

## HOMICÍDIO PRIVILEGIADO POR VIOLENTA EMOÇÃO – FLAGRANTE DE ADULTÉRIO

Andyara Batista Moreira, Angelina Bonaldi Klöppel, Victor Emendörfer Neto\*

Centro Universitário Católica de Santa Catarina

89.254 – 430 – Jaraguá do Sul (SC)

O presente trabalho se fundamenta no estudo do homicídio privilegiado por violenta emoção, com ênfase nos casos de flagrante de adultério e suas variáveis. Da mesma maneira, traz em seu bojo o entendimento quanto à conceituação de injusta provocação por parte da vítima, com detalhamento sobre as emoções presentes no agente ao momento do cometimento do delito, e se estas são fortes o suficiente para ensejar a redução da pena aplicada. A pesquisa visa aprofundar os conhecimentos acerca do tipo penal e da hipótese de ser o flagrante de adultério considerado como violenta emoção para os fins penais, enquadrando-se assim em uma de suas formas privilegiadas, atentando para o critério temporal da imediatidade e demais quesitos que devem encontrar-se presentes. Por fim, busca-se fazer a relação entre as fontes de direito que embasam todo o estudo, proporcionando a real averiguação de questões relevantes acerca do homicídio privilegiado e de como a concessão desta benesse repercute diretamente no âmbito jurídico.

**Palavras-chave:** Homicídio Privilegiado; Violenta Emoção; Flagrante de adultério; Injusta provocação; Imediatidade.

### HOMICIDE PRIVILEGED BY VIOLENT EMOTION: ADULTERY FLAGRANT

The present paper studies the homicide privileged by violent emotion, focusing on cases of adultery flagrant and their variations. Simultaneously, it brings into view an understanding related to the concepts of an unworthy provocation by the victim, by highlighting the emotions felt by the agent at the very moment of the crime commitment, and if those emotions are strong enough to justify a penalty reduction. The research aims to deepen the knowledge about the penal typification, and about the hypothesis of a flagrant adultery considered as violent emotion for criminal purposes, hence qualifying itself as one of the privileged forms, paying attention to the immediacy temporal criterion and other circumstances that should be present. Finally, it aims to establish a relationship among the law sources fundamenting the complete study, providing a real averiguation of relevant issues about the privileged homicide and what are the direct consequences of the concession of such benefaction in the whole juridic ambitus.

**Key-words:** Privileged homicide; Violent Emotion; Adultery flagrant; Provocation unworthy; Immediacy.

---

\* e-mail: victorneto@catolicasc.org.br

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa traz especificamente o crime de homicídio privilegiado por violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, sendo o estudo focado aos casos de flagrante adultério, visto que quanto ao tema há debates e posicionamentos de nossos tribunais que perduram durante décadas ou até mesmo séculos, por vezes alterando-se o entendimento sobre a questão ou até mesmo divergindo em opiniões.

Nos dias atuais tem-se tornado cada vez mais pacífico o posicionamento prevalente acerca dos julgados e entendimentos doutrinários, os quais em momento oportuno serão mais bem explanados.

A priori é de suma importância destacar que o Código Penal Brasileiro defende a vida da pessoa humana como sendo um dos bens mais preciosos a ser tutelado, merecendo ampla atenção jurídica. Tal afirmação pode ser verificada no teor do artigo 121, o qual trata sobre a figura do homicídio, sendo que a pena em abstrato é consideravelmente elevada, colocando a vida em um patamar de superioridade. Extrai-se deste contexto o respeito que se deve ter para com a vida de seus iguais, tendo o ordenamento jurídico brasileiro se fundado nessas premissas ao tratar sobre o assunto. Portanto, o desrespeito ao bem jurídico da vida configura crime, cabendo ao Estado aplicar a punição adequada.

Tal conduta criminosa pode encontrar-se por vezes envolta por circunstâncias que permitem diminuir a pena aplicada ao acusado. Trata-se das formas privilegiadas descritas no parágrafo primeiro do artigo anteriormente citado, sendo o caso, por exemplo, de hipóteses de ter sido o homicídio cometido em razão de relevante valor social ou moral e quando o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, sendo esta última hipótese a que deve ser levada em consideração nos casos em estudo.

Neste contexto, nos ensina Rogério Greco (2009, p. 225): “Cuida-se, na verdade, de causa especial de diminuição de pena, também conhecida como minorante. Se afirmada no caso concreto, obrigará a redução da pena, não se tratando de faculdade do julgador, mas sim, direito subjetivo do agente”.

Facilmente podemos verificar que quando duas pessoas convivem entre si, mantendo uma relação amorosa, independente de suas nuances, criam expectativas uma para com a outra, e caso um dos cônjuges ou companheiros venha a se deparar com uma cena de adultério por parte daquele que lhe devia fidelidade, conforme consta entre os

deveres conjugais embasados na Lei Civil, ou ao menos acredita seriamente estar vivenciando tal situação, pode o mesmo se ver envolto por uma violenta emoção, que domina seus próprios sentimentos ou atos, levando-o desta maneira a cometer o crime de homicídio em desfavor do cônjuge/companheiro que lhe trai e/ou do amante com o qual este comete a traição.

Ressalta-se que referido sobressalto emocional de forma alguma deve ser premeditado, para que assim possa ficar caracterizada a privilegiadora respectiva, devendo o autor do delito estar no clímax de violenta emoção, estado proporcionado pelo choque da situação diante da injusta provocação da vítima, e então não possuir mais o completo domínio sobre seus atos.

O homicídio deve se dar logo após o agente ter presenciado a cena ou suposta cena de adultério, agindo desta forma o autor no ímpeto da emoção, sendo que por tais motivos referidos crimes de homicídio são facilmente desvendados ou até mesmo confessados pelo autor. Não raras vezes são presenciados por inúmeras testemunhas, em decorrência do caráter súbito com que ocorrem, não sendo encobertos por quaisquer disfarces, pois percebe-se que a pessoa traída não possuía a intenção de tirar a vida de quem julgava amar, tendo tido tal reação em decorrência da situação vivenciada e do forte abalo emocional desencadeado.

De acordo com diversos julgados, há algumas décadas esta hipótese podia ser assimilada à legítima defesa da honra, que se sustentava por uma cultura mais conservadora, não compatível com a que temos nos dias atuais. Segundo este entendimento, o marido tinha o dever de limpar sua dignidade, em razão da traição, se não quisesse ser humilhado perante a comunidade da qual fazia parte. Este posicionamento atualmente não se sustenta e não pode ser defendido, pois a própria lei demonstra os caminhos mais adequados para a dissolução da união conjugal quando esta se torna insustentável para as partes.

Pelo fato de nem tudo ser previsível no mundo fenomênico, e de acordo com o já explanado anteriormente, quando ocorrem crimes de homicídio em decorrência de violenta emoção pelo motivo de adultério, cuidou o legislador em privilegiar a conduta do agente, contudo sem descriminalizá-la, pois o objetivo não é proteger o algoz, apenas lhe conceder um privilégio devido aos motivos que o impeliram a praticar o crime.

## **2 DO ADULTÉRIO E SUAS FORMAS**

Iniciaremos nossos estudos com base nos conceitos de adultério, figura esta inicialmente tipificada como crime pelo Código Penal de 1940, em seu artigo 240, em teor que segue:

**Art. 240** - Cometer adultério:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses.

§ 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.

§ 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato.

§ 3º - A ação penal não pode ser intentada:

I - pelo cônjuge desquitado;

II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.

§ 4º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;

II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317, do Código Civil.



