COLEÇÃO
MANUAIS Dizer o Direito

Coord.: MÁRCIO CAVALCANTE

Michael Procopio Avelar

MANUAL DE DIREITO PENAL

VOLUME ÚNICO

PARTE GERAL E PARTE ESPECIAL

2ª edição

revista,
atualizada e
ampliada

2023

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Dizer Direito
www.dizerodireito.com.br

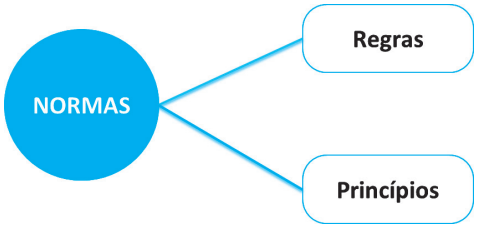
CAPÍTULO II
PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Os princípios são atualmente reconhecidos como normas, que vincularão e orientarão o intérprete e o aplicador do Direito. De início, é preciso entender o que são os princípios e diferenciá-los das regras, um pressuposto para compreensão de cada um dos princípios do Direito Penal.

1. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

O ordenamento jurídico é composto por normas. O direito penal, portanto, é um conjunto de normas que tratam das infrações penais e das respectivas sanções. O termo "normas" abrange as regras e os princípios[1]. A divisão das normas em regras e princípios, entretanto, é controversa. José Afonso da Silva, por exemplo, defende não existir uma distinção precisa entre normas e regras[2]. Eros Grau, por sua vez, afirma que princípio é um tipo de regra de direito, discordando veementemente de quem afirma que violar um princípio é mais grave do que violar uma norma[3].

Apesar da divergência, prevalece, hoje, que regras e princípios se diferenciam. Sua diferenciação, contudo, possui muitas variações entre os juristas, sendo que as principais delas são a concepção clássica (distinção fraca), a concepção de Ronald Dworkin e Robert Alexy (distinção forte) e a proposição do brasileiro Humberto Ávila[4].



1. Bitencourt fala em normas, valorações e princípios (BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral. Coleção Tratado de direito penal volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 44). Usam o termo *normas* ao conceituarem Direito Penal, mas enumeram os seus princípios: PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 4 e 33; NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 5 e 11.
2. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 92.
3. GRAU, Eros. Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 24.
4. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

1.1. Distinção Fraca

A concepção clássica define os **princípios** como as normas com **elevado grau de abstração e generalidade**, de modo que o jurista possui um alto grau de subjetividade ao aplicá-la. São os **alicerces**, vigas-mestras ou valores do ordenamento jurídico. As **regras**, nesta distinção denominada de fraca, seriam as normas com **pouco ou nenhum grau de abstração e generalidade**. Na sua aplicação, restaria **pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete**. A diferença entre princípios e regras, portanto, refere-se ao grau de abstração e generalidade, bem como ao campo de subjetividade reservada para o aplicador da norma.

1.2. Distinção Forte

A distinção forte, por sua vez, é aquela extraída da obra de Ronald Dworkin e Robert Alexy[5]. Para essa concepção, muito difundida hoje, os **princípios** são aplicados mediante **ponderação**. Assim, incidindo mais de um princípio no caso concreto, deve haver a ponderação entre eles para se analisar qual deles vai incidir de forma prevalente na situação. Os princípios possuem **graus de otimização**, isto é, podem ser realizados em vários graus. O **conflito entre princípios ocorre apenas no plano concreto**, quando é necessário analisar um caso e verificar a aplicação das normas sobre ele.

As **regras**, por sua vez, estabelecem aquilo que é **obrigatório, permitido ou proibido**. Sua aplicação se dá mediante **subsunção**, isto é, como o encaixe do fato à norma. Ou o fato se amolda à norma ou não se amolda. Não há meio termo nem ponderação, nem mesmo graus de incidência da norma. É uma **questão de tudo ou nada** (*all or nothing*). O conflito ocorre no **plano abstrato**, bastando a comparação de uma norma com a outra. Assim, sem análise de nenhum caso concreto, decide-se se uma norma revoga a outra, segundo o critério cronológico (a norma posterior revoga a anterior), por exemplo.

1.3. A concepção de Humberto Ávila

Uma concepção bastante interessante para a diferenciação entre princípios e regras é realizada por Humberto Ávila[6]. Os **princípios**, para ele, impõem um dever imediato, mais próximo, de **promoção de um estado ideal de coisas**. Impõem, de forma mais distante (remota), a adoção de uma conduta necessária. Para justificar a aplicação de um princípio, é feita uma **comparação** entre os efeitos da conduta concreta e o estado ideal de coisas que o princípio almeja. Além disso, os princípios contribuem para a formação de uma decisão com complementariedade (buscam contribuir conjuntamente com outras razões) e parcialidade (não possuem a pretensão de indicar uma solução específica, trazem uma parte dos aspectos importantes para a decisão). É o caso do *princípio da dignidade da pessoa humana*, que determina que o ser humano tenha um tratamento digno simplesmente por sua natureza humana,

5. ÁVILA, Humberto. Ob. Cit., 2014, p. 55-59.
6. ÁVILA, Humberto. Ob. Cit., 2014, p. 87-102.

que possua o mínimo existencial e que não seja punido de forma cruel (estado ideal de coisas), mas não indica soluções específicas para os casos concretos.

As **regras**, por sua vez, impõem imediatamente a **adoção da conduta descrita**, como a determinação do limite de 40 anos para as penas privativas de liberdade, do artigo 75 do CP. Apenas de forma mediata, remota, as regras determinam, ainda, a observância da finalidade do sistema e dos princípios (como o da dignidade humana). As regras são aplicáveis ao caso quando há **correspondência** entre o conceito do fato (o que aconteceu no mundo real) e o conceito da norma (a descrição do texto legal). As normas pretendem indicar uma solução específica para a tomada de decisão (por exemplo, o agente não pode cumprir mais de 40 anos de pena privativa de liberdade por um crime que cometeu). Assim, contribuem com exclusividade e abarcância, pois buscam veicular todos os detalhes para definir o tratamento do caso concreto.

Por fim, o autor também defende a existência de **normas de segundo grau** ou postulados normativos. São normas que não são aplicadas diretamente sobre os fatos, mas sobre outras normas. Um importante exemplo é a proporcionalidade, que busca atuar como limite ao poder de punir do Estado na comparação entre duas normas penais. Atua, portanto, na interpretação e aplicação das demais normas[7].

2. PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE

As diferentes abordagens sobre os princípios demonstram que a sua própria diferenciação das regras é bastante controversa. Independentemente disso, hoje a doutrina reconhece o seu valor normativo e a sua importância fundamental para limitação do poder de punir. Os princípios do Direito Penal variam muito em nomenclatura e definição entre os doutrinadores, o que não impede a enumeração dos mais consagrados e relevantes.

2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana possui importância nuclear no nosso sistema jurídico, por orientar e permear todas as demais normas nele presentes. Preconiza um tratamento à pessoa que não lhe prive do mínimo necessário para que possa exercer sua capacidade de autodeterminação. Afasta qualquer tratamento degradante, ou seja, aquele que imponha a um indivíduo uma privação maior que aquela necessária para os fins previstos na norma. No caso de pena, por exemplo, esta deve ser proporcional e necessária, não visando simplesmente a um tratamento cruel ou de vingança.

Trata-se de princípio fundamental da República Federativa do Brasil, ou seja, é um dos princípios que orientam a própria formação do Estado. Desse modo, torna-se **um princípio regente do Direito Penal**, norteando a interpretação de todas as suas normas. Assim prevê a Constituição, no seu artigo 1º, inciso III:

7. ÁVILA, Humberto. Ob. Cit., 2014, p. 163-223.

