri - Homicídios duplamente qualificados consumado e tentado (motivo torpe e recurso que impossibilitou a defesa da vítima) Homicídio qualificado tentado (praticado para assegurar a execução de outro crime) - Cárcere privado (cinco vezes) Disparo de arma de fogo (quatro vezes) 1. Preliminares de nulidade Não cabimento Teses que foram apresentadas em sua grande maioria em diversas oportunidades no curso do processo e não reconhecidas, bem como as demais ora levantadas Afastamento Não constatação do alegado prejuízo. 2. Condenação Necessidade - Provas que não contrariam as evidências dos autos Manutenção Anulação do julgamento e submissão do acusado a um novo Impossibilidade. 3. Penas Correção Necessidade Penas-base fixadas no máximo legal para todos os crimes indistintamente. Não observância das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal Afronta ao princípio da individualização da pena Adequação - Afastamento do concurso material de crimes e reconhecimento da continuidade delitiva para cada espécie de delito (bloco de crimes) Possibilidade Crimes praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução Contexto fático único Desdobramento dos fatos Reconhecimento. 4. Regime inicial de pena - Fechado para os crimes de homicídio Manutenção Alteração para o semiaberto para os delitos de cárcere privado e disparo de arma de fogo Adequação - Necessidade - Recurso parcialmente provido. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000016-07.2008.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante LINDEMBERG ALVES FERNANDES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do Ilmo. Dr. Fábio Tofic Simantob e uso da palavra pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Roberto Tardelli, deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA E BORGES PEREIRA. São Paulo, 4 de junho de 2013. Pedro Menin. RELATOR.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

f) ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 0072201-68.2012.8.19.0000

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E COM EMPREGO DE ASFIXIA (ART. 121, § 2º, INCISOS I E III, DO CÓDIGO PENAL). PRONÚNCIA. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO A DESPRONÚNCIA FORTE NA TESE DA NEGATIVA DE AUTORIA. PRECARIEDADE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DE PRONÚNCIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, ESCORADA EM SUFICIENTES INDÍCIOS DA AUTORIA DA PRÁTICA DO CRIME IMPUTADO AO ORA RECORRENTE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Como cediço, a pronúncia somente não se dará diante de conjunto probatório inequívoco no sentido da presença das circunstâncias previstas no art. 415 do Código de Processo Penal, situação não visualizada pelo ilustre Magistrado monocrático. 2. Na presente hipótese, a decisão de pronúncia de fls. 262 e verso encontra-se devidamente fundamentada, amparada por suficientes indícios da autoria da prática do crime imputado ao ora recorrente em face de sua companheira, o que se colhe da prova oral produzida em sede policial e durante a instrução criminal (fls. 20/21, 22, 25/27, 86/87, 88/89, 95/96 e 202/211), além da prova segura da materialidade delitiva, consubstanciada no atestado de óbito de fl. 24, no auto de exame cadavérico (fls. 68/69) subscrito por perita e que atestou a morte da vítima por esganadura – constrição mecânica do pescoço - e na resposta do IML à consulta médico-legal (fls. 240/242), com destaque para o depoimento da filha do casal afirmando a ameaça de morte feita pelo recorrente na véspera dos fatos. 3. Não há dúvidas acerca da existência dos indícios de autoria dos fatos. Não obstante o recorrente tenha negado sua participação nos delitos, a prova indiciária aponta no sentido de seu envolvimento no homicídio descrito na denúncia. 4. Ressalte-se, por oportuno, que é vedado ao Juiz, no momento da decisão de pronúncia, enveredar-se na análise aprofundada do mérito da questão, sob pena de influenciar e invadir a atribuição dos integrantes do Júri Popular, por força do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal. 5. A questão central trazida pela defesa, que diz respeito à negativa de autoria e fragilidade da prova produzida, deve ser manejada perante o plenário do Tribunal do Júri, onde eventuais contradições na prova dos autos deverão ser analisadas pelos jurados, oportunidade em que o acusado poderá exercer sua autodefesa. 6. O conjunto probatório produzido em Juízo não ostenta força de convencimento suficiente para a absolvição sumária, desclassificação ou impronúncia, porque não evidencia, de forma inquestionável, a ocorrência da precariedade do acervo probatório, que escora a tese defensiva principal. 7. Outrossim, não se deve olvidar que, no procedimento do júri, as qualificadoras do crime de homicídio só devem ser excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, de forma a não subtrair a competência do juiz natural da causa – o Conselho de Sentença – para apreciá-las. 8. E na hipótese em exame, a prova colhida, demonstra que a discussão que teria supostamente motivado o homicídio referiu-se à subtração de determinada quantia em dinheiro pertencente à vítima, portanto, evidenciado o motivo torpe. Além disso, segundo atestado pelo laudo pericial, o delito foi cometido com emprego de asfixia. 9. Portanto, a decisão combatida, em sua extensão e fundamentação, está em consonância com os princípios e normas constitucionais que regem o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, devendo toda a matéria meritória ser submetida ao soberano Tribunal Popular. 10. Desprovimento do recurso. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0072201-68.2012.8.19.0000, em que figuram como recorrente LUIZ CLÁUDIO MONTEIRO e como recorrido o Ministério Público, ACORDAM os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Tribunal de Justiça do Paraná:

g) ÓRGÃO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 970.849-6

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO, VILIPÊNDIO A CADÁVER E CORRUPÇÃO DE MENORES - PRONÚNCIA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA REJEITADA - COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI – PLEITO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS AFASTADO – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SÉRIOS A INDICAR A INOCORRÊNCIA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - RECURSO DESPROVIDO. ACORDAM os Magistrados da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do contido no voto e sua fundamentação. Participaram da sessão e acompanharam o voto do Relator os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Miguel Kfourri Neto e Macedo Pacheco. Curitiba, 02 de maio de 2013. Juiz Marcos S. Galliano Daros. Relator.

Tribunal de Justiça do Acre:

h) ÓRGÃO: CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: APELAÇÃO – PROCESSO N. 0010790-90.2010.8.01.0001

EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA PARA REDUZIR A PENA BASE AO MÍNIMO LEGAL. INSUBSISTENTE. PENA BASE MAJORADA JUSTIFICADAMENTE PELA REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA QUALIFICADORA DE TORPEZA. INAPLICABILIDADE. QUALIFICADORA RECONHECIDA PELOS JURADOS. RECURSO CONHECIDO E INTEGRALMENTE IMPROVIDO. Majoração da pena base justificada pela reincidência. Qualificação confirmada pelos jurados impõe sua imutabilidade em respeito à soberania dos vereditos. Apelo conhecido e integralmente improvido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0010790-90.2010.8.01.0001, ACORDAM, à unanimidade, os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas arquivadas. Rio Branco/AC, 18 de dezembro de 2012. Des. Pedro Ranzi Presidente. Des^a. Denise Castelo Bonfim Relatora.