Ocorre que com a constante evolução da sociedade, tal tipificação não era mais viável, caindo em desuso pelos tribunais que não encontravam mais respaldo na sociedade para sua aplicação, tendo sido *a posteriori* revogada pelo artigo 5º da Lei nº 11.106, de 28/03/2005. Entretanto, apesar desta revogação ter se dado em momento consideravelmente recente, há algum tempo já estava a conduta do adultério recebendo tratamento de prática descriminalizada. Neste sentido nossos tribunais já se posicionaram:

Novos Saberes

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ADULTÉRIO. QUEIXA-CRIME REJEITADA. LITISPENDÊNCIA. CAUSA DE PEDIR DIVERSA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. FATO ATÍPICO. ART. 240 DO CP. REVOGADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 11.106/2005. INVIABILIDADE. 1. Se as partes são as mesmas, o pedido, no caso, a condenação por suposto crime de adultério, também é idêntico, todavia, a causa de pedir é diversa, inviável a caracterização da litispendência. 2. A ausência de qualquer condição da ação, no caso, impossibilidade jurídica do pedido, é motivo idôneo para a rejeição da queixa-crime, uma vez que **o delito de adultério foi descriminalizado, ocorrendo a abolição criminis, bem como o fato narrado na inicial acusatória é atípico, conforme o artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal. 3. Não há falar em inconstitucionalidade da Lei nº 11.106/2005, uma vez que se mostra adequada e**

**coerente com o texto constitucional, com a legislação vigente e principalmente com as mudanças da sociedade, uma vez que há muito o adultério já estava, na prática, descriminalizado.**

Recurso conhecido e desprovido. TJ-DF - RSE: 20130111247772 DF 0032236-79.2013.8.07.0001, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 31/07/2014, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/08/2014 . Pág.: 274 (grifo nosso)

De valiosa sintonia com o assunto abordado temos as palavras de Netto (2008, p. 21) ao descrever a figura do adultério como sendo: “crime contra o casamento, praticado por um dos cônjuges e que implica na quebra intencional da fidelidade conjugal, mantendo relação sexual com outra pessoa.”.

Adiante trataremos sobre as diversas formas de adultério, que apesar de não ser mais crime, tem reflexos significativos em demais delitos presentes nesta Lei, de acordo com o que será mais bem demonstrado no que segue.

## 2.1 Do adultério flagrante

O adultério em sua modalidade flagrante é para o presente estudo a hipótese mais importante a ser considerado, contudo, sem eliminar os demais.

Trata-se o flagrante, segundo Netto (2008, p. 296), de: “tudo o que é registrado ou anotado no próprio momento em que se dá a ação”, ou seja, o agente, autor do homicídio, presencia o adultério no exato momento em que este se concretiza, não podendo falar sobre suspeitas ou indícios e sim a cena pronta e acabada em si.

Desta forma, quando verificada tal modalidade de adultério, é de fácil constatação a violenta emoção que pode vir a tomar conta do cônjuge traído. Neste contexto é plausível supor o choque que conduz a uma reação previsível: não a certa, mas uma reação humana previsível em decorrência do cenário com o qual o agente se depara.

São aplicadas a este ponto as mais profundas explanações sobre o objeto do estudo.

## 2.2 Da suspeita de adultério

O adultério em contrapartida pode não estar evidente, não tendo o cônjuge certeza sobre este ter ocorrido de fato ou não, estando a suspeita baseada apenas em evidências,

em desconfiança de estar sendo traído. Neste caso pode o agente ficar alterado emocionalmente e vir a cometer o delito de homicídio contra aquele a quem acredita estar lhe faltando com a fidelidade devida.

Para desobscurecer este conceito, utilizaremos das palavras de Netto (2008, p. 525), certas e compreensíveis quanto ao que seria uma suspeita: “Ato de pressentir ou desconfiar, por conjecturas fundadas em certas circunstâncias ou aparências, com alguns visos de verdade, mas insuficientes para formar um juízo ou uma presunção.”.

Conforme o que preceitua o artigo 121, § 1º do Código Penal, para ensejar a privilegiadora devemos nos ater à violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima, sendo de difícil constatação a violenta emoção ser considerada ao agente criminoso quando o mesmo baseia sua conduta apenas em deduções, não podendo por simples desconfianças subtrair a vida de outrem, devendo de forma diversa buscar o equilíbrio emocional.

Sendo assim, não é o foco da pesquisa a mera suspeita, pois subjetivo demais se torna o conjunto probatório, devendo diante do caso concreto ser analisada e sopesada a força da suspeita impulsionadora do cometimento de homicídio.

### **2.3 Do erro quanto ao adultério**

Adentramos num campo conflituoso, onde o cuidado jurisdicional deve ser redobrado pela natureza do meio.

Trata-se neste caso de erro quanto à existência do adultério, ou seja, o cônjuge que comete o delito acredita de fato estar diante de um adultério, porém não está.

Podemos fazer uma breve analogia em relação à legítima defesa putativa, onde o agente acredita erroneamente estar agindo amparado pela figura da legítima defesa.

Sendo assim, quando tal erro encontra-se plenamente justificado, existe a possibilidade de ser considerada uma situação privilegiadora, pois capaz de ensejar a violenta emoção descrita no tipo penal. Neste caso, o agente crê ter sido injustamente provocado pela vítima, devendo por tais motivos ser levado em consideração as causas que impeliram o agente a cometer o homicídio.

### 3 DO HOMICÍDIO

Para melhor elucidação acerca dos fatos que envolvem a pesquisa, necessário se faz uma breve e clara conceituação quanto à figura do crime de homicídio e relevância deste no âmbito jurídico. Para tal utilizaremos as valiosas palavras do ilustre doutrinador Bitencourt (2008, p. 22):

Homicídio é a eliminação da vida de alguém levada a efeito por outrem. Embora a vida seja um bem fundamental do ser individual-social, que é o homem, sua proteção legal constitui um interesse compartilhado do indivíduo e do Estado.

Passaremos ao aprofundamento em relação ao tema, com análise no contexto histórico e uma conceituação mais meticulosa sobre sua modalidade privilegiada.

### 4 DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Adentrando no campo histórico, verificamos o surgimento da tese de legítima defesa da honra aplicada aos casos de homicídio embasados por motivo de adultério, uma vez que, em épocas mais remotas, o criminoso passional era compreendido pela sociedade como uma vítima do adultério, não lhe restando alternativa senão lavar a própria honra com sangue, findando a vida da mulher adúltera.

Pela cultura fundada em valores cristãos, era considerada uma forma justa de assassinato, tese esta que logrou êxito por longo período de tempo, acarretando na absolvição de diversos criminosos passionais, pois a partir deste posicionamento o marido, quando ferido em sua honra por aquela a quem lhe havia jurado fidelidade, teria o direito de “limpar” sua moral, assassinando sua companheira e aquele com quem a mesma se deitou, sofrendo inclusive humilhações se assim não o fizesse.

O principal argumento utilizado para justificar as absolvições em crimes passionais era a consequente perturbação dos sentidos e da inteligência do agente criminoso, este profundamente afetado pela traição, visto que o casamento era, e para alguns ainda é, considerado sagrado, onde a esposa assume uma posição totalmente submissa ao seu esposo, não podendo ser admitida respectiva humilhação.

Ocorre, porém, que apesar de ainda haver pessoas que pensam neste sentido, principalmente em lugarejos mais retirados, onde as mudanças sociais acontecem

lentamente, seria ultrajante para o direito aceitar tal atrocidade. O próprio direito aponta meios mais civilizados para resolver impasses conjugais, pois ao cônjuge, por mais que se sinta traído e humilhado em sua honra, não lhe é conferido o direito de matar.

A tese de legítima defesa da honra teve bastante sucesso até meados de 1970, onde esta situação foi praticamente banida no Código Penal através da Lei nº 7.209, de 11.7.1984, em redação dada ao artigo 28, inciso I, que afirma: “Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão”.