> *Art. 1º* **A República Federativa do Brasil**, *formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e* **tem como fundamentos**:
>
> *(...)*
>
> *III –* ***a dignidade da pessoa humana***;
>
> *(...)*

Esse princípio também está previsto no Pacto de São José da Costa Rica, no seu artigo 11, 1, o que denota seu reconhecimento e importância também no nosso **sistema regional de proteção dos Direitos Humanos**:

> *Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade*
>
> *1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. (...)*

Como aplicação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no Direito Penal, a doutrina costuma fazer referência a ele como **princípio da humanidade**. Como a humanidade determina que a pessoa humana, independentemente de classe social, origem étnica, gênero ou orientação sexual, seja considerada como detentora de direitos simplesmente em razão de sua natureza, esses direitos também devem ser reconhecidos ao condenado. Como ser humano, ele deve ter uma resposta do Estado que seja compatível com a ideia de que ele possui natureza humana, devendo seus direitos serem restringidos, por meio da sanção, apenas no que for necessário para a repressão e retribuição de sua conduta.

A sanção penal, por sua vez, também sofre restrições, devendo ser proporcional e humanizada. Dado o nosso estágio civilizatório, não se pode conceber qualquer modalidade de sanção penal, tal como o esquartejamento, ainda que a violação das normas de convívio social tenha sido grave. É o que se defende desde a obra emblemática do Marquês de Beccaria, que afirmou: "qualquer excesso de severidade torna a pena supérflua e, por isso mesmo, tirânica"[8].

Desse modo, o princípio da humanidade **veda que o legislador adote sanções penais violadoras da dignidade da pessoa humana**, atingindo de forma desnecessária a incolumidade físico-psíquica do agente. Há efeitos específicos desse princípio previstos no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição:

> *XLVII – não haverá penas:*
>
> *a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
>
> *b) de caráter perpétuo;*
>
> *c) de trabalhos forçados;*
>
> *d) de banimento;*
>
> *e) cruéis;*

8. BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. Dos delitos e das penas. Tradução de Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003, p. 60.

É, portanto, o princípio da humanidade que **veda a pena de morte (salvo em caso de guerra), as penas de caráter perpétuo, as penas de trabalhos forçados, as de banimento e, de modo geral, as cruéis**. O **banimento ou desterro**, pena vedada pela Constituição, consiste na expulsão do indivíduo do território nacional, enquanto durar a pena.

As **penas perpétuas** também não são admitidas, prevendo nosso ordenamento jurídico limite para a duração das penas, atualmente de **40 anos**, nos termos do artigo 75 do Código Penal. Referido limite, que era de 30 anos, foi modificado com o início de vigência da Lei n. 13.964/2019. Vale destacar que a Constituição não veda a alteração do limite, até porque a própria expectativa de vida se modifica com o passar dos anos. Claro que a possibilidade de modificação não pode violar, por conceber limites altíssimos, a ordem constitucional, mas não é o caso, já que o limite fixado está bem abaixo da expectativa de vida do brasileiro e, além disso, representou uma mudança abaixo do que a proporção entre a mudança da expectativa desde a década de 1940 indicaria.

Por fim, **a Constituição veda qualquer pena que seja cruel**, conceito aberto que visa a evitar penas, atuais ou futuras, que possuam caráter degradante, afrontando a dignidade humana. Podemos imaginar, como exemplo de uma sanção cruel, a decepação de mãos em caso de furto.

É o princípio da humanidade que pode fundamentar o repúdio ao cumprimento de pena em presídios lotados, em que os condenados e presos provisórios precisam se revezar para dormir, bem como aos projetos de imposição de retirada de órgãos *post mortem* a quem tenha sido condenado pela prática de determinada infração penal.

Por fim, cumpre observar que Hans Heirich Jescheck declara que não se pode confundir a natureza do Direito Penal. Cuida-se de ramo do direito que busca punir aquele que causou uma violação da norma penal incriminadora, devendo receber uma resposta social. Deste modo, não se pode subverter a ordem, oferecendo-se um prêmio ao delinquente. A missão da sanção penal não pode ser realizada sem dano ou sofrimento. É dentro dessas balizas que atuaria o princípio da humanidade, presidindo todas as relações humanas disciplinadas pelo Direito Penal[9].

2.2. Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal é um princípio regente do Direito Penal e do Direito Processual Penal. **É necessário que se respeite todo o procedimento previsto nas leis para que, ao final de um processo condenatório, possa haver a justa punição do acusado**. Do devido processo legal derivam vários subprincípios, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, o da imparcialidade, o da vedação das provas ilícitas, o da motivação dos atos decisórios, a publicidade, a duração razoável do processo, dentre outros. Como se nota, seu estudo mais detido, inclusive com análise dos princípios que dele derivam, é matéria de Direito Processual Penal.

9. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de direito penal. Parte General. Granada: Comares Ed., 2002, p. 29-30. O autor também é citado em: BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. Cit., 2020, p. 80.

Entretanto, cabe, aqui, relembrar que o princípio do devido processo legal possui, além da vertente formal, uma outra, de natureza substancial. Sua origem é apontada como sendo do direito anglo-saxão, de onde proveio a expressão *due process of law*, que, traduzida, equivale ao termo *devido processo legal*.

O **devido processo legal substancial** se refere à limitação do exercício do poder, que deve se amoldar ao que determina a Constituição e, além disso, atender o princípio (ou postulado, conforme a doutrina que se adote) da proporcionalidade. Nesse ponto, segundo parte da doutrina, o devido processo legal permite ao Poder Judiciário o exame da constitucionalidade das leis, seja sob o viés do confronto com as normas constitucionais, seja sob o âmbito do atendimento da proporcionalidade. Essa vertente do princípio também permite o controle das decisões judiciais, também sob o âmbito da proporcionalidade e razoabilidade.

O **devido processo legal formal** consiste no respeito às normas processuais, isto é, às regras e aos princípios que orientam e determinam o procedimento penal, desde o oferecimento da denúncia ou queixa até o trânsito em julgado, abarcando, posteriormente, a execução da pena ou da medida de segurança. Inclui os princípios acima mencionados, que são seus corolários, como contraditório, ampla defesa, juiz natural, imparcialidade do julgador, inadmissibilidade de provas ilícitas, etc. Essa vertente é que a determina que se devem observar garantias mínimas do acusado no decorrer do processo penal.

A previsão do princípio do devido processo penal, na Constituição, está no artigo 5º, LIV, que preconiza: "**ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"**. O princípio também foi consagrado no Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, em seu artigo 8.1: "Toda pessoa terá o **direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei**, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza"

2.3. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade tem sua origem apontada, pela doutrina majoritária, na Magna Carta, da Inglaterra, de 1215. À época, representou a revolta da nobreza contra o Rei João, conhecido como João Sem Terra[10]. Os barões ingleses buscavam uma garantia de que não seriam punidos senão de acordo com a lei, na expressão inglesa, *law of the land* (lei da terra). A lei representava, então, uma garantia contra a tirania do soberano.

Essa versão, bastante disseminada, é contestada por Nilo Batista, que não vê na *Magna Charta* um texto que introduziu o princípio, já que a lei da terra seria uma referência também aos costumes, conforme a tradição inglesa da *common law*. O autor também critica que se impute a sua origem ao Direito Romano. Na

10. EISELE, Andreas. Direito penal: teoria do delito. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 93-94.

visão de Batista, os antecedentes históricos da legalidade remontam à Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e à própria Constituição dos Estados Unidos, de 1787, além da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. O primeiro *corpo de leis penais* a incluir o princípio, segundo ele, seria a codifica-ção de D. José II, da Áustria, no ano de 1787[11]. Essa parece ser também a visão de Hans Welzel[12].

A legalidade possui importância tão fundamental que ficou famosa a frase de Franz von Liszt de que os códigos penais modernos seriam a *Magna Charta Libertatum* dos delinquentes[13], algo como uma Constituição com os direitos assegurados àqueles que violam as leis penais, limitando o poder do Estado de puni-los. Com a disseminação da concepção de Estado Democrático de Direito, as Constituições ganharam grande importância, com o reconhecimento de direitos fundamentais e da separação de poderes. A legalidade, assim, assumiu uma importância ainda maior na contenção dos poderes estatais.

