

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho ora investigado é em relação ao grau de desvalor no momento subjetivo de o sentenciante mensurar a culpa qualificada do homicídio, consoante o artigo 132º do Código Penal português<sup>1</sup>. A técnica utilizada é apresentada por vários doutrinadores e professores de academias jurídicas, encontrando-se assentada na combinação de um critério generalizador com os chamados exemplos-padrão.

Apresentaremos, de forma sucinta, breve introdução histórica acerca da pesquisa sobre a aplicabilidade pelo magistrado no momento do reconhecimento da ocorrência ou não do grau da culpabilidade do arguido como forma de qualificação da ação.

A culpa é um juízo subjetivo de censura formulado pela ordem jurídica de um determinado infrator, dosando-se ao infrator sua vontade dirigida através de seu inconsciente psíquico ao momento em que decide praticar ato ilícito, quando o arguido deveria ter o conhecimento devido e correto da legislação vigente contrariamente daquilo que cometeu.

“Dentre o âmbito e delimitação do Direito Penal português, podem-se distinguir-se três conceitos: crimes, contravenções e contra ordenações<sup>2</sup>”.

Na reforma penal portuguesa, restaram algumas observações acerca da culpabilidade do agente. Não querendo exaurir a matéria muito menos criticá-la, apresentando-se apenas aquilo que podemos relatar em nosso trabalho através das pesquisas doutrinárias, após alguns anos da entrada em vigor do Código Penal português de 1982, aferiu-se a necessidade de mais debates e investigações científicas acerca da culpabilidade do agente infrator. Mesmo chegando à conclusão de vários doutrinadores, podemos afirmar não estar esgotado o tema, prova disso é o tópico dedicado a este trabalho acerca da visão brasileira sobre este estudo.

Em análise feita à lei em vigor, além do mais diante ao que nos orienta grande maioria das doutrinas penais portuguesas neste trabalho consultadas sobre os dois grandes inspiradores da Reforma: Eduardo Correia e Figueiredo Dias. “Sem o menor intuito de pretender relegar o plano secundário à cultura jurídico-penal portuguesa (tarefa que, de resto, não seria fácil), ousou afirmar, contando com o apoio até mesmo de certos setores doutrinários de Portugal, que, quer o sistema, quer na redação dos artigos, o Código Penal português de 1982 constituiu-se em grande parte numa versão do Código Penal alemão de 1975”<sup>3</sup>.

---

1 Artigo 132º do Código Penal Português, 2017, 7.ª ed., Editora Almedina. ISBN 978-972-40-7221-0.

2 DIAS, Jorge Figueiredo. Comentário canimbricense ao Código Penal. Tomo I. Também Paulo Albuquerque, Comentário do Código Penal, à Luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem, p. 400. Refere o autor: “Trata-se de um tipo de culpa agravada de homicídio pró força da cláusula geral da especial censurabilidade ou perversidade concretizada de acordo com um elenco de circunstâncias não automático e não taxativo”.

3 CORREIA, Eduardo e DIAS, Jorge Figueiredo. Comentário ao Código Penal Português de 1982.

A evolução legislativa e doutrinária sobre a culpabilidade do agente nos países europeus é latente, prova disso são as citações e comentários de várias decisões ocorridos após a Reforma portuguesa, agindo contrariamente, isso a nosso ver, a legislação brasileira.

Ao relembrar a forma contrária da legislação brasileira em relação aos países europeus, com a taxaço penal ao qualificar a ação do agente por questões de gênero, local e parentesco, indo na contramão do entendimento legislativo de seu próprio colonizador; presenciamos também e com a mesma distorção na espécie infracional o agravamento da legislação penal brasileira por questões midiáticas, ideológicas e até mesmo religiosas de tempo e época, conforme cada entendimento administrativo do poder estatal.

A matéria em estudo é ampla e não deixa de ser complexa sua análise, aplicando-a em Portugal pelos nossos colonizadores, ou no Brasil, que reconhece e declara em sua legislação a matéria em análise de forma taxativa, e de criação, em grande maioria das vezes temporã, motivo este que nos remete a uma breve introdução histórica para melhor fechamento do artigo.

Em razão da evolução do tratamento doutrinal e legislativo é que transcreveremos o máximo de conceitos ao trabalho, vejamos, por outras palavras, em que nesta exposição concatenadamente nos embasaremos. “Do que aqui se trata é de continuar a aceitar o poder de autodeterminação como conteúdo material da culpa, se bem que não reconhecido, agora, como ‘comprovação entitativa’, mas apenas como ‘postulado político-criminal dirigido ao juiz’, como ‘princípio normativo de regulação de caráter generalizante’, numa palavra, como suposição de liberdade”<sup>4</sup>.

## 2. O TIPO PENAL

Não raras vezes presenciamos condenações em que o sentenciante ao condenar o agente aplica-lhe qualificadoras na ação sem que tenha sido mensurada a censurabilidade da culpa do agente, não levando em consideração o *animus necandi* e muito menos analisa a gravidade censurável da vontade subjetiva do infrator acerca do elemento subjetivo do tipo.

O elemento subjetivo do tipo penal na espécie do homicídio ou da tentativa deste afere-se pela culpabilidade do agente, mesmo porque, por se tratar o jurisdicionalizado, no momento desta íntima e pessoal convicção na dosimetria da pena, do titular responsável pela pontuada e devidamente fundamentada cognição da suposta ocorrência da censurabilidade a ser mensurada em agravante ou não qualificação da ação do agente. Desde que o sentenciante não venha a

---

4 As expressões são de ROXIN, *Kritische Überlegungen zur Schuldprinzip*, MKrim, 1973, p. 320 (tradução espanhola de Muñoz Conde na coletânea *Culpabilidade y prevención em derecho penal*, 1981), e I, parágrafo 19, n. 35. Também, de forma muito clara, STRATENWERTH / KHULEN, parágrafo 7, n. 26: “o direito penal não julga sobre o ‘poder’ ilimitadamente, segundo as capacidades individuais do agente, mas pressupõe-o pura e simplesmente, dentro de certos limites definidos *normativamente*” (s. n. o.).

‘operar o direito’ como se fosse uma máquina registradora, lançando, a ‘bel prazer’, a agravante da ação do agente sem que venha a ser tarifada e analisada toda a censurabilidade do fato infracional.

A ocorrência por si só nos traz a uma reflexão legislativa de maior abrangência, ao momento da aplicação da legislação conforme a exposição de motivos qualificatórios contidos no artigo 132<sup>5</sup>, visto que nunca presenciaremos numa mesma qualificadora – ação – a subjetividade. Respaldo nessa elementar é que não basta qualificar a ação do agente em – acréscimo de ação –, caso assim ocorresse estaríamos a presenciar o *bis in idem*, é por isso que a elementar do tipo penal qualificatório é da parte subjetiva do aplicador da pena e não da relação taxativamente contida no códex penal.

Obstante restar comprovado que o legislador preocupa-se com a não ocorrência da dupla condenação (*bis in idem*) em uma mesma ação, além do mais e de forma reiterada nas doutrinas, presencia-se a mesma fundamentação, razão esta que tratamos de direito penal fragmentário, que por sua vez apresenta inovadora redação legislativa sobre agravantes a serem dosadas subjetivamente pelo aplicador da sentença.

Por se tratar de tipo penal eminentemente fragmentário às exigências do direito penal, por um lado legislador penal, como meio de concretização, no essencial, recorre à tipificação para exprimir manifestações de um conceito, por outro lado socorrendo-se muito mais raramente do conceito em si (SERRA, 1997)<sup>6</sup>.

A elementar do tipo penal por si só não qualifica a ação do agente, conforme acima consignado, entretanto se faz necessária a comprovação da vontade dirigida do agente para que a posterior mensure a censurabilidade na ação praticada pelo infrator.