Conforme LYRA (2003, p.125):

Legítima defesa da honra? Como integrar os requisitos da justificativa? Onde a atualidade da agressão, a impossibilidade de prevenir ou obstar a ação, ou de invocar e receber socorro da autoridade pública? (Código revogado). O adultério é crime contra a família e não contra a honra. Hoje, a mulher tem honra própria, como o homem. Ela é responsável pelos seus atos. O Júri deve combater, e não consagrar, os preconceitos retrógrados e funestos que obrigam o homem digno, e somente este, ao sacrifício da liberdade pela honra de alcova, pela honra sexual, como se esta regulasse, antissocialmente, a dignidade, a paz, a segurança.

Assim também os tribunais demonstram, conforme breve análise ao Recurso Especial nº 1.517 – PR (registro nº 89.12160-0), do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), onde se discute a legítima defesa da honra, um posicionamento ainda bastante presente na época, que porém já havia sido superado por julgados recentes.

Segue ementa do acórdão recorrido:

## Novos Saberes, v. 1, n. 1 (2014)

Homicídio duplo – Alegação de legítima defesa da honra – Absolvição – Réu que surpreende a esposa, nua, em quarto de hotel, acompanhada de outro – Reação violenta justificada ante o impacto proporcionado pela cena – Juízo popular que, ainda, reconhece ultraje ao marido o adultério da mulher – Consciência popular que não contraria, manifestadamente, a prova dos autos – Improvimento do recurso.

Sendo claro o posicionamento emanado da cultura regional e de determinada época de acordo com a decisão do tribunal do Júri, ao deixar explícito a repugnância frente ao adultério, ressalta-se, contudo, que tais posicionamentos não são unânimes, já havendo neste tempo, qual seja, final do séc. XX, entendimentos contrários, e que se

tornaram cada vez mais marcantes com o passar dos anos e a constante transformação social.

Ganhou forte impulso a perda de aplicação da legítima defesa da honra através da Lei n. 7.209/84, já citada anteriormente, ao introduzir o artigo 25 no Código Penal: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”, não sendo plausível aceitar o homicídio como meio moderado.

Nesta mesma linha de raciocínio a lição do criminalista HIMÉNES DE ASÚA, citado no próprio REes que, com voto vencido, cassou a decisão do júri para sujeitar o réu a novo julgamento, entendendo a não aplicabilidade da tese de legítima defesa da honra como excludente para o réu:

Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade, age em momento de transtorno mental transitório, desde que não se comprove ato de deliberada vingança.

Defendem ainda os Ministros Vicente Cernicchiaro e William Patterson, que tiveram votos vencidos, o fato da não interferência na soberania do Tribunal do Júri, onde em tese só poderia ser anulada a decisão se ela fosse contrária às provas dos autos, o que não se verificou segundo os mesmos, colocando ênfase nas palavras de Vicente, que veio a levantar a questão cultural apesar de não ser o mesmo favorável à legítima defesa da honra:

O aspecto cultural há de ser interpretado de acordo com lugar do fato. Se ainda, nesse local, se entende que a honra do marido maculada dessa forma enseja ou autoriza reação violenta, extrema – individualmente contrasta com o meu pensamento – entretanto esse é o entendimento do Júri.

Neste diapasão, é possível observar que a tese de legítima defesa da honra tornou-se inadequada sem nem mesmo ter sido legitimada por meio legais. A tese contrariou muitos princípios e embora tenha se tornado popular em pouco tempo, assim também foi substituída e considerada imprópria. Donde a conclusão de que não cabe a legítima defesa

da honra nos casos de flagrante de adultério, uma vez que esta tese é ultrapassada e indescritivelmente machista.

## 5 HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

Conforme descreve o Código Penal em seu artigo 21, e parágrafos que o compõe, o homicídio poderá ser simples, ou seja, quando é restritiva à conduta de matar alguém, sem se verificar qualquer causa privilegiadora ou até mesmo qualificadora. Assim Bitencourt (2008, p. 45): “Homicídio simples é a figura básica, elementar, original na espécie”.

Em contrapartida, temos a figura do homicídio privilegiado, descrito no parágrafo 1º do dispositivo referido, ou seja, a previsão de diminuição da pena de um sexto a um terço nas hipóteses em que o agente praticar o homicídio impelido por relevante valor social ou moral, ou mesmo quando guiado por violenta emoção logo após injusta provocação da vítima, segundo Bitencourt (2008, p. 47):

Destaque-se, desde logo, que a ação continua punível, apenas a sua reprovabilidade é mitigada, na medida em que diminui o seu contraste com as exigências ético-jurídicas da consciência comum. A relevância social ou moral da motivação é determinada pela escala de valores em que se estrutura a sociedade.

O homicídio é um crime de ímpeto, e por este motivo deve ser avaliado em todas as peculiaridades que ensejaram a sua prática. É com base nas circunstâncias envolvidas no momento do crime que o agente deverá ser julgado.

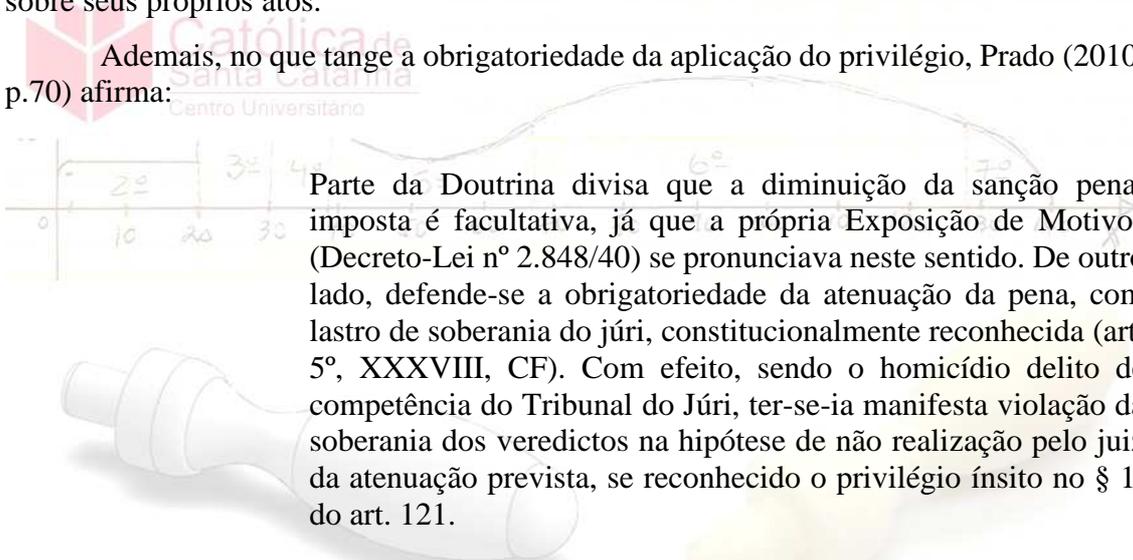
Neste sentido, é notável a possibilidade de consideração do flagrante adultério, enquadrando-se na última hipótese descrita pelo texto legal ao privilegiar o homicídio, ressaltando-se que quando se fala em violenta emoção, deve-se diferenciar esta da simples emoção ou paixão, que por si só não privilegia o crime, visto que estes são duradouros enquanto que a violenta emoção é momentânea, ocorrendo a partir de um choque emocional forte o bastante para produzir uma perturbação do raciocínio, nesta mesma linha as palavras de Fragoso (1988, p.204):

A emoção é um estado afetivo que produz momentânea perturbação da personalidade. Afeta o equilíbrio psíquico, ou seja, o processo ideativo, acarretando alterações somáticas, com

fenômenos neurovegetativos (respiratórios, vasomotores, secretores, entre outros) e motores (expressões e mimica). A paixão já seria a emoção-sentimento, ou seja, um processo afetivo duradouro.