Feuerbach cunhou os termos *nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena sine crimine*[14], que, segundo Nilo Batista[15], demonstram que a sua teoria se funda em uma concepção preventivo-geral da pena. É a idealização da pena como coação psicológica, isto é, como intimidação, ao se demonstrar a todos os membros da sociedade a sua efetiva aplicação a quem viola a lei penal. O professor fluminense destaca as seguintes consequências do princípio da legalidade:

- Proibir a retroatividade da lei penal;
- Proibir a criação de crimes e penas pelo costume;
- Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas;
- Proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Na Constituição, de modo genérico, o princípio da legalidade está previsto no inciso II do seu artigo 5º

> *II – **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**;*

Especificamente sobre o Direito Penal, o princípio pode ser encontrado no artigo 5º, inciso XXXIX:

> *XXXIX – **não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal**.*

11. BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 200.
12. WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 44-45.
13. HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, vol. 1, Tomo 1º. Arts. 1º ao 10. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 12.
14. Não há pena sem lei, não há crime sem pena prevista em lei e não há pena sem crime.
15. BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 202.

O Código Penal, quase nos mesmos termos da Constituição, prevê o princípio da legalidade em seu artigo 1º:

> *Art. 1º – **Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal**.*

Quanto ao sistema regional de proteção aos direitos humanos de que o Brasil faz parte, pode-se apontar a previsão da legalidade no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 9:

> *Artigo 9 – **Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável.** Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o deliquente deverá dela beneficiar-se.*

O princípio da legalidade possui conteúdo jurídico e político. Possui conteúdo jurídico por determinar que deve haver lei formal e anterior para que um fato seja considerado crime, por impedir a retroatividade da lei penal mais gravosa, por não permitir que um fato típico seja previsto em uma portaria, etc. Ocorre que, de forma concomitante, a legalidade também possui um viés político, por representar uma conquista da sociedade e uma garantia do povo de que o poder será exercido segundo a sua vontade, que, na democracia representativa, se expressa justamente na aprovação de uma lei. No Legislativo é que há o confronto e o debate de ideias entre maioria e minorias, possibilitando uma maior otimização do princípio democrático.

Assim, o seu fundamento jurídico se conecta à taxatividade da previsão das condutas incriminadoras, dando-se previsibilidade e segurança jurídica sobre o poder de punir do Estado e a sua extensão, enquanto o seu fundamento político se refere à proteção do indivíduo em relação ao Estado, como conquista do cidadão perante os poderes públicos, ou seja, liberdade pública, classificada como direito fundamental de primeira geração ou dimensão.

Decorrem da legalidade os princípios da anterioridade e da reserva legal.

Princípio da anterioridade: preconiza que a **lei penal deve ser anterior** para incidir sobre o fato. Só pode uma conduta ser considerada infração penal se estiver prevista em uma lei formal anterior. A exceção a esse princípio é a lei penal mais benéfica, que pode retroagir para beneficiar o réu.

Princípio da reserva legal: determina que deve haver **lei formal** para a previsão de crimes e contravenções penais. Isto é, não basta haver um ato normativo que preveja a conduta e lhe comine certa sanção. Para o Direito Penal, é preciso que haja lei, não bastando um decreto ou uma portaria. Alguns doutrinadores, entretanto, consideram como sinônimos a legalidade e a reserva legal[16]. Há ainda quem entenda

16. EISELE, Andreas. Direito penal: teoria do delito. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 95.

que o termo reserva legal seria preferível, por ser mais específico e afastar espécies normativas diversas da lei formal para veiculação de normas incriminadoras[17].

Nilo Batista distingue a **reserva absoluta**, que preconiza que a lei sempre adve-nha do debate democrático levado a efeito no Poder Legislativo e que somente ela estabeleça uma definição de todos os elementos do tipo penal, da **reserva relativa**, que admite a existência de normas penais incriminadoras advindas de outras fontes de produção normativa. Sob o ponto de vista da reserva absoluta, seria questionável a constitucionalidade das normas penais em branco[18].

Legalidade formal e material

a) **Formal:** a legalidade formal diz respeito ao devido processo legislativo. Não basta que haja lei, é necessário que seja uma **lei vigente**.

b) **Material:** a legalidade material se relaciona ao conteúdo da lei, exigindo que haja respeito à Constituição Federal e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Não basta uma lei vigente, é preciso que também seja uma **lei válida**.

Taxatividade e analogia

A lei penal deve ter como atributo a taxatividade, ou seja, prever exatamente aquilo que é considerado infração penal. Essa exigência de que a lei seja taxativa decorre da legalidade e do princípio da segurança jurídica, pois os cidadãos, destinatários da norma, devem ter conhecimento prévio de qual conduta configura uma infração penal e qual comportamento não enseja repressão penal. Exige-se, portanto, que haja lei formal, vigente e válida, mas não basta. Deve existir uma **lei precisa**.

A analogia é técnica de integração em caso de lacuna na legislação. Utiliza-se uma norma que veicula situação distinta para disciplinar caso similar, não compreendido no seu âmbito de regulação. Devido à exigência de taxatividade da norma penal, é vedada a analogia *in malam partem*. Não se pode utilizar uma norma, por analogia, para estender o poder punitivo estatal para além do que a lei efetivamente prevê. Desse modo, só se admite a analogia em favor do réu, ou seja, *in bonam partem*.

Taxatividade, determinação e descrição genérica

Os tipos penais devem ser claros e certos, e não indeterminados, imprecisos, ambíguos. Essa é uma exigência da taxatividade, que decorre do princípio da legalidade. Assim, não respeita o princípio da legalidade um tipo penal que seja vago ou impreciso, em cujo conteúdo se possa incluir conduta não prevista de forma previsível para seus destinatários. **É preciso que a lei penal seja certa**, determinada. Daí a afirmação do finalista Hans Welzel: "O autêntico perigo que ameaça o princípio do *nulla poena sine lege* não é a analogia, mas as leis penais indeterminadas"[19].

---

17. *MASSON, Cleber. Ob. Cit., 2019, p. 21.*
18. *BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 70-72.*
19. *WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 47.*

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decidido que o princípio da legalidade requer formulação da tipificação penal de forma expressa, precisa, taxativa e prévia. Assim, no caso *Castillo Petruzzi e outros contra o Peru*, definiu, de forma didática, que:

> *A Corte entende que na elaboração dos tipos penais* ***é preciso utilizar termos estritos e unívocos, que delimitem claramente as condutas puníveis, dando pleno sentido ao princípio da legalidade penal****. Este enseja uma clara definição da conduta incriminada, que fixe seus elementos e permita afastá-la de comportamentos não puníveis ou conduta ilícitas sancionáveis com medidas não criminais.* ***A ambiguidade na formulação dos tipos penais gera dúvidas e abre espaço para o arbítrio da autoridade****, particularmente indesejável quando se trata de estabelecer a responsabilidade penal dos indivíduos e sancioná-la com penas que afetam severamente bens fundamentais, como a vida ou a liberdade.*[20]

Apesar de haver divergências, apontam-se como exceção **os tipos abertos dos crimes culposos**[21]. Cumpre anotar que essa concepção, de que os tipos culposos são abertos[22], não é unânime na doutrina[23]. A culpa pode ter como modalidades a imprudência, a imperícia ou a negligência. Pelas modalidades de culpa já se pode notar que não há uma definição muito fechada. O que é imprudência? O que seria um caso de imperícia? Quais são as hipóteses de negligência? O que é matar alguém de maneira culposa?

Não é possível dar uma resposta precisa sobre os limites da negligência, aquilo que a configura e aquilo que não a configura. Mesmo nesse caso, exige-se um mínimo de determinação, um meio-termo. Sendo o elemento subjetivo (a culpa) um termo de definição menos precisa, os demais elementos do tipo devem estar previstos de forma determinada, sem ambiguidades.

Isso significa que os tipos totalmente vagos são vedados, já que se exige lei penal incriminadora que seja certa e determinada. **Admitem-se os tipos abertos**, como os da maioria dos crimes culposos, **mas se exige um mínimo de determinação**. O tipo penal não pode prever ser crime, por exemplo, *uma conduta imprópria em uma audiência judicial*, pois não é possível conceber, com segurança jurídica, que condutas seriam passíveis de responsabilização criminal.

Em suma, da legalidade pode-se retirar as seguintes conclusões quanto à lei penal:

- Deve ser anterior ao fato criminoso, em razão da anterioridade (*lex praevia*);
- Deve ser lei em sentido formal, escrita e publicada, pela reserva legal (*lex scripta*);
- Deve ser estrita, dada a vedação de analogia *in malam partem* (*lex stricta*);
- Deve ser certa, determinada, em nome da taxatividade (*lex certa*).