O dolo, que é a vontade dirigida (*animus necandi*) do agente, é analisado no artigo 14º do Código Penal português, que, no caso de homicídio, “será sempre homicídio”. Vejamos conforme as palavras do professor Fernando Silva.

O dolo do agente, neste tipo legal de crime, é sempre homicídio, e estende-se à circunstância padrão em causa. A incriminação em sede de homicídio qualificado pressupõe que tenha sido representada pelo agente a causa que integra o exemplo-padrão, de outro modo não se poderia concluir que o agente tivesse revelado especial censurabilidade ou perversidade, a qual se funda na sua atividade<sup>7</sup>.

---

5 Artigo 132º do Código Penal Português, 2017, 7.ª ed., Editora Almedina. ISBN 978-972-40-7221-0.

6 SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – tipo de culpa e medida da pena*. Ed. Livraria Almedina – 1997. Coimbra.

7 SILVA, Fernando – *Direito Penal Especial: os crimes contra as pessoas; contra a vida; crimes contra a vida intra-uterina e crimes contra integridade física*. 4.ª ed. Novembro 2017. Gráfica Almondina. p. 86. ISBN 978-972-724-781-3.

A subjetividade em qualificar agravando ou não a aplicação de uma pena face o agente se trata de matéria muito antiga e vem sendo debatida por séculos, prova disso será o tópico deste trabalho dedicado exclusivamente aos antecedentes históricos doutrinários.

Vejamos em breve passagem, antes da introdução histórica, pontuações de Welzel.

Nestas referências se encontram as palavras-chave que retornam ainda hoje em nossos manuais, quando é explicada a importância da sistemática jurídico-penal. Assim é que se lê, por ex., em WELZEL<sup>8</sup>, sobre a ciência do direito penal: “Ela garante, como ciência sistemática, a uniformidade e a justiça da aplicação da lei, vez que só através do conhecimento das estruturas intrínsecas do direito vem tal aplicação a ser elevada além do acaso e do arbítrio.” E em seu recente tratado escreve JESCHECK<sup>9</sup> que, sem a estruturação sistemática do conceito de crime, a solução dos casos concretos permaneceria “insegura e subordinada ao sentimento”. “Os elementos gerais do conceito de crime, que são sintetizados na teoria do delito, possibilitam uma jurisprudência racional e uniforme, desempenhando um papel essencial na garantia da segurança jurídica”<sup>10</sup>.

Resume-se que o dolo é a vontade dirigida (*animus nocendi*) do agente ao momento de sua ação, porém, ao analisar se teve nesta ação do infrator qualificação a agravá-la, esta se reserva ao momento do aplicador da lei a analisar através de seu íntimo pessoal e não de forma taxativa. Ficando, deste modo, conforme reiteradas vezes posto neste trabalho, a cargo do jurisdicionado aplicar e mensurar a censurabilidade da ação infracional do agente.

### 3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Na ótica do Direito Penal com assento na prevalência das garantias fundamentais e da intervenção punitiva do Estado/juiz com a devida parcimônia, em que ao momento da dosimetria da pena o sentenciante tenha a sensibilidade racionalizada, é a fase da aplicação da jurisdição em que a culpabilidade imposta através da pena há de encontrar limites explicitamente delineados, fase em que verdadeiramente a singularidade da culpabilidade é e deve ser apresentada pelo sentenciante.

Mesmo com a amplitude do poder de punir do estado, no atual panorama do Direito Penal, existe uma forte tendência a erigir a culpabilidade do agente a categoria jurídica de fundamental relevo para a legitimidade deste poder de punir, que em grande maioria das vezes ultrapassa a elementar do tipo penal em sua verdadeira essência.

Nas monarquias, os juízes adotam a maneira dos árbitros; deliberam em conjunto, comunicam seus pensamentos, conciliam-se; modificam sua opinião para torná-la conforme à de outro; os pareceres menos numerosos são reduzidos aos dois maiores. Isso não é da natureza da república. Em Roma e nas cidades gregas, os juízes não se

---

8 *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª edição, 1969, p. 1.

9 *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 136.

10 ROXIN, Claus – Política criminal e sistema jurídico-penal. Tradução Luís Greco. – Rio de Janeiro: Renovar, 1. Título penal – Alemanha. I. Título. p. 5-6, 2002. ISBN 85-7147-177-0.

comunicavam entre si; cada qual dava seu voto por uma dessas três maneiras: absolvo, condeno, não me parece claro: é que o povo julgava ou esperava-se que o fizesse<sup>11</sup>.

Não poderíamos sobrestar e deixar de citar, por mais singela que seja a citação, uma parte da obra de Santo Agostinho *O Livre-Arbítrio*, obra que nos trás exemplificativamente a necessidade de o ser humano estar em conflito com alguma situação, por mais simples ideologicamente que seja.

Seja. Antes, porém, responde-me: aquele que ama viver retamente tem certamente prazer nisso, de tal modo que encontra não apenas o bem verdadeiro, mas ainda real doçura e alegria. Essa pessoa não há de apreciar também sobre todas as coisas, com dileção especial, essa lei em virtude da qual a vida feliz é atribuída à boa vontade e a vida infeliz, à má vontade<sup>12</sup>!

Agostinho foi o primeiro a elucidar, com clareza e precisão, o caráter da culpa inerente ao pecado original (Adão), transmitindo a todos os homens. É o pecado original um “*peccatum*”, e ao mesmo tempo a “*poena peccati*”. Está comprovado, principalmente por Rm 5, 12.

Sobre a importância da pesquisa, e por mais paradoxal que pareça, não se pode deixar de observar que se disseminou como um truísmo a referência a uma suposta crise da culpabilidade. A raiz desta tão propalada crise residiria, em essência, na dificuldade em se encontrar consenso em torno do fundamento material da culpabilidade. Poucos são, porém, os autores que rechaçam a própria culpabilidade como fundamento e limite de imposição de uma sanção penal. Conforme grande maioria dos doutrinadores portugueses assim fundamenta em suas obras científicas.

Na verdade, detecta até mesmo em autores de elite, a substituição da culpabilidade por outros conceitos, doutra banda essas tentativas sucumbem-se em razão de sua inutilidade, após aflorar à luz dos conhecimentos apresentados e profundamente debatidos pelos vários ramos da psicologia e psiquiatria. Pesquisas estas, contudo, que se tornam tentativas de mudanças vãs, pois seu entendimento de que a culpabilidade sobressai e já existe há muitos anos em sua real aplicabilidade e assim nos parece ser a melhor tendência.

E na esteira da construção de um Direito Penal liberal, a culpabilidade restou construída e desenvolvida sobre os pilares do livre-arbítrio. Com efeito, após o ocaso do positivismo criminológico do século XIX – de vertente determinista, e que de tanto prestígio desfrutou entre criminólogos e juristas –, a liberdade de vontade foi alçada a

---

11 MONTESQUIEU – *Do Espírito das Leis*. Editora Nova Cultura Ltda, 2000, Coordenação Editorial: Janice Florido. Traduções publicadas sob licença da Editora Bertrand Brasil, Rio de Janeiro. p. 66. ISBN 85-351-1857-8.

12 AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona, 354-430 – *O livre-arbítrio*. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira; revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. – Coleção Patrística. 1.ª ed., 1995. 9ª reimp., p. 63. ISBN 978-85-349-0256-4.

fundamento de existência da culpabilidade – entendida como juízo de censurabilidade que recai sobre o autor do injusto penal<sup>13</sup>.

Historicamente, as pessoas sacrificadas não eram as autoras da infração apurada, isso, logicamente que em tese, a regra geral era como se supostamente fosse. Época em que não se presenciava a tão falada e debatida responsabilidade penal subjetiva, conforme o artigo em estudo requer. Notadamente e não poderia ser diferente àquela época, a penalidade aplicada não correspondia com o mínimo necessário com a intenção do agente, mas sim diretamente com a gravidade, que se considerava ter sido produzida e causada em relação a alguma das divindades.

Com o aparecimento das tão presenciadas, hoje em dia, “vinganças privadas”<sup>14</sup>, também não é taxativa da observância da responsabilização subjetiva. Conforme até o presente momento, porém naquela época com menor frequência, a pena ultrapassa a pessoa do infrator, chegando todas as suas consequências às pessoas do seu círculo familiar. Embora se trate de período histórico que não conheceu as diferenças entre infrações com a vontade dirigida e não dirigida, que hoje chamamos de *animus necandi*, admitia-se àquela época a incidência da reprimenda penal infracional, independentemente da presença do elemento subjetivo do tipo penal em sua essência.

Quando, pois, os homens se ofendem mutuamente e provam as duas condições, aqueles que não conseguem oprimir nem escapar à opressão, julgam que seria de bom alvitre não cometer nem sofrer injustiça. Esta foi a origem de suas leis e de seus pactos. Passando a chamar de legalidade e de justiça a suas prescrições. Esta é a origem e a natureza da justiça que ocupa o meio-termo entre a condição melhor – a de quem ofende impunemente – e a pior – a de quem é ofendido sem poder vingar-se. (...). Quem, na verdade, pudesse cometer injustiça e fosse um verdadeiro homem, jamais consentiria em não cometer e em não sofrer injustiça, pois para ele representaria uma loucura. Esta é, portanto, Sócrates, a natureza da justiça e esta sua origem, de acordo com a opinião comum”<sup>15</sup>.

A responsabilização subjetiva pelos atos infracionais encontra suas raízes históricas mesmo numa fase primitiva da humanidade. Essa intervenção punitiva estatal, mesmo

---

13 “Neste período, acreditava-se que os fenômenos naturais que traziam algum revés à população decorriam da insatisfação dos deuses, ofendidos com algum comportamento de membros do grupo. Estes fenômenos naturais que acarretavam algum prejuízo à comunidade, eram conhecidos como *totem*, razão pela qual se fala em *infração totêmica*” (ARAÚJO, Fábio Roque – *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 32-3). “O termo totem foi extraído do idioma dos índios norte-americanos e depois passou a indicar o fenômeno (presente em todos os povos primitivos) de transformar uma coisa (natural ou artificial) em emblema do grupo social em sua inteireza (...)” (ABBAGNANO, Nicola – *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª. edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução novos textos de Ivone Castilho Benedeti, 5.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1.147).

14 “Na fase arcaica e jusprivatista do direito penal, quando a pena era considerada ‘vingança de sangue’ encomendada como direito-dever à parte ofendida e ao seu grupo familiar, a responsabilidade penal equiparava, solidariamente, o ofensor e seus parentes, como consequência quase exclusiva do elemento objetivo da lesão, e não da imputação direta a seu autor, nem sequer das suas intenções” (FERRAJOLI, Luigi – *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 447).

15 PLATÃO – *A República*. Título Original Grego. Diagramação: Cibele Lotito Lima. Revisão: André Campos Mesquita. Capa: Marcelo Serikaku. Colaborador: Luciano Oliveira Dias. Coordenador Editorial: Ciro Mioranza. 2.ª ed. Editora Escala. f. 55.

historicamente detectada, trata-se de uma construção relativamente recente a sua aplicabilidade prática. Doutra banda se apresenta inaceitável falar da responsabilização subjetiva no momento histórico chamado de “período das vinganças”, fase esta muito recente do que futuramente será o Direito Penal.

Debruçarmos m leituras de várias doutrinas, algumas até mesmo não sendo citadas neste trabalho, elucidando desta forma e trazendo a lume não haver uma delimitação histórica e precisa para se diferenciar os mais variados estágios e as mais diversas manifestações de modalidades de vinganças, concluindo-se separar este período histórico em três fases: a – vingança divina; b – vingança privada; c – vingança pública.

Com um fecho acerca da evolução histórica, sem nos precipitarmos na antecipação de melhores esclarecimentos, citamos um trecho da obra de Robert Alexy sobre aplicação da reprimenda ao infrator.

Se o direito e a moral estão separados, como o positivismo insiste que eles devem estar, então os juristas têm que distinguir entre dois pontos de vista na aplicação do direito: o ponto de vista jurídico e o ponto de vista moral. Com base nessa distinção, a perversidade moral enquanto tal não possui influência no mérito jurídico de uma decisão. Se, por outro lado, o direito e a moral estão necessariamente conectados, então a perversidade moral possui sim um efeito sobre o direito. Dada essa condição, decisões moralmente incorretas não podem ser legalmente perfeitas em todos os seus aspectos<sup>16</sup>.

#### 4. EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A CULPA DO AGENTE

Alguns pontos específicos merecem ser destacados antes mesmo das transcrições efetivamente oriundas das dissertações doutrinárias que serão neste trabalho compartilhadas, de acordo com a lei em vigor que já regula o homicídio qualificado “constituindo uma forma agravada de crime em relação ao tipo do artigo 131<sup>o</sup>”<sup>17</sup> do Código Penal português de 1982, no ponto de vista empírico não devendo sofrer nenhum reparo nem mesmo de emitir críticas aos dois inspiradores da Reforma da Legislação portuguesa.

Mais que entendido que o desvalor da culpa acresce quanto mais alto for a reprovabilidade do ilícito doloso na medida de sua censurabilidade.

O reconhecimento desta diferença foi tradicionalmente reconduzido à ideia de que, para justificar a punição a título de dolo, o fato deve revelar que, ao praticá-lo, o agente **sobrepôs conscientemente os seus interesses ao desvalor do ilícito** (supra, 13º. Cap., Parágrafo 14 e s.) o que conduziu a que a questão, durante muito tempo, se considerasse incindivelmente ligada ao problema da **consciência do ilícito**: uma

16 ALEXY, Robert – O conceito e a natureza do direito. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante; estudo introdutório Carlos Bernal Pulido. 1.ª ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. Tradução de: El concepto y la naturaliza del derecho. Inclui bibliografia. p. 61. ISBN 978-85-66722-11-6.

17 SILVA, Fernando – *Direito Penal Especial: os crimes contra as pessoas; contra a vida; crimes contra a vida intra-uterina e crimes contra integridade física*. 4.ª ed. Novembro 2017. Gráfica Almondina, p. 53. ISBN 978-972-724-781-3

punição a título de dolo suporia que, para além de o agente representar e querer a realização do tipo objetivo de ilícito (dolo do tipo), actuasse **com** consciência do ilícito, isto é, representasse por alguma forma que o facto intentado era proibido pelo Direito. Veremos em seguida que uma tal concepção não é necessária, nem sequer exacta. Mas ela revela que, já no entendimento tradicional, como o mero dolo do tipo não se justificava a punição a título de dolo, antes se **requeria um qualquer elemento adicional** (na verdade, um elemento **emocional**) que, deste modo, traduz a vera essência do tipo de culpa doloso<sup>18</sup>.

É um princípio de ordem geral, consagrado hoje mundialmente. “Mas o que me pareceu mais importante para afastar, ou, quando nada, para dificultar a punição sem culpa é a expressa consagração, no artigo 10<sup>o</sup><sup>19</sup>, da doutrina da causalidade adequada (no Código Penal brasileiro adota-se a teoria da *conditio*, com os seus naturais alargamentos em prejuízo da segurança jurídica e das franquias democráticas). Mais certo que assim se pense e se decida: uma condição, ou causa, que não seja adequada à produção do resultado, não pode ser levada em consideração, para os efeitos da *imputatio facti*: e, falhando essa, não há que se passar adiante e investigar a ocorrência da *imputatio iuris*, ou culpabilidade (desde v.g. ISZT que essa é uma verdade axiomática)”. Está claro que se trata de questão elementar na teoria do crime, que nem mesmo os menos avisados desconhecem. Contudo, é bom frisar, a aplicação do princípio de que o resultado, qualquer resultado, só pode ser juridicamente imputável a quem agiu pelo menos com negligência, é questão diretamente ligada a um autêntico Direito Penal da culpa, o qual, por sua vez, assenta-se em postulados de contemporaneidade.

Os motivos (fins mediatos) e os factores emocionais impulsionadores da vontade (v. g. desespero, artigo 133<sup>o</sup>; ódio racial, artigo 132<sup>o</sup>) aparecem na aplicação da lei penal em dois enquadramentos: como elementos do tipo de ilícito, designadamente de tipos qualificados ou privilegiados; e genericamente, no âmbito do juízo de culpa, em que se faz uma apreciação tão completa e individualizada quando possível dos aspectos psíquicos do facto<sup>20</sup>.

Denota-se já de imediato a publicação do Código Penal português de 1982 por inúmeros doutrinadores, professores e juristas já elucidando melhor interpretação acerca da elementar do tipo penal com seus motivos mediatos; em sobreposição psíquica da pessoa infratora em seus fatores emocionais motivadores da sua dosada censurabilidade em determinada ação penal infracional.

Nessa mesma esteira de evolução doutrinária e logicamente legislativa está a redação do artigo 132<sup>o</sup><sup>21</sup> do Código Penal português, que vem corrigir a taxaço qualificativa para

---

18 DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito Penal*. Tomo I – questões fundamentais a doutrina geral do crime. 2ª edição (2ª Reimpressão), Outubro 2012, Coimbra Editora. P. 529-530. ISBN 972-32-1287-0 (obra completa); ISBN 978-972-32-2108-4 – Tomo I, 2ª Ed., Reimp.); (ISBN 978-972-32-1523-6 – Tomo I, 2ª Ed., Reimp.).

19 Artigo 10<sup>o</sup> do Código Penal brasileiro de 1940.

20 VELOSO, José António – *Erro e Direito Penal* – Lições dadas ao 4<sup>o</sup> ano de DIREITO NO ANO LECTIVO 1992/93, 2ª ed. 1999, Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa.

21 Artigo 132<sup>o</sup> do Código Penal Português, 2017, 7.ª ed., Editora Almedina. ISBN 978-972-40-7221-0.

colocá-la a cargo do aplicar da pena ao momento da tarifação da censurabilidade da culpa do agente.

O normativismo foi a resultante de um conjunto complexo de fatores evolutivamente convergentes, alguns dos quais me limito a aludir: o modo textual da juridicidade medieval e o seu entendimento da *lex*, o jusracionalismo moderno e a sua sistematicidade axiomática, o contratualismo jusnaturalista revolucionário com o seu legalismo e a sua codificação, o positivismo já exegético, já dogmático do século XIX com o seu sistemático-abstrato conceitualismo, etc. Mas neste momento o que sobretudo importa é ter presente que no normativismo o direito é concebido na autonomia objetiva de um sistema de normas, subsistente numa autorracional normatividade, abstratamente determinável e prévia à sua realização concreta<sup>22</sup>.

Demonstram os doutores doutrinadores, e os críticos de modo geral, que a Reforma tem o objetivo propositalmente a levar o intérprete da lei num sentido aberto e não a causar conflitos de interpretação, a não restar, por isso, espaço para demais correntes doutrinárias vencidas ou vencedoras, chegando ao ponto de não se abrir margem para interpretações distintas das apresentadas neste trabalho, doutra banda e de forma evolutiva, permitindo livre evolução dogmática sobre tantos outros aspectos e também sobre a teoria geral do crime em sua elementar subjetiva do tipo penal. Ao passo que o Código Penal português iria sofrer inúmeras críticas diante da nova interpretação exegética sobre a culpa, ainda mais por se tratar de aplicabilidade ao momento da mensuração da censurabilidade da culpa do infrator quando de sua ação infracional. Embora a aplicabilidade no dia a dia é muito diferente da lei tão somente posta no Códex Penal, mesmo assim ficaram completamente satisfeitos e orgulhosos os criadores e doutrinadores defensores do inovador instituto, vez que na prática presenciam a culpabilidade ligada e consubstanciada diretamente à Constituição democrática do Estado.

Não diferentemente desse entendimento acima fundamentado, vejamos a redação de Castanheira.

O fundamento de uma agravção ou de uma atenuação que altera uma moldura penal pode não ser um fundamento de ilicitude, mas apenas um fundamento de culpa<sup>23</sup>. Contra esta opinião se manifestou FERNANDA PALMA, utilizando o argumento retirado do artigo 72º do Código Penal português, de que “o próprio sistema de previsão da pena, o da moldura penal, implica uma limitação da intervenção autónoma do princípio da culpa, dentro dos limites da moldura penal<sup>24</sup>.”

Conforme pesquisas e transcrições empíricas feitas para melhor conclusão do trabalho, verificamos dois acórdãos do Supremo, um do Tribunal da Relação do Porto, um da Relação de Coimbra, e três do Tribunal da Relação de Évora. Pudemos constatar e de maneira positiva se

---

21 CASTANHEIRA NEVES, António – *O Direito Hoje e com que Sentido – O problema atual da autonomia do direito*, 3.ª ed., p. 23. Instituto Piaget.

22 SERRA, Tereza, *Homicídio Qualificado – Tipo de culpa e medida da pena*, Livraria Almedina, Coimbra 1997; p. 40.

23 PALMA, Fernanda – *Direito penal, parte especial (crimes contra a pessoa)*, Lisboa, (1983b, 65). Igualmente contra, mas sem adiantar razões, Veiga (1985, 37).

tratar não tão somente de comentário os venerandos acórdãos, mas sim de uma verdadeira sinopse conceitual quanto à matéria de fundo quando se trata de inimputabilidade, como: em casos de epilepsia, não houve por consequência a inimputabilidade, este da Relação de Coimbra, em Supremo; um oligofrênico com idade mental em torno de seis anos, foi condenado por homicídio qualificado, este no Supremo; e em um, a psicopatia determinou a aplicação de uma pena mais grave, especialmente quando o ato ilícito do psicopata se traduza em manifestação de brutalidade ou crueldade ou perversão moral, este no Tribunal de Relação de Évora.

Sendo o erro um verdadeiro conhecimento falso da realidade, segue-se que ele é o reverso da consciência; e estes, mais à vontade, são os elementos da própria vontade culpável. “Fala-se em erro censurável e não censurável; erro desculpável e não desculpável; erro vencível e invencível (de uso comum na tradição latina, e de que se serviu a Doutrina brasileira durante largo tempo”. Principalmente na obra de Hungria)<sup>25</sup>.

Transcrevo para melhor esclarecimento a magistral redação do professor Fernando Silva em sua obra *Direito Penal Especial*, sobre os crimes contra as pessoas.

A culpa consiste no juízo de censura dirigido ao agente pelo facto deste ter actuado em desconformidade com a ordem jurídica, quando podia e deveria ter actuado em conformidade com esta, sendo, no fundo, uma desaprovação a incidir sobre a conduta do agente. O Juízo de censura ou de desaprovação é susceptível de se revelar maior ou menor, sendo por natureza graduável e dependendo sempre das circunstâncias concretas em que o agente desenvolveu a sua conduta, traduzindo igualmente um juízo de exigibilidade, determinado pela vinculação de cada um a conformar-se pela actuação de acordo com as regras estipuladas pela ordem jurídica, superando as proibições impostas. Em suma, o agente actua culposamente quando realiza um facto ilícito, podendo alcançar o efeito da chamada de atenção da norma na situação concreta em que desenvolveu a sua conduta, possuindo uma capacidade suficiente de auto-controlo, e podendo optar por uma alternativa comportamental<sup>26</sup>.

## **5. DAS TÉCNICAS DOS EXEMPLOS-PADRÃO NO HOMICÍDIO QUALIFICADO**

Reiteradamente, apresentamos neste trabalho que a culpa do agente constitui um elemento essencial do juízo de culpa, ao momento da aplicação da medida condenatória, devendo a culpa ser negada sempre que a falta da consciência não venha a ser censurável de forma segura, matéria em que o Tribunal Federal Alemão como também o português vinham sendo omissos em seu reconhecimento quando mais se fazia necessária a sua consubstancialização e sua aplicabilidade, ou seja, no momento da dosimetria da reprimenda na parte dispositiva da aplicação da pena.

---

24 HUNGRIA, Nelson – *Comentário ao Código Penal brasileiro*, Volume IV. São Paulo, Editora Forense, 1942.

25 SILVA, Fernando – *Direito Penal Especial – Os crimes contra as pessoas*. Crimes contra a vida; Crimes contra a vida intra-uterina; Crimes contra a integridade física. 3.<sup>a</sup> ed., Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa 2011. p. 54. ISBN 978-972-724-563-5.

Desta feita, transcreveremos as palavras do doutrinador Jorge de Figueiredo Dias. “A dogmática jurídico-penal alemã (como de resto também a portuguesa (27)) desde cedo se opôs à dissolução do problema da consciência do ilícito no erro de direito ou da ignorância da lei penal, antes lhe concedeu autonomia, preconizando a sua relevância para a problemática da culpa e do dolo. Relevante não era apenas o erro sobre a factualidade típica (cognominado pela doutrina alemã “erro sobre o tipo”, *Tatbestandsirrtum*), que excluía o dolo, mas também uma outra espécie de erro, **o erro sobre a ilicitude** ou **falta de consciência do ilícito** (cognominado pela doutrina alemã “erro sobre a proibição”, *Verbotsirrtum*)<sup>28</sup>.

Com a aplicabilidade empírica do instituto da culpabilidade na infração penal qualificada e, neste caso em pesquisa a se falar especificamente do homicídio, a intenção do agente é apenas uma das formas do dolo.

Em referência aos critérios estabelecidos para a qualificação da culpa com a utilização técnica dos exemplos-padrão, frisamos e coadunamos com o entendimento transcrito a seguir. “O critério técnico da qualificação está definido no número 1 do artigo 132º, e consiste em matar “em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade”<sup>29</sup>, apresentando o número 2 um conjunto de circunstâncias que são susceptíveis de revelar especial censurabilidade ou perversidade e, desse modo, conduzir à qualificação do crime de homicídio.

Não diferentemente e harmonizando com o mesmo pensamento de massacrante maioria dos doutrinadores europeus, vejamos o entendimento da doutrinadora Teresa Serra.

Com efeito, o legislador português foi mais longe e, encarando os diversos meios que se lhe ofereciam para construir tipos (em sentido amplo) cujo desvalor relativamente ao tipo fundamental é aumentado por circunstâncias agravantes que podem ter a ver com o aumento da ilicitude e/ou da culpa, optou claramente pela *chamada técnica dos exemplos-padrão* (Regelbeispieltechnik). Assim, o legislador abandonou a técnica de qualificação que consiste numa *modificação casuística dos tipos*, como existia no Código Penal anterior nesta matéria, e como existe no actual quanto ao furto qualificado<sup>30</sup>.

Não sendo novidade ocorrer impossibilidade de detectar o aferimento ou não do agravamento da ação do agente, essa insuficiência pode ocorrer por conta de no acometimento de uma ação infracional não constar sua forma, maneira e motivo nas alíneas do artigo penal, em assim ocorrendo, ou seja, fora dos padrões indicados, é que não existirá a qualificação da ação infracional apurada face o agente.

---

26 Sobretudo e claramente a partir do estudo fundamental de SANTOS, Beleza dos – *Crimes de moeda falsa*, RLJ 67, 1934-5, p. 146 e ss.

27 DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito Penal*. Tomo I – questões fundamentais a doutrina geral do crime. 2ª edição (2ª Reimpressão), Outubro 2012, Coimbra Editora. p. 535. ISBN 972-32-1287-0 (obra completa); ISBN 978-972-32-2108-4 – Tomo I, 2ª Ed., Reimp.); (ISBN 978-972-32-1523-6 – Tomo I, 2ª Ed., Reimp.).

34 SERRA, Tereza – *Homicídio Qualificado – Tipo de culpa e medida da pena*, Livraria Almedina, Coimbra 1997;

28 SERRA, Tereza – *Homicídio Qualificado – Tipo de culpa e medida da pena*, Livraria Almedina, Coimbra 1997; p. 59.

O caso concreto exige assento legislativo para fazer funcionar o tipo, “residindo a elementar no número 1º do tipo do artigo 132º; correspondendo à especial censurabilidade ou perversidade do agente. O que não significa a inutilidade ou irrelevância do número 2, o qual funciona como fator de orientação para o julgador no seu íntimo pessoal ao momento da formatação da ação infracional, procurando evitar a sua dispersão”<sup>31</sup>. Como refere Figueiredo Dias, as diversas alíneas do artigo 132º, n. 2, assumem significado de tipo orientador em função do qual é construído o tipo de culpa.

Funcionando da seguinte forma, analisa-se inicialmente o *modus operandi* do agente infrator, faz-se o enquadramento do caso concreto a ser analisado diante da redação prevista no número 2 do artigo 132º<sup>32</sup>; e após consubstanciar qual o modo, motivo e demais elementares subjetivas do tipo penal, afere-se se ocorreu todo o preenchimento do número 1. Mesmo tendo ocorrido o enquadramento de uma das circunstâncias do tipo penal apresentadas para qualificar a ação do agente no homicídio, ainda restará insuficiente para qualificar ação que se qualifica em razão de critérios subjetivos e da psique mais grave, e não tão somente pela detecção de uma das elementares contidas na redação do artigo.

## 6. A PROIBIÇÃO DA ANALOGIA

No trabalho, conforme já relatado em outros tópicos, o entendimento ora discorrido é inovador não tão somente para a legislação processual penal brasileira, vez que inúmeros são os doutrinadores europeus e especificamente portugueses que amplamente se dedicaram ao tema, inclusive são os autores da Reforma da Legislação de Portugal que se vê já há vários anos como sendo um verdadeiro catálogo de aplicabilidade para toda a Europa. Nesta esteira de entendimento, vejamos alguns fundamentos doutrinários, dos quais harmonizamos a mesma interpretação processual.

Como bem disserta Hans Welzel, "Nós temos nos familiarizado com a maioria dos riscos ou perigos das ações diárias, que já não chegam como tais à nossa consciência. O dever objetivo de diligência não espera que evitemos em absoluto estes perigos 'socialmente adequados', mas somente que não os aumentemos além da medida socialmente adequada", se uma pessoa tentar evitar todos os possíveis riscos que existem no mundo, tal pessoa seria um "vegetal", completamente estática dentro de sua casa. Assim, cabe ao julgador determinar se

---

29 SILVA, Fernando – *Direito Penal Especial – Os crimes contra as pessoas. Crimes contra a vida; Crimes contra a vida intra-uterina; Crimes contra a integridade física.* 3.ª ed., Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa 2011. ISBN 978-972-724-563-5.

30 Artigo 132º, 2, do Código Penal Português, 2017, 7ª ed., Editora Almedina. ISBN 978-972-40-7221-0.

alguém ultrapassou o limite da "medida socialmente adequada", de acordo com Hans Welzel uma das tarefas mais árduas do juiz, já que ele deve levar em consideração a extensão do perigo e se a ação praticada pelo criminoso na verdade só foi uma "simples descrição da prática real"<sup>33</sup> e, mesmo se for, ainda deve analisar se esta foi abusiva.

Não raras vezes, resta detectada a utilização pelos jurisdicionados tanto da analogia processual como também da extensão interpretativa, que, por sua vez, são vedadas nos moldes da elementar do tipo penal português. E mais, se falarmos da aplicação analógica da ação penal do agente já é preocupante, imaginemos caso o sentenciante, ao momento subjetivo da dosagem da censurabilidade na ação do arguido, venha a se utilizar da aplicação qualificatória por analogia.

A vedação da aplicação da analogia não é apenas nesta espécie penal, mas em praticamente todo tipo de elementar penal, entretanto essa aplicação por analogia e até mesmo por extensão é sempre aplicada pelos sentenciantes.

Em se tratando de uma problemática da proibição da analogia que ganha relevo no plano da aceitação de um homicídio especialmente censurável ou perverso atípico, ou seja, da admissibilidade da existência de outras circunstâncias, para além das que constam no n.º 2 do artigo 132<sup>34</sup>, suscetíveis, também elas, de revelarem a especial censurabilidade ou perversidade do agente<sup>35</sup>.

Ficando pacificado que a técnica dos exemplos-padrão estrutura-se, através de detidas leituras doutrinárias, sobre uma cláusula geral concretizada por uma enumeração casuística exemplificativa, podendo agora compreender-se melhor as palavras de Eduardo Correia quando afirmava que “o n.º 2 (do artigo 132º)<sup>36</sup> não pretende alargar o tipo”, uma vez que “o n.º 1 representa a máxima amplitude”<sup>37</sup>.

Em nossa opinião, é precisamente a presença da enumeração exemplificativa do n.º 2 que fornece os critérios que o juiz haverá de ponderar para aceitar a existência de uma especial censurabilidade ou perversidade do agente, nos termos do n.º 1. As duas partes do preceito complementam-se entre si numa técnica legislativa nova que apresenta, também nesta sede, inegáveis vantagens<sup>38</sup>. Sozinha, a cláusula geral do n.º 1 é passível de críticas, em sede da

---

31 WELZEL, Hans. (1969, 140, 143 segs.).

32 Artigo 132º do Código Penal Português, 2017, 7.ª ed., Editora Almedina. ISBN 978-972-40-7221-0.

33 Especificamente sobre este ponto, ARZT (1972), 515 segs.); DREHER/TRONDLE (1988, Parágrafo 46, 45); JESCHECK (1978, 218); RUDOLFHI (1986, Parágrafo 1, 26); SCHONKE/SCHRODER/ESER (1982, Parágrafo 1, 37); TRONDLE (1979, Parágrafo 1, 36); WESSELS (1972, 299 segs.).

34 Artigo 132º do Código Penal Português, 2017, 7.ª ed., Editora Almedina. ISBN 978-972-40-7221-0.

35 CORREIRA, Eduardo – Comentário ao Código Penal Português de 1982.

36 Razão por que deveria ser utilizada também, por exemplo, nos casos especialmente graves de furto, no artigo 297º. As alterações previstas na proposta de revisão para este preceito resultam da adoção de uma técnica legislativa híbrida, eclética, que não facilitará a tarefa do juiz-aplicador. Com efeito, são absolutamente

função de garantia da lei penal, em virtude da sua grande indeterminação. Por seu turno, a enumeração exemplificativa do n.º 2, tomada isoladamente, é suscetível de reparo, por constituir uma violação à proibição da analogia em direito penal.

O instituto do *Leitbild*<sup>39</sup> veio para exemplificar a forma e maneira de expressar em toda e qualquer ocorrência o *grau de gravidade* e para possuir a correspondente estrutura a ser valorada naquela ação subjetivamente analisada pelo sentenciante, delimitando-se assim a expansividade da legislação ao aferimento da censurabilidade na ação.

Com efeito, as circunstâncias do n.º 2 têm uma função concretizadora da cláusula geral do tipo de culpa do n.º 1, introduzindo fatores relevantes de determinação nessa cláusula geral que fundamentam o *Leitbild* dos exemplos-padrão.

Por fim, se não era possível prever o resultado, nem objetivamente e nem subjetivamente, não há que se falar em crime culposos e da mesma forma não se permitindo interpretação extensiva, muito menos por analogia.

Sábias são as palavras do doutrinador Castanheira Neves.

Trata-se, mais profundamente, do problema radical do seu sentido e subsistência para nós nesta nossa situação histórica (histórico-social e histórico-cultural) e em que nós a nós próprios afinal também radicalmente nos interrogamos. Pois logo reconhecemos que esta condição problemática do direito no nosso tempo não exprime senão uma dimensão da nossa própria problemática situação histórico-existencial; situação em que nós mesmos, com todos os sentidos da nossa cultura e herança constituintes, nos pomos em causa até ao limite<sup>40</sup>.

## 7. UMA SÍNTESE DAS ESPÉCIES DE CULPA NO BRASIL

Mesmo se falarmos do aferimento da censurabilidade aplicada no Brasil, notamos que a culpa é muito relacionada quanto à previsibilidade de um resultado danoso e à vontade do agente na ocorrência deste, que difere do crime doloso, no qual o agente não somente prevê um resultado danoso, mas tem a vontade dirigida (*animus necandi*), como também o deseja, a sua vontade é direcionada para que o resultado se concretize. Mantendo isso em mente, vou tentar tratar das espécies de culpa conforme o que é apresentado nas decisões judiciais penais no Brasil.

Primeiramente a culpa consciente, nela o agente previu o resultado, mas acreditava que ela nunca aconteceria, isso logicamente conforme a aplicabilidade da culpa aos moldes

---

inescrutáveis os critérios utilizados pelo legislador para arrumar, no n.º 1, circunstâncias que, pelo seu funcionamento automático e definitivo, parecem ter natureza típica, enquanto no n.º 2 temos circunstâncias que, mercê da introdução de um triplo corretor normativo, são de funcionamento apenas definitivo, mas não automático.

37 *Leitbild* – Significado: modelo.

38 CASTANHEIRA NEVES, António – *O Direito Hoje e com que Sentido – O problema atual da autonomia do direito*, 3.ª ed., p. 17. Instituto Piaget.

brasileiros. Vamos imaginar que uma pessoa está dirigindo, e está em uma velocidade acima do limite estabelecido nas leis de trânsito. Este agente sabe que com a sua conduta ele pode machucar ou até matar alguém, porém ele acha que com as suas habilidades isso nunca iria acontecer, seja porque ele se desviaria ou frearia antes. Se ele viesse a atropelar um transeunte e este viesse a óbito, seria o caso de um homicídio culposo, porque, mesmo tendo previsto o resultado, o agente rejeitava esta possibilidade e nunca o desejou.

O Professor Ênio Luiz Rossetto nos ensina com relação à culpa consciente que “O agente prevê o resultado, mas supõe levemente que não se realizará ou que podia evitá-lo”<sup>41</sup>. Com uma simples frase, o professor descreveu o elemento subjetivo do tipo penal que deve ser analisado no caso concreto, se o agente, mesmo prevendo o resultado, supôs que poderia evitar o resultado, ou que ele não ocorreria.

A culpa inconsciente trata do agente que não previu o resultado, nem cogitou que com a sua conduta um crime poderia ocorrer. Porém, mesmo o agente não antevendo o resultado, um homem médio poderia ter previsto. É o caso em que uma pessoa está tirando o seu veículo da garagem, como faz todas as manhãs, e atropela alguém. Aqui entendemos que a lesão é culposa, apesar de o resultado ser previsível – sair da garagem sem verificar se alguém estava passando é uma atitude perigosa –, o motorista não o previu e não o queria.

A culpa imprópria é uma outra espécie de culpa. Nela o agente prevê e quer o resultado, mas acredita estar diante de uma circunstância em que a lei permitiria que ele praticasse o tipo penal, ou seja, causas de exclusão de ilicitude. Imagine que uma pessoa foi ameaçada de morte por uma carta anônima, este indivíduo, com medo da ameaça, começa a portar uma faca para se proteger. Um dia, alguém bate na porta daquela pessoa, e, ao verificar quem se encontrava à sua porta, o indivíduo vê um homem "mal-encarado" e acredita que este é seu algoz, com a faca em mãos abre a porta e esfaqueia seu vizinho, posteriormente descobre que sua vítima na verdade era apenas um vizinho que foi pedir um punhado de açúcar, e acabou recebendo punhaladas. Perceba que o agente incidiu em erro inescusável, bastava perguntar o que a vítima queria ou chamar a polícia para sanar sua dúvida, e acreditou que estava em situação de legítima defesa de seu bem mais valioso. Apesar de ter agido com dolo, o legislador brasileiro entendeu que quem incidir neste erro deve responder a título de culpa por seu crime. A culpa imprópria está prevista no art. 20, §1<sup>o</sup><sup>42</sup>, do Código Penal brasileiro.

Como bem leciona Rogério Greco, "Fala-se em culpa imprópria nas hipóteses das chamadas discriminantes putativas em que o agente, em virtude de erro evitável pelas

---

39 ROSSETO, Luiz Ênio – Em aula inaugural na pós-graduação do curso de direito da PUC/SP.

40 Artigo 20, Parágrafo 1º do Código Penal Brasileiro de 1940.

circunstâncias, dá causa dolosamente a um resultado, mas responde como se tivesse praticado delito culposo"<sup>43</sup>.

Existe a culpa própria que nada mais é que a culpa comum, em que o agente não quer o resultado e nem o assumiu, chamado em todo o planeta de *animus necandi*.

Por fim, antes do Código Penal brasileiro de 1940, existia a espécie Culpa Presumida, que consistia na punição de um indivíduo por crime culposo, caso praticasse um fato típico por ter infringido uma disposição regulamentar, p. ex., dirigir sem habilitação, independente de imprudência, imperícia ou negligência. O atual Código Penal Brasileiro de 1940 não vislumbra mais esta espécie, portanto, é necessário que se demonstre a culpa, sendo inadmissível a sua presunção. Fechamos assim, mesmo de forma sucinta, o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro, ao meu entender com boas redações doutrinárias, entretanto, sem que ocorra a verdadeira aplicabilidade da censurabilidade da culpa do agente conforme presenciemos em Portugal.

## 8. CONCLUSÃO

A mensuração da culpabilidade em homicídio qualificado se reserva especificamente na censurabilidade ao momento da tarifação do *animus necandi* do agente, tanto objetivo como subjetivo, mesmo em se tratando de vários meios a serem utilizados pelos sentenciados ao momento da dosimetria da pena.

A censurabilidade é o que determinará até que ponto foi a culpabilidade do agente ao momento subjetivo da aplicação concreta de sua ação infracional. Os jurisdicionados europeus e especificamente de Portugal dão, ao nosso melhor entendimento jurídico, exemplo do bom e aprofundado entendimento na aplicação da culpabilidade, operando-se com total, conforme restou aferido em nosso trabalho, imparcialidade e verdadeira técnica no íntimo e profundo conhecimento técnico concernente à censurabilidade penal na ação praticada pelo arguido, possibilitando encontrar em todas as circunstâncias possíveis íntima e profunda sensibilidade de ser que venha a fundamentar indício de culpa mais ou menos grave. Inúmeros autores, conforme pudemos verificar no trabalho, baseiam-se e se fundamentam no termo alemão *Leitbild*, para serem orientados ao momento da dosimetria da culpa.

Mesmo que queiramos estabelecer maiores esclarecimentos acerca do nosso estudo ora apresentado, não conseguiríamos tecer melhores esclarecimentos, diante do que fora encontrado e elucidado nas obras portuguesas. Poderia citar o livro do doutrinador Fernando Silva como sendo um verdadeiro manual da culpabilidade penal portuguesa. Operadores do direito, quando

---

41 GRECO, Rogério – *Direito Penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. Niterói, RJ: Impetus, 2005, p. 197/200. ISBN 85-7626-113-8.

defendem tecnicamente infratores penais sobre homicídio ou tentativa de homicídio qualificado no Brasil, presenciam empiricamente verdadeiros paradigmas sobre qualificações postas em denúncias genéricas, com pleitos acusatórios de gênero, época, denominação religiosa, ideológica e até mesmo de entendimentos consuetudinários de uma região etc.

Mas uma consequência da legislação brasileira é, sem a mínima dúvida, de nos levar equivocadamente a uma verdadeira celeuma de entendimentos, concernente ao taxativo agravamento aplicado no homicídio qualificado, criados a “toque de caixa” pelos congressistas para atender a uma época-ideologicamente-política. Talvez seja esta uma das razões, senão a principal ~~motivação~~, que levam os doutrinadores portugueses a citar o Brasil como sendo um país de “terceira geração” na visão e entendimento do segmento jurídico. Visto que no Brasil a qualificação tanto objetiva como subjetiva é prescrita objetivamente na legislação penal de forma taxativa, transformando-se numa qualificação penal de gênero, de segmento e até mesmo de época hermenêutica. Presenciamos a constituição de redações de qualificadoras a serem acrescidas na legislação penal tão somente para obedecer-se aos reclames e anseios da sociedade, da mídia e em razão de uma ocorrência que veio a causar grande repercussão social e midiática temporã. Já em Portugal presenciamos se tratar de uma evolução cultural, histórica e conforme evolução científico-penal. Não atendendo tão somente a momentos históricos, muito menos de situações de época.

Proporcionalmente se torna impossível fazer uma pretensa comparação evolutiva concernente à visão repressiva quando se fala de uma repressão contra infratores de homicídios qualificados. Enquanto no Brasil opera-se tão somente pelo aumento das qualificadoras, das penas, do regime a se cumprir/adimplir a reprimenda, em Portugal analisam toda a situação antecedente ao ocorrido, a questão familiar, social, religiosa e cultural, para que assim venham a mensurar ou melhor qualificar até que ponto foi a censurabilidade do agente ao momento de sua subjetiva e psíquica culpabilidade.

Demonstra-se assim ser clara a intenção do legislador português em diminuir o campo discricionário do julgador ao momento da aplicação da pena, apresentando procedimentos que determinam critérios orientadores, no intuito de oferecer um conjunto de ocorrências e circunstâncias que apresentam a possibilidade de tornar a culpa do agente mais grave.

Assentando-se no artigo 132º todos os meios pelo legislador, restando encarados os diversos meios que se lhe ofereciam para construir tipos em sentido amplo, cujo desvalor relativamente ao tipo fundamental é aumentado por circunstâncias agravantes relativas a um maior grau de ilicitude e/ou de culpa, optando Portugal pela *técnica dos exemplos-padrão*.

Poderíamos citar dezenas de casos concretos no Brasil que caberiam a este trabalho como exemplos práticos e reais da não aplicação ao caso concreto, ao momento da aplicação de possível e pretensa qualificadora no âmbito do homicídio, em que, ao final, o jurisdicionado analisa e aplica de forma “robótica” toda e qualquer qualificadora, conforme já citado e transcrito neste trabalho. No Brasil, no momento da dosimetria da pena com qualificadora em casos de homicídio consumado ou tentado, os operadores do direito processual penal brasileiro não presenciam concretamente a necessária análise concernente à censurabilidade do agente no momento do cometimento da infração. Mesmo porque o Código Penal brasileiro traz as qualificadoras de forma taxativa e não de forma analítica, conforme é apresentado e operado em Portugal e vários outros países europeus.

As circunstâncias suscetíveis de contraporem o efeito de indício dos *exemplos-padrão*, levando à administração de um homicídio simples atípico ou de um homicídio qualificado atípico, para além de deverem exprimir um maior ou menor grau de ilicitude e/ou de culpa, hão de aferir-se em função da estrutura valorativa do *Leitbild* dos *exemplos-padrão*, conforme exaustivamente apresentado por inúmeros doutrinadores e decisões judiciais a partir do Código Penal português de 1982.

A ideia do *Leitbild* dos *exemplos-padrão* revela-se, assim, decisiva para a delimitação dos casos de homicídio qualificado atípico. Visto que a enumeração exemplificativa concretiza e determina o critério generalizador e o critério generalizador delimita a enumeração exemplificativa, numa interação decisiva estabelecida entre as duas partes do preceito do artigo 132º do Código Penal português, a forma e maneira de aplicação técnica dos *exemplos-padrão* conduzem a um resultado qualitativamente novo.

Em razão disso é que deva afirmar-se a inteira compatibilidade dos *exemplo-padrão* com o princípio da legalidade e a função de garantia da lei penal, sendo consubstanciada em verdadeira sintonia com as reservas constitucionais da democracia, designadamente com a exigência da máxima determinação da lei penal e da proibição da analogia em Direito Penal.

Conforme se presencia em casos em que, além de se tentar aplicar a analogia, ainda encontramos, mesmo de forma menos corriqueira, a tentativa da aplicação extensiva do Direito Penal. Se a analogia em Direito Penal resta proibida, imaginemos então em grossa pretensão de aplicar de forma extensiva a espécie penal em estudo. Não prestando nenhuma forma ambas as aplicações no Direito Penal, mesmo porque, pela espécie agravante ora estudada neste trabalho, não raras vezes operadores do direito presenciam a aplicação tanto por analogia como por extensão, devendo ser vedado conforme presenciamos na legislação portuguesa, que notadamente vem sendo exemplar, os estudos apresentados sobre a censurabilidade do agente

infrator ao momento da constatação da ocorrência do desvalor na ação penal é que será aferido como qualificação ou não da ação.

Com toda esta pesquisa feita em doutrinas, Tribunais de Relação e no Supremo português, o que temos para concluir do nosso trabalho é que no Brasil ainda não se utiliza da já pacificada fórmula-padrão da culpabilidade tão utilizada nos países europeus sobre a aplicação da qualificação da censurabilidade na infração penal do agente.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona, 354-430 – *O livre-arbítrio*. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira; revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. – Coleção Patrística. 1.<sup>a</sup> ed., 1995. 9.<sup>a</sup> reimp. ISBN 978-85-349-0256-4.

ALEXY, Robert – O conceito e a natureza do direito. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante; estudo introdutório Carlos Bernal Pulido. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Tradução de: El concepto y la naturaleza del derecho. Inclui bibliografia. ISBN 978-85-66722-11-6.

BELEZA, Tereza – *A mulher no Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*.

BETTIOL, Giuseppe – ‘Statto di diritto e ‘Gesinnungsstrafrecht’, in *Festschrift fur Hans Welsel*, Berlin-New York, 1974. Walter de Gruyter. Colpa d’autore e certezza del diritto, in *Festschrift fur Paul Bockelmann*, Munchen, C.H. Beck’sche Verlagsbuch-handlung. 1979.

CANOTILHO, Joaquim Gomes – *Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal* – contributo para uma teoria da legislação, Coimbra 1988; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.<sup>a</sup> ed., 2000, Coimbra Editora.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio – *O princípio da legalidade criminal – O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, 1978. Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia (1984), Coimbra;

CEREZO MIR, José – *Culpabilidad y Pena*, in Cerezo Mir 1981b. 1981<sup>a</sup> *La doble posicion del dolo em la ciência del Derecho espanola*, in Cerezo Mir 1981b. 1981b, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnicos;

CORREIA, Eduardo – *Direito criminal*, Vol. I e II, Coimbra 1996, Almedina.

COSTA, Nuno Gonçalves da – *Infanticídio privilegiado (Contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal)*, Lisboa (exemplar datilografado). 1987.

DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito Penal* – questões fundamentais. A doutrina geral do crime, FDUC, 1996; *Sobre a Tutela Jurídico-Penal do Ambiente – um Quarto de Século Depois*, in *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora, 2001; 1969 *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora (ed. ut.: 1978); 1975 *Direito Penal*, Sumários, Coimbra, Universidade de Coimbra; 1976<sup>a</sup> *Direito Penal – Relatório*, Coimbra; 1976b *Direito Penal* (Sumários e notas do 1º ano do Curso

Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito, 1975-76), Coimbra; 1976c *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora (ed. ut.: 183); 1983<sup>a</sup> <<Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa>>, in *Jornadas de Direito Criminal*, 1º. Vol., Lisboa, Ed. do Centro de Estudos Judiciários; 1983b <<Culpa e Personalidade>>, in Figueiredo Dias 1976c; 1987 <<Homicídio qualificado>>, Parecer, in *Colectânea de Jurisprudência*, IV, Coimbra; 1988 <<Parecer>> (exemplar dactilografado);

FERRAJOLI, Luigi – *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo:RT, 2006, p. 447); 2014<<Teoria do Garantismo Penal>>, 4ª ed. revista, ISBN 978-85-203-5031-7;

FIANDACA, Giovanni – *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Rivista Italiana di Direito e Procedura Penale*, ed. 4, Milano, 1987, Giuffré Editore.

GRECO, Rogério – *Direito Penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. Niteroi, RJ: Impetus, 2005. pgs. 197/200. ISBN 85-7626-113-8;

HUNGRIA, Nelson – *Comentário ao Código Penal brasileiro*, Volume IV. São Paulo, Editora Forense, 1942;

MONTESQUIEU – *Do Espírito das Leis*. Editora Nova Cultura Ltda, 2000, Coordenação Editorial: Janice Florido. Traduções publicadas sob licença da Editora Bertrand Brasil, Rio de Janeiro. ISBN 85-351-1857.

PADOVONI, Tullio – Teoria de la colpevolezza e scopi della pena. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4, Milano, 1987, Giuffre Editora.

PALMA, Fernanda, *Direito penal, parte especial (crimes contra as pessoas)*, Lisboa, 1993; Constituição e direito penal, in *Casos materiais de direito penal*, Fernanda Palma, Carlota Almeida, José Vilalonga, 2000, Almedina;1983b, O homicídio qualificado no novo Código Penal português, in *Revista do Ministério Público*, ano 4º., vol. 15;

PLATÃO – *A República*. Título Original Grego. Diagramação: Cibele Lotito Lima. Revisão: André Campos Mesquita. Capa: Marcelo Serikaku. Colaborador: Luciano Oliveira Dias. Coordenador Editorial: Ciro Mioranza. 2.ª ed. Editora Escala. f. 55.

ROXIN, Claus – *Derecho penal parte general – tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, Civitas, 1999; 1976b, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid, Reus.1983, *Acerta da problemática do Direito Penal da culpa>>*, in *Textos de Apoio de Direito Penal*, II (1983/84), Lisboa, AAFDL;

SERRA, Tereza – *Homicídio qualificado – tipo de culpa e medida da pena*, Almedina, Coimbra 1992; *Homicídio em série*, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, FDUL, AAFDUL 1998.

SILVA, Fernando – *Direito penal especial – os crimes contra as pessoas -*, Quid Juris Sociedade Editora, 3.ª ed., Lisboa 2011. ISBN 978-972-724-563-5.

VELOSO, José António – *Erro e Direito Penal – Lições dadas ao 4º ano de DIREITO NO ANO LECTIVO 1992/93*, 2.ª ed. 1999, Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa;

WELZEL, Hans – *Lo injusto de los delitos culposos*. In *Textos de apoio de direito penal*, AAFDL, 1983/84, tomo II.