Tribunal de Justiça do Tocantins:

i) ÓRGÃO: 3ª TURMA JULGADORA DA 2ª CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 5010008-37.2013.827.2706

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA, FUNDADA NA LEGÍTIMA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE

PROVA CABAL. ART. 415 DO CPP. CABIMENTO DA PRONÚNCIA. QUALIFICADORAS DE MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTA A DEFESA DA VÍTIMA. MANUTENÇÃO. EXAME PELO TRIBUNAL DO JURI. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Não há como se acolher em juízo de cognição sumária, próprio da decisão de pronúncia, a legítima defesa alegada, porquanto não está evidenciada de maneira inequívoca, a rigor do disposto no artigo 415, inciso IV, do CPP. 2. As qualificadoras do delito de homicídio somente podem ser excluídas, na atual fase, quando se revelarem manifestamente divorciadas das provas colhidas nos autos, o que não ocorreu in casu. Os depoimentos dão conta de que o crime possivelmente teria sido cometido por vingança, à vista de o acusado, em data pretérita, ter tentando “furar” a vítima com uma faca, oportunidade em que esta, a fim de se defender, efetuou um disparo em direção do acusado, atingindo-lhe de raspão, mostrando-se irretocável a qualificadora do motivo torpe. 3. Da mesma sorte, a conduta delitiva, pelo que se colhe dos autos, não pôde ser prevista pela vítima que, contando com 75 (setenta e cinco) anos de idade, foi atingida pelas costas. 4. Mostrando-se, pois, suficientes os elementos de prova para a pronúncia do recorrente pela prática de homicídio qualificado, é de se permitir ao Conselho de Sentença a análise da conduta perpetrada, já que órgão constitucionalmente competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. 3. Recurso conhecido e não provido. A C Ó R D ã O. Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Desembargador Eurípedes Lamounier, na 18ª Sessão Ordinária do dia 21.05.2013, a 3ª Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal, aquiescendo o parecer do Órgão de Cúpula, acordou, por unanimidade, em conhecer do presente recurso em sentido estrito e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO para manter integralmente a decisão de pronúncia recorrida, nos termos do voto do Exmo. Sr. Relator Juiz Helvécio de Brito Maia Neto. Acompanham o voto do Senhor Relator o Desembargador Eurípedes Lamounier e a Célia Regina Régis – Vogal substituta. Ausência justificada no Juiz Agenor Alexandre da Silva – Revisor. Representando a Procuradoria Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor José Demóstenes de Abreu, Procurador de Justiça. Palmas –TO, 22 de maio de 2013. Juiz Helvécio de Brito Maia Neto. Convocado pelo TJ/TO.

Homicídio Qualificado pelo motivo fútil (artigo 121, §2º, inciso II, do Código Penal)

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

a) ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA CRIMINAL - CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 2011 03 1 012412-8

E M E N T A - PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. QUALIFICADORA. MOTIVO FÚTIL. RECURSO AFASTAMENTO. NÃO CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. I – Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, havendo materialidade do fato, evidenciada pela prova oral e pelo laudo de exame de corpo de delito, e indícios de autoria, deverá o acusado ser pronunciado nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal. II - Se há nos autos indícios de que o agente cometeu o crime por motivo fútil, deve a qualificadora prevista no inciso II do § 2º do art. 121 do CP ser submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri, já que a incerteza sobre o propósito do réu e sobre as circunstâncias do fato demandam a pronúncia para que os jurados decidam a questão a eles afeta, ante a prevalência do interesse coletivo. III – Recurso conhecido e desprovido. A C Ó R D ã O. Acordam os

Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, NILSONI DE FREITAS - Relatora, JOÃO BATISTA TEIXEIRA - Vogal, JESUINO RISSATO - Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora NILSONI DE FREITAS, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. NEGOU-SE PROVIMENTO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 21 de março de 2013, Desembargadora NILSONI DE FREITAS, Relatora.

b) ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA CRIMINAL - CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 2010 05 1 009450-3

E M E N T A - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. QUALIFICADORAS. MOTIVO FÚTIL. PROVÁVEL ‘GUERRA ENTRE GANGUES RIVALS’. USO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO EFETUADOS CONTRA A VÍTIMA. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. PREVALÊNCIA. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA. DECISÃO DE PRONÚNCIA CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Revela-se correta a decisão de pronúncia quando, considerando o acervo probatório que assegura a existência do delito e aponta indícios suficientes de autoria, determina o julgamento do acusado pelo Conselho de Sentença, porquanto fundada tão-somente em juízo de prelibação, ou seja, juízo de suspeita. 2. As qualificadoras de motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima não se mostram dissociadas, das provas contidas nos autos, uma vez que evidenciam à primeira vista, que o comportamento homicida do réu foi motivado apenas por conta de desavenças entre gangues rivais e que a ação do réu surpreendeu a vítima e seus amigos. 3. Recursos conhecidos e NÃO PROVIDOS. Decisão de pronúncia mantida. A C Ó R D Ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, HUMBERTO ADJUTO ULHÔA - Relator, NILSONI DE FREITAS - Vogal, JOÃO BATISTA TEIXEIRA - Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora NILSONI DE FREITAS, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. NEGOU-SE PROVIMENTO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 23 de maio de 2013. Desembargador UMBERTO ADJUTO ULHÔA, Relator.

c) ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL, CLASSE: APR – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2011 05 1 023903-4

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. Art. 121, §2º, II E IV, CP. MOTIVO FÚTIL E MEIO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. PORTE DE ARMA. ART. 14 DA LEI 10.826/2003. INCONFORMISMO DEFENSIVO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. ALÍNEA “D” DO INCISO III DO ART. 593 DO CPP. DUAS TESES EXISTENTES NOS AUTOS. VEREDICTO QUE SE APOIOU EM UMA DELAS. VALIDADE. ALÍNEA “B”. SENTENÇA CONTRÁRIA À LEI OU À DECISÃO DOS JURADOS. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO ENTRE PORTE DE ARMA E HOMICÍDIO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE. ALÍNEA “C”. PENA-BASE REDIMENSIONADA. RAZOABILIDADE E

PROPORCIONALIDADE. PERSONALIDADE DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA AFASTADA. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O recurso de apelação interposto no Tribunal do Júri possui uma peculiaridade em relação aos apelos dos crimes não dolosos contra a vida, a saber: seu efeito se circunscreve às alíneas do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal indicadas no termo, não havendo, como regra, devolução ampla, como nos apelos em geral. 2. Não pode ser tizada de contrária a prova dos autos, a decisão dos jurados que, acatando a tese acusatória, reconhece as qualificadoras e a utilização de arma de fogo para a prática do crime. Se há elementos probatórios mínimos para sustentar a tese acusatória, não falar em violação ao disposto no art. 593, inciso III, letra “d”, do Código de Processo Penal. 3. Tendo o delito de porte de arma de fogo de uso permitido sido meio necessário para a prática do crime de homicídio consumado, deve ser reconhecida a absorção daquele por este, por força do princípio da consunção. 4. Não há que se considerar desfavorável a personalidade do agente com base em certidão criminal posteriormente considerada como agravante (reincidência). 5. A agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea. Precedentes. 6. Recurso parcialmente provido. A C Ó R D ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS - Relator, SOUZA E AVILA - Revisor, ROBERVAL CASEMIRO BELINATI - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, em proferir a seguinte decisão: DAR PARCIALPROVIMENTO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 28 de maio de 2013, Desembargador SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Relator.

d) ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL, CLASSE: APR – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2011 05 1 023903-4

E M E N T A - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. DISCUSSÃO E VIAS DE FATO. IMPOSSIBILIDADE. I. Se há nos autos provas da materialidade do crime de homicídio e indícios da autoria, mantém-se a sentença de pronúncia. II. Acertada a sentença de pronúncia que mantém a qualificadora descrita na denúncia – motivo fútil – se esta não se revela dissociada do caderno processual, de modo que deve o tribunal do júri dela conhecer para decidir. III. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A C Ó R D ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, HUMBERTO ADJUTO ULHÔA - Relator, JOÃO BATISTA TEIXEIRA - Vogal, ALVARO CIARLINI - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador JOÃO BATISTA TEIXEIRA, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. NEGOU-SE PROVIMENTO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 16 de maio de 2013, Desembargador HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Relator.

Tribunal de Justiça de São Paulo:

e) ÓRGÃO: OITAVA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL, CLASSE: APELAÇÃO, N. PROCESSO: 0034355-97.2004.8.26.0001

EMENTA: APELAÇÃO Homicídio qualificado ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS Inocorrência. Materialidade e autoria a apontar a responsabilidade do apelante que encontram apoio nas provas dos autos QUALIFICADORAS CONFIGURADAS Motivo fútil caracterizado em razão de o apelante não se conformar ter a vítima entrado no supermercado com um cachorro. Contenda entre as partes que evidencia a futilidade e a desproporção da reação do acusado Ataque de forma inopinada, que impossibilitou a defesa da vítima. O fato de ter havido discussão anterior não implica que a vítima esperasse o ataque naquele momento Apelo não provido. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0034355-97.2004.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GERALDO EUSTÁQUIO FERREIRA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR V.U. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores. MOREIRA DA SILVA (Presidente) e LOURI BARBIERO. São Paulo, 18 de abril de 2013. Camilo Lélis. RELATOR.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

f) ÓRGÃO: SEXTA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 0000447-58.2006.8.19.0006

EMENTA. ACÓRDÃO. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO – ART. 121, PARÁGRAFO 2º, INCISOS II, III, E IV, DO CÓDIGO PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA OBJETIVANDO NOVO JULGAMENTO, EM CONSIDERANDO A DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ARTIGO 593, III, “d”), OU, ALTERNATIVAMENTE A MODIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA – MÉRITO – PROVA ROBUSTA DA AUTORIA – QUALIFICADORAS PRESENTES – MOTIVO FÚTIL, RECUSA AO SEXO – DESPROPORCIONALIDADE DO DELITO POR CONTA DE SENTIMENTOS IRREVELADOS – MEIO CRUEL, DIVERSOS GOLPES NA CABEÇA, ATÉ SUA MORTE – SURPRESA, QUE DECORREU DA APARENTE LIGAÇÃO, QUE AS TESTEMUNHAS REVELAM, IMPEDINDO A NOÇÃO DO INESPERADO ATAQUE, NÃO TENDO COMO DESCONFIAR DA INTENÇÃO HOMICIDA - INSTRUÇÃO PROBATÓRIA SUFICIENTE – APELANTE QUE CONFESSA O CRIME – AUSÊNCIA DE DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. TESE TRAZIDA EM PLENÁRIO E ACOLHIDA PELO TRIBUNAL POPULAR. DENUNCIADO PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES – DOSIMETRIA, QUE FOI ELEVADA, ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM RAZÃO DAS QUALIFICADORAS – POSSIBILIDADE – CRIME HEDIONDO – SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. À UNANIMIDADE, FOI DESPROVIDO. Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal nº: 0000447-58.2006.8.19.0006 em que é apelante:

Marco Aurelio de Araujo e apelado: Ministério Público. ACORDAM os Desembargadores da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em À UNANIMIDADE, FOI DESPROVIDO.

Tribunal de Justiça do Paraná:

g) ÓRGÃO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: APELAÇÃO – PROCESSO N. 770.236-5

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI - ARGUIÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU - NÃO OCORRÊNCIA - PRERROGATIVA DO PRAZO EM DOBRO AOS DEFENSORES PUBLICOS, ESTENDIDA AO DATIVO - RECONHECIMENTO DA TEMPESTIVIDADE DO INCONFORMISMO - HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO TORPE HAVIDO EM CONCURSO MATERIAL COM FURTO AGRAVADO PELA CO-AUTORIA, VILIPÊNDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER - PRONÚNCIA - CONDENAÇÃO - IRRESIGNAÇÃO DO APENADO - INFORMAÇÃO POSTERIOR DE JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTINDO ESTRITO QUE ANULOU A DECISÃO DE PRONÚNCIA QUANTO AOS CRIMES CONEXOS, COM EXTENSÃO AO AQUI RECORRENTE, COM DETERMINAÇÃO DE QUE OUTRA SEJA PROFERIDA- NULIDADE PARCIAL DA PRONÚNCIA QUE ENCAMINHA À NULIDADE DA CONDENAÇÃO DELA DECORRENTE - PARCELA RECURSAL PREJUDICADA - PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA E, NO MÉRITO, ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO DOS JURADOS FOI MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - APENAMENTO - NULIDADES ARGUIDAS -ACUSAÇÃO PLENÁRIA DIVERSA DA PRONÚNCIA E ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA - SITUAÇÕES FÁTICAS QUE NÃO ENCONTRAM RESPALDO NA LEGISLAÇÃO VIGENTE – NO MÉRITO, DECISÃO QUE ACATOU UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS EM PLENÁRIO - CONDENAÇÃO LASTREADA EM PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS – PARA CARACTERIZAÇÃO DE DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA CARREADA AO FEITO, É NECESSÁRIO QUE ESTA AFRONTE TUDO AQUILO QUE DOS AUTOS CONSTA, O QUE NÃO SE EVIDENCIOU - PREJUDICIALIDADE PARCIAL DO APELO EM FACE DA NULIDADE DA PRONÚNCIA E POSTERIOR CONDENAÇÃO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONEXOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Juízes Convocados, integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso interposto e em negar-lhe provimento, restando prejudicada a apreciação da parcela da condenação que atine aos crimes conexos. Participaram da sessão, presidida pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador TELMO CHEREM - sem voto - e acompanharam o voto do Relator, os Excelentíssimos Senhores Juízes Convocados, Doutor NAOR R. DE MACEDO NETO - Revisor - e Doutor MARCOS S. GALLIANO DAROS. Curitiba, 09 de maio de 2013. RAUL VAZ DA SILVA PORTUGAL. RELATOR.

Tribunal de Justiça do Acre:

h) ÓRGÃO: CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: APELAÇÃO – PROCESSO N. 0000604-93.2010.8.01.0005

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE AFASTAR QUALIFICADORA. MOTIVO FÚTIL. IMPOSSIBILIDADE. PROCEDÊNCIA. IMPROVIMENTO DO RECURSO. Para se afastar qualificadora da Sentença de Pronúncia deve-se demonstrar, de plano, sua improcedência, caso contrário, o pleito deve ser submetido ao Tribunal do Júri, que é o Juiz natural para julgamento dos crimes dolosos contra à vida. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0000604-93.2010.8.01.0005, de Capixaba, em que figuram como partes as supranominadas, ACORDA, à unanimidade, a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre, em negar provimento aos recursos, tudo nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas arquivadas. Rio Branco, 16 de fevereiro de 2012. Des. FRANCISCO PRAÇA – Presidente, e Relator.

Consta do julgado que o réu foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 121, §2º inciso II, do Código Penal, pois teria atirado na vítima com uma escopeta acarretando-lhe a morte. A motivação do crime, segundo a sentença de pronúncia, seria fútil, eis que o móvel do réu foi uma discussão “envolvendo uma dívida de R\$ 20,00 reais”. Os Desembargadores mantiveram a sentença de pronúncia, inclusive mantendo a qualificadora do motivo fútil sob o fundamento de que “testemunhas confirmaram ter sido o homicídio gerado por sentimentos de vingança”.

Tribunal de Justiça do Pará:

i) ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, N. PROCESSO: 2012.3.022654-5 (0000663-75.2000.814.0051)

EMENTA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PLAUSIBILIDADE DA TESE DE CRIME DOLOSO. SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO JUÍZO NATURAL, QUE É O TRIBUNAL DO JÚRI. MOTIVO DETERMINANTE DO CRIME DESCONHECIDO: IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO POR MOTIVO FÚTIL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO SIMPLES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I A pronúncia é um juízo de prelibação sobre a imputação criminal, não um juízo de certeza, de modo que nesta fase o que se examina é a plausibilidade da acusação. Nestes autos, os elementos coligidos tornam bastante razoável a tese de crime doloso, por isso compete ao tribunal do júri a sua apreciação, como juízo natural, até porque pode desclassificar o crime para homicídio culposo, se for esse o seu entendimento. II Afasta-se, no entanto, a qualificadora relativa ao motivo fútil, porque não há nenhum elemento probatório capaz de revelar qual foi o real motivo da ação, que assim permanece desconhecido. Mesmo que houvesse uma antiga hostilidade entre o recorrente e a vítima, por questões relativas ao pagamento de horas extras, não se sabe se a causa pretexto da decisão de alvejar a vítima tem a ver com esses fatos, sendo vedado especular-se em matéria penal. III Recurso parcialmente provido, para manter a pronúncia do recorrente, desclassificando entretanto a imputação para homicídio simples. Decisão unânime. ACÓRDÃO. Vistos,

relatados e discutidos estes autos de recurso em sentido estrito, acordam os excelentíssimos senhores desembargadores componentes da egrégia 3ª Câmara Criminal Isolada, à unanimidade, sob a presidência da Des. Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos, em conhecer do recurso e, no mérito, em dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do desembargador relator. Belém, 7 de março de 2013. Des. João José da Silva Maroja. Relator.

Homicídio Qualificado pelo meio que cause perigo comum (artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal)

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

a) ÓRGÃO: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, N. PROCESSO: 2004 01 1 015922-9

EMENTA - PENAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. DENÚNCIA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR DOLO EVENTUAL (CP, ART. 121, § 2º, INCISO III – PERIGO COMUM). PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO SIMPLES. RECURSO DA DEFESA. IMPRONÚNCIA OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. QUESTÕES CONTROVERTIDAS. IMPROVIMENTO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INSISTÊNCIA NA QUALIFICADORA. IMPROVIMENTO DOS RECURSOS. 1. Se toda a matéria posta no recurso da defesa mostra-se controvertida, cabe ao Tribunal do Júri, segundo sua competência constitucional, decidi-las, não sendo lícito, na fase do jus accusationis, absolver sumariamente o réu ou desclassificar para homicídio culposo. 2. O emprego de meio de que possa resultar perigo comum exige que a ação delitiva se volte contra um número indeterminado de pessoas, fazendo periclitara a incolumidade social. 3. Tal não se dá quando o réu, ao avistar particularmente o veículo da vítima à sua frente, deixa de reduzir a abusiva velocidade que empreende, causando a colisão, com a possibilidade de ter assumido o risco na produção do resultado morte. ACÓRDÃO - Acordam os Senhores Desembargadores da PRIMEIRA TURMA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, EDSON ALFREDO SMANIOTTO - Relator, ALFEU MACHADO, SÉRGIO BITTENCOURT – Vogais, sob a presidência do Desembargador MARIO MACHADO, em NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, À UNANIMIDADE, de acordo com a ata do julgamento e as notas taquigráficas. Brasília-DF, 12 de janeiro de 2006. Des. MARIO MACHADO, Presidente em exercício - Des. EDSON ALFREDO SMANIOTTO, Relator.

Julgado do mesmo caso no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça

Supremo Tribunal Federal - PRIMEIRA TURMA. HABEAS CORPUS. N. 106.902, DISTRITO FEDERAL

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO. PERIGO COMUM. PRONÚNCIA. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA DESCRITA NA INICIAL.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROVIMENTO DE RECURSO ESPECIAL PARA DETERMINAR SUA INCLUSÃO. DECISÃO IMPUGNADA. REEXAME DE PROVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À SÚMULA 7 DO STJ. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECLUSÃO. ORDEM DENEGADA. I - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que apenas a qualificadora manifestamente impropriedade deve ser excluída da pronúncia, o que não acontece na hipótese dos autos. De todo modo, a análise da existência ou não da qualificadora do perigo comum deve ser feita pelo Tribunal do Júri, que é o juiz natural da causa. II - No caso sob análise, o STJ não reexaminou matéria de prova ao julgar o recurso especial. Partiu, sim, das premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido, de forma que não há falar em violação à Súmula 7 daquela Corte. III - O impetrante postula o re julgamento dos embargos de declaração já apreciados pelo STJ, providência incabível na via eleita. Ainda que assim não fosse, a decisão já transitou em julgado, o que impede seu reexame. IV - Não se vislumbra qualquer prejuízo decorrente da ausência de publicação do acórdão já integrado pelas notas taquigráficas. V - Após a publicação do acórdão proferido nos embargos de declaração, a defesa do réu ficou-se inerte, deixando transcorrer in albis o prazo recursal, de modo que sobreveio o trânsito em julgado da Supremo Tribunal Federal. VI - Ordem denegada. A C Ó R D ã O. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a deferia, nos termos do voto que proferiu. Impedida a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 29 de março de 2011. RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR.

Superior Tribunal de Justiça - QUINTA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 912.060 - DF (2006/0268673-2)

EMENTA. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ART. 408 DO CPP. CRIME DE HOMICÍDIO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI POPULAR. DOLO EVENTUAL. ART. 18, I DO CPB. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DE PERIGO COMUM (ART. 121, § 2o., III DO CPB) PELO JUIZ PRONUNCIANTE. IMPOSSIBILIDADE, SALVO SE MANIFESTA OU INDISCUTÍVEL A SUA INADMISSIBILIDADE. LIÇÕES DA DOCTRINA JURÍDICA E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DO PAÍS. 1. Não se permite ao Juiz, na sentença de pronúncia (art. 408 do CPP), excluir qualificadora de crime doloso contra a vida (dolo eventual), constante da Denúncia, eis que tal iniciativa reduz a amplitude do juízo cognitivo do Tribunal do Júri Popular, albergado na Constituição Federal; tal exclusão somente se admite quando a qualificadora for de manifesta e indiscutível impropriedade ou descabimento. Lições da doutrina jurídica e da Jurisprudência dos Tribunais do País. 2. Caracteriza-se o dolo do agente, na sua modalidade eventual, quando este pratica ato do qual pode evidentemente resultar o efeito lesivo (neste caso, morte), ainda que não estivesse nos seus desígnios produzir aquele resultado, mas tendo assumindo claramente, com a realização da conduta, o risco de provocá-lo (art. 18, I do CPB). 3. O agente de homicídio com dolo eventual produz, inequivocamente, perigo comum (art. 121, § 2o., III do CPB), quando, imprimindo velocidade excessiva a veículo automotor (165 km/h), trafega em via pública urbana movimentada (Ponte JK) e provoca desastre que ocasiona a morte do condutor de automóvel que se deslocava em velocidade normal, à sua frente, abalroando-o pela sua parte traseira. 4. Recurso do Ministério Público a que se dá provimento. Documento:

737865 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 10/03/2008 . ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho os Srs. Ministros Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Felix Fischer e Laurita Vaz. Votou vencido o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, que conhecia do recurso, mas lhe negava provimento. Sustentaram oralmente: Dr. Jonas Modesto da Cruz (p/ recdo) e Ministério Público Federal. Brasília/DF, 14 de novembro de 2007 (Data do Julgamento). NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. MINISTRO RELATOR.

b) ÓRGÃO: 1ª TURMA CRIMINAL, CLASSE: APR – APELAÇÃO CRIMINAL, N. PROCESSO: 2005 04 1 000423-0

EMENTA: JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO E HOMICÍDIO CONSUMADO. PROVA. DOLO EVENTUAL. QUALIFICADORAS. MOTIVO FÚTIL E CAUSAÇÃO DE PERIGO COMUM. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. Sacando o réu de seu revólver e efetuando vários disparos em direção a local onde se encontrava elevado número de pessoas, atingindo mortalmente uma delas e ferindo duas outras, assumiu o risco de causar o resultado morte, devendo responder pela prática de homicídio por dolo eventual. Um desentendimento banal, advindo da negativa de entrada gratuita do réu no estabelecimento comercial, como móvel impulsionador da conduta homicida é considerado, de acordo com o homem médio, motivo banal, ignóbil e desproporcional. Incide a qualificadora do inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal quando o agente efetua vários disparos em direção a local onde se encontra elevado número de pessoas, com consciência e vontade de produzir uma situação de perigo comum. Decisão do Conselho de Sentença com suporte em versão idônea constante do conjunto probatório. Apelação a que se nega provimento. A C Ó R D Ã O Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (MARIO MACHADO, EDSON ALFREDO SMANIOTTO e LECIR MANOEL DA LUZ), sob a presidência do Desembargador MARIO MACHADO, em DESPROVER. UNÂNIME, conforme ata de julgamento e notas taquigráficas. Brasília-DF, 22 de setembro de 2005. Desembargador MARIO MACHADO Presidente em Exercício e Relator.

c) ÓRGÃO: 2ª TURMA CRIMINAL, CLASSE: HCB – HABEAS CORPUS, N. PROCESSO: 2001 0 02 009170-4

E M E N T A. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE, POR SI SÓS, NÃO AFASTAM A NECESSIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. 1. Estando a decisão impetrada devidamente fundamentada na presença do fumus comissi delicti e por elementos concretos aptos a justificar a necessidade da medida

constritiva para a garantia da ordem pública, não há falar-se em constrangimento ilegal. 2. No caso dos autos, os motivos que ensejaram a consecução do delito de homicídio triplamente qualificado e a sua forma de execução evidenciam a ousadia, o destemor e a periculosidade concreta do paciente, haja vista que o mesmo teria efetuado, em tese, 06 (seis) disparos de arma de fogo contra a vítima, sem que essa pudesse se defender, apenas porque ela havia dito para o irmão do paciente que achava que o conhecia. Ademais, os disparos foram efetuados ao lado de um quiosque de lanches, sendo que no momento do crime havia um grande número de pessoas no local e nas imediações, de modo que a conduta do paciente resultou em perigo comum. 3. Conquanto o paciente seja primário, o mesmo, contando com apenas dezoito anos de idade, além de responder pela prática de delito de grande gravidade como o dos autos, possui duas passagens pela Vara da Infância e da Juventude pela prática de atos infracionais análogos aos crimes de roubo e de porte de arma, de modo a indicar sua propensão à prática delituosa, evidenciando que sua liberdade representa risco à ordem pública. 4. As condições pessoais favoráveis do paciente, como primariedade e residência fixa, não são suficientes, por si sós, para afastar os fundamentos da custódia cautelar, entendimento já assentado no magistério jurisprudencial. 5. Ordem denegada para indeferir o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente. A C Ó R D Ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ROBERVAL CASEMIRO BELINATI - Relator, JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA - Vogal, SOUZA E AVILA - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, em proferir a seguinte decisão: DENEGAR A ORDEM. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 30 de junho de 2011, Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Presidente e Relator.

d) ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, N. PROCESSO: 2008 07 1 011689-7

EMENTA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO – MOTIVO TORPE, PERIGO COMUM E MEIO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. Configura-se o dolo eventual quando o agente adota conduta perigosa na direção de veículo automotor, ciente da possibilidade de produzir um resultado lesivo e assumindo o risco de produzi-lo. Nesse caso, configurado o dolo eventual o julgamento deve ser remetido ao Júri Popular. Torpe é o motivo vil, repugnante, abjeto. “Viver um momento de aventura” não se amolda à torpeza, não significa que o motivo seja justo, mas também não configura a torpeza. 1. Configura-se a qualificadora do perigo comum no delito de homicídio quando o agente, além de causar dano à vítima, traz perigo a outras pessoas. O réu/recorrente transitava em uma via sem iluminação, com razoável número de carros trafegando e na contramão, o que possivelmente gerou perigo comum para outras potenciais vítimas. 2. A qualificadora do recurso que dificulta ou torne impossível a defesa da vítima requer a intenção do agente de praticar o homicídio surpreendendo a vítima, sendo, pois, inconciliável com o dolo eventual, no qual o agente apenas assume o risco de produzir o resultado lesivo. 3. Deu-se parcial provimento ao recurso para excluir da pronúncia as qualificadoras do motivo torpe e do meio que dificultou a defesa da vítima. A C Ó R D Ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da SEGUNDA TURMA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, SÉRGIO ROCHA - Relator, ARNOLDO CAMANHO e SOUZA E ÁVILA - Vogais, sob a Presidência do Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA, em DAR PARCIAL PROVIMENTO, POR

MAIORIA, VENCIDO O 2º VOGAL, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 27 de novembro de 2008. SÉRGIO ROCHA, Presidente e Relator.

Tribunal de Justiça de São Paulo:

e) ÓRGÃO: SEXTA CÂMARA CRIMINAL DE JULHO/99, CLASSE: APELAÇÃO, N. PROCESSO: 248.937-3/6-00

EMENTA¹²²: ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 248.937-3/6-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que são recorrentes e reciprocamente recorridos a JUSTIÇA PÚBLICA, ROBERTO CARLOS PEREIRA SANTOS, SÉRGIO PEREIRA SANTOS e LOURIVAL PEREIRA DOS SANTOS: ACORDAM, em Sexta Câmara Criminal de Julho/99 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento aos recursos, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Desembargadores DEBATIN CARDOSO (Presidente, sem voto), MARCONDES D'ÂNGELO e VITO GUGLIELMI. São Paulo de agosto de 1999. LUSTOSA GULAR. Relator. Os réus Roberto Carlos Pereira Santos, Sérgio Pereira Santos e Lourival Pereira Santos estão sendo processados porque, "segundo consta, no dia 13 de agosto de 1994, por volta das 18:00 horas, na Rua Tamandaré, 45, Jardim das Camélias", na cidade de São Paulo, "previamente ajustados e com ânimo homicida, por motivo torpe, meio cruel e agindo de modo que teria dificultado a defesa do ofendido, teriam desferido tiros com arma de fogo contra José Cícero Passuan, acabando por matá-lo. A vítima teria furtado pacotes de cigarros do estabelecimento comercial do primeiro acusado, o que teria motivado o prévio conluio dos réus no sentido de persegui-la e matá-la na forma enunciada. Na perseguição os acusados teriam distribuído tiros pela rua, culminando por atingir Denise de Souza Vieira e José Sebastião Alves (lesões leve e grave, respectivamente). Ademais, ao alcançarem José Cícero escondido, os réus teriam ignorado suas súplicas no sentido de que poupassem sua vida (o que denotaria a crueldade). O fato de serem três indivíduos armados contra um indefeso configuraria recurso que teria dificultado ou impossibilitado a defesa desse último, a vítima. Dessa forma os réus foram denunciados como incurso nos arts. 121, parágrafo 2o, inc. I, III e IV, art. 129 'capuf' e parágrafo Io, I c.c. o art. 29 e 73, 'in fine', todos do Código Penal" (fls. 298), sendo que a inicial acusatória veio a ser aditada para que dela ficasse constando a qualificadora de emprego de meio que teria resultado em perigo comum (cf. fls. 264). Após regular processamento do feito, sobreveio a r. sentença de pronúncia de fls. 298/304, que julgou parcialmente procedente a denúncia, pronunciando os referidos acusados para que sejam submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri, como incurso nas penas dos artigos 121, § 2o, inciso III (meio de que possa resultar perigo comum), 129, "caput", e 129, § Io, inciso I, c.c. os artigos 73, "in fine", e 29 (co-autoria), todos do Código Penal. No tocante aos recursos dos réus (fls. 324/328), a pretensão deduzida nas razões não tem como ser aceita, devendo a r. decisão recorrida ser mantida por seus próprios fundamentos. A materialidade dos crimes está evidenciada pelos autos de exibição e apreensão das armas (fls. 35/40), laudos periciais que indicam a potencialidade lesiva de todas e vestígios de disparos recentes em algumas delas (fls. 82/83, 94/101 e 108/116), laudo pericial indicativo de vestígios deixados por projéteis de arma de fogo em veículo (fls. 120/123), bem como laudo pericial de

¹²² Sem formatação

levantamento de local e encontro de cadáver (fls. 150/165) e, de forma especial, laudos de exames de corpo de delito necroscópico e de lesões corporais que indicam que as vítimas José Cícero, Denise e José Sebastião experimentaram lesões compatíveis com a agressão a tiros, quanto ao primeiro, causa de sua morte (fls. 117, 127/129 e 168), sendo que presentes os indícios de autoria, na forma analisada pela r. decisão recorrida, bem como demonstrado pelo parecer ministerial de fls. 342/350, nessa parte adotado. Impossível, assim, o reconhecimento, nessa fase, de que os réus agiram em legítima defesa, sendo inviável, também, negar-se à apreciação dos jurados os crimes de lesões corporais, já que a alegação de que os projéteis que os feriram não teriam partido das armas dos recorrentes é matéria que deve ser a eles submetida. Como bem lembrado pela douta Procuradoria de Justiça, a "absolvição sumária, somente pode ser declarada diante de prova concreta, segura, evidente, incontroversa, plena, límpida, cumpridamente demonstrada, de ter o réu agido amparado por excludente de ilicitude, no caso, legítima defesa (RT 503/328, 518/393, 523/377), e o conjunto probatório, quanto a ela, é no mínimo contraditório, não permitindo se conclua ter restado provada" (fls. 348). Quanto ao recurso formulado pelo Dr. Promotor de Justiça oficiante, que pretende a inclusão na pronúncia também das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa, "data venia" do entendimento esposado pelo ilustre parecerista subscritor da peça de fls. 342/350, a pretensão não pode ser acolhida, conforme os bem lançados fundamentos da r. decisão recorrida. Ora, consoante ressaltou o ilustre Julgador, são "três as qualificadoras que o Ministério Público imputa às condutas dos acusados. O motivo torpe consistiria no fato de os acusados terem perseguido e matado a vítima porque esta teria furtado pacotes de cigarros do estabelecimento comercial de Roberto Carlos. O fato de atuarem em três contra um denotaria recurso dificultador ou impossibilitador da defesa da vítima. O emprego de meio cruel porque a vítima teria sido alvejada em momento em que se encontrava indefesa e implorava para não ser morta. O emprego de meio que teria resultado em perigo comum por terem desferido tiros na via pública onde estavam presentes diversas pessoas (vide aditamento). a) Motivo Torpe: art. 121, parágrafo 2o, I. Conforme conceitua a Doutrina, torpe é o motivo abjeto, baixo, que repugna à moral e à consciência média. Delmanto exemplifica: 'torpe é o homicídio praticado por pagamento' (RT 532/343) - Código Penal Comentado, 1a ed. 5 6a tiragem, pág. 201. Damásio de Jesus assim o conceitua: 'é o moralmente reprovável, demonstrativo de depravação espiritual do sujeito...é o motivo abjeto, desprezível'. Também traz exemplos: 'homicídio da esposa pelo fato de negar-se à reconciliação; para obter quantidade de maconha; ...porque a vítima deseja interromper atos de libidinagem; por luxúria...' (Código Penal Anotado -1989 - pág. 294). Até mesmo a vingança pode configurar o motivo torpe, mas não podemos perder de vista que o motivo da vingança deve ser abjeto, pois, caso contrário, não há que se falar no motivo torpe que qualifica o delito, mas somente na torpeza natural do próprio delito. Ora, é óbvio que o crime encerra uma torpeza em si, em especial o de homicídio, que atenta contra o maior bem do ser humano, a vida. Dessa forma todo homicídio que não fosse justificado (sem excludentes da ilicitude ou da culpabilidade) seria torpe, a não ser que fosse privilegiado. Pergunto: onde ficaria então o espaço reservado para o homicídio simples? Como se vê não lhe sobraria. Pelo que comumente se observa, havendo homicídio não justificado ou privilegiado, o motivo do delito sempre será torpe, visto que reprovável moral e juridicamente, mas a torpeza que qualifica o delito deve ser entendida como um 'plus' dessa torpeza imanente e natural do crime. Deve ser algo que extrapola a imoralidade e reprovação comumente encontrada na prática do delito. Assim, a vingança só constituirá motivo torpe caso ela venha pautada em alguma razão reprovável, por exemplo: matar a vítima pelo fato dela ter se negado a deixar que o autor estupra-se sua filha; matá-la para impedir que se case com outrem; matá-la por ter se recusado a

fornecer entorpecentes para o autor... Ora, no caso dos autos, nem mesmo com grande esforço conseguimos vislumbrar a torpeza de motivo que qualificaria o delito. A versão defluente dos autos é no sentido de que os réus perseguiram e mataram pessoa que com eles trocava tiros logo após ter roubado ou tentado roubar o estabelecimento comercial de um dos acusados. Coibir agressão ou procurar prender suposto roubador e recuperar eventuais objetos roubados não pode configurar o motivo torpe qualificador. Mesmo que fosse vingança pelo assalto perpetrado, também não haveria como sustentar aludida qualificadora. Como aqui se exerce o juízo de admissibilidade, e diante das considerações anteriores, a solução no caso é deveras, o afastamento da qualificadora do art. 121, parágrafo 2o, I do Código Penal. b) Emprego de Meio Cruel - art. 121, parágrafo 2o, III. Também não se configura por não haver qualquer menção na prova produzida em juízo acerca das pretensas súplicas da vítima no sentido de não ser morta. Ademais meio cruel é aquele que faz sofrer além do necessário, escolhido e desejado pelo agente. Nota-se que a vítima foi morta a tiros (meio comum) sem qualquer recurso que deliberadamente aumentasse a sua dor para além dos limites comumente esperado" (fls. 301/302). Com relação à qualificadora de emprego de recurso dificultador ou impossibilitador da defesa da vítima (art. 121, § 2º, IV, do CP), também decidiu com acerto o ilustre Magistrado ao afastá-la, esclarecendo: "Não se configura porque deve ser análogo aos outros do mesmo inciso, ou seja, traição, emboscada ou dissimulação. É pacífico dos autos que a vítima fora perseguida pelos acusados, não havendo a menor referência no sentido de que de alguma forma fora surpreendida em virtude do desencadear dos acontecimentos. Consta que a vítima roubou ou furtou o estabelecimento dos réus e tanto estes como as testemunhas dizem que eles trocaram tiros durante a perseguição. Seria temerário, pois, admitir-se a submissão também dessa descabida qualificadora ao Tribunal Leigo" (fls. 303). Já no que tange à qualificadora a que faz alusão o artigo 121, § 2o, inciso III, do Código Penal (meio de que possa resultar perigo comum), era de rigor o seu acolhimento na r. decisão de pronúncia, tal como ocorreu. Pelo que se infere dos autos, consta que "tiros foram trocados na rua, havendo pessoas presentes, tanto que duas delas consta terem sido feridas" (fls. 302). Diante do quadro probatório existente no processo, não tinha o eminente Julgador outra alternativa senão pronunciar os réus, como efetivamente aconteceu. Contudo, vale a pena lembrar que a decisão proferida na fase de pronúncia é interlocutória mista, julgando-se só a admissibilidade da acusação e não o mérito da causa, cuja competência é atribuída constitucional e processualmente ao Tribunal do Júri, bastando para a pronúncia do réu a existência de indícios de autoria do crime e de sua materialidade. As justificativas, as dirimentes e as demais hipóteses legais que isentam o réu de pena ou excluem a imputabilidade, pressuposto da culpabilidade, só podem ser reconhecidas na pronúncia se provadas cristalinamente. As qualificadoras só podem ser afastadas na pronúncia quando manifestamente impertinentes, descabidas e improcedentes, como ocorreu, neste caso, em relação às que não foram acolhidas. Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos. LUSTOSA GULAR. Relator.

**Homicídio Qualificado pelo meio que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima
(artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal)**

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

a) ÓRGÃO: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – APELAÇÃO, N. PROCESSO:
2010 08 1 002190-4

E M E N T A. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ANIMUS NECANDI. INDÍCIOS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. LESÃO CORPORAL. INVIABILIDADE. QUALIFICADORAS. MOTIVO FÚTIL. CIÚMES. MEIO QUE DIFICULTE A DEFESA DA VÍTIMA. A prova da materialidade e os indicativos de autoria bastam para fundamentar a decisão de pronúncia, que tem como lastro o juízo de suspeita e não juízo de certeza, exigível apenas para a condenação. Demonstrada a conduta da acusada, que tentou golpear a vítima, em seu pescoço, região de alta letalidade, está presente, em tese, o animus necandi. Em caso de dúvida sobre o dolo da agente e não sendo detectável, de plano, o suporte fático para a desclassificação na fase da pronúncia, a acusação deve ser admitida e remetida ao juízo natural da causa, no caso o Tribunal do Júri. Não se revelando as qualificadoras manifestamente improcedentes, devem ser mantidas nesta fase. Em tese, pode caracterizar o motivo fútil o ciúme que a agente nutria em face do tratamento que a vítima dispensava a seu companheiro. O ataque pelas costas é circunstância que dá sinais da qualificadora referente à dificuldade de defesa da vítima. Recurso desprovido. A C Ó R D ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, MARIO MACHADO - Relator, CÉSAR LOYOLA - Vogal, ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA, em proferir a seguinte decisão: DESPROVER. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 9 de junho de 2011. Desembargador MARIO MACHADO. Relator.

b) ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – APELAÇÃO, N. PROCESSO: 2011 01 1 174 293-4

E M E N T A. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E POR DIFICULDADE DE DEFESA DA VÍTIMA. DÚVIDA. IMPRONÚNCIA. NÃO CABIMENTO. MATERIALIDADE COMPROVADA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I – Ao final da primeira fase do procedimento relacionado ao Tribunal do Júri, no judicium accusationis, deve o magistrado pronunciar o réu quando entender que estão presentes a materialidade e indícios suficientes de autoria. II – Na fase da pronúncia a dúvida se resolve a favor da sociedade e não do réu. III - Não sendo imediatamente detectado o suporte fático da alegação do recorrente, a acusação deve ser admitida e remetida ao Tribunal do Júri. IV – A impronúncia, descrita no artigo 414 do Código de Processo Penal, só ocorre quando o juiz, após a instrução do feito, não vislumbra a existência de materialidade do fato ou entende que não há indícios suficientes de autoria. V - Incabível a absolvição do acusado, se diante dos elementos probantes carreados aos autos restou provada a materialidade do fato e a presença de indícios suficientes de autoria/participação. VI – Recurso conhecido e desprovido. A C Ó R D ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, NILSONI DE FREITAS - Relatora, JESUINO RISSATO - Vogal, HUMBERTO ADJUTO ULHÔA - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. NEGOU-SE PROVIMENTO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 14 de junho de 2012. Desembargadora NILSONI DE FREITAS. Relatora.

Tribunal de Justiça de São Paulo:

c) ÓRGÃO: OITAVO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL, CLASSE: REVISÃO CRIMINAL, N. PROCESSO: 0113323-03.2011.8.26.0000

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL. Homicídio qualificado por motivo fútil e emprego de recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima. Pretensão à reforma da sentença por alegada contrariedade às provas dos autos. Desacolhimento. Hipótese na qual são sólidos os demonstrativos colhidos, não bastasse o necessário respeito à valoração correspondente havida pelos jurados. Portanto, pedido que se julga improcedente. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Revisão Criminal nº, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário WALDOMIRO ZULMIRO DA SILVA. ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente este pedido de revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (Presidente), POÇAS LEITÃO, ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, BORGES PEREIRA, NEWTON NEVES, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, PEDRO MENIN E J. MARTINS. São Paulo, 25 de abril de 2013. Encinas Manfré. RELATOR.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

d) ÓRGÃO: OITAVA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: APELAÇÃO – PROCESSO N. 0063535-76.2006.8.19.0004

EMENTA: Homicídio qualificado. Impronúncia. Recurso do Ministério Público visando pronunciar a ré nos termos da inicial, para que seja submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri. A materialidade do crime está comprovada pelo auto de exame cadavérico e os indícios de autoria são suficientes a fundamentar a decisão de pronúncia, conforme os inúmeros depoimentos prestados em sede judicial, que narram as circunstâncias da morte da vítima. Não há a mínima prova de que a acusada supostamente matou a criança por vingança, por não aceitar o fato de a vítima ser fruto de um relacionamento de seu companheiro com outra mulher. A idade da vítima, 1 ano e 2 meses, tornou impossível qualquer possibilidade de resistência. A pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, fundada em suspeita e não em juízo de certeza. Apelo parcialmente provido a fim de pronunciar a acusada Marcela de Oliveira Nogueira, como incurso no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal. A C Ó R D Ã O. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0063535-76.2006.8.19.0004, em que é Apelante o Ministério Público e Apelada Marcela de Oliveira Nogueira, em sessão realizada nesta data, ACORDAM os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, conforme voto do relator, que passa a integrar o presente. Rio de Janeiro, 20 de março de 2013. DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ. RELATOR.

Tribunal de Justiça do Paraná:

e) ÓRGÃO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO N. 1.002.741-5

EMENTA: PRONÚNCIA - HOMICÍDIO QUALIFICADO. I. ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO – SUPOSTO EXCESSO DE LINGUAGEM – NÃO VISUALIZAÇÃO – ANÁLISE RESTRITA AOS PRESSUPOSTOS EXIGIDOS PELO ART. 413 DO CPP. II. NEGATIVA DE AUTORIA - AUSÊNCIA DE “ANIMUS NECANDI” - TESES NÃO COMPROVADAS DE FORMA CABAL - INDÍCIOS SUFICIENTES - APRECIÇÃO AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI. III. PLEITO DE EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS – INVIABILIDADE – INDICATIVOS SUFICIENTES PARA A MANUTENÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS. RECURSO DESPROVIDO. ACORDAM os integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso. O julgamento foi presidido pelo Senhor Desembargador, com voto, e dele participou o Senhor Desembargador Campos Marques. Curitiba, 02 de maio de 2013. FABIANA SILVEIRA KARAM – Relatora Convocada.

Homicídio Qualificado pelo motivo de assegurar ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime (artigo 121, §2º, inciso V, do Código Penal)

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

a) ÓRGÃO: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL, CLASSE: RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, N. PROCESSO: 2011 09 1 022 778-4

E M E N T A - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE. RECAPITULAÇÃO JURÍDICA. ASSEGURAR EXECUÇÃO DE OUTRO CRIME. NÃO PROVIMENTO. Se a vítima, em defesa de outrem, tentou desarmar o réu e, por isso, foi intencionalmente alvejada, supõe-se a incidência da qualificadora do inciso V do § 2º do art. 121 do Código Penal. Recurso não provido. A C Ó R D ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, MARIO MACHADO - Relator, GEORGE LOPES LEITE - Vogal, ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE, em proferir a seguinte decisão: DESPROVER. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2013. Desembargador MARIO MACHADO. Relator.

b) ÓRGÃO: SEGUNDA TURMA CRIMINAL, N. PROCESSO: 2010 04 1 000 462-2

E M E N T A - PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, COMETIDO PARA ASSEGURAR A EXECUÇÃO, A OCULTAÇÃO, A IMPUNIDADE OU VANTAGEM DE OUTRO CRIME. APELAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE O FUNDAMENTO DO TERMO E AS RAZÕES. AMPLO CONHECIMENTO DO RECURSO. AUTORIA, MATERIALIDADE E QUALIFICADORAS ACOLHIDAS PELO CONSELHO DE SENTENÇA E

COMPROVADAS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO TRAZIDO AOS AUTOS. REVISÃO DA DOSIMETRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Não especificando o termo de apelação as alíneas do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal em que se funda a insurgência nas decisões do Júri, o apelo deve ser conhecido por todos os fundamentos. 2. As vítimas foram uníssonas em afirmar que todos os integrantes do grupo criminoso portavam armas de fogo na ocasião da prática do crime de roubo e, ainda saíram do local do delito com os artefatos, evidenciando que o réu em julgamento contribuiu para que fossem efetuados disparos que atentaram contra a vida dos policiais. 3. O acusado, ainda, consentiu com a ação dos demais integrantes do grupo, assumindo o risco de que fossem perpetrados atentados contra a vida e a integridade física tanto das vítimas, quanto dos agentes de polícia que realizaram a abordagem do veículo roubado. 4. Desta forma, não foi verificada a contrariedade do veredicto em relação às provas coligidas nos autos, as quais sustentam a tese acusatória a que se afiliaram os jurados, rejeitando a tese da defesa, sem qualquer vício que ocasione dúvidas quanto à legitimidade e soberania características da decisão do Júri. 5. As certidões de antecedentes penais foram utilizadas para avaliar negativamente as circunstâncias judiciais em duas oportunidades, configurando dupla punição pelo mesmo fato. 6. Ademais, condenações que não se tornaram definitivas ao tempo da prolação da sentença não devem exasperar a pena-base, consoante comando da Súmula 444 do STJ e em respeito ao princípio constitucional da não-culpabilidade. 7. O reconhecimento da atenuante não pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, por falta de suporte jurídico válido, conforme orientação da citada Súmula 231 do STJ. 8. Apelação parcialmente provida, apenas para adequar a dosimetria da pena. A C Ó R D ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA - Relator, SOUZA E AVILA - Revisor, SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, em proferir a seguinte decisão: DAR PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 9 de fevereiro de 2012. Desembargador JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA. Relator.

c) ÓRGÃO: PRIMEIRA TURMA CRIMINAL, N. PROCESSO: 2009 04 1 016 759-4

E M E N T A - PENAL E PROCESSUAL PENAL RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADOM POR EMBOSCADA. FINALIDADE DE ASSEGURAR VANTAGEM DE OUTRO CRIME. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. PRETENSÃO À EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. 1 Réu pronunciado pelo Tribunal do Júri por infringir o artigo 121, § 2º, incisos IV e V, do Código Penal, eis que atraiu a vítima para local ermo, onde La atingiu com vários tiros, causando-lhe a morte. Sendo a pronúncia mero juízo de admissibilidade e havendo prova inequívoca da materialidade do delito e indícios de autoria, correta se apresenta a decisão de pronúncia, pois nesta fase do processo a dúvida deve ser interpretada com base no princípio in dubio pro societate. 2 A circunstância qualificadora só pode ser excluída da pronúncia quando provada de forma indubitosa sua manifesta improcedência. 3 Recurso desprovido. A C Ó R D ã O. Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, GEORGE LOPES LEITE - Relator, ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal, LEILA ARLANCH - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE, em proferir a

seguinte decisão: DESPROVER. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília (DF), 14 de junho de 2010. Desembargador GEORGE LOPES LEITE. Relator.

Tribunal de Justiça de São Paulo:

d) ÓRGÃO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, CLASSE: APELAÇÃO, N. PROCESSO: 963.620.3/3-00

EMENTA¹²³: É cediço que, na fase de pronúncia o juiz julga a admissibilidade ou não da acusação descrita na denúncia, lhe sendo vedado o exame aprofundado do mérito da causa, incumbindo tal tarefa ao juiz natural, o Tribunal do Júri. Se nesse exame entender existir prova da materialidade do delito e suficientes indícios de autoria, a decisão de pronúncia deve ser proferida para que o acusado seja submetido a julgamento por seus pares. É o que aqui se verifica. Há nos autos prova da materialidade do delito em função do conteúdo do laudo de exame necroscópico, atestando que a vítima veio a falecer em decorrência de "traumatismo crânio-encefálico pela ação vulnerante de projetis de arma de fogo." (fls. 79/80). Por outro lado, ao contrário do que vem sustentado no recurso da combativa defesa, existem nos autos indícios suficientes de autoria pelo recorrente, que confessou a prática dos fatos delituosos no inquérito, em presença de seu advogado, ocasião em que admitiu ter cometido o homicídio e ocultado o corpo da vítima na fazenda de Benjamim Gobbi, tendo agido na companhia de um adolescente chamado André e a matado com dois tiros de revólver, alegando ter assim agido porque devia dinheiro a ela, que o ameaçava por conta disso (fls. 50/51). É bem verdade que, em Juízo, ele veio a se retratar, afirmando não ter matado a vítima e somente confessou porque fora agredido por quatro policiais civis que não soube identificar, aduzindo não ter sido ouvido na presença do Delegado, bem como que gostava da vítima, pois ela era uma pessoa boa, que o ajudou com a doação de alimentos (fl. 99vº). Todavia, há indicação na prova oral por parte da testemunha Luciana Romão da Silva de que esta teria ouvido o co-réu Marcelo dizer ao recorrente que a cova da vítima estava pronta, tendo também ouvido comentários de que eles pretendiam matar o ofendido porque este denunciara os participantes de um roubo. Aduziu ter ouvido também o co-réu Marcelo admitir para um vizinho ter matado a vítima com um só tiro e que comentários no bairro dizem que eles souberam do conteúdo do depoimento dela e pretendem matá-la, tudo tendo se acalmado depois da prisão deles. Afirmou também que um menor chamado Rogério lhe dissera ter ouvido o co-réu admitir haver desferido um tiro na cabeça da vítima (fls. 117/vº). A testemunha Sérgio Aparecido Bagiani ao depor em Juízo informou ter sofrido roubo em sua chácara e, em conversa com a vítima Edson, dela ouviu que o réu Sidney e um tal Alehice, conhecido como "Nego do Campo", teriam participado desse assalto. Segundo essa testemunha, a vítima Edson temia represálias caso se descobrisse que estaria passando informações sobre a autoria daquele roubo. Por fim, essa testemunha também relatou que seu cliente de nome Baltazar estivera em seu escritório e contara sobre uma reunião entre Alehice, o réu Sidney, André e um outro indivíduo cujo nome não foi declarado e que nessa ocasião tais pessoas teriam deliberado sobre o assassinato da vítima Edson, pois ela estaria delatando os participantes do referido roubo (fls. 115). Assim, a despeito da retratação judicial do recorrente, há nos autos outros elementos de convicção que o apontam como um dos autores do homicídio da vítima e da ocultação do cadáver dela, tanto em face do conteúdo da prova oral acusatória, mas também devido à sua confissão, prestada

¹²³ Sem formatação

no inquérito em presença de seu advogado. Bem por essas razões, é forçoso reconhecer a suficiência dos indícios para a manutenção da pronúncia pelo homicídio e pelo delito conexo de ocultação de cadáver, a fim de que ele seja submetido a julgamento por seus pares, quando então os jurados apreciarão as provas reunidas com amplitude e profundidade e decidirão com a independência que lhes é reconhecida. As qualificadoras reconhecidas na dita decisão impugnada, do emprego de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido e de que o delito teria sido praticado para garantir a impunidade e vantagem de outro crime, devem ser mantidas, para que com elas vá o recorrente a julgamento pelo Júri, pois não são repelidas de forma manifesta e declarada pelos elementos probatórios até aqui coligidos, havendo nos autos indicação de que a vítima fora morta porque estaria a revelar a autoria de um roubo anteriormente praticado e teria sido atraída ao local e morta de surpresa, com dois tiros na cabeça, sem que pudesse esboçar gesto de defesa. Assim, cumpre relegar o aprofundado exame das qualificadoras ao Conselho de Sentença, que com maior amplitude e depois do debate em plenário fará a análise completa de todas as circunstâncias que rodearam o evento. Portanto, nada havendo que modificar na respeitável decisão guerreada, o improvimento do recurso se impõe, como melhor medida. 3. Destarte, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso, mantida a dita decisão atacada. A C Ó R D Ã O. Vistos, relatados e discutidos estes autos de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 963.620.3/3-00 (Ação Penal nº 373/05), da Comarca de IGARAPAVA, em que é recorrente SIDNEY LIMA DE ARAÚJO, sendo recorrido o MINISTÉRIO PÚBLICO. A C O R D A M, em Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Destarte, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso, mantida a dita decisão atacada. Presidiu o julgamento o Desembargador Marco Nahum, dele participando os Desembargadores Canellas de Godoy e Péricles Piza, com votos vencedores. São Paulo, 3 de outubro de 2006. MARIO OEVIENNE FE – Relator.

Tribunal de Justiça do Paraná:

e) ÓRGÃO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - CLASSE: APELAÇÃO – PROCESSO N. 826612-6

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, IV E V, DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. RECURSO DESPROVIDO. - Para que a decisão possa ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos, ela deve ser inteiramente destituída de qualquer apoio na prova produzida, completamente divorciada dos elementos probatórios, não deve encontrar amparo em nenhuma versão resultante da prova, hipótese que não se configura no presente caso. Diante do exposto, ACORDAM os Desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento. Presidiu o julgamento o senhor Desembargador Telmo Cherem (sem voto), e, dele participaram votando com o relator, os senhores Desembargadores Campos Marques e Macedo Pacheco. Curitiba, 19 de abril de 2012. Des. Jesus Sarrão. Relator.