20. Tradução livre a partir da versão original em espanhol.
21. WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 205-206.
22. A maioria dos crimes culposos possuiria tipos abertos, como no caso do homicídio culposo, cuja norma se limita a estatuir que: "Se o homicídio é culposo: Pena – detenção, de um a três anos". O tipo não seria aberto no caso da receptação culposa, que possui definição da conduta típica.
23. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Thomson Reuters, 1997, p. 298-299.

Por fim, cabe um questionamento interessante: a anterioridade e a não retroatividade abrangem a jurisprudência? Ou seja, é possível que uma interpretação diversa da lei penal retroaja para beneficiar o agente e, por outro lado, uma leitura mais rígida, adotada em determinado julgamento, só se aplique dali em diante?

A visão tradicional não estende a garantia da anterioridade e da não retroatividade à interpretação jurisprudencial. A discussão tem se tornado mais forte atualmente, inclusive em cortes internacionais. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a Corte de Estrasburgo, enfrentou o tema no emblemático caso *Dominique Pessino vs. França*, em que um sujeito continuou uma obra de construção de edifício na cidade de Cannes apesar de um impedimento administrativo. Como tinha havido mudança de entendimento sobre a configuração ou não de delito nessa situação, a Corte considerou que a França violou a anterioridade da lei penal ao condenar o sr. Pessino[24].

No Brasil, não se tem aceitado o argumento de mudança jurisprudencial para propositura de revisão criminal, conforme copiosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[25]. Assim, a mudança de entendimento não pode favorecer o acusado, após o trânsito em julgado, já que a garantia da retroatividade mais benéfica se limitaria à lei. A divergência jurisprudencial, mesmo que depois superada para um entendimento favorável ao condenado, não seria fundamento hábil a permitir a revisão criminal.

Por outro lado, no caso do julgamento que concluiu pela criminalização da homotransfobia por meio da aplicação da lei contra o racismo, a Lei n. 7.716/1989, o Supremo Tribunal Federal, em deferência à anterioridade penal, determinou que esse entendimento somente seria aplicável a condutas praticadas após a conclusão do julgamento. Assim, acertadamente, a Suprema Corte resguardou o princípio da legalidade, em sua exigência de anterioridade, importante conquista do cidadão, ao dar uma interpretação mais ampla de tipos penais: a nova compreensão sobre o crime de racismo somente pode ser aplicada para fatos praticados após o julgamento. Por outro lado, o julgado é questionável do ponto de vista da interpretação ampliativa, ao flexibilizar a taxatividade do tipo penal.

2.4. Princípio da Intervenção Mínima (*ultima ratio*)

O princípio da intervenção mínima preconiza que só se deve criminalizar uma conduta se houver necessidade para a proteção do bem jurídico. O Direito Penal só deve atuar se os outros meios de controle social forem insuficientes, possuindo, portanto, caráter subsidiário, de *ultima ratio*. Isto é, **o Direito Penal só deve ser invocado, com a criação de um tipo penal, se os demais ramos do Direito não forem suficientes para coibir a conduta indesejada**. Ademais, só se deve utilizar uma norma penal para punir condutas que afrontem os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, e não para a proteção de qualquer interesse social.

---

24. Cour Européenne des Droits d L'Homme, Affaire Pessino c. France, Arrêt: Strasbourg, 10 octobre 2006.

25. STJ, AgRg no HC n. 708.907/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 18/3/2022. STJ, AgRg no HC 550.031/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020.

Referido princípio pode ser encontrado em um antigo documento da história da humanidade. Ele foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789:

> *Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer* ***penas estrita e evidentemente necessárias*** *e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.*

Nota-se que o histórico documento exige que as penas impostas por lei sejam estritamente necessárias, o que demonstra que, se forem desejadas, mas puderem ser substituídas por meios menos gravosos, o Direito Penal não deve incidir. Exige-se mais, pois o texto também enfatiza que as penas, que são a resposta do Direito Penal aos crimes cometidos por indivíduos imputáveis, devem ser evidentemente necessárias, ou seja, deve ser perceptível por todos a sua necessidade, demonstrando ainda mais o caráter de *ultima ratio* da intervenção criminal. Esse princípio se conecta à concepção de um Direito Penal mínimo, ou seja, que incrimine apenas o necessário.

Aprofundando no estudo do princípio, o alemão Winfried Hassemer faz duras críticas à legislação penal da atualidade, em que não há um estudo para elaborar os tipos penais e aperfeiçoar as penas, mas uma política criminal de intervenção exagerada na liberdade dos cidadãos, cujas razões são "medo do crime, controle de riscos, defesa de conflitos, lentidão processual". Hoje se tutelam bens jurídicos com uma abrangência muito grande, como a saúde do povo, e não apenas aqueles tradicionais, como a vida e a liberdade, o que permite que o sistema penal comporte todo tipo de proibição, até mesmo aquelas que eram do Direito Administrativo. A punição hoje se liga a riscos muitas vezes abstratos, e não mais a danos, o que leva a uma extensão da punibilidade para os atos preparatórios[26].

A partir das crises relacionadas ao Meio Ambiente, ao terrorismo e às drogas, Hassemer afirma que o Direito Penal passou a ser considerado **o principal instrumento de intervenção e de solução dos problemas da sociedade** (*sola ratio* ou *prima ratio*). Entretanto, esse Direito Penal que busca a prevenção de delitos e riscos sociais não atinge os seus objetivos e destrói os fundamentos do sistema penal (como o princípio da intervenção mínima, que ora estudamos). Apesar do aumento do rigor do Direito Penal, quase ninguém é apanhado e os poucos que são apanhados são "peixes pequenos", na maioria das vezes. O Direito Penal, assim compreendido, é simbólico e não protege os bens jurídicos[27].

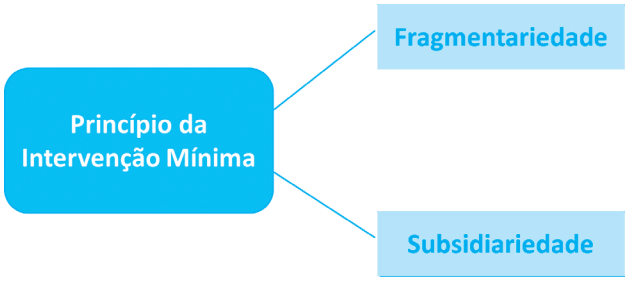
O autor defende, assim, a elaboração de um **Direito de Intervenção ou Direito Interventivo** em lugar do Direito punitivo. O Direito Interventivo responderia mais apropriadamente aos anseios sociais de combate aos riscos ao mesmo tempo em que deixaria em paz os direitos fundamentais dos cidadãos. Esse Direito interventivo substituiria o Direito Penal nas áreas em que a sociedade busca uma resposta

26. HASSEMER, Winfried. Direito Penal. Fundamentos, Estrutura, Política. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 287-295.

27. HASSEMER, Winfried. Ob. Cit., p. 295-307.

imediata, como na prevenção de riscos. O Direito Penal, assim, restringir-se-ia a um Direito Penal nuclear, com lesões aos bens jurídicos clássicos e perigos graves e visíveis. O Direito de Intervenção, por sua vez, teria garantias e normas processuais menos rígidas do que o Direito Penal, mas, ao mesmo tempo, seria dotado de sanções menos intensas. Seria um direito normativamente menos grave, mas mais adequado para coibir os novos comportamentos indesejáveis na sociedade atual[28].

Decorrem da intervenção mínima os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.



2.5. Princípio da Fragmentariedade

Segundo o princípio da fragmentariedade, o Direito Penal só deve criminalizar as condutas mais graves que sejam praticadas contra os bens jurídicos mais importantes. Possui, portanto, caráter fragmentário. Considerando o conjunto de todos os bens reconhecidos pela sociedade, o Direito Penal deve proteger apenas alguns fragmentos, ou seja, **só parte dos bens jurídicos é tutelada pelas normas penais incriminadoras**.

O Direito Penal não deve se preocupar com a moralidade pública, no sentido de inibir comportamentos tidos como inaceitáveis do ponto de vista da moral particular de determinado grupo social ou de eventual pensamento majoritário. Não devem ser punidas, criminalmente, ações meramente imorais. As sanções penais se prestam a apresentar a resposta estatal aos comportamentos que violem os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, aqueles que demonstrem ser de importância primordial para determinada população.

