



Viviana Carreira Campos Figueiredo

Homicídio Qualificado: contributos para a compreensão deste crime

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), no Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

• U



C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Homicídio Qualificado: contributos para a compreensão deste crime

Aggravated Homicide: significant contributions to the understanding of this crime

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), no Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses.

Autor

Viviana Carreira Campos Figueiredo

Orientador

Prof. Doutor Nuno Fernando Rocha Almeida Brandão

Coimbra 2017

Resumo

A presente dissertação enquadra-se na temática atinente à proteção da vida humana, o mais importante bem jurídico, consagrado na Constituição da República Portuguesa, e que se encontra previsto na Parte Especial do Código Penal Português. Mais concretamente analisa-se o Homicídio Simples e o Homicídio Qualificado, que se encontram respetivamente nos artigos 131º e 132º do referido diploma.

O artigo 132º, sendo uma norma complexa, devido à sua estruturação, justifica uma análise do seu teor, de como está construída e quais as consequências da sua aplicação. Trata-se de uma norma que consiste numa agravação de outra, nomeadamente do Homicídio Simples, o que vai implicar uma maior moldura penal. É pois, uma norma, complexa porque se encontra dividida em duas partes; um critério generalizador, previsto no nº1, e um conjunto de exemplos-padrão, previstos no nº2. Vários estudiosos têm questionado a pertinência do alargamento dos exemplos-padrão introduzidas pelas várias revisões feitas ao Código Penal. Lançando mão de pesquisa bibliográfica, que nos aponta para algumas divergências doutrinárias, e consultando a jurisprudência referente a esta temática, procurou-se perceber qual o intuito do legislador quando criou esta norma.

O estudo realizado permitiu equacionar se nos exemplos-padrão está em causa um tipo de ilícito mais grave ou se, pelo contrário, traduzem uma culpa agravada. Ao mesmo tempo, questiona-se se o sucessivo alargamento desta norma lhe vem retirar o sentido original.

Palavras-chave: Homicídio Simples; Homicídio Qualificado; Exemplos-padrão; Ilícito; Culpa;

Abstract

This dissertation approaches the theme of the protection of human life, which is the most important juridical right, established in the *Constitution of the Portuguese Republic*, which is provided for in the Special Part of the Portuguese Penal Code. More specifically, it analyzes the homicide and the aggravated homicide, which are respectively found in Articles 131 and 132 of said diploma.

Article 132, being a complex rule owing to its structure, justifies an analysis of its content, the way it is formulated and the consequences of its application. It is a rule that consists in an aggravation of another, namely of homicide, which will imply a greater penal framework. It is, therefore, a complex rule, because it is divided into two parts – a generalizing criterion, provided for in paragraph 1, and a set of standard examples provided for in paragraph 2. Several scholars have discussed the pertinence of extending the standard examples introduced by the various revisions made to the Penal Code. By resorting to bibliographical research, which points us to some doctrinal divergences, and the jurisprudence referring to this subject, we tried to understand what the legislator's intention was when he created this rule.

This study made it possible to determine whether the standard examples represent a more serious type of illegal action or if, on the contrary, they represent an aggravated fault. At the same time, it is questioned whether the successive enlargement of these standard examples will jeopardize its original meaning.

Keywords: Homicide; Aggravated Homicide; Standard examples; Illegal Action; Guilt

Índice Geral

1. Introdução	5
2. Enquadramento Temático	6
2.1 O conceito de bem jurídico	6
2.2 A vida como preceito fundamental	8
2.2.1 A vida humana para o direito penal.....	8
2.3 O início e o termo da vida humana	9
2.3.1 Início da vida humana	9
2.3.2 Termo da vida humana	10
3. Crime de homicídio	11
4. Homicídio qualificado	14
4.1 Abordagem temática	14
4.2 A qualificação	16
4.2.1 Especial censurabilidade e especial perversidade	19
4.3 Tipo de ilícito, tipo de culpa	22
5. A técnica dos exemplos-padrão	26
5.1 Análise dos exemplos-padrão em concreto.....	28
5.1.1 Os exemplos-padrão	29
5.1.2 Os exemplos-padrão face à especial censurabilidade e perversidade.....	40
6. O alargamento do número 2 do artigo 132º - consequências.....	42
7. Conclusão.....	46
Bibliografia	49

1. Introdução

A sociedade em que vivemos caracteriza-se por estar em constante mutação e evolução, concomitantemente o mesmo acontece com o nosso Direito Penal. Este existe no sentido de dar proteção a determinados bens jurídicos providenciando uma sanção para os ilícitos típicos que aí vêm previstos. “O direito penal encontra a sua razão de ser e o seu fundamento (...), na dimensão onto-antropológica de uma relação de cuidado-de-perigo. O que faz com que a ilicitude penal material se manifeste na perversão ou rutura daquela precisa relação de cuidado-de-perigo.”¹

O tema que se propõe tratar prende-se com o estudo do Homicídio Qualificado, presente no artigo 132º do Código Penal Português, uma criminalização que advém de um tipo-base, o homicídio simples, e que se concretiza numa forma agravada deste. Ou seja, pretende-se com este estudo fazer uma análise das circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio, concretamente uma análise dos chamados exemplos-padrão, presentes no número 2 do referido artigo, com o intuito de perceber quais aqueles que se inserem na chamada especial censurabilidade e, por outro lado, perceber quais as circunstâncias que apontam para a especial perversidade.

A análise dos exemplos-padrão existentes nesta norma do Código Penal é importante, uma vez que cada vez mais se assiste a um alargamento dos mesmos. Importa perceber o porquê desse alargamento e perceber onde eles se enquadram, ou seja, se estamos perante circunstâncias que relevam um desvalor ao nível da atitude do agente e assim se inserem na especial censurabilidade ou se, por outro lado, estamos perante situações que apontam para um especial juízo de culpa que se manifesta na personalidade do agente e, então, se inserem na especial perversidade.

Com este trabalho pretende-se, em primeiro lugar, fazer uma abordagem ao crime que está na base de todos aqueles que atentam contra o bem jurídico de maior valor, protegido constitucionalmente, a vida humana. Ou seja, antes de um aprofundamento sobre as matérias que constituem o objeto principal do estudo, é preciso analisar os aspetos gerais do crime de homicídio simples, uma vez que é com base neste que poderá existir uma qualificação do mesmo.

¹ COSTA, José de Faria – *Direito Penal Especial – Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 36.

Depois desta análise inicial, passamos ao estudo em concreto do homicídio qualificado, as suas características e as várias vertentes qualificadoras. Estudar concretamente os exemplos-padrão, e perceber quais as condutas que, por um lado, apontam para a especial censurabilidade e, por outro, quais as condutas que se inserem na especial perversidade.

Ao analisar os exemplos-padrão presentes nesta norma, pretende-se também compreender em que medida esta norma foi ganhando amplitude, havendo hoje cada vez mais exemplos-padrão.

Com este estudo quer-se perceber qual o sentido da norma presente no artigo 132º do Código Penal Português. Trata-se de uma norma que está dividida em duas partes, contendo uma parte geral e uma segunda parte que se prende com os exemplos-padrão, sendo que uma não existe sem a outra. O facto de recentemente ter existido um alargamento da norma põe em questão saber se era realmente necessário ou se foi uma atitude desnecessária do legislador. Pretende-se também, depois dessa análise, perceber onde se enquadram os exemplos-padrão, se numa especial censurabilidade se numa especial perversidade.

2. Enquadramento Temático

2.1 O conceito de bem jurídico

Para que possa existir a intervenção do Estado enquanto detentor do *jus puniendi* e, assim, a intervenção do Direito Penal, é necessário que haja uma ofensa a um bem jurídico. Coloca-se então a questão de perceber o que se entende por bem jurídico. Segundo Michael Marx, “A noção de bem jurídico só ganhou autonomia nos princípios do século XIX, enquanto eco ou consequência do pensamento iluminista.”²

O Direito Penal deve intervir para proteção de bens jurídicos fundamentais e para punição de lesões mais graves provocadas pelo comportamento do agente no âmbito de uma comunidade. Para Figueiredo Dias, um “bem jurídico expressa um interesse da pessoa

² MARX, Michael, *Zur Defenition des Begriffes “Rechtsgut”*. Berlin: Carl Heymann. *Apud* COSTA, José Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal – Introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 5.

ou da comunidade na manutenção ou integridade de um certo estado, constituindo um objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”³

A determinação dos bens jurídicos merecedores de proteção, ao nível do Direito Penal, parte do legislador. É este que, recorrendo a diversas fontes, vai definir quais os bens jurídicos que efetivamente devem ser protegidos. Desde logo, ele socorre-se da *Constituição da República Portuguesa*. Figueiredo Dias “considera haver uma conexão axiológica entre ordem constitucional e ordem penal, em nome do sistema social total, entende que um bem jurídico político-criminalmente vinculante apenas existe onde se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido.”⁴

No entanto, é de referir que não são apenas estes bens jurídicos consagrados na *Constituição* que merecem proteção penal. Como defende Fernando Silva, “uma estrita vinculação aos valores constitucionalmente consagrados conduziria o direito penal por um trajecto que estaria condicionado às mutações da lei fundamental, e impediria a elevação de um determinado interesse à categoria de bem jurídico fundamental.”⁵

Percebemos então que há uma conexão entre aqueles bens jurídicos que a nossa *Constituição* consagra e aqueles que o direito penal pretende proteger com as criminalizações que perpetua. Ou seja, na lei fundamental podemos encontrar os limites de intervenção do direito penal, mas no que concerne à criminalização de condutas, tal vai estar a cargo do legislador penal.

A par da *Constituição* como fonte de bens jurídicos que merecem tutela penal, podemos também falar na ordem internacional.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra:Coimbra Editora, 1996, p. 53.

⁴ *Idem*, p. 57.

⁵ 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*. 3ªEdiç Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2009, p. 14.

2.2 A vida como preceito fundamental

No nosso Código Penal, vemos na sua parte especial plasmados os tipos de crimes previstos no nosso ordenamento jurídico e conseqüentemente os bens jurídicos protegidos. O facto de em primeiro lugar estarem inseridos os crimes contra a vida demonstra de imediato a importância deste bem jurídico que é a vida humana. Como nos diz Faria Costa, o facto de o Código Penal iniciar a Parte Especial com os crimes contra a vida é revelador, de uma maneira clara e inequívoca, de que o bem ou valor jurídico-penal mais fortemente protegido é o da vida humana.”⁶

2.2.1 A vida humana para o direito penal

Nos crimes contra a vida, nomeadamente no crime de homicídio que é o ilícito em apreço, o bem jurídico protegido é a vida humana. A vida aparece como um bem jurídico que é inviolável, primordial e que precede sobre todos os outros. Esta é encarada no ordenamento jurídico português como o bem jurídico de maior valor protegido, tendo consagração constitucional como podemos ver ao analisar o artigo 24º da *Constituição da República Portuguesa*. Sendo um bem jurídico que reclama proteção extrema, é de fácil compreensão que venha também protegido na Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁷

Surge aqui a necessidade de se apurar se o bem jurídico protegido no crime de homicídio é ou não o mesmo que se procura proteger no caso do aborto. Ou seja, coloca-se a questão de se saber se a vida intra-uterina (aquela que é protegida com a incriminação do aborto) tem o mesmo valor que a vida humana de pessoa já nascida (bem jurídico que se pretende tutelar no crime de homicídio). De acordo com Figueiredo Dias “são jurídico-penalmente distintos os bens jurídicos protegidos”⁸

⁶COSTA, José de Faria – O fim da vida e o direito penal. In *Liber Discipulorum*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.767.

⁷Como se lê no artigo 3º “todo o indivíduo tem direito à vida, liberdade e à segurança pessoal.”

⁸DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 6.