Ou seja, para que seja considerada a privilegiadora do homicídio em relação à violenta emoção, esta deve ser o estado de ânimo no qual o agente se encontra no exato momento do cometimento do delito, sendo focalizada pela sua força momentânea, instantânea, não podendo ser considerada simples paixão da qual pode o agente estar acometido, vez que esta é um estado que perdura por certo tempo, podendo até afetar os pensamentos do homicida, mas não sendo forte o suficiente para o fazer perder o controle sobre seus próprios atos.

Ademais, no que tange a obrigatoriedade da aplicação do privilégio, Prado (2010, p.70) afirma:



Parte da Doutrina divisa que a diminuição da sanção penal imposta é facultativa, já que a própria Exposição de Motivos (Decreto-Lei nº 2.848/40) se pronunciava neste sentido. De outro lado, defende-se a obrigatoriedade da atenuação da pena, com lastro de soberania do júri, constitucionalmente reconhecida (art. 5º, XXXVIII, CF). Com efeito, sendo o homicídio delito de competência do Tribunal do Júri, ter-se-ia manifesta violação da soberania dos veredictos na hipótese de não realização pelo juiz da atenuação prevista, se reconhecido o privilégio ínsito no § 1º do art. 121.

Neste contexto, é possível concluir que existiram divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a obrigatoriedade da diminuição da pena quando presente certos requisitos exigidos pela Lei.

Com o passar do tempo foi ficando claro o posicionamento da obrigação de atenuar a pena quando reconhecido a privilegiadora pelo júri, levando-se em questão a soberania deste, que se encontra amparado pela Carta Magna em seu art. 5º, XXXVII, restando ao juiz, baseado em todas as evidências levantadas, apenas decidir sobre o quanto a ser reduzido, dentro dos limites legais.

### 5.1 Elementos Privilegiadores

Devemos ter em mente que o privilégio não pode sob qualquer hipótese ser confundido com a atenuante genérica, ao que preceitua o Código Penal brasileiro:

**Art. 65** - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...] III - ter o agente:

[...] c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou **sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;** (grifo nosso)

Veja que no privilégio, o agente deve encontrar-se dominado pela violenta emoção e deve realizar a conduta logo após a injusta provocação da vítima, residindo nestes pontos a diferenciação, pois na atenuante genérica o agente encontra-se apenas influenciado pela violenta emoção, bem como não se exige o requisito temporal.

### 5.1.1. Violenta emoção

No que tange ao assunto é pertinente que primeiro se diferencie emoção de paixão, uma vez que as duas são facilmente confundidas. Fragoso (1988, p.204) diferencia as duas categorias de maneira a facilitar o entendimento:

A emoção é um estado afetivo que produz momentânea perturbação da personalidade. Afeta o equilíbrio psíquico, ou seja, o processo ideativo, acarretando alterações somáticas, com fenômenos neurovegetativos (respiratórios, vasomotores, secretores, entre outros) e motores (expressões e mimica). A paixão já seria a emoção-sentimento, ou seja, um processo afetivo duradouro.

A emoção entendida pelos julgadores deve seguir alguns critérios, conforme descreve Marques (1999, p.07): “tradicionalmente conhecida como ímpeto de ira ou justador e é historicamente considerada nos casos de provocação da vítima, flagrante adultério e morte dada ao ladrão”.

É possível afirmar que a emoção trata-se de um estado psicológico anormal do agente, sendo capaz de afetar sua vontade, inteligência e diminuir suas resistências éticas, assim como sua capacidade reflexiva. Resumidamente, podemos entender que a violenta emoção é um estado psicológico a que um homem comum não deixaria de ser sensível.

Hungria (2012, p.108), nos faz um breve embasamento sobre a emoção e as variações causadas no corpo humano quando presente a violenta emoção:

[...] é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar precípete do coração, alterações térmicas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vasomotoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenômenos musculares, alterações das secreções, suor, lágrimas etc.

A violenta emoção é forte a ponto de afetar o raciocínio para com seus atos, moldando seu comportamento praticamente por instinto, sem analisar as condutas a serem tomadas, foge à sua compreensão, por tais motivos achou melhor o legislador privilegiar o homicídio, Bitencourt (2008, p. 50):

[...] não é qualquer *emoção* que pode assumir a condição de privilegiadora, no homicídio, mas somente a emoção intensa, violenta, absorvente, que seja capaz de reduzir quase que completamente *a vis electiva*, em razão dos motivos que a eclodiram, *dominando*, segundo os termos legais, o próprio autocontrole do agente. A *intensidade da emoção* deve ser de tal ordem que o sujeito seja dominado por ela, ou seja, o sujeito ativo deve agir sob o ímpeto do choque emocional.

Acerca do criminoso emocional, que comete o delito sob o domínio da violenta emoção, é importante citar o que nos ensina Hungria (1979, p.150):

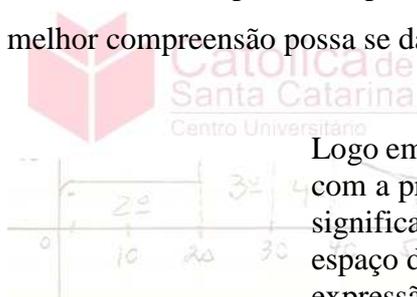
Retornando ao seu estado normal o delinquente emocional quase sempre se entrega a demonstrações de remorso, a profundo abatimento. Não procura negar o crime, e o confessa espontaneamente, embora com lacunas de memória.

O que nos faz concluir que não poderia se tratar de um planejamento anterior, tendo o agente praticado o homicídio sem o devido discernimento que possuiria em tempos de calma, por se ver em meio a alguma cena que lhe cause grande choque emocional, como se verifica na traição, motivo pelo qual seus atos devem seguir o acontecimento em completa explosão psicológica.

### 5.1.2 Imediatidade

Importante frisar que o ato criminoso resultando no homicídio, para que enseje a privilegiadora do tipo penal, deve atender ao critério temporal, pois, quando impelido por violenta emoção em caso de flagrante de adultério, seus atos devem se dar logo após a injusta provocação da vítima, não se permitindo a premeditação do crime.

É necessário que se verifique a imediatidade do fato, observando-se o descontrole emocional, tirando a inibição do agente e fazendo com que ele tenha a reação impensada, como uma explosão de seus sentimentos, cuida-se que apesar de dever o ato ser imediato, este ainda assim permite lapsos temporais curtos, sendo uma linha bastante tênue, que melhor compreensão possa se dar em atenção ao doutrinador Greco (2009, p. 225):



Logo em seguida denota relação de imediatidade, de proximidade com a provocação injusta a que foi submetido o agente. Isso não significa, contudo, que logo em seguida não permita qualquer espaço de tempo. O que a lei busca evitar, com a utilização dessa expressão, é que o agente que, provocado injustamente, possa ficar “ruminando” a sua vingança, sendo, ainda assim, beneficiado com a diminuição da pena.

Ao que já foi devidamente levantado, percebe-se a necessidade do critério temporal para ensejar a privilegiadora, devendo este ser imediato, porém, de acordo com o tempo necessário para o cometimento do homicídio, contudo sem ultrapassar a barreira que adentre ao campo da premeditação.

### 5.1.3 Injusta provocação da vítima

Pertinente se faz a compreensão ao elemento moral, desta sorte, o agente impelido por violenta emoção, não bastando mera influência e sim o domínio dos sentidos, age logo em seguida à injusta provocação da vítima.

Acerca deste assunto, Hungria (1959, p.289) entende que esta deve ser observada de maneira objetiva, ou seja, segundo a opinião da média, e não do agente. Segundo Bruno (1976, p.125):

Provocação injusta, não necessariamente antijurídica, mas capaz de justificar, segundo o consenso geral, a indignação, a cólera e a repulsa do agente; repulsa que não é defesa, mas desafio da ira

provocada. Se o ato que constitui a provocação é legítimo, se ao agente cabia sujeitar-se a ele, não há lugar para a diminuída.

A injusta provocação não é caracterizada apenas por violência ou agressão física, uma vez que nestes casos estaremos diante de possibilidade de legítima defesa, situação que exclui a antijuricidade do fato; mas ela deve constituir qualquer tipo de fato voluntário, podendo ser tanto ação, como omissão que signifique a possibilidade de ataque à sensibilidade moral do agente, sendo que não é necessário que esta injusta provocação seja necessariamente contra o homicida, mas deve sempre ser uma conduta capaz de provocar violenta emoção no cidadão médio, Bitencourt (2008, p. 51): “a injustiça da provocação deve ser de tal ordem que justifique, de acordo com o consenso geral, a repulsa do agente, a sua indignação”.

Neste sentido, é possível admitir-se como injusta provocação qualquer tipo de zombaria, insinuação, expressão etc. Os critérios para esta avaliação são muito relativos, vez que o que para determinada pessoa será considerada provocação, para outra pode não passar de mero dissabor. Consoante essa situação, deverão ser considerados os padrões do homem normal, situações em que qualquer um ficaria impelido a reagir.

Desta forma é possível associar o adultério como injusta provocação, uma vez que diz respeito a situação que sempre atinge a pessoa traída, podendo fazê-la reagir à cena.

## 6 CRIME QUALIFICADO

O crime qualificado é caracterizado pela atitude censurável ou de qualquer forma reprovável do agente e está previsto no art. 121 consoante ao §2º. No caso do homicídio qualificado, é aquele que altera para mais a faixa de fixação da pena. Portanto, da pena de reclusão de 6 a 20 anos, prevista para o homicídio simples, passa-se ao mínimo de 12 e o máximo de 30 para a figura qualificada.

No que diz respeito ao caso, dispõe Prado, (2002, pg. 52)

considera-se qualificado o homicídio impulsionado por certos motivos, se praticados com o recurso a determinados meios que denotem crueldade, insídias ou perigo comum ou de forma a dificultar ou tornar impossível a defesa da vítima; ou, por fim, se perpetrado com o escopo de atingir fins especialmente reprováveis (execução, ocultação, impunidade ou vantagem de

outro crime).

Em que pese o homicídio qualificado seja considerado crime hediondo, uma decisão do STF em 23/02/2006 passou a admitir a progressão do regime, de toda sorte, o regime inicial deve ser sempre fechado.

As espécies qualificadoras estão elencados no § 2º. Aquelas descritas nos incisos I, II e V são consideradas de caráter subjetivo, porque se referem à motivação do agente. Sendo que os incisos III e IV são de caráter objetivo, porque ligadas aos meios e modos de execução.

### 6.1 Qualificadoras Objetivas

No que diz respeito às qualificadoras objetivas, são aquelas que tratam das questões ligadas aos meios e modo em que o crime foi executado. É forma de qualificadora, conforme o Inc. III, executar o crime com emprego de meio insidioso (veneno), cruel (de forma que a vítima sofra desnecessariamente), ou que possa resultar perigo em comum para a sociedade (fogo, explosivo), neste sentido. Neste sentido versa Oliveira (2005, pg. 186)

Insidioso é o meio dissimulado, traiçoeiro, pífido, que surpreende a vítima, impossibilitando-a de qualquer defesa. Cruel é meio brutal; martirizante; que causa grande sofrimento a vítima. Qualquer meio dissimulado, ou que cause grande agonia na vítima, é considerado qualificadora. A lei não exige a cumulação das duas circunstâncias.

Novos Saberes, v. 1, n. 1 (2014)

Assim, entende-se que o meio insidioso é aquele que engana a vítima, um exemplo típico de meio insidioso é quando se é ministrado veneno a pessoa, sem que esta saiba o que está ingerindo. Enquanto o meio cruel é aquele que gera ainda mais sofrimento a vítima, sem que haja necessidade para tanto. Em que pese sejam meios distintos, não há necessidade de coexistirem para caracterizar a qualificadora.

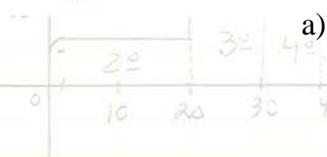
Quanto ao meio de execução que provoca perigo comum Oliveira (2005, pg. 187) afirma:

Perigo comum ocorrerá, quando a atividade criminosa puder atingir outras pessoas. A qualificadora decorre de situação

objetiva: basta a demonstração da ocorrência do perigo. Se o agente tiver consciência do perigo comum, e mesmo assim, praticar o ato, haverá concurso formal de crime de dano com crime de perigo comum.

Assim, o crime de perigo comum é quando o cenário do crime estende-se de forma grandiosamente suficiente para atingir terceiros e não apenas a vítima em questão,

Também é considerada uma qualificadora objetiva, conforme § 2º, inciso IV do artigo 121 do Código Penal brasileiro, cometer o crime utilizando-se de emboscada, ou qualquer outro recurso que impossibilite a defesa da vítima. Neste sentido, afirma Oliveira (2005, p.187)



a) *à traição*: o agente se aproveita da distração da vítima, que não esperava a agressão, para praticar a conduta delituosa, sem qualquer possibilidade de defesa da mesma. Às vezes, utilizando-se de conhecimento anterior, o que leva a vítima a jamais supor que seria agredida; b) *emboscada*: o agente aguarda, escondido, de tocaia, a vítima passar. É também, forma covarde de execução do homicídio, porque o homicida além de agir em segurança, impede qualquer defesa da vítima, que não espera o ataque soez; c) *dissimulação*: o agente finge ser amigo da vítima, para dela se aproximar, escondendo sua verdadeira intenção, ou se disfarça, para pegá-la completamente desprevenida, sem qualquer possibilidade de reação; a vítima é surpreendida, pelo inesperado da agressão, não conseguindo, sequer, esboçar um gesto de defesa; d) *outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido*: quaisquer outros meios, semelhantes ou anteriores que dificultem ou tornem impossível a defesa do ofendido.

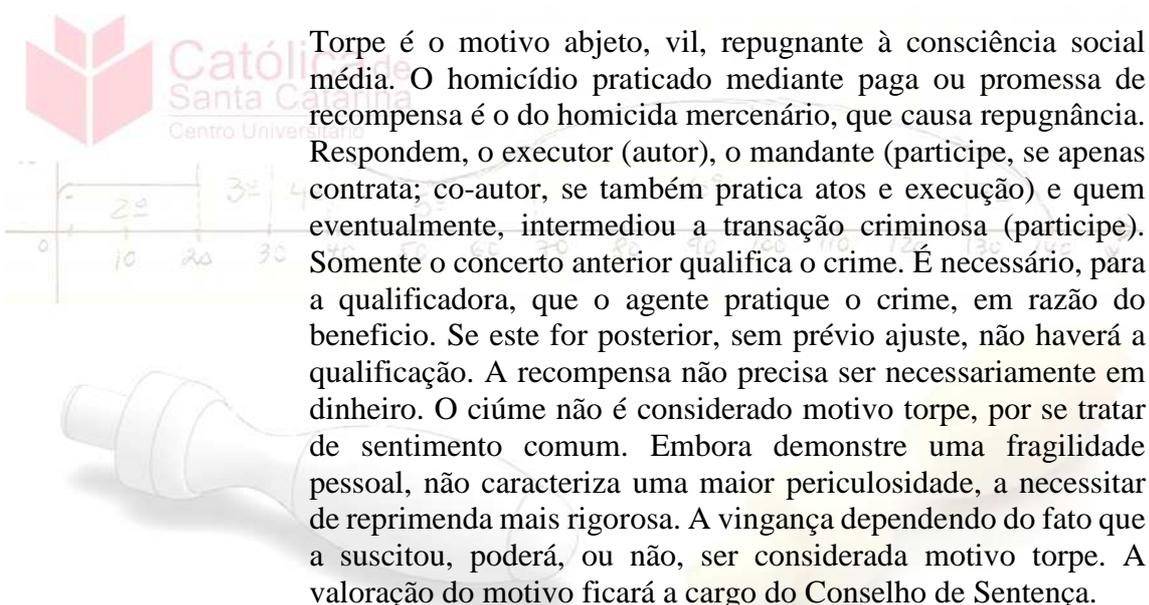
Importante observar que a impossibilidade de defesa da vítima deve estar relacionada com a ação do agente e não com condições pessoais da vítima, por exemplo, se a vítima for cega, ou estiver utilizando bengala, não será considerado o crime qualificado.

O §2º, inciso V, do artigo que trata sobre o homicídio, traz a última qualificadora objetiva, tendo por crime qualificado quando é cometido para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou até mesmo a vantagem em outro crime. De acordo com Oliveira (2005, pg. 187) agir impelido por esta motivação demonstra a grande periculosidade do

agente, caracterizada por um absoluto desprezo da lei e é por este motivo que merece uma sanção mais rigorosa, sendo assim, considerado um crime qualificado.

## 6.2 Qualificadoras Subjetivas

As qualificadoras subjetivas são aquelas que estão estritamente ligas ao motivo que impeliu o agente de cometer o ato. O §2, inciso I, nos mostra que é qualificadora subjetiva praticar o crime mediante pagamento, ou promessa de recompensa, assim como qualquer outro motivo torpe. Quanto a esta qualificadora, ensina Oliveira (2005, pg. 186)



Torpe é o motivo abjeto, vil, repugnante à consciência social média. O homicídio praticado mediante paga ou promessa de recompensa é o do homicida mercenário, que causa repugnância. Respondem, o executor (autor), o mandante (participe, se apenas contrata; co-autor, se também pratica atos e execução) e quem eventualmente, intermediou a transação criminosa (participe). Somente o concerto anterior qualifica o crime. É necessário, para a qualificadora, que o agente pratique o crime, em razão do benefício. Se este for posterior, sem prévio ajuste, não haverá a qualificação. A recompensa não precisa ser necessariamente em dinheiro. O ciúme não é considerado motivo torpe, por se tratar de sentimento comum. Embora demonstre uma fragilidade pessoal, não caracteriza uma maior periculosidade, a necessitar de reprimenda mais rigorosa. A vingança dependendo do fato que a suscitou, poderá, ou não, ser considerada motivo torpe. A valoração do motivo ficará a cargo do Conselho de Sentença.

Nesse sentido, é entendido que o motivo torpe é todo aquele que causa repulsa ao cidadão médio, sendo um motivo mais censurável, uma vez que revela a insensibilidade moral do autor, assim como o é, o crime praticado mediante pagamento, ou promessa deste. Desta feita, é importante que se verifique sempre o fator motivador, uma vez que para que seja considerado crime qualificado, é necessário que o agente tenha agido absolutamente em razão do benefício.

Ainda com relação à motivação do agente, existe a qualificadora quanto ao motivo fútil. Conforme Capez (2012, pg.251)

Fútil é o motivo insignificante, mesquinho, desproporcional, por exemplo, matar o motorista de um veículo em virtude de uma briga no transito. Não se deve, contudo, confundir o motivo fútil

com o injusto, pois este, embora em desacordo com o direito ou ética, pode não ser desproporcional.

Ainda com relação ao motivo fútil, pertinente destacar o que ensina Oliveira (2005, pg. 186):, “A ausência do motivo não significa motivo fútil, não qualificando o crime”.

Neste sentido, é necessário que se observe a diferença entre o motivo torpe e o motivo fútil, sendo que este é insignificante, enquanto aquele é repugnante. Portanto, também é pertinente que se observe claramente o fato de realmente existir o motivo eu seja insignificante se comparado ao resultado provocado, uma vez que se não for considerado motivo algum, o crime não será qualificado.

### 6.3 Homicídio qualificado-privilegiado

O concurso entre o privilégio previsto no art. 121, §1 e as circunstâncias qualificadoras tem sido amplamente admitido pela doutrina e jurisprudência, todavia é necessário observar que, nestes casos, as qualificadoras devem ser absolutamente de caráter objetivo, uma vez que o privilégio sempre terá seu caráter subjetivo, ou seja, nos casos em que a motivação do agente se dá de forma privilegiada, mas para executar tal crime ele utiliza-se de meios que configurem o crime qualificado, teremos assim um crime privilegiado em concurso com circunstâncias qualificadoras, neste sentido nossos tribunais:

Novos Saberes, v. 1, n. 1 (2014)

EMENTA: HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO- QUALIFICADO: POSSIBILIDADE, MESMO COM O ADVENTO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA-BASE: FIXAÇÃO A PARTIR DA MÉDIA DOS EXTREMOS COMINADOS, OU DA SUA SEMISOMA, E FUNDAMENTAÇÃO; PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. 1. **A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de ocorrência de homicídio privilegiado- qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias aplicáveis.** Ocorrência da hipótese quando a paciente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, mas o pratica disparando os tiros de surpresa, nas costas da vítima (CP, art. 121, § 2º, IV) A circunstância subjetiva contida no homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º) convive com a circunstância qualificadora objetiva

"mediante recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima" (CP, art. 121, § 2º, IV). Precedentes. A superveniência das Leis n.ºs. 8.072/90 e 8.930/94, que tratam dos crimes hediondos, não altera a jurisprudência deste Tribunal, observando-se que no caso do homicídio qualificado não foi definido um novo tipo penal, mas, apenas, atribuída uma nova qualidade a um crime anteriormente tipificado. 2. A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório. Precedentes. 3. Habeas-corpus deferido em parte para anular o acórdão impugnado e, em consequência, a sentença da Juíza Presidente do Tribunal do Júri, somente na parte em que fixaram a pena, e determinar que outra sentença seja prolatada nesta parte, devidamente fundamentada, mantida a decisão do Conselho de Sentença. HC 76196, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 29/09/1998, DJ 15-12-2000 PP-00062 EMENT VOL-02016-03 PP-00448. (grifo nosso)

Neste sentido, é evidente a impossibilidade de um crime privilegiado ser qualificado por motivo fútil, torpe ou o chamado crime mercenário. Desta feita, como o homicídio é votado pelos jurados, quando houver o reconhecimento do privilégio, obviamente a votação de qualificadoras subjetivas ficará prejudicada.

Assim, conclui-se ser possível o homicídio qualificado-privilegiado, uma vez que o privilégio sempre será de caráter subjetivo, podendo assim, utilizar-se de qualificadoras objetivas para tanto.

## 7 DOSIMETRIA DA PENA

Em primeira análise devemos nos ater ao que dispõe o Código Penal ao tratar sobre a aplicação da pena:

**Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Desta forma com base nas circunstâncias judiciais expressas no caput do artigo citado, o juiz deverá estabelecer a pena-base mais apropriada ao caso concreto, levando em consideração todos os aspectos iniciais descritos, estabelecendo um parâmetro proporcional em tal definição.