Assim, conclui-se que o Direito Penal deve se dedicar exclusivamente à **proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade**. A seleção desses bens, a serem tutelados pelas normas penais, deve ser feita pela lei formal, em consonância, obviamente, com o que estabelece a Constituição da República.

De todo modo, cabe destacar que o STF não reconheceu a incidência desse princípio em processo instaurado pela prática do tipo penal de casa de prostituição. A Corte considerou que há proteção de bens jurídicos pelo tipo penal, consistentes na moralidade sexual e nos bons costumes, considerados de elevada importância social[29].

28. HASSEMER, Winfried. Ob. Cit., p. 308-314.
29. STF, HC 104467/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 09/03/2011.

2.6. Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade, decorrente da intervenção mínima, determina que, para coibir condutas consideradas indesejadas pela sociedade, devem ser utilizados, com preferência, os demais ramos do Direito, e não o Penal. Por isso, só se deve recorrer à criminalização como forma de coibir determinado comportamento se as demais sanções, como as administrativas, por exemplo, não forem suficientes para a salvaguarda do bem jurídico.

Assim, o Direito Penal é **subsidiário, ou seja, o último recurso do Estado**. Representa a ***ultima ratio*** quando se deseja punir determinada conduta tida por perniciosa no seio social. Havendo a possibilidade de uma multa de trânsito, por exemplo, resolver o problema e inibir um comportamento indesejado, não se deve criar um tipo penal, já que uma pena seria, então, desnecessária para o fim a que se destina.

2.7. Princípio da Adequação Social

O princípio (ou teoria) da adequação social determina que **o Direito Penal só deve considerar criminoso um fato que contrarie o sentimento de justiça da comunidade**. As condutas socialmente aceitas e que não afrontam a Constituição Federal devem ser excluídas do âmbito da norma. Só se punem condutas que tenham certa relevância social. Sua criação é atribuída a Hans Welzel[30].

Serviria, portanto, como um **princípio geral de interpretação**[31], fazendo com que se proceda a uma leitura dos tipos penais de acordo com o seu filtro, analisando se, a despeito de típicas, as condutas encontram ou não adequação ao que a sociedade como um todo entende como justo[32]. Essa teria sido a posição final do próprio Welzel, entendimento que parece ser seguido por Bitencourt[33]. Para outra parte da doutrina, seria uma **causa supralegal de exclusão da tipicidade**, excluindo do âmbito de incidência da norma penal incriminadora condutas aceitas e toleradas pela sociedade[34]. Seria uma exclusão da tipicidade por ausência do desvalor da conduta e do desvalor do resultado, o que afastaria a tipicidade material[35].

A doutrina aponta como exemplo o caso do jogo do bicho, em que se poderia diferenciar o pequeno apontador, que trabalha ilegalmente com o jogo sem grandes lucros, e o banqueiro, que se aproveita de um sistema organizado e dotado de capilaridade para auferir proveitos financeiros vultosos. A conduta do apontador, de módicos ganhos, estaria já aceita pela sociedade, que se acostumou aos jogos do

---

30. PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 49.
31. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Ob. Cit., 2002, p. 67.
32. WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 98-101.
33. BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. Cit., 2020, p. 65-68.
34. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, parte geral. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019, p. 503-504. PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 49-50. MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 41.
35. BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. Cit., 2020, p. 65-66.

QUADRO SINÓTICO

Princípios Penais	
Dignidade da pessoa humana	Preconiza um tratamento à pessoa que não lhe prive do mínimo necessário para que possa exercer sua capacidade de autodeterminação e afasta qualquer tratamento degradante. Veda a pena de morte (salvo em caso de guerra), as penas de caráter perpétuo, as penas de trabalhos forçados, as de banimento e, de modo geral, as cruéis.
Devido processo legal	Em sua faceta substancial se refere à limitação do exercício do poder, que deve se amoldar ao que determina a Constituição. No seu aspecto formal, formal consiste na exigência de respeito às normas processuais.
Legalidade	Garantia política e jurídica de exigência de lei formal (reserva legal) e anterior (anterioridade) para que se possa punir alguém.
Intervenção mínima	O Direito Penal deve intervir o mínimo possível na vida dos cidadãos. Decorrem dele os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.
Fragmentariedade	As normas penais só tutelam os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, e não todos.
Subsidiariedade	As normas penais funcionam como *ultima ratio*, só devendo atuar quando os outros ramos do Direito não forem suficientes para coibir o comportamento.
Adequação social	Princípio interpretativo, preconiza que aquilo que a sociedade aceita como adequado não deve ser considerado criminoso.
Culpabilidade	Vedação da responsabilidade penal objetiva, ao se exigir dolo ou culpa para imposição de sanção penal.
Ofensividade ou Lesividade	Exige-se uma lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico tutelado para que se possa punir penalmente.
Autorresponsabilidade	Veda a punição de alguém por ter participado de uma decisão livre e consciente da vítima, com capacidade de decisão.
Individualização da pena	A pena deve ser individualizada em cada caso, na previsão abstrata de delitos e penas, na fixação da pena pelo juiz e até mesmo em sua execução.
Confiança	Não se deve responsabilizar penalmente quem atua na livre expectativa que os demais cumpram o seu dever jurídico de cuidado.
Pessoalidade	A pena não deve passar da pessoa do condenado.
Alteridade	Só podem ser penalizadas condutas que ultrapassem o âmbito de disponibilidade do próprio agente, atingindo outrem.
Exteriorização do fato	Não se punem pensamentos, mas apenas condutas exteriorizadas.
Presunção de inocência	Todos devem ser presumidos inocentes, até prova em contrário.

Princípios Penais	
Ne bis in idem	Ninguém pode ser punido duplamente ou processado mais de uma vez pelo mesmo fato.
Irretroatividade	A lei penal mais gravosa não pode retroagir, enquanto a lei mais benéfica deve retroagir para beneficiar o réu.
Insignificância	O Direito Penal não deve se ocupar de bagatelas, de modo que se exige relevância material da lesão ou ameaça de lesão, sob pena de atipicidade material.
Exclusiva proteção de bens jurídicos	Só se pode criminalizar condutas que representem uma violação de bens jurídicos tutelados pela sociedade.
Proporcionalidade	Postulado, muitas vezes referido como princípio, que exige necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, além de legitimidade dos meios e fins, em toda intervenção estatal na vida dos indivíduos.

CAPÍTULO I
DOS CRIMES CONTRA A VIDA

Os crimes contra a vida estão inseridos no Título I, denominado "Dos Crimes Contra a Pessoa". Dentro de referido título, estão tratados mais especificamente no Capítulo I, sendo, portanto, os primeiros crimes previstos pelo Código Penal. Para alguns, essa precedência indica a importância da vida no nosso ordenamento jurídico, que é o núcleo e o princípio de todo o Direito.

A vida tutelada pelos crimes previstos no Capítulo I do Título I do Código Penal é tanto a extrauterina quanto a intrauterina. São os crimes contra a vida o homicídio; o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; o aborto e o infanticídio. Esses delitos, se dolosos, são da competência do Tribunal do Júri, nos termos do que dispõe o artigo 5º, inciso XXXVIII:

> *XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:*
>
> *a) a plenitude de defesa;*
>
> *b) o sigilo das votações;*
>
> *c) a soberania dos veredictos;*
>
> *d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;*

Entretanto, vale destacar que a nova figura delitiva do artigo 122 do CP, de induzimento, instigação ou auxílio a automutilação, não constitui um dos crimes contra a vida, apesar de inserido dentre eles. A Constituição previu, portanto, a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o que é a competência mínima de referido órgão jurisdicional. A lei pode estender sua competência para outras hipóteses, como ocorre no caso dos crimes conexos. Entretanto, a incorreta inserção no título dedicado aos crimes contra a vida não torna a figura da participação em automutilação um crime contra a vida para a configuração da competência do Tribunal do Júri.

