

PREFÁCIO

O livro de Lucas Montenegro, que tenho a alegria de apresentar ao leitor, serve-se da curiosa figura do feminicídio, recentemente introduzida na legislação brasileira, para formular uma pergunta até agora pouco discutida na literatura nacional: a do por que das razões para a qualificação do homicídio. É da resposta a essa pergunta que depende o manejo refletido e, portanto, autocrítico, do dispositivo em questão, que, quando afirmado, autoriza a que se encarcere um concidadão por até 30 anos. A relevância prática da reflexão a que se propõe Montenegro é demonstrada pelos casos que ele apresenta ao início de seu livro, aos quais retorna ao final.

O problema é de difícil solução, e isso pelo menos por duas razões. A primeira delas diz respeito à própria natureza do homicídio doloso. Se tirar dolosamente a vida de um semelhante é, à primeira vista, o pior que se lhe pode fazer, por que o direito positivo prevê situações em que o ato de matar ganha especial gravidade? Há algo ainda pior do que matar? Há piores e melhores razões para matar? O direito positivo, que conhece um homicídio por motivos fúteis ou torpes, pressupõe uma resposta afirmativa a essa pergunta. Mas, além dessas duas situações, há uma série de outras a que o direito positivo se refere, inclusive a já mencionada situação do homicídio praticado contra mulher por razões relativas à condição de mulher (“razões de condição de sexo feminino”, na tão amadora quanto desorientada redação da lei vigente, art. 121, § 2.º, VI, CP). Há alguma ideia

reitora por trás dessa multiplicidade de situações que fazem de um mero homicídio, de um chamado “homicídio simples”, um homicídio especialmente grave, isto é, um homicídio qualificado?

A segunda dificuldade relaciona-se com a natureza dessas situações. Boa parte delas – e é dessa parte que cuida o presente livro – diz respeito à motivação do autor, às considerações que o moveram a tirar a vida de seu semelhante. Que existam melhores e piores motivos para matar – tomem-se, como exemplos, apenas a piedade de um lado, o racismo de outro –, parece inquestionável desde uma perspectiva moral. Mas pode essa diferenciação qualitativa entre motivos também ser levada em conta pelo Direito, que, segundo uma perspectiva liberal clássica, não se confunde com a moral, porque leva em conta apenas a delimitação das esferas externas de liberdade, desconsiderando o aspecto da motivação? Pode o Direito importar-se com a motivação do delinquente? Se sim, por quê?

O livro embarca, assim, na difícil e fascinante busca por essas razões que qualificam o homicídio, que tornam a motivação concreta do agente algo pelo que pode e deve interessar-se o Direito. Montenegro percorre a mais recente história dessas razões, que é exposta e discutida não apenas para satisfazer a curiosidade de um investigador que tem sincero interesse pela questão que o intriga, como também para construir seu próprio raciocínio. E é aqui, na formulação de uma própria e original resposta, que Montenegro dá a mais manifesta demonstração de suas raras qualidades, às quais já retornarei, quando me voltar à pessoa do autor do livro: Montenegro formula uma pequena teoria do ilícito da discriminação. A discriminação não existe como um ilícito autônomo, senão que é uma agressão ao direito que se move, por assim dizer, em um segundo nível, isto é, no nível da própria existência das relações jurídicas entre conviventes. Com o homicídio discriminatório, aquele que discrimina não agride somente a vida de outrem, mas a própria condição de sujeito de direitos.

Por fim, o autor retorna aos problemas com que abriu o livro, demonstrando que a teorização, por mais instigante e prazerosa que seja, nunca é fim em si mesma, mas tem de oferecer subsídios para a resolução dos problemas concretos com que a ciência do direito, enquanto ciência aplicada, se depara.

Muito escrevi sobre o livro, pouco sobre o autor. Não me preocuparei, aqui, com qualquer consideração de simetria; atribuo à riqueza de ideias do livro a minha incapacidade de ser mais sucinto a seu respeito.

Conheço Lucas Montenegro já há alguns anos e creio poder considerar-me seu amigo. Montenegro hoje escreve a sua tese de doutorado sobre o tema das emoções na imputabilidade penal, sob a minha orientação; posso gabar-me de ter nele meu primeiro doutorando, que está comigo desde minha chegada em Augsburg, em abril de 2015. Em abril de 2017, Montenegro tornou-se assistente científico do Prof. Dr. Joachim Renzikowski (de quem se publicou, também na presente coleção, um livro de estudos), na Universidade Martinho Lutero em Halle-Wittenberg.