O próprio Código Penal afirma esta distinção quando trata os bens jurídicos de forma diferente ao dirigir-se a um como vida⁹ e a outro como vida intra-uterina¹⁰. Em bom rigor, quando falamos no bem jurídico vida, aquele tutelado no Capítulo I da Parte Especial do Código Penal, devemos ter em consideração que aquilo que interessa ter em conta é a vida de pessoa já nascida.

2.3 O início e o termo da vida humana

2.3.1 Início da vida humana

Determinado o bem jurídico protegido, a vida humana de pessoa já nascida, importa saber, para efeitos de criminalização, quando é que esta tem início e quando se dá o seu término.

Para o direito penal os factos desenrolam-se de maneira diferente do que acontece no direito civil. Assim, se olharmos para o artigo 66º do Código Civil,¹¹ a vida, ou melhor, a aquisição da personalidade jurídica dá-se com o nascimento completo e com vida, no momento final do ato de nascimento. Para o código penal deve ser outro o momento de valoração. A vida merece desde logo proteção penal com o início do trabalho de parto.¹²

Compreende-se que assim seja porque o momento do início do parto é particularmente delicado. Se considerássemos que a vida humana apenas se iniciava com o nascimento completo e com vida, todas as atuações que ocorressem até esse momento ficavam desprovidas de proteção penal, porque, como sabemos, o aborto apenas é punido a título doloso. A ser assim, durante o parto o bem jurídico protegido seria a vida intra-uterina o que significaria que o que acontecesse com o feto a título de negligência ficava sem proteção penal.

⁹ Artigos 131º a 139º do Código Penal.

¹⁰ Artigos 140º a 142º do Código Penal.

¹¹ “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.”

¹² Justifica-se que seja deste modo uma vez que “o que está em causa é a proteção de um bem jurídico, razão pela qual não é relevante a capacidade da vida autónoma, a proteção da vida justifica-se mesmo que o recém-nascido não tenha hipótese de sobrevivência autónoma” (SILVA, Fernando – *Direito Penal Especial: Os crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 37).

O início do parto surge como um critério de aferição da vida humana, fazendo a passagem da vida intrauterina para a vida de pessoa já nascida. Trata-se de bens jurídicos diferentes e protegidos penalmente por normas distintas.

Este critério para início de vida vem previsto, ainda que não de maneira explícita, no nosso Código Penal, no artigo 136º do Código Penal.¹³ Vemos que tem no seu âmbito de proteção a morte durante o parto, significando que durante o parto já estamos perante o bem jurídico vida humana, sendo de concluir que este critério deve ser o que devemos observar quando estamos perante crimes contra a vida.

2.3.2 Termo da vida humana

Com isto importa também perceber como termina a vida, ou seja, determinar qual o momento da morte. É importante determinar o momento em que se considera que uma pessoa está morta. Importa saber qual o critério de verificação da morte, sendo tal facto de grande importância para o direito penal, uma vez que vai permitir distinguir entre diversos tipos legais de crime em função do momento em que o agente atuou, como adiante se verá.

O fim da vida humana depende da verificação de um critério legal que determina qual o momento da morte.¹⁴

Hoje em dia, em Portugal, considera-se que a morte cerebral é o momento que juridicamente determina o falecimento de uma pessoa.

A resposta a esta questão não vem consagrada no Código Penal mas antes numa lei avulsa, a Lei 141/99, de 28 de Agosto, que nos diz, no artigo 2º, que “a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”. Mais ainda, o legislador acolheu de forma expressa o critério da morte cerebral na Lei 12/93, de 22 de Abril (que regulamenta a Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana).

¹³ “A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos.”

¹⁴ “A estipulação de um critério rigoroso e único é inevitável. Só assim podemos distinguir: consumação da tentativa; apurar se ainda é possível ao agente cometer um homicídio, pois se a vítima já estiver morta, não se pode consubstanciar um homicídio de cadáver, configurando um caso de tentativa impossível” (SILVA, Fernando – *Direito Penal Especial: Os crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 43).

O critério adotado no ordenamento jurídico português é o da morte cerebral. É possível consubstanciar o falecimento de uma pessoa com a inexistência de atividade do tronco cerebral.

É claramente importante definir o momento em que termina a vida humana porque “a qualidade de uma pessoa para efeito do tipo de ilícito objectivo do homicídio termina com a morte: o cadáver não é mais pessoa para esse efeito.”¹⁵ Sendo no entanto de referir que o direito penal não descarta uma proteção a pessoa já falecida, prevendo normas que se preocupam precisamente com isso, nomeadamente o artigo 253º e 254º do Código Penal.

3. Crime de homicídio

Antes de entrarmos na temática que é questão de fundo, o homicídio qualificado, é necessário fazer uma abordagem daquele que é o tipo-base legal dos crimes contra a vida, o homicídio simples. Só olhando para este tipo-base de ilícito é que podemos considerar circunstâncias agravantes ou atenuantes que, aplicadas, irão manifestar-se em molduras penais diferentes daquelas previstas para o tipo-base.

Cumpramos então falar do crime de homicídio simples que tem consagração no artigo 131º do Código Penal, que nos diz “Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos”.

Estamos perante um crime dito comum e de resultado, querendo com isto dizer que é um crime que pode ser cometido por qualquer pessoa e que implica necessariamente a produção de um resultado, a morte de pessoa diferente do agente. O resultado é imprescindível para a tipicidade do crime. Podemos ainda caracterizar este tipo objetivo de ilícito como um crime de execução livre sendo que ação pode ser levada a cabo de qualquer forma, não estando definido no tipo o modo de atuação do agente. A atuação do agente apenas tem de culminar naquele resultado, a morte de outra pessoa. Tornam-se

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 9.

irrelevantes os meios e modos como o crime é executado, ao contrário do que acontece com o homicídio qualificado como mais à frente vamos ter oportunidade de analisar.

Tratando-se do tipo-base legal, ele é “suficiente para caracterizar o conteúdo essencial do ilícito de todos os crimes contra a vida, uma vez que é o mesmo bem jurídico: a vida de outra pessoa.”¹⁶ Está em causa um tipo fundamental.¹⁷

O bem jurídico que aqui se protege é necessariamente a vida humana de outra pessoa. Com isto excluimos desde logo deste tipo de ilícito o suicídio, uma vez que tal não envolve a morte de outra pessoa. O suicídio não é punível no nosso ordenamento jurídico, já tendo sido em outros ordenamentos como por exemplo no direito penal inglês até 1961.

No entanto é de referir que o suicídio não é de todo irrelevante para o direito penal, isto porque podemos ter situações em que há responsabilização do agente que incentive, auxilie ou ainda faça propaganda ao suicídio, como é visível pela análise do artigo 135º do Código Penal,¹⁸ e ainda do artigo 139º do mesmo diploma.¹⁹

Estamos perante um crime de homicídio quando o seu resultado for a morte de outrem que não o agente. Tal consubstancia-se no tipo objetivo: “causar, por ação ou omissão, a morte de pessoa diferente do agente”.²⁰ Nas palavras de Figueiredo Dias e Nuno Brandão há “uma necessidade de se estabelecer o nexó de imputação objectiva do resultado à conduta.”²¹ Para que possamos qualificar uma determinada conduta como homicídio temos de, além de verificar a existência de um resultado, imputá-lo à conduta do agente, pois tem de haver um nexó de causalidade. O nosso Código Penal prevê uma norma que nos indica que o legislador consagrou a doutrina da causalidade adequada, de

¹⁶MONTEIRO, Elisabete Amarelo – *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 20.

¹⁷ Aquele que “contém o tipo objectivo de ilícito na sua forma mais simples, constitui, por assim dizer, o mínimo denominador comum de forma delictiva, conforma o tipo base cujos elementos vão pressupostos nos tipos qualificados e privilegiados.” (DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 295).

¹⁸ “Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim é punido com pena de prisão até três anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumir-se.”

¹⁹ “Quem, por qualquer modo, fizer propaganda ou publicidade de produto, objecto ou método preconizado como meio para produzir a morte, de forma adequada a provocar suicídio, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.”

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 35.

²¹ *Ibidem*.

maneira a dar resposta a esta questão de adequação da conduta do agente ao resultado. Tal está visível na norma do artigo 10º deste diploma.²²

Ao lado do tipo objetivo temos de ter o elemento subjetivo, ou seja, a vontade de cometer aquele ato, que está subjacente ao agente. Assim podemos falar de dolo. Como sabemos, no nosso Direito Penal podemos falar de três tipos de dolo: direto, necessário e eventual. Essas formas vêm previstas no artigo 14º do Código Penal. Sendo que estamos perante *dolo direto* quando o agente representa determinado resultado e atua conformando-se com isso e com intenção de obter esse resultado; trata-se de *dolo necessário* quando o agente representa um facto admitindo-o como criminoso mas que é necessário para realizar o fim que pretende, tratando-se de uma consequência necessária da sua conduta e, por fim, temos *dolo eventual* em que o agente representa o resultado como consequência possível da sua conduta e atuação conformando-se com isso.

Como elemento subjetivo ele “(...) é composto por um elemento intelectual ou cognitivo e por um elemento volitivo. O elemento intelectual traduz-se na representação que o agente realiza dos elementos objectivos do crime; o elemento volitivo consiste na vontade do agente de cometer o facto (ou de concretizar os seus efeitos).”²³

Não podemos falar em negligência pois aí não está presente o elemento intencional que é um dos que caracteriza o dolo. Quando falamos em negligência, falamos num dever de cuidado que deve estar presente na conduta do agente de modo a evitar qualquer ofensa ao bem jurídico. A negligência está prevista no nosso Código Penal no artigo 15º.²⁴ Aqui estão previstas duas formas de negligência, consciente e inconsciente. Sendo que a primeira se aproxima de alguma forma ao dolo eventual faltando no entanto a conformação do resultado. Na negligência consciente o agente admite como possível a realização de determinado resultado mas não acredita que ele se vai realizar. Por outro lado, a negligência inconsciente é aquela em que o agente nem sequer representa como possível a verificação do resultado. Cabe ainda falar da existência de outra forma de negligência que, apesar de não estar descrita nesta norma, se encontra prevista no nosso Código Penal, no

²² “Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo.”

²³ PRATA, Ana *et al.* – *Dicionário Jurídico: Direito Penal e Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2007.

²⁴ “(...) age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz: representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.”

artigo 137º/2 e que dá lugar a uma punição mais grave. De acordo com Figueiredo Dias “a negligência grosseira, constitui um grau essencialmente aumentado ou expandido de negligência.”²⁵

Interessa-nos então estudar o homicídio doloso, aquele que se traduz na atuação do agente em matar outra pessoa. Este pode ser consubstanciado em três normas do Código Penal: artigo 131º que prevê o homicídio simples, artigo 132º que prevê o homicídio qualificado e artigo 133º que prevê o homicídio privilegiado.

Servindo o homicídio simples de tipo-base para outros crimes contra a vida, sabemos que podem ocorrer determinadas circunstâncias que, por um lado, agravam a moldura penal presente no homicídio simples, ou seja, circunstâncias agravantes que se traduzem no homicídio qualificado (artigo 132º do Código Penal) ou, por outro lado, circunstâncias atenuantes que permitem diminuir os limites previstos na moldura penal do homicídio simples, sendo que aqui falamos em homicídio privilegiado (artigo 133º do Código Penal). Estes dois tipos de crime configuram situações em que há uma diminuição sensível da culpa ou em que há uma agravação da culpa, tratando-se de homicídio privilegiado ou qualificado, respetivamente.

Quer o homicídio qualificado quer o homicídio privilegiado não podem ser tidos como tipos de crimes autónomos, ou seja, eles não existem sozinhos. Tem de se ter sempre em atenção que eles existem em função do homicídio simples e não para além dele. O homicídio simples traduz-se, como já vimos acima, no tipo legal fundamental dos crimes contra a vida.

4. Homicídio qualificado

4.1 Abordagem temática

O crime de homicídio qualificado vem previsto no artigo 132º do Código Penal que nos diz no nº1 que “Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos.”

²⁵DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 113.