1. HOMICÍDIO

O crime de homicídio está previsto no artigo 121 do Código Penal, sendo denominado, por Nélson Hungria, de "**o crime por excelência**"[1]. É a morte de um ser humano por outro. A sua posição no início do Código Penal sinaliza a importância do

1. HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 25.

direito à vida, pressuposto para o gozo de todos os demais direitos. Esse dispositivo legal prevê as figuras do homicídio doloso simples, do homicídio doloso privilegiado, do homicídio doloso qualificado, do feminicídio, do homicídio culposo, do homicídio culposo majorado, do homicídio doloso majorado e do feminicídio majorado:

> *Homicídio simples*
> *Art. 121. Matar alguém:*
> *Pena – reclusão, de seis a vinte anos.*
> *Caso de diminuição de pena*
> *§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.*
> *Homicídio qualificado*
> *§ 2º Se o homicídio é cometido:*
> *I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;*
> *II – por motivo fútil;*
> *III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;*
> *IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;*
> *V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:*
> *Pena – reclusão, de doze a trinta anos.*
> *Feminicídio*
> *VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:*
> *VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:*
> *VIII – com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido:*
> *Homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos.*
> *IX – contra menor de 14 (quatorze) anos.*
> *Pena – reclusão, de doze a trinta anos.*
> *§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:*
> *I – violência doméstica e familiar;*
> *II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.*
> *II – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou com doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;*
> *§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:*
> *I – 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;*
> *II – 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.*

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena – detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. 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.

§ 5º – Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;

III – na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;

IV – em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006."

Há algumas características comuns ao crime de homicídio, em suas diferentes modalidades:

- **Objeto jurídico**: vida humana extrauterina.
- **Objeto material**: a pessoa contra a qual recai a conduta criminosa.
- **Núcleo do tipo** (ação nuclear): "matar".
- **Forma de realização típica**: crime de ação livre.

O *crimen homicidii*, também denominado de delito máximo, é, em regra, comissivo. Pode ser, todavia, cometido por omissão, quando existe a posição de garantidor por parte do sujeito ativo, nos termos do artigo 13, § 2º, do Código. Em relação à vítima, qualquer ser humano (vida extrauterina) pode ser sujeito passivo. Há, entretanto, normas especiais em relação à vítima:

- praticado contra menor de 14 anos: incide a qualificadora do art. 121, § 2º, IX, do CP.
- com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso: art. 1º da Lei n. 2.289/1956 (genocídio).
- contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino: configura-se a forma qualificada denominada de feminicídio.

- contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: há incidência da forma qualificada, chamada pela doutrina de homicídio funcional.

Segundo Carnelutti, "O homicídio não é somente ter matado, mas ter querido matar"[2]. O processualista italiano está se referindo ao elemento subjetivo do delito, que o integra e é, portanto, imprescindível para a sua configuração. O elemento subjetivo do homicídio, em sua modalidade dolosa, é a intenção de matar, denominado de *animus necandi* ou *occidendi*. O dolo é extraído das circunstâncias do fato. Por exemplo, quem dispara vários projéteis de arma de fogo em direção à cabeça da vítima, em princípio, queria matá-la, diversamente de quem dá uma facada na mão do ofendido, via de regra.

Sobre a consumação, é necessário o resultado naturalístico consistente na morte da vítima, de modo que o delito é classificado como material. A vítima é o ser humano, não podendo ser o objeto material o embrião ou feto no útero da mãe, tutelado pelo delito de aborto. Hungria observa, entretanto, ser possível o *feticídio* como modalidade de homicídio, caso a morte do feto ocorra durante o parto[3]. O *feto nascente*, adverte, é *homem* para fins penais. A morte pode ser aferida segundo os seguintes critérios:

- **Morte clínica**: parada cardíaca e respiratória.
- **Morte biológica**: destruição molecular.
- **Morte encefálica ou cerebral**: paralização cerebral. Esse é o critério adotado pela Lei n. 9.434/1997, a Lei de Transplante de Órgãos, no *caput* do seu artigo 3º, o que pode ser utilizado na interpretação sistemática para a consumação do homicídio:

> *Art. 3º A retirada* post mortem *de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de* ***morte encefálica****, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina*

A premeditação do homicídio não está prevista como especial causa de aumento de pena nem mesmo como agravante genérica. Esse planejamento prévio do delito pode ser valorado como circunstância judicial, a título de culpabilidade, pela maior reprovação presente no delito assim cometido em relação a um assassinato praticado de ímpeto[4].

A tentativa é possível, pois se trata de crime plurissubsistente. **Admite-se tentativa inclusive em caso de dolo eventual**[5]. A tentativa pode ser perfeita (acabada ou

2. CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Tradução de Antônio Roberto Hildebrandi. 3. ed. 6. tir. Leme/SP: EDIJUR, 2020, p. 51.
3. HUNGRIA, Nélson. Ob. Cit., 1958, p. 37.
4. STJ, REsp n. 1.843.481/PE, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 14/12/2021.
5. HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 75.

crime falho) ou imperfeita (propriamente dita). Pode, ainda, ser branca (incruenta) ou vermelha (cruenta). A tentativa se configura com o disparo da arma de fogo ou com o despejar do veneno no alimento da vítima, segundo Hungria, mas não com a pontaria da arma nem com o sacar do punhal[6]. Carrara, por sua vez, considerava que o apontar da arma significaria tentativa[7].

Registre-se que, a respeito do homicídio de ímpeto, já se discutiu se o homicídio tentado é compatível com o *impetus*, ou seja, com a atuação de inopino, no calor dos fatos. A resposta que prevaleceu foi a positiva: a tentativa pode existir em crimes de ímpeto, aqueles de impulso, assim como nos crimes refletidos, planejados[8].

A classificação geral do crime de homicídio é a seguinte: crime comum; de dano; material; instantâneo de efeitos permanentes; simples (protege apenas um bem jurídico); plurissubsistente; que pode ser doloso ou culposo; de ação penal pública incondicionada.

1.1. Homicídio Simples

Homicídio, em sua forma simples, está previsto no *caput* do artigo 121 do Código Penal:

> *Homicídio simples*
> *Art. 121. Matar alguém:*
> *Pena – reclusão, de seis a vinte anos.*

Como acima mencionado, o núcleo do tipo é o verbo "matar". Como elementar do crime, há ainda o termo "alguém", que pode ser traduzido por pessoa viva. Refere-se à vida extrauterina, não abrangendo o feto, cuja vida é tutelada pelo crime de aborto. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, a intenção de matar. Exige-se o chamado ***animus necandi***, isto é, a vontade e a consciência do autor de matar outro ser humano que deve estar, por óbvio, vivo.

A pena prevista no preceito secundário do tipo penal é de reclusão, de seis a vinte anos. O crime de homicídio simples **não é hediondo, salvo se praticado em atividade de grupo de extermínio**, nos termos da primeira parte do inciso I do artigo 1 da Lei n. 8.072/1990:

> *Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:*
> *I – **homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente**, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX);*

6. HUNGRIA, Nélson. Ob. Cit., 1958, p. 68-69.
7. CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral. Volume I. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 288.
8. HUNGRIA, Nélson. Ob. Cit., 1958, p. 75.

Os grupos de extermínio são agrupamentos de pessoas que praticam assassinatos, geralmente tendo como alvo pessoas marginalizadas ou consideradas indesejadas pela sociedade. Consideram-se justiceiros e são compostos por civis, militares ou ambos. Enquadram-se nessa categoria os grupos paraestatais, que buscam agir como se fossem autoridades, em razão a leniência ou ausência do poder público, podendo inclusive alcançar certo reconhecimento social na comunidade em que atuam. Se o agente integrar um grupo de extermínio e praticar o homicídio em decorrência desse pertencimento, como uma tarefa que lhe foi atribuída ou parte dos objetivos do grupo, o homicídio será qualificado, ainda que ele tenha praticado sozinho o crime, sem contribuição dos demais.

1.2. Homicídio Privilegiado

O homicídio "privilegiado" consiste em uma causa de diminuição de pena ou minorante, no caso de o agente ter cometido o crime orientado por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. As hipóteses legais de privilégio, nos casos de concurso de pessoas, não se comunicam aos coautores ou partícipes[9].

Como não há criação de uma figura com nova estrutura diversa, mas **mera causa de diminuição de pena**, alguns doutrinadores usam o termo ***privilégio*** entre aspas, em razão de sua natureza de minorante[10]. Há, ainda, quem repudie esse termo *homicídio privilegiado*, por ser inadequado, preferindo se referir a uma causa de diminuição de pena[11].