Ademais preceitua o mesmo diploma legal:

**Art. 68** - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Desta primeira fase quanto da dosimetria da pena a ser aplicada, lembramos que ao que expresso no artigo 121 do código penal, a pena de homicídio é de reclusão de seis a vinte anos, pena esta consideravelmente alta, demonstrando desta forma, como já comentado, a importância dada ao bem jurídico da vida, devendo o julgador ser norteado dentro de respectivos limites, não podendo esta ser além ou aquém de respectivos valores descritos pelo tipo penal.

A seguir será analisada a possível existência de circunstâncias atenuantes e agravantes, não podendo ser confundida com causas de diminuição ou aumento de pena, sendo que estas últimas podem privilegiar ou qualificar o crime, tendo definições diferenciadas, podendo ainda ser encontrado rol taxativo das agravantes constantes do Código Penal em seu artigo 61, assim como no caso de concurso de pessoas, este referido

no artigo 62, em contrapartida ao que se refere às causas atenuantes, podem estas ser verificadas no rol exemplificativo do artigo 65 do disposto legal, de acordo ao que dispõe o artigo 66 que o segue, entre estas a atenuante da influência de violenta emoção anteriormente já debatida, valendo dizer que o *quantum* a ser atenuado ou agravado não vem disciplinado legalmente, havendo especulações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito.

Neste sentido, Greco (2009, p. 131):

Ante a ausência de critérios previamente definidos por lei penal, devemos considerar o princípio da razoabilidade como reitor para essa atenuação ou agravação da pena. Contudo, em face da fluidez desse conceito de razoabilidade, a doutrina tem entendido que “razoável” seria agravar ou atenuar a pena-base em até um sexto do *quantum* fixado, fazendo-se, pois, uma comparação com as causas de diminuição e de aumento de pena.

Vale ressaltar que, quanto ao cálculo das atenuantes e das agravantes, há divergência doutrinária se estas podem ou não serem reduzidas ou aumentadas fora dos limites da pena-base, ocorre que tal discussão foge do alcance e objetivo de nossa pesquisa, devendo melhor análise se dar em momento oportuno.

Na terceira fase da aplicação da pena, trata especificamente sobre nosso campo de estudo, ou seja, das causas privilegiadoras e qualificadoras como meio de reduzir a pena, não havendo discussões neste ponto se as penas podem ultrapassar os limites legais, sendo plenamente aceito, caso contrário como ensina Greco (2009, p. 146): “a pena do crime tentado deveria ser sempre a mesma do que a do consumado”.

Neste liame, quando provado ter o agente praticado o homicídio por motivo de violenta emoção, tendo sido forte a ponto de direcionar seus atos como impulso de explosão, é nesta terceira fase que a mesma será considerada, devendo o juiz decidir apenas sobre o *quantum* a ser diminuído ou aumentado entre os limites especificados no final do parágrafo primeiro do artigo 21 do Código Penal, qual seja, de um terço a um sexto.

## 8 PROVA DO ADULTÉRIO DENTRO DO PROCESSO

Após todas estas explanações sobre o homicídio privilegiado por violenta emoção frente ao flagrante de adultério, devemos lembrar que, para o privilégio ser de fato

aplicado para reduzir a pena do agente criminoso, deve o adultério estar de fato provado ou ao menos claramente demonstrado através de evidências fortes.

Trata-se o homicídio de um crime doloso contra a vida, e por determinação constitucional este é de competência do Tribunal do Júri, em todas as suas modalidades, simples, privilegiado e qualificado, devendo assim o defensor do acusado se valer dos meios oportunizados pelo direito para cumprir um dos princípios do Tribunal, qual seja, a plenitude da defesa, amparado pela Constituição Federal/88:

**Art. 5º [...] XXXVIII** - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

Devendo assim a defesa beirar à perfeição, deve os julgadores ser convencidos da melhor forma possível sobre a inocência do réu, ou caso esta de fato não seja possível de acordo com o conjunto probatório, deve haver o convencimento quanto ao adultério ser passível de ser considerada uma privilegiadora, e após tal quesito ser aceito pelo conselho de sentença deve o juiz quando da aplicação da pena valer-se de tal decisão para diminuir a pena de um terço à um sexta, como julgue conveniente ao caso concreto.

De suma importância fazem-se estudos mais específicos sobre tal princípio, neste contexto nossos tribunais:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E DESOBEDIÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PLENITUDE DE DEFESA. OCORRÊNCIA. DEFENSOR DATIVO QUE DEIXOU DE RECORRER DA DECISÃO DE PRONÚNCIA, BEM COMO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU INDEFESO. SÚMULA 523 DO STF. PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO PARA ANULAR O PROCESSO DESDE A DECISÃO DE PRONÚNCIA. ALVARÁ. MÉRITO JULGADO PREJUDICADO. 1. **No procedimento do Tribunal do Júri vigora o princípio constitucional da plenitude da defesa, insculpido no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea a, da CF, que garante aos réus uma defesa completa, perfeita e integral, sendo a sua infringência nulidade absoluta, nos termos da Súmula 523 do STF.** 2. Não tendo sido utilizados todos os meios e instrumentos processuais cabíveis em favor do réu, resta evidenciada a deficiência da defesa técnica, razão pela qual a declaração da nulidade do procedimento, desde o ato viciado, é medida que se impõe, a fim de salvaguardar a garantia constitucional da plenitude de defesa.

3. Preliminar suscitada de ofício para anular o processo desde a r. decisão de pronúncia. [...]

(TJ-MG - APR: 10498110022510001 MG , Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 04/04/2013, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/04/2013) (grifo nosso)

Deve o acusado receber ampla defesa, sob pena de nulidade do feito caso haja infringência ao mesmo, entrando neste campo a prova do adultério, que desta forma, para se garantir atendimento a tal princípio, pode e deve ser provado.

Ocorre, porém, que quando falamos de adultério entramos no impasse de adentrarmos na privacidade e intimidade das vítimas.

### 8.1 Privacidade/Intimidade das vítimas

Tais figuras encontram-se amparadas pela constituição em seu artigo 5º, inciso X, que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, sendo assim, devemos encontrar a melhor solução para o limite de defesa do acusado e o direito de intimidade e privacidade da vítima, sendo garantias constitucionais.

Não se verifica grau de preferência entre os princípios constitucionais, devendo desta forma as partes valerem-se do princípio da proporcionalidade, para assegurar que o direito está sendo aplicado da melhor forma possível, em busca da justiça.

Sendo assim, em respeito ao princípio da proporcionalidade, não pode a privacidade e intimidade da vítima ser superior ao direito de defesa do acusado, no simples intuito de macular uma honra já manchada, da qual impediria a verificação da privilegiadora.

Contudo, não pode denegrir a imagem da vítima de forma desproporcional ao necessário para averiguar o adultério, sendo analogicamente aceito em outros campos do direito tal prova, como se verifica no direito das famílias quando o adultério é fator determinante do divórcio.

Devemos ainda ressaltar que nos crimes de homicídio por flagrante de adultério, pelo fato da figura da privilegiadora não suportar a premeditação, não raras vezes o crime presenciado por testemunhas oculares que podem apresentar indícios de adultério, fortes o suficiente para convencer os julgadores.

Ademais, devemos nos ater em não permitir provas ilícitas dentro do processo, pois estas de fato não podem ser aceitas e entranhadas aos autos que investigam o homicídio, deve a defesa, por padrões morais e éticos se valerem dos meios que lhe cabem para provar o adultério da vítima, dando o mesmo tratamento que se dá em casos semelhantes, onde a defesa de um direito não fira outros direitos ou até mesmo outros princípios constitucionais, devendo todas as provas no caso respeitar a proporcionalidade em toda a sua trama.

## 9 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se plenamente cabível a aplicação da privilegiadora no caso de homicídio por flagrante de adultério, vez que aceito o fato deste ser de fato possível de causar no agente delituoso violenta emoção capaz de envolvê-lo completamente, a ponto de o mesmo ver perdida suas condições normais de refletir sobre seus atos.

Não estamos falando sobre absolvição do mesmo, sob o aspecto da impunibilidade, que de forma alguma deve ser aceita pelos julgadores, pois devemos sim buscar a justiça para garantir um bem estar social.

Porém, se o próprio legislador cuidou de tratar certas situações como privilegiadas, capaz de diminuir a pena do acusado, tal deve ser respeitada, não havendo nada que obste o flagrante de adultério ser tratado como tal benesse para o acusado.

Em relação à figura do adultério em si, plenamente cabível a aceitação da violenta emoção quando este é de fato flagrante, não restando dúvidas sobre tal, bem como no caso de erro, por analogia à legítima defesa putativa, sendo nestes dois aspectos compreensível a atitude aos olhos comuns.

Em contrapartida, quando estamos diante de simples suspeitas de adultério, tende-se a ser aplicado a atenuante, e não a forma privilegiada do delito, pois o agente age sob influência de violenta emoção e não envolto pela mesma.

Temos também por superada a figura da legítima defesa putativa, esta sim capaz de absolver o acusado, pela reprovabilidade suprema dada ao adultério da mulher, uma concepção machista da qual os tribunais e doutrinadores já superaram, mesmo que durante anos presente nos meios jurídicos, restando tão somente a forma privilegiada do homicídio, ou qualificado-privilegiado se assim o demonstra.

Por fim, sendo o homicídio competência do Júri, em respeito ao princípio processual da defesa plena, para assegurar a defesa irrestrita do acusado, deve o mesmo valer-se dos meios que lhe cabem para esta, proporcionalmente adentrando no campo privado da vítima, proporcionalmente ao necessário para comprovar o adultério e sua consequente privilegiadora, e se esta é forte o suficiente para ensejar a violenta emoção ao agente.

Nesta linha de raciocínio, verificada as peculiaridades que envolvem o caso, aceito se tem o homicídio por privilegiado, quando se verifica o flagrante de adultério, vez que pode este tomar o agente por violenta emoção, vindo o mesmo a praticar o homicídio em lapso temporal imediato à injusta provocação da vítima, no intuito de ceifar a vida da vítima.



## 10 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 8. ed.ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Brasília: Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. Brasília: Planalto. Disponível em: Acesso em: 02 out. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 02 out. 2014.

**Novos Saberes, v. 1, n. 1 (2014)**  
BRUNO, Anibal. **Crimes contra a pessoa**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CAPEZ, Fernando. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRAGOSO, H C. **Lições de direito penal**. v. 1 Rio de Janeiro: forense, 1988.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

LYRA, Roberto. **Como julgar, como acusar, como defender**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Editora Millennium, 1999.

NETTO, José Oliveira. **dicionário jurídico**. Terminologia Jurídica e Latim Forense. 3ª ed. São Paulo: Editora EDIJUR/Leme, 2008.

OLIVEIRA, Jadiel João Batista de. **Código Penal Comentado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Especial. 8.ed. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial n. 1.517 – PR. Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: João Lopes. Órgão Julgador: T6 – Sexta Turma. Julgado em: 11 mar. 1991. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/597202/recurso-especial-resp-1517-pr-1989-0012160-0>>. Acesso em: 02 out. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus n. 76196 GO**. Relator: Maurício Corrêa. Paciente: Donatela Rebello de Sousa. Impetrante: Aristides Junqueira Alvarenga. Coator: Tribunal de Justiça do estado de Goiás. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em: 29. Set. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76487>>. Acesso em: 03 out. 2014.

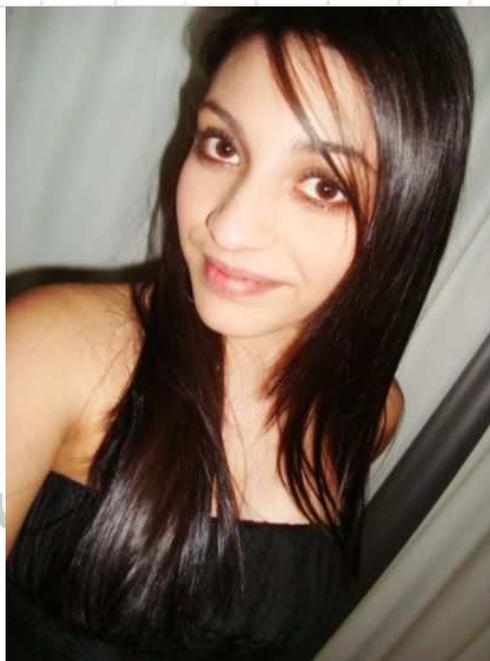
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL (TJDF). **Recurso em Sentido Estrito n. 20130111247772 DF**. Relator: João Batista Teixeira. Recorrente: J.W.D.S. Recorrido: D.L.S.D.S. Órgão Julgador: 03ª Turma Criminal. Julgado em: 31 jul. 2014. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-DF/attachments/TJ-DF\\_RSE\\_20130111247772\\_c7cca.pdf?Signature=zi6F6pW2T9FYTCi%2FfZPTZeeb9bk%3D&Expires=1413160276&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c0d7c2851d1dc0f691234b164fb3ce86](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-DF/attachments/TJ-DF_RSE_20130111247772_c7cca.pdf?Signature=zi6F6pW2T9FYTCi%2FfZPTZeeb9bk%3D&Expires=1413160276&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c0d7c2851d1dc0f691234b164fb3ce86)>. Acesso em: 03 out. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG). **Apelação Criminal : APR 10498110022510001 MG**. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos. Órgão Julgador: Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL. Julgado em: 04 abril. 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG\\_APR\\_10498110022510001\\_4cf3b.pdf?Signature=AkUP4xS6jZKPG5PSbUIhmXf8QMk%3D&Expires=1413161173&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=7f1eea3f18b8b11fafabd381ff17ad04](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_APR_10498110022510001_4cf3b.pdf?Signature=AkUP4xS6jZKPG5PSbUIhmXf8QMk%3D&Expires=1413161173&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=7f1eea3f18b8b11fafabd381ff17ad04)>. Acesso em: 05 out. 2014.

**Sobre os autores:**

**Andyara Batista Moreira**, nacionalidade brasileira, natural de Canoinhas - Estado de Santa Catarina, nascida na data de 18/01/1992, filha de Renate Ikier Moreira e Waldemiro Batista Moreira (In Memoriam), estudante do curso de Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina - Campus Jaraguá do Sul, estagiária na Delegacia de Polícia da Comarca de Jaraguá do Sul.

**Angelina Bonaldi Klöppel**, nascida no dia 14 de julho de 1987, filha de Cleusa Terezinha Bonaldi Klöppel e Gilberto Moraes Klöppel nasceu em Carazinho no RS, onde cursou o ensino médio, mas mudou-se para Jaraguá do Sul, SC aos 17 anos, onde atualmente reside e cursa Direito na Universidade Católica de Santa Catarina e Reside Em Jaraguá do Sul, SC. Trabalhou anos na área financeira, mudando para a área jurídica recentemente, onde tem se dedicado de forma evidente para absorver o máximo possível de conhecimento.



**Victor Emendörfer Neto** possui graduação em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e mestrado em Direito pela mesma Instituição (2008). Tem formação na área de Direito Internacional Público e Privado. Tem experiência na área de Direito Empresarial, especialmente em Direito Societário e Direito Penal Empresarial. Ocupou, de 2003 a 2011, o cargo de procurador da Junta Comercial do Estado de Santa Catarina. É professor da Católica/SC. Na mesma Instituição coordena o curso de pós-graduação (lato sensu) em Direito Empresarial. Exerce advocacia desde 2000.