Ao falarmos de homicídio qualificado é imperativo, como vimos acima, fazer referência ao homicídio simples, uma vez que o primeiro não existe sem o segundo. É necessário que esteja preenchido o tipo de ilícito previsto no artigo 131º do Código Penal, para que possamos falar na existência de homicídio qualificado. Este consubstancia uma forma agravada do homicídio simples. Nas palavras de Teresa Serra, o homicídio qualificado constitui um caso especial de homicídio doloso que o legislador decidiu punir com uma moldura penal agravada.²⁶

O homicídio qualificado surge hoje num único tipo legal de crime, contrariamente ao que acontecia no Código Penal de 1982, que previa a divisão das várias formas de qualificação por diversas normas. “Aí, existia, no artigo 351º, uma descrição taxativa de tipos de homicídio qualificado, a par dos tipos autónomos do envenenamento, (artigo 353º), do parricídio, (artigo 355º) e do infanticídio (artigo 356º).”²⁷

A atuação do legislador que culminou na adoção desta forma de qualificação encontra-se influenciada por dois outros ordenamentos jurídicos: o Código Penal Suíço e o Código Penal Alemão.

Se olharmos para o Código Penal Suíço encontramos duas normas que são muito importantes: o artigo 111º e artigo 112º que preveem respetivamente o homicídio doloso e o assassinio. O primeiro prevê que “qualquer pessoa que intencionalmente mate outra será punida com pena de prisão não inferior a cinco anos”; por sua vez, o segundo prevê que “se o autor matou em circunstâncias que revelem especial falta de escrúpulos, se o motivo, a finalidade ou o modo de execução revelem a sua atitude especialmente censurável ou a sua perigosidade a pena é de prisão perpétua ou pena de prisão nunca inferior a dez anos.” Com a análise deste artigo 112º vemos que em relação ao nosso ordenamento jurídico há duas diferenças a ressaltar: nesta norma falta a concretização da cláusula geral, e além disso, utiliza o termo perigosidade, algo que não se verifica no nosso Código Penal. Na nossa legislação, o legislador optou por utilizar o termo perversidade. No que concerne ao Código Penal alemão vemos que ele dispõe igualmente de duas normas que vieram influenciar o Direito Penal português. No artigo 212º vem previsto o homicídio simples e no artigo 211º vem previsto o assassinio. O artigo 211º vem dividido em duas partes: o

²⁶ SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 49.

²⁷ *Ibidem*.

número um da norma que nos remete para a pena a que está sujeito o assassino, e o número dois onde vêm descritas as circunstâncias que tornam a atitude do agente suscetível de se conformar num assassinio. Diferentemente do que acontece no nosso ordenamento jurídico, estas circunstâncias são taxativas e não já exemplificativas, e funcionam de forma automática. Mais ainda, como acontece no Código Penal Suíço, também não existe aqui a cláusula geral. Apesar destas diferenças, o facto é que as circunstâncias que encontramos no número 2 do artigo 132º do Código Penal aproximam-se muito daquelas que vêm previstas no artigo 211º do Código Penal alemão. Assim, é de concluir que o legislador português encontrou inspiração nestas normas tendo, no entanto, optado por não fazer uma enumeração taxativa das circunstâncias qualificadoras e ainda por introduzir uma cláusula geral que serve como filtro ao funcionamento dos exemplos-padrão, diferindo assim do que acontece no ordenamento alemão onde há um funcionamento automático das circunstâncias que levam à qualificação do crime como homicídio.

4.2 A qualificação

O homicídio qualificado constante do artigo 132º do Código Penal é uma norma inovadora, uma vez que está dividida em duas partes, divisão essa que é visível na própria norma. Numa primeira parte, no nº 1, encontramos a cláusula geral, e no nº 2 encontramos os chamados exemplos-padrão, que não são de todo taxativos, servindo de exemplo para aquilo que pode qualificar o homicídio. Ao contrário do que se encontrava previsto no Código Penal de 1886, aqui não temos todas as situações que podem conduzir à qualificação do homicídio e nem sempre as situações previstas nesta norma levam à qualificação do homicídio. Nas palavras de Figueiredo Dias e Nuno Brandão “o legislador português seguiu em matéria de qualificação do homicídio, um método muito particular e, até certo ponto, neste domínio, original (...): a combinação de um critério generalizador, determinante de um especial tipo de culpa, com a técnica chamada dos exemplos-padrão.”²⁸

Quando olhamos para o nº 1 do artigo 132º do Código Penal, “Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 49.

agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos”, deparamo-nos com a tal cláusula geral que contém, nas palavras de Elisabete Monteiro, “(...) dois conceitos indeterminados: a especial censurabilidade e a especial perversidade.”²⁹

No nº 2 da mesma norma vemos uma panóplia de circunstâncias exemplificativas, situações que no caso concreto sejam suscetíveis de revelar especial censurabilidade ou perversidade. De notar que é importante ter em conta que se trata de situações exemplificativas e que não é só a sua existência que permite automaticamente afirmar que estamos perante um homicídio qualificado. Trata-se de circunstâncias “cuja verificação não implica forçosamente a qualificação do homicídio. Esta só ocorrerá se tais circunstâncias exprimirem um grau especialmente elevado de culpa.”³⁰

Atendendo a esta ideia de conceitos indeterminados vai ser necessário fazer uma análise específica a cada caso concreto de modo a perceber se efetivamente se subsumem a esta norma, se realmente existiu uma especial censurabilidade ou perversidade.

A qualificação do homicídio corresponde a uma situação que, de acordo com o modo de atuação do agente, merece desde logo uma maior reprovação por parte da comunidade e da ordem jurídica. Há efetivamente uma maior censura, ou seja, a qualificação tem como pressuposto um grau maior de culpa por parte do agente. Desta forma entendem Figueiredo Dias e Nuno Brandão que os exemplos-padrão presentes na norma do 132º/2 se configuram como “elementos constitutivos do tipo de culpa”³¹ e não como circunstâncias que atendem ao tipo de ilícito, como outros autores afirmam, e que mais à frente será alvo de reflexão. Assim, compreendemos que as circunstâncias aí presentes estão ligadas a um desvalor da ação e da conduta do agente. A especial censurabilidade ou perversidade do agente não será mais do que a revelação de um desrespeito acrescido, ou de um desprezo extremo, do autor, pelo bem jurídico protegido.³²

²⁹ MONTEIRO, Elisabete Amarelo – *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 35.

³⁰ BRITO, Teresa Quintela *et al.* – *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 170.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 51.

³² Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27-05-2010, Processo nº 517/08.9JACBR.C1.S1 disponível no sítio www.dgsi.pt

Em que consiste então a qualificação do homicídio? Podemos dizer que esta se prende com uma valoração diferente do grau de culpa aquando da atuação do agente. Certamente que para aferir a qualificação de um homicídio é imperativo analisar o caso concreto porque, independentemente de estar preenchida a parte geral da norma ou algum dos exemplos previstos no nº 2 da mesma, isso não significa que haja automaticamente uma qualificação do homicídio. É, pois, necessário fazer uma leitura de todas as especificidades do caso.

A construção deste artigo 132º, feita de forma complexa e polémica, pode suscitar dois problemas aquando da sua análise. Está assim em crer Teresa Quintela de Brito que afirma que possam surgir problemas ao nível da legitimidade do uso de cláusulas com conceitos indeterminados na incriminação de condutas, uma vez que o nosso ordenamento jurídico exige uma rigorosa determinação da lei penal. E ainda um problema ao nível da compatibilidade da técnica dos exemplos-padrão com o princípio da tipicidade e da proibição da analogia.³³

Percebe-se claramente a necessidade de precisão da lei penal, de modo a que não haja abertura a decisões discricionárias por parte do juiz. Este deve manter-se fiel à lei, de forma a respeitar tanto o princípio da igualdade como o da segurança jurídica, para que exista uma máxima previsibilidade das decisões judiciais por parte da comunidade. No entanto, estando a sociedade em constante modificação, e assim sendo também os comportamentos que merecem proteção penal, é perceptível que haja cada vez mais uma maior abertura da lei penal. Essa abertura é possível desde que se mantenha sempre em vista o princípio da legalidade criminal. O princípio da legalidade criminal vem desde logo previsto na Constituição da República Portuguesa, no artigo 29º, nº1³⁴, e também no próprio Código Penal, no artigo 1º.³⁵ Este princípio consiste na exigência de ser necessária uma lei certa, escrita e precisa, e com base no qual se proíbe a retroatividade da aplicação da lei penal assim como se proíbe o recurso à analogia. “O princípio da legalidade criminal encontra -se (...) associado como funcionalmente vinculado à proteção do indivíduo

³³ BRITO, Teresa Quintela *et al.* – *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 171.

³⁴ “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança privativa da liberdade cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.”

³⁵ “Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática.”

perante o direito penal, colocando -o a salvo de uma intervenção estadual arbitrária ou excessiva.”³⁶

Posto isto, é de aceitar a inclusão de cláusulas gerais e conceitos indeterminados na lei penal, como o que acontece neste artigo 132º, desde que tal não seja incompatível com o princípio da legalidade e que tais cláusulas e conceitos sejam dotados de um conteúdo previsível, através de definições e exemplos típicos.³⁷

4.2.1 Especial censurabilidade e especial perversidade

Ao falarmos em homicídio qualificado temos dois caminhos possíveis, aquelas atuações do agente que nos conduzem para uma especial censurabilidade e as outras que nos remetem para uma especial perversidade. São duas situações distintas. Aquilo que se pretende com este contributo é precisamente fazer uma análise dos numerosos exemplos-padrão que a norma do 132º contém e perceber em que medida se inserem numa ou noutra.

Como distinguimos o que é especialmente censurável e o que é especialmente perverso? Esta questão tem levantado alguma divergência doutrinária.³⁸

Para Teresa Serra, “a especial censurabilidade refere-se às componentes da culpa relativas ao facto, funda-se naquelas circunstâncias que podem revelar um maior grau de culpa como consequência de um maior grau de ilicitude”; por outro lado, a especial perversidade reporta-se “a uma atitude profundamente rejeitável, no sentido de ter sido determinada e de constituir indício de motivos e sentimentos que são absolutamente rejeitados pela sociedade.”³⁹

³⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, Processo nº 230/14 disponível no sítio www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos

³⁷ BRITO, Teresa Quintela *et al.* – *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 173.

³⁸ “Enquanto alguns autores defendem que ambas as expressões se referem a uma “mesma realidade”, outros procuram delimitar os conceitos e perceber a disparidade que existe entre ambos.” (MONTEIRO, Elisabete Amarelo – *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 36).

³⁹ SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 63 e 64.

Nesta ordem de pensamento vemos então que a especial censurabilidade está intimamente ligada ao facto em si e a perversidade a algo que está mais conxionado com o agente em si.

É neste mesmo sentido que Fernando Silva também se posiciona porquanto afirma que a especial censurabilidade.

Constitui uma conduta que releva uma profunda distância em relação a um determinado quadro valorativo, afastando-se de um padrão normal (...). As circunstâncias que rodeiam o agente e o motivam a matar, representam maior refração, sendo razões que deviam acarretar maior contra-motivação para que o agente não tivesse agido daquele modo. O grau de censura aumenta por haver na decisão do agente o vencer de factores que, em princípio, deveriam orientá-lo ainda mais para se abster de actuar, as motivações que o agente revelou, ou a forma como realizou o seu facto, apresentam, não apenas um profundo desrespeito por um normal padrão axiológico vigente na sociedade, como ainda traduzem situações em que a exigência para não empreender a conduta se revela mais acentuada.⁴⁰

Por outro lado, a especial perversidade para este autor

Representa um comportamento que traduz uma acentuada rejeição, por força de sentimentos manifestados pelo agente que revela um egoísmo abominável. (...) O agente toma a decisão de sob grande reprovação atendendo à personalidade manifestada no seu comportamento. (...) O agente deixa-se motivar por factores completamente desproporcionais, aumentando a intolerância perante o seu facto.⁴¹

Noutra linha de pensamento, que não corresponde àquilo que a doutrina dominante defende, temos a opinião de Maria Margarida Pereira que considera que além da especial culpa do agente que fundamenta a qualificação do crime de homicídio, a perigosidade social do agente e as exigências de prevenção geral também relevam para essa qualificação.⁴²

⁴⁰SILVA, Fernando – *Direito Penal Especial: Os crimes contra as pessoas – crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p .55 e 56.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² PEREIRA, Maria Margarida Silva – *Os Homicídios*. Lisboa, 2012, p. 55-58.

Ainda neste âmbito temos de dar crédito à divisão feita por Maria Fernanda Palma, ainda que o legislador tenha optado por não fazer tal divisão na letra da lei, que nos diz que se inserem como circunstâncias que revelam especial censurabilidade aquelas “relativas ao modo de ser objectivo da acção”, e circunstâncias que revelam especial perversidade aquelas “relativas à implicação pessoal do agente na acção.”⁴³ Deste modo, no primeiro nível inserem-se as circunstâncias reveladoras de um especial desvalor da ação que se traduz num maior grau de ilicitude do facto. E, num segundo nível, inserem-se as circunstâncias que traduzem, uma ação desvaliosa, mas agora intrinsecamente ligada à atitude do agente.

Apesar desta divisão nunca nos podemos esquecer que a qualificação do homicídio só pode ser feita olhando para o caso concreto e para os fatores que motivaram a atuação do agente. Ou seja, não basta verificarmos que a conduta do agente é censurável ou perversa, “é necessário que esse juízo de culpa convoque circunstâncias e características especialmente desvaliosas: sensivelmente desconformes com os valores ético-jurídicos e com as exigências da comunidade.”⁴⁴ Actuação do agente tem de se mostrar desconforme com o que é aceite pela ordem jurídica e tem de consubstanciar uma censurabilidade ou preversidade acrescida àquela que está presente no tipo legal do artigo 131º do Código Penal.

Nas palavras de Teresa Serra “só se pode decidir que a morte foi causada em circunstâncias que revelam especial censurabilidade ou perversidade através de uma ponderação global das circunstâncias externas e internas presentes no facto concreto.”⁴⁵

Podemos concluir, seguindo o pensamento de Figueiredo Dias, e aquele que corresponde à doutrina dominante, que ao olharmos para a letra da lei parece-nos acertado afirmar que o legislador quis conectar a especial censurabilidade a condutas que se traduzem numa ação desvaliosa que se verifica com a ação do agente enquanto a especial perversidade está desde logo ligada às qualidades da personalidade do agente. Esta parece estar mais conexionada com o lado emocional da questão.

⁴³ PALMA, Maria Fernanda – O homicídio Qualificado no novo Código Penal Português. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, A. 4, (15), Outubro de 1983, p. 66-69.

⁴⁴ MONTEIRO, Elisabete Amarelo – *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 39.

⁴⁵ SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 63.

Em suma, podemos afirmar que o artigo 132º do Código Penal nunca pode ser analisado em separado. Se aceitássemos que assim fosse e que a cláusula geral prevista no nº 1 pudesse existir sozinha seria permitir uma fuga ao princípio da determinação da lei penal uma vez que daria ao juiz uma grande abertura e um largo âmbito de discricionariedade para atuar, uma vez que a lei não lhe indicaria um ponto de valoração onde se pudesse basear.⁴⁶

4.3 Tipo de ilícito, tipo de culpa

Estamos perante uma conduta ilícita quando ela é violadora de uma norma jurídica. Ou seja, existe ilicitude quando a atuação do agente coloca em perigo ou chega mesmo a lesar o bem jurídico que a norma pretende proteger. Nas palavras de Teresa Serra, “a vontade contrária à norma constitui o elemento central da ilicitude, já que é esta vontade que põe diretamente em causa a proibição contida na norma.”⁴⁷ Conseguimos assim perceber a inclusão do dolo enquanto elemento subjetivo do tipo de ilícito. Diz ainda a mesma autora que “no âmbito da estrutura do ilícito penal coexistem o desvalor da conduta”, ou seja, aquilo que consiste na atuação do agente e o modo como o agente executa o facto ilícito, “e o desvalor do resultado”, que está conexas com o perigo ou lesão causada no bem jurídico.⁴⁸

É importante referir que existe no nosso ordenamento jurídico casos em que se verifica a exclusão da ilicitude como podemos ver ao analisar o artigo 31º do Código Penal.⁴⁹ Assim, uma conduta que à partida seria considerada ilícita, por demonstrar ser contrária àquilo que está inserido nas normas penais, pode acabar por ver excluída a sua ilicitude se estiver em causa alguma das situações previstas na lei, nomeadamente as que se encontram no artigo 31º/2 do Código Penal. Entendemos existir situações de exclusão de ilicitude quando a atuação do agente representa a defesa de valores mais importantes do que aqueles que se sacrificam.

⁴⁶ BRITO, Teresa Quintela *et al.* – *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 176.

⁴⁷ SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 29.

⁴⁸ *Idem*, p. 30.

⁴⁹ “O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.”

No que concerne à culpa, ela surge como pressuposto fundamental da punibilidade. Ela é pressuposto e limite da pena. Não existe pena sem culpa e a medida da mesma não pode ultrapassar a medida da culpa. A culpa surge como um juízo de censura feito em relação à atuação do agente. Como diz Fernando Silva “a culpa consiste no juízo de censura dirigido ao agente pelo facto de ter actuado em desconformidade com a ordem jurídica, quando podia e devia ter actuado em conformidade com esta, sendo, no fundo, uma desaprovação a incidir sobre a conduta do agente.”⁵⁰ Coloca-se, aqui, a questão de se perceber se no artigo 132º do Código Penal está em causa um tipo de ilícito ou um tipo de culpa. Ou seja, se existe uma agravação da pena por estar em causa um maior grau de ilicitude ou se, por outro lado, o que está em causa é um maior grau de culpa.

Existem várias teses no que concerne a esta problemática. Maria Fernanda Palma⁵¹ vê neste artigo um tipo de ilícito agravado reconhecendo no entanto que a qualificação do homicídio depende da possibilidade de afirmar uma especial culpa. Com isto quer dizer que não pode ser uma culpa agravada a agravar um tipo de ilícito. Tem de estar presente uma ilicitude mais grave. A culpa apenas pode funcionar como critério de determinação da pena, na moldura penal já existente para aquele tipo de ilícito.

Para esta autora o dolo tem que abranger todas as circunstâncias agravantes. E no que concerne à tentativa, ela existe logo que sejam praticados atos de execução do homicídio e se dê o preenchimento total ou parcial da circunstância agravante. De notar ainda que para Maria Fernanda Palma é ainda aceite a tentativa impossível de homicídio qualificado, seja ou não verificado o homicídio simples, no caso de convicção errónea de verificação da circunstância.

Teresa Quintela de Brito afirma que esta conceção de Maria Fernanda Palma encontra hoje algumas adversidades.⁵²

⁵⁰ 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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editory5za, 2011, p. 54.

⁵¹ PALMA, Maria Fernanda. – *Direito Penal. Parte Espacial. Crimes contra as pessoas*. Lisboa, 1983, p. 40-78 (Lição, texto policopiado).

⁵² BRITO, Teresa Quintela *et al.* – *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 195.

Jorge de Figueiredo Dias, ao contrário do defendido por Maria Fernanda Palma, não aceita já as circunstâncias como um tipo de ilicitude agravada mas antes como elementos constitutivos do tipo de culpa.

Teresa Quintela de Brito critica esta posição na medida em que “ao condicionar a realização do nº2 do artigo 132º à existência de uma especial censurabilidade ou perversidade, acaba com a necessidade de se transitar, do nº2 para o nº1, em busca da revelação em concreto de um especial grau de culpa.”⁵³

Entendemos que devemos considerar a qualificação do homicídio como circunstâncias que demonstram um maior grau de culpa por parte do agente. E, da mesma forma, o privilegiamento do homicídio tem como base uma culpa diminuída do agente. Desta opinião é Teresa Serra que diz que o legislador adotou um tipo de culpa como critério generalizador porque “só no âmbito de um conceito material de culpa susceptível de graduação, tendo como objecto de referência próprio o maior ou menor desvalor da atitude do agente actualizada no facto, a função de tipos de culpa agravadores da moldura penal pode ser inteiramente compreendida.”⁵⁴

Também Figueiredo Dias e Nuno Brandão nos dizem que “face ao artigo 132º não parece que possa defender-se outra doutrina que não seja a de ver ali, elementos constitutivos do tipo de culpa. (...) O determinante da agravação é mediado por um mais acentuado desvalor da atitude: a especial censurabilidade ou perversidade do agente, é dizer, o especial tipo de culpa do homicídio agravado.”⁵⁵

Num mesmo sentido está Fernando Silva para quem

(...) a qualificação do homicídio tem como fundamento a culpa agravada que o agente revela com a sua actuação, sendo um tipo de culpa. (...) o tipo do artigo 132º do Código Penal integra elementos da culpa, traduzidos na maior censurabilidade ou perversidade reveladas pelo agente, correspondendo a um grau de censura agravado conformado através destes conceitos. No fundo,

⁵³ *Idem*, p. 197.

⁵⁴ SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 125.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 51.

estamos em presença de um tipo de culpa agravada assente numa cláusula geral de culpa com recurso a conceitos indeterminados, sobre os quais recai o fundamento da qualificação. Em causa está a atitude interna do agente que se revela mais grave, aumentando o grau de exigibilidade que sobre ele recai⁵⁶

É visível a divergência doutrinal no que concerne a esta temática. Assim, uma parte da doutrina aceita que os exemplos-padrão se baseiam num desvalor da conduta, circunstâncias que estão associadas à pessoa do autor e, assim sendo, o que está em causa é uma maior ilicitude do facto. Por outro lado, tem em crer outra parte da doutrina, nomeadamente Figueiredo Dias e Teresa Serra, que estas circunstâncias qualificadoras estão intimamente ligadas à atitude interna do agente, sendo que o que está em causa é antes uma culpa agravada e não já um ilícito maior.⁵⁷ Ou seja, no homicídio qualificado estamos perante o mesmo ilícito que se verifica no homicídio simples acrescido de uma maior culpa determinada pela atitude do agente. Esta autora também defende, aliás como a doutrina dominante o faz, que para estarmos perante um homicídio qualificado tem de haver uma culpa agravada. “Uma culpa dilatada face à do 131º, sendo essa culpa, em primeiro lugar, indiciada pela existência de especial censurabilidade ou perversidade”.⁵⁸

Assim sendo, cabe concluir que de outra forma não poderia ser se não aceitar que quando olhamos para o artigo 132º do Código Penal está em causa uma culpa agravada e não um maior grau de ilícito. Parece-nos que de outro modo não faria sentido uma vez que tratando-se o homicídio qualificado de um crime intimamente ligado ao homicídio simples e tendo na base o mesmo tipo de ilícito, a agravação só poderia provir de uma culpa agravada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem ido precisamente neste sentido de que o que está em causa na agravação do homicídio não é um acréscimo de ilicitude, sustentando assim a nossa tomada de posição em crer que o homicídio qualificado tem no seu fundamento uma culpa agravada. “Como a estruturação do preceito recorreu a

⁵⁶ 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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 54 e 55.

⁵⁷ BRITO, Teresa Quintela *et al.* – *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 201 ss.

⁵⁸ VILELA, Alexandra – Notas sobre a última revisão ao Código Penal: um exemplo, o artigo 132º. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 2009, p.205.

exemplos-padrão, no seu nº 2, meramente ilustrativos da cláusula geral de agravação que está enunciada no nº 1, fica afastada a concepção, segundo a qual, a qualificação ficaria a dever-se a um acréscimo de ilicitude.”⁵⁹

5. A técnica dos exemplos-padrão

Ao contrário do que acontece no Direito Penal Alemão onde é possível encontrar numerosos casos de “homicídios especialmente graves” e de onde advém uma grande polémica, e de modo a evitar que ocorresse em Portugal o mesmo que se verificou na Alemanha, o legislador português introduziu no nosso Código Penal a norma presente no artigo 132º que contém duas partes: numa primeira linha introduziu uma cláusula generalizadora e que nos direciona para a consciência de um maior grau de culpa e, em segundo lugar, colocou os exemplos-padrão.

A técnica dos exemplos-padrão surge desde logo no sentido de dar resposta às exigências que vão surgindo na nossa comunidade jurídica e de modo a satisfazer as exigências de justiça material. Surgem, no entanto, dúvidas na doutrina no que concerne ao facto de a norma constante do nº 2 do artigo 132º poder extravasar o princípio da legalidade criminal consagrado no artigo 1º do Código Penal e ainda consagrado constitucionalmente no artigo 29/1º da *Constituição da República Portuguesa*. O facto de existirem elementos não taxativos na norma, porque como sabemos os elementos constantes do nº 2 do artigo 132º são meramente exemplificativos, pode levar a questionar se porventura tal não dá lugar a que surjam situações que a própria lei penal proíbe, como, nomeadamente, o recurso a analogia ou a existência de “uma incriminação sem lei.” Para dar resposta a estas dúvidas, Teresa Serra sustem que tanto Eduardo Correia como Figueiredo Dias, cuja opinião é perfilhada pela maioria da doutrina e jurisprudência, afirmam “que as circunstâncias integrantes da enumeração exemplificativa do nº 2 não são elementos do tipo mas simples elementos de culpa, por isso mesmo não havendo qualquer

⁵⁹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27-05-210, Processo nº 517/08.9JACBR.C1.S1, disponível no sítio www.dgsi.pt

violação do princípio da legalidade ou lugar a arbítrio por parte do juiz.”⁶⁰ É notório que o princípio da legalidade, e subsequentemente o da tipicidade, não se encontram violados. O facto de estarem em causa circunstâncias qualificativas exemplificativas, e assim permitir-se qualificar o homicídio com circunstâncias análogas, o mesmo não quer dizer que possa ser qualquer circunstância. Tem de ser “uma situação que apresenta uma afinidade material ou substancial”⁶¹ com as previstas na norma. O critério generalizador não pode de algum modo funcionar sozinho. O nº 1 tem como função concretizar o nº 2. Assim como o nº 2 necessita de ser tido em conta conjuntamente com o nº 1. A verificação de qualquer das circunstâncias constitui só um indício da existência da especial censurabilidade ou perversidade. Pode negar-se este maior grau de culpa apesar da presença de uma dessas circunstâncias. Existindo, tem de fazer-se sempre um juízo de ponderação no sentido de saber se efetivamente existe uma especial censurabilidade ou perversidade.⁶²

Temos de encarar a norma como um todo. Se olharmos para a norma separadamente, esta pode ser alvo das críticas que supra evidenciamos, nomeadamente, o facto de poder de algum modo parecer que se lança mão da analogia, ou que se vai contra o princípio da legalidade criminal, ou ainda que estamos perante conceitos demasiado indeterminados; ao olharmos para a norma no seu conjunto vamos perceber que essas críticas perdem sentido.⁶³

O nº 1 do artigo 132º apresenta um critério de qualificação. Ou seja, será qualificado o homicídio que caiba numa ou noutra circunstância qualificadora: a especial censurabilidade ou a especial perversidade, onde se verifica então um grau de culpa mais elevado.

No nº 2 da norma temos verdadeiramente os exemplos-padrão que consistem em “linhas orientadoras’ que têm como função delimitar de uma forma razoavelmente

⁶⁰ SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 114.

⁶¹ *Idem*, p. 206.

⁶² Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-10-2010, Processo nº 494/09..GDTCD.L1.S1, disponível no sítio www.dgsi.pt

⁶³ “(...) com a conjugação de uma cláusula geral e de uma enumeração exemplificativa, a técnica dos exemplos-padrão logra atingir uma unidade nova e superior evidenciada no artigo 132º, a que, por razões óbvias, não podem já ser dirigidas as mesmas críticas.” (SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2000, p.122.

determinada (...) as situações em que se verifica a especial censurabilidade ou perversidade.”⁶⁴

As circunstâncias aqui previstas têm caráter exemplificativo e não funcionam de forma automática. Nas palavras de Teresa Serra “a enumeração exemplificativa concretiza a cláusula geral e a cláusula geral delimita a enumeração exemplificativa.”⁶⁵

Acreditamos que o legislador quis com esta norma, com a introdução dos exemplos-padrão, proporcionar ao julgador um critério orientador. Um “caminho” a seguir, sendo que ao fazê-lo torna diminuta a discricionariedade do juiz. Nos exemplos-padrão estão em causa, como já vimos, situações que consubstanciam uma culpa agravada por parte da ação do agente. Fernando Silva afirma que “as circunstâncias previstas enquadram-se em três tipos de situações: relações entre agente e vítima; motivações do agente; ou o modo de execução do facto.”⁶⁶

Como acima referido os exemplos-padrão não são de funcionamento automático. Eles são meros exemplos que servem de guia ao julgador. Não são circunstâncias taxativas e a sua aplicação tem de ser feita olhando para a norma no seu todo. Analisando o caso concreto vai ser necessário perceber se efetivamente o caso cabe em algum dos exemplos que existem na norma e se há ou não uma especial censurabilidade ou perversidade por parte do agente na sua atuação. Cabe ao juiz perceber, no momento em que analisa o caso, se está ou não perante um caso de homicídio qualificado atendendo a estas especificidades.

5.1 Análise dos exemplos-padrão em concreto

A técnica de qualificação do homicídio, introduzida pelo legislador português na revisão de 1982 do Código Penal, não sofreu alterações substanciais com as restantes revisões, nomeadamente em 1998 e 2007. Apesar de terem sido aditadas novas

⁶⁴ MONTEIRO, Elisabete Amarelo – *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 40.

⁶⁵ SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 122.

⁶⁶ 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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 61.

circunstâncias qualificadoras, ou seja, foram acrescentados exemplos-padrão, tal não alterou de modo algum o teor original da norma. Continuamos a ter uma norma com duas partes: uma cláusula geral e um elenco de exemplos-padrão. O que aconteceu foi um alargamento do catálogo de exemplos-padrão, continuando estes a manter o seu caráter não taxativo e meramente exemplificativo, e mantém-se a prerrogativa de ser estritamente necessária a análise do exemplo-padrão conjuntamente com a cláusula geral e tendo em conta o caso concreto.

Apesar de o teor essencial da norma se manter inalterado põe-se a questão de saber se este alargamento das circunstâncias qualificadoras não é de algum modo excessivo, pondo até em causa a natureza da norma do 132º do Código Penal. Coloca-se a questão de saber se estes sucessivos alargamentos não levam a que a norma perca o seu caráter exemplificativo e se transforme antes numa norma com circunstâncias qualificadoras taxativas, que não é de todo o conteúdo e o propósito da norma na nossa legislação hoje.

Importa agora fazer uma análise das várias circunstâncias qualificadoras previstas no número 2 do artigo 132º. Temos hoje no nosso Código Penal 12 exemplos-padrão.

5.1.1 Os exemplos-padrão

a) Ser descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante da vítima.

O que está aqui em causa é o agente causar a morte de alguém com quem mantém um vínculo que é de tal modo forte que se sobrepõe a outros. Trata-se de relações familiares de grande proximidade, o que justifica que haja um maior desvalor da ação uma vez que está em causa uma ação do agente que “vence as contra-motivações éticas determinadas pelas relações de família.”⁶⁷

Estão representados grupos de pessoas em que há um nível de parentesco entre elas, seja o critério desse parentesco sanguíneo ou jurídico.

⁶⁷ 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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 69

É importante ter em mente que não basta que exista esse laço familiar para que imediatamente se qualifique o homicídio. Estando presente essa relação entre o agente e a vítima importa ver se efetivamente existe na prática do homicídio algo que revele uma especial censurabilidade ou perversidade. Como vimos acima estas circunstâncias não funcionam de forma automática, tem de haver um juízo por parte do julgador no sentido de perceber se cabe realmente a qualificação do homicídio.

No sentido de demonstrar que tais circunstâncias não funcionam de forma automática temos Teresa Serra que nos diz que a qualificação não se verifica por exemplo num caso em que um filho mata o pai “dominado pelo desespero de o ver sofrer atrozmente no estágio terminal de uma doença incurável e dolorosa.”⁶⁸

A mesma autora diz-nos ainda que, inversamente, é possível qualificar o homicídio protagonizado por um enteado cuja vítima é o padrasto. Aqui “estamos perante uma circunstância em que a ideia condutora agravante é idêntica à do parentesco entre ascendente ou descendente”⁶⁹, o que demonstra o real carácter exemplificativo destas circunstâncias.

Conseguimos então perceber que é possível colocar nesta alínea situações que, apesar de não corresponderem ao vínculo familiar que aí se prevê, traduzem no seu íntimo um mesmo vínculo, ou seja, estamos perante uma relação que contende características idênticas ao que se estabelece entre pai e filho.

De notar, no entanto, que tem de estar presente esse vínculo, ou seja, já não parece viável considerar aqui outras relações familiares como, por exemplo, as que se mantêm entre genro e nora ou entre irmãos.

- b) *Praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa do outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga ao dos cônjuges, ainda que sem coabitação ou contra progenitor de descendente comum em 1º grau.*

⁶⁸ SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 96.

⁶⁹ *Idem*, p.74.

Prevê-se aqui a qualificação do homicídio no que concerne às relações conjugais e a situações análogas. Esta qualificação foi introduzida no nosso Código Penal com a revisão de 2007.

A importância desta qualificação prende-se com a especial relação que agente e vítima mantêm.⁷⁰

Dito isto, compreende-se o facto de serem aqui inseridas também as relações análogas como a da união de facto. Nestas relações também se supõe a existência do vínculo pessoal que é visível nas relações entre os cônjuges. Existe aqui, como na relação matrimonial, a ideia de comunhão de vida.

Ainda nesta alínea se inclui o homicídio de progenitor de descendente comum. Ou seja, matar a mãe ou o pai do seu próprio filho. Aqui já não releva o facto de terem mantido ou não uma relação análoga à dos cônjuges, porque tal não é exigido. O que interessa aqui é que existe entre autor e vítima uma relação especial pelo facto de terem tido um filho em comum.⁷¹

Por último, encontramos aqui ainda a qualificação do homicídio ocorrido entre ex-cônjuges ou pessoas que tenham mantido uma relação análoga à dos cônjuges. Na opinião de Figueiredo Dias e de Nuno Brandão, não faz sentido inserir neste exemplo-padrão a qualificação do homicídio que ocorra nestas situações. “Finda a convivência comum, não parece haver motivo para fazer subsistir entre os ex-parceiros o especial dever de solidariedade que deve conformar a relação conjugal ou análoga e que, como se referiu, dá corpo à indicação de especial censurabilidade do homicídio conjugal.”⁷² Tendo o vínculo matrimonial terminado deixa de haver ligação entre eles, não se compreendendo o porquê de se considerar razão para qualificar o homicídio.

⁷⁰ “Os cônjuges pelo enlace matrimonial assumem um conjunto de poderes-deveres que os coloca numa especial relação, pressupondo um respeito e cooperação mútuos” (SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 72).

⁷¹ “Parte-se, assim, do princípio que o facto de as pessoas terem um filho em comum os coloca perante uma especial vinculação entre si.” (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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 74.)

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 59.

Diz ainda neste âmbito Fernando Silva que “considerar que a existência de um vínculo actual ou passado, por si só, fundamenta a agravação da responsabilidade do agente, oferece o perigo de transformar esta circunstância num fundamento de aplicação automática do tipo qualificado, o que será de todo errado (...). Não nos parece que tenha sido uma opção legislativa particularmente feliz, a de equiparar, nas mesmas circunstâncias cônjuges e ex-cônjuges.”⁷³

- c) *Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez.*

Esta alínea foi introduzida com as alterações feitas ao Código Penal em 1998. A previsão desta circunstância qualificadora prende-se com o facto de a vítima se encontrar numa situação de vulnerabilidade e fragilidade. O que sucede nestas situações é o facto de a vítima se encontrar numa situação em que tem menor capacidade para fazer frente ao ataque contra ele perpetrado.

Percebe-se que a conduta do agente contra uma vítima nestes moldes faça parte das circunstâncias qualificadoras uma vez que demonstra um grande desrespeito pela vida humana, sendo que se aproveita de alguém que se mostra indefeso e sem possibilidade de fazer face ao ataque de que está a ser vítima.

- d) *Empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima.*

Este exemplo-padrão corresponde à qualificação típica que estava anteriormente prevista no artigo 351º do Código Penal de 1886.

Consiste na situação de o agente provocar a morte da vítima socorrendo-se para isso de métodos que provocam sofrimento, quer psicológico quer físico, que são excessivos para o efeito que é pretendido pelo agente, o de causar a morte da vítima.

⁷³ 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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 75.

Há por parte do agente um total desrespeito pela vítima uma vez que provoca a morte de outrem de uma forma desumana, procurando causar na vítima um sofrimento atroz e cruel.

- e) *Ser determinado por avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual ou por qualquer outro motivo torpe ou fútil.*

Neste exemplo-padrão encontramos vários elementos/fatores com caráter subjetivo. Todos estes elementos representam sentimentos rejeitáveis sendo que o que é censurável é o facto de o agente ter sucumbido a esses sentimentos para provocar a morte de alguém.

Entende-se por avidez o sentimento de ganância, ou seja, provocar a morte de alguém com o intuito de obter uma vantagem patrimonial.

O prazer de matar reconduz a um sentimento de gosto ou alegria que o agente tem em provocar a morte de outrem, mostrando desde logo uma perversidade na atitude do agente. Fernando Silva diz tratar-se de “uma patologia do agente (...) um instinto homicida que, por si, manifesta extrema perversidade. O comportamento em causa é todo rejeitável, na medida em que o único motivo que leva o agente a matar é o gosto que esse facto lhe apresenta.”⁷⁴

O prazer de causar sofrimento foi aditado na reforma de 1998.

O homicídio motivado pela excitação ou para satisfação do instinto sexual está associado a atos do foro sexual. Para Figueiredo Dias e para Nuno Brandão, significa “que a motivação requerida se verifica não apenas quando a morte da vítima visa determinar a libertação do agente da pulsão sexual, mas também serve a prática de actos necrófilos ou simplesmente visa o despertar do instinto sexual.”⁷⁵

Temos situações em que a prática de relações sexuais pode levar a que o agente mate a vítima de seguida, ou então situações em que o agente tem relações sexuais com o cadáver. Diz ainda Fernando Silva neste âmbito que “a excitação sexual

⁷⁴ *Idem*, p.77

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 62.

pode também estar associada ao facto de dar prazer ao agente ver a vítima exposta, sem que tenha de envolver actos de cariz sexual.”⁷⁶

Motivo torpe é aquele que “avaliado segundo as concepções éticas e morais ancoradas na comunidade, deve ser considerado pesadamente repugnante, baixo ou gratuito” como nos dizem Figueiredo Dias e Nuno Brandão.⁷⁷ O que leva o agente a matar são sentimentos que são por demais repugnantes e desprezíveis.

Por motivo fútil entendemos aquele em que se verifica uma desproporção entre o motivo e o ato de matar. É aquele que não é nem chega a ser motivo. Ao olharmos para este elemento subjetivo temos de ter algum cuidado pois não podemos considerar todas as situações que não demonstrem um motivo específico para causar a morte da vítima. Pois, se assim for, todos os casos em que não haja um motivo, ou que não haja uma razão “aceitável” para matar, poderiam ser aqui inseridos e ficaríamos então num impasse uma vez que, se assim fosse, todas essas situações iriam ser integrantes de um homicídio qualificado.⁷⁸

De atender ainda ao facto de que, como já dissemos anteriormente, estes elementos serem exemplificativos, podendo inserir-se nestas circunstâncias motivações que não estejam expressamente descritas mas que pela sua avaliação têm o mesmo valor que as que aí se encontram.

f) Ser determinado por ódio racial, religioso ou político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou orientação sexual da vítima.

De referir que esta última parte “gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou orientação sexual” foi inserida com a revisão de 2007.

⁷⁶ 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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 78.

⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 62.

⁷⁸ “(...) a profunda rejeição sobre o comportamento do agente advém do facto de apenas para ele aquele motivo se revelar como justificante da prática de homicídio, sendo para o padrão médio de valores absolutamente inaceitável.” (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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 78).

Uma vez que nos encontramos num Estado de Direito Democrático, em que vigora o princípio da igualdade como um dos princípios basilares da nossa comunidade, não se podem admitir comportamentos racistas ou xenófobos. Compreende-se assim que a norma preveja a qualificação do homicídio que tenha como motivação este tipo de comportamentos.

No seu conjunto esta alínea prevê situações que são intoleráveis, e nunca podem ser admitidas numa ordem jurídica que se rege por princípios basilares de convivência e que se caracteriza pela diversidade, seja em termos de raça, religião, orientação sexual ou etnia.

Como nos diz Fernando Silva, “num mundo marcado, cada vez mais, pela complexidade e diversidade, próprias de uma globalidade crescente (...) não pode a sociedade deixar de manifestar uma especial repulsa por quem não tolera nem aceita a diferença. Por esse motivo se dirige uma maior censurabilidade àqueles que pratiquem este tipo de actos.”⁷⁹

- g) *Ter em vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime.*

Aqui qualificamos o homicídio que surge para dar encobrimento à prática de um outro ato, por si só desvalioso e contra a ordem jurídica. O homicídio é motivado pela prática de um outro crime em que o agente está envolvido, sendo que esse outro crime não tem de ser perpetrado pelo autor do homicídio, podendo ser praticado por terceiro. Importante a reter é que o agente atua por causa de outro crime (consumado ou não).

- h) *Praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de um crime comum.*

Esta circunstância qualificadora surge com a revisão ao Código Penal de 1998. Quando se fala aqui em “pelo menos, mais duas pessoas” cremos que nos leva para o conceito de comparticipação em co-autoria, definição que vem prevista no artigo 26º do Código Penal. Não se trata de cumplicidade porque nesse caso “o cúmplice

⁷⁹ *Idem*, p. 80.

verdadeiramente não pratica um facto de homicídio, mas participa em facto praticado por outrem.”⁸⁰

Não nos parece que o sentido da norma queira levar para a cumplicidade mas antes para a comparticipação em co-autoria, uma vez que refere praticar o facto juntamente com “pelo menos, mais duas pessoas”. Significa isto que todos praticam atos de execução, havendo uma atuação conjunta, concertada dos agentes.

A este propósito dizem-nos Figueiredo Dias e Nuno Brandão que “o teor literal do preceito (...) parece indicar que o exemplo-padrão só deverá considerar-se preenchido quando no facto comparticipem pelo menos 3 agentes em co-autoria.”⁸¹

Aqui é notório o interesse a proteger com a existência desta norma qualificadora. A vítima encontra-se numa situação especialmente desprotegida, sendo que as hipóteses de se defender são menores.

No que concerne ao meio particularmente perigoso, entende a comunidade jurídica ser aquele meio ou método que demonstra ser substancialmente superior a um meio dito “normal” utilizado para matar. Devemos entender como meio que consubstancia especial perigosidade, aquele que deixa pouco espaço de defesa à vítima e que conseqüentemente afeta outros bens jurídicos. De acordo com Figueiredo Dias e Nuno Brandão, uma vez que a lei exige que os meios utilizados sejam particularmente perigosos, e tendo em conta que a generalidade dos meios utilizados para cometer um homicídio são naturalmente perigosos, o que devemos atender aqui é:

(...) ser desde logo necessário que o meio revele uma perigosidade muito superior à normal nos meios usados para matar (...); em segundo lugar, ser indispensável determinar, com particular exigência e severidade, se da natureza do meio utilizado – e não de quaisquer circunstâncias acompanhantes – resulta já uma especial censurabilidade ou perversidade do agente. Sob pena de outra forma

⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 67.

⁸¹ *Ibidem*.

– aqui, sim! –, de se poder subverter o inteiro método de qualificação legal e de se incorrer no erro político-criminal grosseiro de arvorar o homicídio qualificado em forma-regra do homicídio doloso.⁸²

De referir ainda que a perigosidade do meio empregue não advém só da sua qualidade mas também da forma como ele é empregue. Neste sentido diz-nos Paulo Albuquerque, “meio particularmente perigoso é aquele que tem uma perigosidade tal que pode atingir terceiros indiscriminadamente.”⁸³

Quando a norma fala em crimes de perigo comum refere-se àqueles que vêm tipificados nos artigos 272º a 286º do Código Penal. Ou seja, quando a morte é produzida através de factos que consubstanciam a prática de um crime de perigo comum, estamos perante um homicídio qualificado. Sendo certo que tal revela por parte do agente uma atitude reprovável.

i) Utilizar veneno ou qualquer outro meio insidioso.

Importa antes de mais referir que o crime de envenenamento tinha antes sede numa norma autónoma sendo um crime que estava anteriormente previsto como um crime contra a integridade física.

Nos dias de hoje, o crime de envenenamento surge como uma das circunstâncias qualificadoras, no entanto, surge a par com outros meios insidiosos. O que caracteriza um meio insidioso é o facto de ser difícil para a vítima lançar mão de um meio de defesa e de ocorrer um risco de lesão de outros bens jurídicos. Mais ainda, acreditamos tratar-se de um meio dissimulado, enganador, pois pretende o agente “apanhar” a vítima desprevenida.

Está em causa o modo de execução do crime.

j) Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter insistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas.

⁸² *Idem*, p. 68.

⁸³ *Apud* 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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 82.

Aqui a característica que leva à qualificação é a premeditação. Querendo com isto dizer que há por parte do autor do crime uma reflexão, de preparação do ato criminoso.

Ao contrário do que acontecia no Código Penal de 1982 cuja letra da lei, no que concerne a este preceito, previa explicitamente a premeditação, hoje ela vem materializada em três conceitos: frieza de ânimo, que consiste no facto de o agente deliberar de forma calculada a intenção de matar; reflexão sobre os meios empregados, há uma reflexão do agente sobre o modo como vai agir, há uma preparação; o agente premedita a sua atuação pensando no local ou nos meios de que vai lançar mão para atuar; e protelar a intenção de matar por mais de 24 horas, sendo que este número surge apenas como meio de dar a notar que tem de haver por parte do agente uma intenção de matar protelada no tempo, tendo de decorrer “tempo suficiente para que o agente descarregue as suas emoções e medindo o alcance e as consequências da sua actuação”,⁸⁴ como nos esclarece Fernando Silva.

85

- 1) *Praticar o facto contra membro do órgão de soberania, do Conselho de Estado, Representante da República, magistrado, membro de órgão do governo próprio das Regiões Autónomas, Provedor de Justiça, governador civil, membro de órgão de autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade pública, jurado, testemunha, advogado, todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente, examinador ou membro da comunidade escolar, ou ministro de culto religioso, juiz ou árbitro desportivo sob jurisdição das federações desportivas, no exercício das suas funções ou por causa delas.*

⁸⁴ 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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 84.

⁸⁵ No que se refere a este último conceito, Figueiredo Dias e Nuno Brandão acreditam que o facto de o legislador ter mantido este apontamento na norma é desprovido de sentido. (DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 71.

O catálogo de personalidades ou entidades públicas aqui protegidas foi alargado com a Reforma de 1995, e ainda com a Reforma de 2007 que veio acrescentar parte destas referências à norma.

Aqui temos em causa um crime que é cometido contra entidades públicas e ainda pessoas que merecem uma maior proteção jurídica.

Afirmam Figueiredo Dias e Nuno Brandão que um tal alargamento poderia colocar algumas questões. Contudo, como acreditam que estas não se devem considerar ao nível do tipo objetivo de ilícito mas antes como circunstâncias indicadoras de um tipo de culpa agravado, aceitam já o facto de a norma ter sofrido este alargamento.⁸⁶

Como é natural, não basta estar em causa a entidade ou personalidade aqui mencionada no exercício das suas funções. É necessário provar que houve por parte do agente a especial censurabilidade ou perversidade com conexão à função por elas exercidas. Tem de poder ligar-se ao homicídio “uma especial baixaza da motivação ou um sentimento particularmente censurado pela ordem jurídica, ligados à particular qualidade da vítima ou à função que ela desempenha.”⁸⁷

Tem de haver uma conexão do homicídio com a função desempenhada pela vítima, daí ser requisito que o homicídio seja cometido aquando da prática dessa função. “Trata-se de personalidades que a comunidade eleva socialmente, e a decisão de actuar no sentido de provocar a sua morte constitui uma atitude profundamente desvaliosa.”⁸⁸

m) Ser funcionário e praticar o acto com grave abuso de autoridade.

Esta foi uma circunstância qualificadora que surgiu com as alterações ao Código Penal de 1998.

⁸⁶ *Idem*, p. 73.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ 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*. 3ª Edição. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2011, p. 85.

Figueiredo Dias e Nuno Brandão lançam críticas a esta qualificação, uma vez que qualquer homicídio cometido por funcionário⁸⁹ acarreta desde logo um abuso de autoridade, não se compreendendo assim a sua inserção nestas circunstâncias qualificadoras. Entendem então estes autores que seria “preferível que o caso conduzisse a uma qualificação a nível do tipo objectivo de ilícito”⁹⁰ e não a um caso de culpa agravada que é o que encontramos nestes exemplos-padrão.

Estes exemplos-padrão constituem a base de situações que podem culminar na qualificação do homicídio. E entenda-se que são a base, tendo em conta o facto de que poderão existir situações que apesar de não estarem aqui descritas, determinam a aplicação desta norma, tratando-se de circunstâncias análogas e que têm o mesmo sentido valorativo e são materialmente idênticas.⁹¹

Atendendo sempre ao caso concreto, o julgador vai ter que determinar se realmente existe fundamento para a qualificação e, nesse sentido, tem de haver por parte do agente a representação do facto. Ou seja, e olhando para um caso específico,⁹² temos um ofendido que se encontra num estado total de embriaguez e que, por isso, se pode considerar estar ao abrigo da alínea c) do artigo 132º do Código Penal, encontrando-se particularmente indefeso. No entanto, não tendo o arguido conhecido e representado esse facto, tal não pode servir de fundamento à qualificação. A falta de conhecimento do facto torna esta circunstância inoperável.

5.1.2 Os exemplos-padrão face à especial censurabilidade e perversidade

Tendo em conta o que foi dito acerca da distinção entre a especial censurabilidade e perversidade, e tendo sido feita uma análise dos exemplos-padrão em concreto, cabe agora tentar perceber em que circunstâncias cabem então os exemplos-padrão que vêm previstos no nº 2.

⁸⁹ Artigo 386º do Código Penal.

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 74.

⁹¹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18-03-2015, Processo nº 59/14.3JACBR.S1 disponível no sítio www.dgsi.pt

⁹² Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-10-2010, Processo nº 494/09.GDTV.D.L1.S1, disponível no sítio www.dgsi.pt

Estando em causa, na especial censurabilidade, condutas que se traduzem numa ação desvaliosa por parte do agente, e em que há um distanciamento deste para com determinado quadro valorativo, ou seja, há um refreamento perante um conjunto de valores que estão estabelecidos na nossa comunidade, estamos em crer que podemos enquadrar neste âmbito, tanto a alínea a) como a alínea b) do nº 2 do artigo 132º, uma vez que há nestes exemplos vínculos familiares de grande proximidade, sendo manifesto um maior desvalor da ação. Também podemos inserir aqui a alínea c), sendo que o que está em causa aqui é a prática de facto contra uma pessoa particularmente indefesa. A vítima encontra-se numa situação de vulnerabilidade. A atuação do agente traduz-se na exploração de uma situação de desamparo.

Cabem ainda no âmbito da censurabilidade, os exemplos-padrão previstos na alínea f), tratando-se de questões ligadas ao ódio racial, religioso, orientação sexual da vítima ou ainda o seu sexo, estando em causa motivações especialmente rejeitadas pela nossa sociedade. Cabe também aqui o presente na alínea g).

No que concerne à especial perversidade, trata-se de situações intimamente ligadas às qualidades da personalidade do agente e mais conexionadas com o lado emocional da questão. Assim, enquadram-se aqui os exemplos-padrão previstos na alínea d) uma vez que há por parte do agente um total desrespeito pela vítima e uma satisfação em lhe provocar a morte nesses moldes. Cabe também o exemplo-padrão da alínea e) uma vez que aqui há por parte do agente um sentimento de alegria com a prática do facto, quando ele tem prazer em matar ou causar sofrimento. A utilização de veneno ou meio insidioso (alínea i)) também parece enquadrar-se nesta especial perversidade, tratando-se de um meio dissimulado, enganador. Na alínea j) onde o agente atua com frieza de ânimo, há uma premeditação, há uma reflexão por parte do agente em que ele delibera de forma calculada a sua intenção de matar; há também uma especial perversidade uma vez que há uma ligação emocional do agente ao ato.

6. O alargamento do número 2 do artigo 132º - consequências

Com os sucessivos alargamentos da norma é de notar que, apesar de impreterivelmente o bem jurídico aqui a proteger ser a vida humana, existem outros bens jurídicos que são igualmente protegidos com a qualificação do homicídio. É possível vermos isso se olharmos para a alínea l) deste preceito. Esta vem qualificar o homicídio de pessoa que seja titular de órgão de soberania ou que exerça função pública, e de pessoas que se equiparem. Sabemos que a vida humana tem no nosso ordenamento jurídico o mesmo valor, independentemente do cargo ou posição que a pessoa ocupe. Deste modo a qualificação aqui visada não tem justificação exclusivamente na proteção da vida humana. Está em causa a proteção de uma “função”. Fará sentido alargar de tal modo esta norma? Não terá como consequência uma abertura tal que ela deixará de ter o sentido para o qual foi criada?

Ainda sobre isto, podemos falar da alínea m) introduzida pela reforma de 1998, que qualifica o homicídio praticado por funcionário no exercício de funções, ou melhor, com grave abuso de autoridade. Fará sentido esta qualificação? Será de atender a uma culpa mais gravosa, ou trata-se apenas de um caso em que se verifica uma maior ilicitude? Ou seja, qualquer crime cometido por funcionário em abuso de autoridade é sempre grave, porque lhe é exigível que atue com zelo e com especial cuidado. Está incumbido de zelar pela comunidade. De acordo com o pensamento de Figueiredo Dias e de Nuno Brandão estaríamos aqui, ao invés de uma circunstância qualificadora, perante a necessidade da criação de um tipo autónomo. Não há necessariamente uma culpa maior na atuação do funcionário, mas talvez um ilícito superior.⁹³

Ainda sobre as alterações ao artigo 132º, cumpre falar da alteração legislativa realizada em Setembro de 2007,⁹⁴ que ostenta uma profunda alteração ao nosso Código Penal. Alexandra Vilela está em crer que o “legislador se deixou seduzir pelo calor dos acontecimentos”.⁹⁵

⁹³ *Idem*, p. 73 e 74.

⁹⁴ Lei 59/2007 de 4 Setembro.

⁹⁵ VILELA, Alexandra – Notas sobre a última revisão ao Código Penal: um exemplo, o artigo 132º. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 2009, p.201.

Esta revisão veio trazer alterações às alíneas b), f) e l) do artigo 132º do Código Penal.

Na opinião de Figueiredo Dias e de Nuno Brandão, como já acima referido, não faz sentido inserir neste exemplo-padrão, na alínea b) do artigo 132º do Código Penal, a qualificação do homicídio que ocorra nestas situações. “Finda a convivência comum, não parece haver motivo para fazer subsistir entre os ex-parceiros o especial dever de solidariedade que deve conformar a relação conjugal ou análoga e que, como se referiu, dá corpo à indicação de especial censurabilidade do homicídio conjugal.”⁹⁶ Tendo o vínculo matrimonial terminado deixa de haver ligação entre eles, não se compreendendo o porquê de se considerar razão para qualificar o homicídio.

Tanto Alexandra Vilela como Fernando Silva partilham dessa opinião afirmando que não faz sentido a opção do legislador em estender, no que concerne à alínea b) desta norma, a sua aplicação a ex-cônjuges ou companheiros, uma vez que há uma quebra dos laços afetivos que mantinham enquanto perdurava aquele relacionamento.

Esta autora diz mais, no que concerne a esta alínea. Está em considerar que não faz sentido a extensão da norma aos ex-cônjuges e ex-companheiros não só pelo que foi dito supra mas também pelo “o facto de considerarmos, mais uma vez que o homicídio cometido sobre o ex-cônjuge ou ex-compnheiro poderia ser considerado qualificado enquanto situação análoga à da primeira parte desta alínea.”⁹⁷

Ainda nesta alínea, está presente o homicídio praticado contra progenitor de descendente comum em 1º grau. É de questionar para a autora a inserção desta qualificação nesta alínea uma vez que “não se relaciona em nada com os restantes grupos” de pessoas.⁹⁸ Ou seja, está em causa uma estrutura valorativa diferente.

No que se refere à alínea f) do artigo 132º do Código Penal o legislador acrescenta “ódio gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima”, sendo que podemos afirmar, perfilhando a opinião de Alexandra Vilela, que tal se

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I, p. 59.

⁹⁷ VILELA, Alexandra – Notas sobre a última revisão ao Código Penal: um exemplo, o artigo 132º. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 2009, p.210.

⁹⁸ *Idem*, p. 211.

traduz num excesso do legislador uma vez que estas circunstâncias podem facilmente ser assumidas como situações substancialmente análogas à do ódio racial. “O legislador parece ter pretendido que estes diferentes ódios se assumam como circunstâncias que automaticamente qualificam o homicídio e que por isso mesmo se passariam assumir como taxativas e logo incapazes de sustentarem uma situação substancialmente análoga. Não é assim todavia: basta, quanto a nós, que estejamos em presença de um forte sentimento de desrespeito pela liberdade e identidade do outro (...) para que venha a ser qualificado ao abrigo desta alínea.”⁹⁹

Para Alexandra Vilela o legislador errou não só por inserir estas circunstâncias, mas também, por não dar importância ao significado etimológico das palavras. Assim quando fala em ódio gerado pela cor da pele como circunstância qualificativa, esquece-se que cor da pele é já uma característica de raça. Qualquer um dos ódios ora introduzidos já tinha cabimento na alínea em causa quando pensado enquanto situação substancialmente análoga.¹⁰⁰

Quanto ao ódio motivado pela orientação sexual da vítima, e perfilhando a opinião de Teresa Quintela de Brito, Alexandra Vilela está em aceitar que tal enunciação é desnecessária uma vez que pode ser “acolhida no âmbito da alínea onde estão previstos os motivos torpes ou fúteis”¹⁰¹

Por fim no que se refere à alteração à alínea l), o legislador acrescentou aqui um grupo de pessoas composto por todos os que exerçam funções com prossecução do interesse público e ainda o juiz ou árbitro desportivo. Com isto procede a uma abertura de catálogo desnecessária uma vez mais porque o que constava da alínea anterior não era um leque de pessoas fechado, era um leque de pessoas meramente exemplificativo, sendo que mesmo essas pessoas não se encontrando enunciadas na norma, estavam ainda assim abrangidas por ela.¹⁰²

As alterações perpetuadas pelo legislador em 2007 parecem-nos desnecessárias “e destinadas a tranquilizar alguns sectores da comunidade”. Uma vez que o que encontramos

⁹⁹ *Idem*, p. 212.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 213.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Idem*, p. 214.

no n° 2 do artigo 132° trata-se apenas de situações exemplificativas e não taxativas, elas são suscetíveis de consubstanciar mais situações do que aquelas que prescrevem diretamente, se tiverem, claro, a mesma base valorativa.

Alexandra Vilela acredita que o legislador ao proceder a este tipo de alterações à norma está a forçar a técnica da qualificação, fazendo “quase uma desfiguração” da norma. Também neste sentido temos Fernando Silva que afirma que o legislador ao alargar o leque das circunstâncias qualificadoras que indicam a especial censurabilidade e a especial perversidade vai utilizando critérios pouco esclarecedores. O que vai pôr em causa a estrutura pensada inicialmente para este artigo.

Atendendo a tudo o que foi dito parece-nos que existe realmente, e que se propociona cada vez mais, um alargamento excessivo aos exemplos-padrão previstos no artigo 132°. Alexandra Vilela vai mais longe dizendo que o legislador dever ter em conta determinadas normas previstas na Parte Geral do Código Penal,

que na maior parte das vezes, são ignoradas, mas que encerram um conjunto de virtualidades que não podem ser desaproveitadas, sendo a norma do 71° um caso emblemático do que se esta a dizer. Tivera o legislador de 2007 presente a intrínseca mais valia desta norma, percebendo a adequada relação que ela permite estabelecer entre a gravidade dos facto, a culpa e a personalidade do agente, por um lado, e a pena por outro, e logo teria prescindido do alargamento das alíneas do numero 2 do 132° para, desse modo levar as molduras penais abstratas. Logo não teria contribuído para desfigurar a técnica da qualificação do homicídio.¹⁰³

Tem de haver um cuidado por parte do legislador para que não retire um intuito inicial da norma e a transforme numa norma taxativa e de funcionamento automático, que é o que acabará por acontecer com os excessivos alargamentos.

¹⁰³ *Idem*, p. 215.

7. Conclusão

Ao longo desta dissertação foi feita uma análise crítica ao Homicídio Qualificado, presente no artigo 132º do Código Penal Português, uma criminalização que advém de um tipo-base, o homicídio simples, presente no artigo 131º do mesmo diploma. Foi imperativo fazer uma breve passagem por este para compreendermos o que está na base da qualificação do homicídio.

Trata-se claramente de uma norma complexa e polémica, que dá azo a divergências doutrinárias, e que suscita algumas questões ao nível da sua legitimidade. Isto porque alguns autores estão em crer que pode de alguma maneira ir contra os princípios da legalidade, tipicidade e da proibição da analogia. Adotando a posição defendida por Figueiredo Dias, entre outros autores, percebemos claramente que isso não está de todo em causa. A verdade é que é necessário que a lei penal seja certa e precisa, no entanto é compatível com essa precisão a existência de uma norma com uma cláusula geral, com conceitos indeterminados, porque essa cláusula geral vai ser concretizada pela segunda parte da norma que consiste nos exemplos-padrão. Uma vez que olhamos para a norma como um todo não podemos aceitar as críticas que põem em causa a sua legalidade.

Para a generalidade da doutrina a compatibilidade do preceito com as exigências do princípio da legalidade reside na particular conexão que se estabelece - se tem de estabelecer -entre a cláusula geral do n.º 1 e os exemplos-padrão do n.º 2. É essa imbricação que vai assegurar o respeito pelas exigências que decorrem daquele princípio. Isto porque, entregue a si própria, a cláusula geral, inscrita no n.º 1, ao deitar mão aos conceitos de especial censurabilidade ou perversidade, necessariamente generalizadores e indeterminados, atrairia sobre si a suspeita de ofensa daquele princípio. É que a legalidade penal não pode ser uma legalidade integrada por conceitos cujo grau de generalidade ou de vacuidade requer, como condição indispensável de aplicação, uma escolha valorativa do juiz dentro de parâmetros tão vastos que lhe conferem uma amplíssima margem de ponderação e

decisão. Pelo seu lado, os exemplos-padrão também não podem operar isoladamente, consagrada que está a proibição da analogia em direito penal.¹⁰⁴

Relativamente a esta norma há também algum desfasamento da doutrina no que concerne a destringer se o que está em causa na agravação do homicídio qualificado é um tipo de ilícito ou um tipo de culpa.

De um lado, temos os autores que defendem que a base da agravação está na culpa agravada, como Figueiredo Dias, Nuno Brandão, Teresa Serra, Fernando Silva e Cristina Líbano Monteiro. E, por outro lado, temos autores que defendem que a agravação do homicídio acontece porque temos um ilícito agravado, e já não uma culpa maior. Para estes autores a culpa serve apenas como critério de determinação da pena. Entre outros podemos falar de Raul Soares da Veiga e Frederico Isasca.

Ainda numa outra perspetiva, podemos referir Maria Fernanda Palma que nos diz que esta norma tem na base um misto de ilicitude e de culpa. Existe, sim, uma culpa agravada por parte do agente quando este revela especial censurabilidade ou perversidade, mas parte das circunstâncias revelam um maior grau de ilicitude. Assim, a culpa deve servir de critério de determinação da pena concreta e não como fundamento para uma moldura penal agravada. Margarida Silva Pereira reitera esta posição. Para esta autora “as variações da culpa são de indeferir com prejuízo de se descambar num intolerável direito penal da personalidade, um direito penal do agente e não do facto”.¹⁰⁵

Teresa Quintela de Brito defende que o homicídio qualificado se deve fundamentar num superior grau de ilicitude do facto e só depois num especial grau de culpa. Sendo que para esta autora, tal não obsta a que se veja no artigo 132º uma regra de determinação judicial de uma pena agravada em função de uma culpa especialmente grave.¹⁰⁶

Por nós, é de aceitar a posição reiterada por Figueiredo Dias de que o fundamento para a agravação, prevista na norma do artigo 132º do Código Penal, é de uma culpa agravada. É assim uma vez que defendendo que o homicídio qualificado não é um tipo

¹⁰⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, Processo nº 1359/13 disponível no sítio www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos

¹⁰⁵ PEREIRA, Maria Margarida Silva – *Os Homicídios*. Lisboa: Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda., 2012, p. 74.

¹⁰⁶ BRITO, T. Q.; MATA, P. S.; MORÃO, H. & NEVES, J. C. – *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 203.

legal autónomo do homicídio simples, não poderíamos aceitar que estivéssemos perante um caso de maior ilicitude, tratando-se do mesmo ilícito nas duas normas. Deste modo, a única maneira de avaliar o maior ou menor desvalor da atitude do agente passa por ter em consideração a culpa. Utilizamos os elementos da culpa como agravadores da pena.

Também é visível ser esta a tomada de posição feita pelo Supremo Tribunal de Justiça, que tem demonstrado que o que está em causa na agravação do homicídio não é um acréscimo de ilicitude mas sim uma culpa agravada. Estamos perante situações em que se revela, sim, uma conduta mais culposa, mais reprovável pela comunidade e, por assim ser, merecedora de uma moldura penal mais grave. Tal traduz-se numa perigosidade superior e merecedora de uma especial atenção e de uma pena superior.

Após a discussão desta temática, isto é, se estaria, no artigo 132º, em causa um tipo de ilícito ou um tipo de culpa na base da qualificação do homicídio, e concluindo pela segunda, foi tomada em consideração uma análise dos exemplos-padrão em concreto de maneira a que se compreendesse o que cada um representa, qual a base valorativa de cada um. Sabemos assim que os exemplos-padrão consistem apenas em circunstâncias exemplificativas sendo que, pode surgir outras, que ainda que não previstas na norma, façam a mesma funcionar. Ou seja situações análogas àquelas que vêm previstas no nº2 do artigo 132º do Código Penal e que têm a mesma base valorativa e que são materialmente idênticas. Nunca esquecendo que mesmo que existam tem de ser sempre feita uma ponderação com o critério generalizador do nº1 da mesma norma. Como já dito anteriormente, a norma tem de ser vista como um todo, mesmo quando estejam em causa circunstâncias que apesar de não estarem diretamente descritas, são análogas às que aí existem.

Por fim, tentámos perceber se os consecutivos alargamentos do número de exemplos-padrão não irão pôr em causa o intuito do legislador quando criou esta norma. Reiterando a posição de Alexandra Vilela, e como supra mencionado, sustentamos que há de facto uma tendência negativa para o alargamento desta norma, uma vez que tal vai contribuir para a criação de uma norma taxativa e de funcionamento automático, o que não é de todo o pretendido.

Bibliografia

- BRITO, T. Q.; MATA, P.S.; MORÃO, H. & NEVES, J.C. – *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- COSTA, José de Faria – O fim da vida e o direito penal. In *Liber Discipulorum*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal – Introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Augusto Silva – *Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal – Crimes contra a vida e a integridade física*. Lisboa: AAFDL, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo I.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português – Anotado e Comentado, legislação complementar*. 18ª Edição. Coimbra: Almedina, 2007.
- ISASCA, Frederico – Peças forenses: Sentença do 3º Juízo Criminal – Homicídio (Comentário). *Revista Jurídica*, Nº6. Abril-Junho, 1986
- MARX, Michael – *Zur Definition des Begriffes “Rechtsgut”*. Berlin: Carl Heymann, p. 5 .
Apud COSTA, J. F. – *Noções Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- MONTEIRO, Cristina Líbano. – Qualificação e privilegiamento do tipo legal de homicídio. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 6, Fasc. 1º, janeiro – março, 1996.
- MONTEIRO, Elisabete Amarelo – *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- NEVES, João Curado – Indícios de culpa ou tipos de ilícito? – A difícil relação entre o n.º1 e o n.º2 do art.132.º do CP. In *Liber Discipulorum*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PALMA, Maria Fernanda. – *Direito Penal. Parte Espacial. Crimes contra as pessoas*. Lisboa, 1983, (Lição, texto policopiado).
- PALMA, Maria Fernanda – O homicídio Qualificado no novo Código Penal Português. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, A. 4, (15), Outubro de 1983, p. 59-74.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva – *Os Homicídios*. Lisboa: Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda., 2012.
- PRATA, A.; VEIGA, C. & VILALONGA, J.M. – *Dicionário Jurídico: Direito Penal e Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SERRA, Teresa – *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2003.
- 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*. Lisboa: Quid Iuris – Sociedade Editora, 2009.
- VEIGA, Raul Soares da – Sobre o homicídio no novo Código Penal. Do concurso aparente entre o homicídio qualificado e homicídio privilegiado. *Revista Jurídica*, N.º4. Outubro-Dezembro, 1985, AAFDL
- VILELA, Alexandra – Notas sobre a última revisão ao Código Penal: um exemplo, o artigo 132.º. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, N.º 2. Abril-Junho, 2009, p.199-215.

Jurisprudência Consultada (disponível no sítio www.dgsit e no sítio <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27-05-2010, Processo n.º 517/08.9JACBR.C1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-10-2010, Processo nº 494/09.9.GDTV.D.L1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18-03-2015, Processo nº 59/14.3.JACBR.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17-12-2009, Processo nº 187/08.4GISNT.L1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03-07-2013, Processo nº 37/12.7JACBR.C1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-09-2013, Processo nº 766/12.5GAMTA.L1-3

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-03-2015, Processo nº 405/13.7JABRG.G1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-11-2008, Processo nº 08P2826

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10-12-2008, Processo nº 08P3703

Acórdão do Tribunal Constitucional, Processo nº 230/14

Acórdão do Tribunal Constitucional, Processo nº 1359/13