Nesse caso, o juiz, na terceira fase da dosimetria, deve proceder à diminuição da pena, utilizando a fração de um sexto a um terço.

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

Sobre a escolha da fração, o juiz deve se guiar pela influência que o motivo teve, a própria relevância do motivo para o autor ou, ainda, a intensidade da injusta provocação da vítima e o grau de abalo emocional causado no réu:

> *"(...) **A escolha da fração de redução de pena deve ser aferida com base nas circunstâncias fáticas que levaram ao reconhecimento do homicídio privilegiado, especialmente "o grau emotivo do réu, além da intensidade da injusta provocação realizada pela vítima**. (...)" (AgRg no AREsp 806586/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 07/03/2018).*

9. MASSON, Cleber. Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 212). Vol. 2. 12. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 17. CUNHA, Rogério Sanches. Ob. Cit., 2020, p. 54. STJ, HC 24.029/RO, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/03/2004, DJ 07/06/2004.
10. BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte especial: crimes contra a pessoa. Coleção Tratado de direito penal, volume 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 80. CUNHA, Rogério Sanches. Ob. Cit., 2020, p. 51.
11. MASSON, Cleber. Ob. Cit., 2019, p. 17.

O **motivo de relevante valor social** consiste no interesse coletivo, naquela causa que diz respeito a toda a comunidade. Um exemplo é o sujeito matar o traidor da pátria. Outro é dar fim à vida de um indivíduo que ameaça a todos de uma pequena e tranquila cidade.

O **motivo de relevante valor moral**, por sua vez, é o interesse individual do agente, como a compaixão. Como previsto na Exposição de Motivos do Código, há cabimento dessa hipótese de privilégio no caso de eutanásia, de um paciente terminal que não quer mais prolongar sua existência e que está sofrendo bastante. O motivo é a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima. Menos polêmico é o cabimento do motivo de relevante valor moral no pai que mata o estuprador da própria filha.

Já o chamado **homicídio emocional** é aquele cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima. São seus requisitos[12]:

- **Domínio de violenta emoção**: o agente deve agir dominado por uma forte emoção, não configurando a minorante a emoção leve nem a efêmera.
- **Reação imediata**: conforme se nota da expressão "logo após", a reação do agente deve ocorrer em seguida à provocação injusta.
- **Injusta provocação da vítima**: a provocação da vítima deve ser injusta, podendo ser até indireta, voltando-se a terceiros ou a animais.

Quanto ao chamado homicídio emocional, é importante recordar que a emoção não exclui a culpabilidade, nos termos do que dispõe o artigo 28, inciso I, do Código Penal:

> *Art. 28 – **Não excluem a imputabilidade penal**:*
> *I – **a emoção ou a paixão**; (...).*

Portanto, a emoção e a paixão não são excludentes da culpabilidade. Deve-se ressalvar, contudo, a hipótese de a situação se tornar patológica, o que pode configurar doença a impedir que o agente compreenda o caráter ilícito do que fez ou que ele se comporte conforme tal entendimento.

Segundo a doutrina majoritária, configurada alguma das hipóteses do homicídio privilegiado, **a redução da pena é obrigatória**. As circunstâncias do homicídio privilegiado são subjetivas e, portanto, não se comunicam aos demais agentes. Cuida-se de circunstâncias previstas para a configuração da causa de diminuição de pena, de ordem subjetiva, razão pela qual não são comunicáveis, conforme a regra do artigo 30 do Código Penal.

É possível que o homicídio seja privilegiado e qualificado, desde que a qualificadora seja objetiva. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

12. Não confundir com os requisitos da atenuante do artigo 65, III, b, do CP, que se aplica a qualquer delito: "influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima".

> *"(...) 3. **O reconhecimento da figura privilegiada** constante no § 1º do art. 121 do CP, de que o réu agiu sob violenta emoção, após injusta provocação da vítima, **por ser de natureza subjetiva, é compatível com as qualificadoras de ordem objetiva**, como na hipótese, do emprego de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido. Precedentes (...)" (STJ, AgRg no REsp 950404/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 21/03/2019).*

Não é outro o entendimento do STF, expresso em precedente que, apesar de antigo, não foi superado por posição diversa:

> *"(...) **A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de ocorrência de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias aplicáveis**. Ocorrência da hipótese quando a paciente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, mas o pratica disparando os tiros de surpresa, nas costas da vítima (CP, art. 121, § 2º, IV) A circunstância subjetiva contida no homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º) convive com a circunstância qualificadora objetiva "mediante recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima" (CP, art. 121, § 2º, IV). Precedentes. (...)" (STF, HC 76196/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, Julgamento: 29/09/1998).*

O **homicídio qualificado-privilegiado não é considerado hediondo**, não se submetendo às disposições da Lei n. 8.072/1990. Também é denominado **homicídio híbrido**. Sua não hediondez é o entendimento consolidado há bastante tempo no âmbito do STJ:

> *"I – Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes) (...)" (STJ, HC 153728/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 31/05/2010).*

Apesar de não ser compatível a qualificadora do motivo torpe com o privilégio, o STJ possui precedente que entende compatível a qualificadora do motivo torpe com as atenuantes genéricas de o agente ter cometido o crime sob relevante valor social ou moral:

> *2. De outra parte, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal e desta Corte, é possível a coexistência, no crime de homicídio, da qualificadora do motivo torpe, prevista no art. 121, § 2º, I, do Código Penal, com as atenuantes genéricas inseridas no art. 65, II, "a" e "c", do mesmo dispositivo, podendo, pois, concorrerem no mesmo fato. (STJ, AgRg no Ag 1060113/RO, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 16/09/2010, DJe 04/10/2010).*

1.3. Homicídio Qualificado

A qualificadora é a forma do tipo penal em que se comina uma diferente pena em abstrato, com novos limites mínimo e máximo. O homicídio qualificado está previsto no § 2º do artigo 121:

> *Homicídio qualificado*
>
> *§ 2º Se o homicídio é cometido:*

> *I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;*
>
> *II – por motivo fútil;*
>
> *III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;*
>
> *IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;*
>
> *V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:*
>
> *Pena – reclusão, de doze a trinta anos.*
>
> *Feminicídio*
>
> *VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:*
>
> *VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:*
>
> *VIII – com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido*
>
> *Homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos*
>
> *IX – contra menor de 14 (quatorze) anos:*
>
> *Pena – reclusão, de doze a trinta anos.*

As qualificadoras são causas especiais que determinam uma pena maior, mais gravosa, abstratamente cominada, com diferentes limites mínimos e máximos. Referem-se aos **motivos determinantes do crime e aos meios e modos de sua execução**. A qualificadora implica um novo limite mínimo e um novo teto para a pena abstratamente prevista, sendo que no caso a pena será de reclusão de doze a trinta anos.

O homicídio qualificado é **crime hediondo** tanto em sua forma tentada quanto na consumada, conforme determina o artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990. Vale mencionar que a Lei n. 13.964/2019 modificou o teor de referido dispositivo para incluir expressamente o inciso VIII (homicídio qualificado funcional), enquanto a Lei n. 14.344/2022 alterou o dispositivo para mencionar o inciso IX (menor de 14 anos):

> *Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:*
>
> *I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e* ***homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX****);*

Passa-se, então, à análise de cada uma das hipóteses de homicídio qualificado:

I. Mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe

O artigo 121, § 2º, I, do CP, trata do homicídio mercenário ou por mandato remunerado. É o crime cometido mediante paga, recompensa ou por outro motivo torpe. A **paga ou promessa de recompensa**, para a maior parte da doutrina, deve ter natureza financeira. A discussão, entretanto, não possui relevância prática, já que, se não considerada a vantagem não financeira como paga nem como promessa

de recompensa, há a fórmula de "outro motivo torpe, que possibilita a chamada interpretação analógica. Cuida-se de expressão que deve ser interpretada com base nas situações anteriores, tomadas como paradigma.