Das muitas qualidades de Lucas Montenegro, gostaria de ressaltar apenas duas, que dele farão um dos mais destacados penalistas da nova geração. Da primeira faz prova o presente livro, que não se trata de uma tese escrita com a finalidade de obter uma titulação qualquer, e sim pelo sincero e desinteressado prazer da reflexão científica. Montenegro é, assim, uma das raras pessoas a quem podemos, sem hesitação, aplicar o termo de cientista, no mais verdadeiro sentido da palavra. E, como verdadeiro cientista, Montenegro não se deixa conter pelos limites tradicionais da reflexão dogmática, com o que chego à segunda qualidade: sua sede por conhecimento o conduz à filosofia do direito, em que ele transita com desenvoltura rara entre os penalistas da nova geração, não apenas brasileiros.

Enfim: o leitor tem em mãos a primeira obra de um jovem penalista de 28 anos, que, antes do que o imaginemos, alcançará uma posição de protagonismo entre os penalistas do Brasil e do mundo. Agradeço a meu amigo Lucas Montenegro por poder participar do primeiro capítulo dessa bela história que começa a escrever-se.

Prof. Dr. LUÍS GRECO

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal na Universidade Humboldt de Berlim.



SUMÁRIO

PREFÁCIO – LUÍS GRECO.....	11
INTRODUÇÃO.....	19
Apresentação.....	19
Roteiro da investigação.....	22
Tem sentido uma discussão dogmática sobre homicídio doloso no Brasil?	24
1. ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS.....	29
1.1 O feminicídio como categoria jurídico-penal	29
1.2 O feminicídio como qualificadora.....	36
1.3 O feminicídio em sua modalidade subjetiva: motivos ou fins?.....	39
2. DELIMITAÇÃO DOS PROBLEMAS E EXPOSIÇÃO DE CASOS.....	45
2.1 Formulação dos problemas	45
2.2 Exposição de casos.....	47
3. A DISCUSSÃO SOBRE OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA DISTINÇÃO ENTRE HOMICÍDIO SIMPLES E HOMICÍDIO QUALIFICADO	51
3.1 O formalismo: a premeditação e a desproporcionalidade entre meio e fim	51
3.1.1 A premeditação.....	51

3.1.2 A desproporcionalidade entre meio e fim.....	58
3.1.3 A insuficiência do formalismo.....	61
3.2 O princípio da reprovabilidade.....	68
3.2.1 A ideia de reprovação ético-social.....	69
3.2.2 A reprovação ético-social com base nos tipos criminosos: Roland Freisler	71
3.2.3 A reprovação ético-social segundo Eberhard Schmidhäuser	72
3.2.4 A reprovação baseada na violação de leis de liberdade: Michael Köhler e Brigitte Kelker	77
3.2.5 Crítica ao princípio de reprovabilidade ético-social...	81
3.3 O princípio da periculosidade	89
3.3.1 A periculosidade do agente: Franz von Liszt, Gunther Arzt.....	91
3.3.2 O problema da qualificação com base na periculosidade do agente	95
3.3.3 A periculosidade do ato: Albin Eser, Günter Heine ..	98
3.3.4 Periculosidade dos motivos e <i>plus</i> justificativo.....	102
3.3.5 Primeira conclusão parcial: inexistência do homicídio “neutro”	106
3.3.6 Ato como combinação de violações simultâneas ao direito?.....	109
4. A CRÍTICA LIBERAL À VALORAÇÃO DOS MOTIVOS..	113
4.1 A posição liberal e a formulação do argumento.....	114
4.1.1 Ações externas.....	117
4.1.2 A “moralização” do direito.....	119
4.1.3 Síntese do argumento	120
4.2 Reformulação do argumento	120
4.2.1 Correção da tese da exterioridade.....	122

SUMÁRIO	17
4.2.2 A neutralidade moral do direito.....	124
4.2.3 Síntese do argumento reformulado.....	126
4.3 Segunda conclusão parcial: resumo dos requisitos para uma justificação adequada	126
5. JUSTIFICAÇÃO PARA UMA QUALIFICADORA DE OR- DEM SUBJETIVA.....	129
5.1 Um dever liberal de reconhecimento	129
5.2 O conteúdo de ilícito da discriminação.....	134
5.3 O que é discriminação?.....	139
5.4 Satisfação dos requisitos	142
5.5 É possível um tipo penal de discriminação?	147
5.6 Discriminação e feminicídio	151
6. RESOLUÇÃO DOS CASOS.....	153
CONCLUSÃO: RESUMO DE TESES E RESPOSTA AOS PRO- BLEMAS FORMULADOS.....	157
BIBLIOGRAFIA	161