Há divergências sobre a paga ou promessa de recompensa ser circunstância que se comunica também ao **mandante** ou se deve ser limitada ao executor do crime. Na verdade, não deve ser considerada elementar, mas circunstância da forma qualificada. Entretanto, a matéria **não está pacificada e há divergência no próprio Superior Tribunal de Justiça**:

> *"(...) 3. No homicídio mercenário, **a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é elementar do tipo qualificado, comunicando-se ao mandante do delito**. (...)" (STJ, AgInt no REsp 1681816/GO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/05/2018).*
>
> *"(...) V – No homicídio, **a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, ex vi art. 30 do C.P., incomunicável**. Recurso especial parcialmente provido para restabelecer a qualificadora de motivo fútil na decisão de pronúncia. (...)" (STJ, REsp 1415502/MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 17/02/2017)*[13].

O **motivo torpe** é o motivo repugnante, vil, abjeto, desprezível. A vingança vem sendo compreendida pelo STJ como um motivo torpe, sendo esse o entendimento que prevalece:

> *"(...) 2. No caso, a prisão preventiva está justificada, pois a decisão que a impôs delineou o* modus operandi *empregado na conduta delitiva, revelador da periculosidade do recorrente, consistente na prática, em tese, de tentativa de homicídio mediante emprego de arma de fogo, delito qualificado por motivo torpe, consubstanciado em vingança em razão de a vítima ter realizado denúncias que levaram à prisão do chefe do tráfico da localidade. Tais circunstâncias denotam sua periculosidade e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública. (...)" (STJ, RHC 90941/PE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 04/06/2018).*
>
> *"(...) Na pronúncia, que não encerra juízo de procedência acerca da pretensão punitiva, somente se admite a exclusão de qualificadoras quando manifestamente improcedentes ou descabidas, sob pena de afrontar a soberania do Júri, o que não se verifica no caso concreto, mormente quando relatado na própria denúncia que o crime foi cometido por vingança, sendo considerada qualificadora do motivo torpe pela jurisprudência firme desta Corte.(...)" (AgRg no HC 523.029/PE, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019)*

Vale registrar que, no passado, o STJ já entendeu que a vingança poderia ou não configurar motivo torpe, a depender do caso concreto:

> *"(...) 2. Para se afastar qualificadoras da pronúncia, é fundamental que sua impropriedade seja manifesta. A vingança,* per se, *pode não ou representar motivo torpe – tudo a depender do caso concreto. O debate acerca dos lineamentos do recurso que*

13. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1879682/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020.

Ademais, admite-se analogia *in bonam partem* para estender a causa extintiva de punibilidade para o homicídio culposo do Código de Trânsito Brasileiro[48]. Portanto, se o agente sofre as consequências da sua conduta culposa de forma tão gravosa que a sanção se torne desnecessária, o juiz pode deixar de aplicar a pena. A hipótese é denominada de **bagatela imprópria**.

Cabe à defesa demonstrar que as consequências do crime atingiram o agente de forma que a reprimenda se mostra desnecessária (ônus de prova). Presentes os requisitos previstos na lei, o magistrado deve conceder o perdão judicial, por se tratar de direito subjetivo do réu, apesar de a norma dizer que o magistrado "pode" deixar de aplicar a pena.

Com relação a eventual efeito condenatório, o STJ já sumulou o entendimento sobre a sua impossibilidade, nos termos do seu enunciado de número 18: "A sentença concessiva do perdão judicial é **declaratória da extinção da punibilidade**, não subsistindo qualquer efeito condenatório." Assim, a sentença concessiva de perdão judicial não pode servir de fundamento para reconhecimento, no caso da prática posterior de outra infração penal, da reincidência do agente, por exemplo.

QUADRO SINÓTICO

Crime de homicídio	
Tipo penal	Matar alguém.
Objeto jurídico	Vida
Sujeito ativo	Qualquer pessoa
Sujeito passivo	Qualquer pessoa
Elemento subjetivo	Admitem-se dolo direto e eventual (nesses casos, o julgamento será de competência do tribunal do júri, conforme artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "d", da Constituição). Há modalidades de homicídio que exigem elemento subjetivo especial, como no homicídio privilegiado quando o agente é motivado por relevante valor social ou moral ou em casos de homicídio qualificado, como quando o agente comete o crime por motivo torpe, fútil, para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.
Elemento normativo	Admite-se modalidade culposa (artigo 121, § 3º, do CP).
Consumação	Com a produção do resultado morte: extinção das funções encefálicas, nos termos do artigo 3º, da Lei n. 9.434/1997.
Tentativa	Admite-se a tentativa na modalidade dolosa.

48. CAPEZ, Fernando. Ob. Cit., vol. 2, 2013, p. 111. Também admite, em razão do exemplo utilizado na obra: NUCCI, Guilherme, Ob. Cit., 2015, p. 723. Em sentido contrário: PRADO, Luiz Regis. Ob. Cit., 2020, p. 408.

Crime de homicídio	
Forma majorada	Artigo 121, §§ 2º-B, 4º, 6º e 7º, CP: (§ 2º-B): majorantes do homicídio qualificado contra menor de 14 anos de idade: (i) 1/3 até 1/2 se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade e (ii) 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela; (§ 4º, primeira parte) hipótese de majoração da pena no homicídio culposo quando o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato ou foge para evitar prisão em flagrante; (§ 4º, segunda parte) majoração da pena no homicídio doloso quando o crime é praticado contra menor de 14 anos ou maior de 60; (§ 6º) se o crime é praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio; e (§ 7º) hipótese de majoração da pena nos casos de feminicídio se o crime for praticado durante a gestação ou nos 3 meses posteriores ao parto, contra pessoa maior de 60 anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental, na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima ou em descumprimento das medidas protetivas previstas nos incisos I, II e III do *caput* do artigo 22, da Lei n. 11.340/2006.
Forma qualificada	Incisos do artigo 121, § 2º, do CP: (i) mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; (ii) por motivo fútil; (iii) com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; (iv) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; (v) para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; (vi) contra a mulher por razões da condição do sexo feminino – feminicídio; (vii) contra autoridade ou agente descritos nos arts. 142 (forças armadas) e 144 (PF; PRF; polícia ferroviária federal; polícias civis; PMs e corpos de bombeiros militares; policiais penais federal, estaduais e distrital; e guardas municipais, conforme 144, § 8º, da CF) da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (viii) com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido; (ix) contra menor de 14 (quatorze) anos.
Forma privilegiada	Artigo 121, § 1º: se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.
Classificação	Trata-se de crime comum; material (remissão aos artigos 158 e 167, ambos do CPP); de dano; admite consumação por conduta comissiva ou omissiva imprópria; instantâneo de efeitos permanentes; não transeunte; plurissubsistente; monossubjetivo; e de forma livre.

Crime de homicídio	
Benefícios	No homicídio culposo (artigo 121, § 3º, do CP), como a pena mínima cominada é de um ano, é possível a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89, da Lei n. 9.099/1995. No caso do feminicídio não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Súmula 588, do STJ). No homicídio culposo, quando as consequências da ação atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária, pode o juiz conceder o perdão judicial, nos termos do artigo 121, § 5º, do CP. Há discussão sobre o cabimento do ANPP para o homicídio culposo (ex.: homicídio de trânsito). Assunto ainda não resolvido pela jurisprudência.
Ação penal	Pública incondicionada
Observações	O crime de homicídio, em certos casos, é considerado crime hediondo (artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990): homicídio simples, quando cometido em atividades típicas de grupo de extermínio; e o homicídio qualificado, nos termos do artigo 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX, do CP.

2. INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU A AUTOMUTILAÇÃO

O crime de **induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio** era a denominação do delito previsto no artigo 122 do Código Penal. A Lei n. 13.968, de 26 de dezembro de 2019, inseriu a figura do induzimento, instigação ou auxílio a automutilação, além de alterar a configuração do tipo em suas formas majoradas, inserir novas qualificadoras e prever o afastamento desse delito, em favor da lesão gravíssima e do homicídio, em determinados casos. A *novatio legis in pejus* só alcança os fatos cometidos após o início de sua vigência:

Antes da Lei n. 13.968/2019	Após a Lei n. 13.968/2019
Art. 122 – Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único – A pena é duplicada: Aumento de pena I – se o crime é praticado por motivo egoístico; II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.	Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. § 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte: