

**DESUMANIDADE DA CONDUTA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE NO SISTEMA ESPAÑOL: RESENHA DO LIBRO ‘EL ENSAÑAMIENTO’, DE MERCEDES ALONSO ÁLAMO**

INHUMANITY OF THE CONDUCT AS AN AGGRAVATING CIRCUMSTANCE IN THE SPANISH SYSTEM: REVIEW OF THE BOOK ‘EL ENSAÑAMIENTO’, BY MERCEDES ALONSO ÁLAMO

Amanda Bessoni Boudoux Salgado<sup>1</sup>

Víctor Gabriel Rodríguez<sup>2</sup>

**RESUMO**

As circunstâncias delitivas não têm recebido a atenção necessária da dogmática penal, especialmente as relacionadas aos estados anímicos. Dificuldades semânticas, diferenças hermenêuticas, multiculturalidade, complexidade psicológica e normatividade são apenas alguns dos obstáculos que o enfrentamento científico dessas circunstâncias impõe. O livro *El ensañamiento*, de Mercedes Alonso Álamo, para além da análise dessa circunstância específica do direito penal, ensina o método de abordagem dogmático das agravantes, na contemporaneidade.

**Palavras-Chave:** *Ensañamiento*, Mercedes Alonso, Circunstâncias Agravantes, Metodologia, Resenha.

**ABSTRACT**

Aggravating circumstances have not received the necessary attention from criminal law theory, especially those related to mood states. Semantic difficulties, hermeneutic differences, multiculturality, psychological complexity and normativity are just some of the obstacles that the scientific confrontation of these circumstances imposes. The book “El ensañamiento”, by Mercedes Alonso Álamo, besides the analysis of this specific circumstance of criminal law, teaches the method of dogmatic approach of the aggravating ones, in contemporaneity.

**Keywords:** *Ensañamiento*, Mercedes Alonso, Aggravating Circumstances, Spanish penal code, Method, Recension.

**SUMARIO**

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Penal pela FADUSP.

<sup>2</sup> Professor Livre-Docente de Direito Penal da FDRP/USP. Membro do Prolam/USP

1. Circunstâncias Agravantes, estados da mente e contemporaneidade
2. A obra ‘El ensañamiento’
3. Desumanidade, ação e caráter
4. ‘Ensañamiento’, injusto e culpabilidade
5. O injusto desumano
6. Comunicabilidade das circunstâncias
7. Propostas de alteração legislativa
8. Correspondência com o sistema brasileiro
9. Conclusão: aula de método

## 1. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES, ESTADOS DA MENTE E CONTEMPORANEIDADE

Como um elemento anímico pode agravar a pena de um delito? A pergunta parece trivial, porque pouco agrega de inovador: os sistemas penais trazem circunstâncias agravantes e, no caso brasileiro, qualificadoras do próprio tipo relacionadas ao estado de ânimo, de modo bastante sedimentado. Ademais, em tempos de normatização descontrolada e, mais, direcionamento da doutrina penal para a responsabilidade da pessoa jurídica, muito pouco sobra de atenção aos estados anímicos, sua descrição e seu na estrutura do delito.

É esse entretanto um dos temas mais complexos e voláteis do direito penal: como substantivos tão vagos como ‘crueldade’, ‘vingança’ ou uma locução como ‘modo desumano’ podem, com tanto conformismo no cotidiano forense, dobrar o quantum da pena a um delito de homicídio, quando sequer um dicionário consegue suficiente definição para um desses vocábulos? Mais que isso, como se pode descrever um estado de *mente*, de *Geist* no sentido anímico, com apenas um elemento linguístico, quando se sabe que muitos bons escritores podem levar centenas de páginas para tentar descrever um estado de alma com suas circunstâncias, ainda assim deixando à experiência do leitor completar as lacunas? Será que a menor consideração de nossa doutrina a essas condições demonstraria uma tendência da doutrina penal à elitização, já que os delitos mais influenciados por esse tipo de circunstâncias são aqueles típicos de classes mais baixas, ou ao menos afastados dos *White collars*?

Pois **Mercedes Alonso Álamo**, catedrática de Direito Penal da Universidade de Valladolid, na Espanha, é uma referência no estudo dessa mais que intrigante e desafiadora fração da dogmática: as circunstâncias do crime, especialmente as relacionadas aos estados psíquicos. Sua carreira segue consolidada no estudo da culpabilidade, das circunstâncias, da linguagem e da estrutura do injusto, desde sua grande obra inaugural sobre o tema, “El sistema de las circunstancias del delito”, de 1982, até trabalhos com temas emblemáticos

como “Sentimientos y Derecho Penal”<sup>3</sup>, ou “Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de voluntad”<sup>4</sup>, ou mesmo “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”<sup>5</sup>, tema que, contemporaneamente, tanto relaciona resultado e intenção.

A obra “**El ensañamiento**”<sup>6</sup>, lançada em 2015 pela editora granadina Comares, é um livro completo sobre o tema dessa específica circunstância, que aparece entre o injusto e a culpabilidade, assim como entre o objetivo e o subjetivo, que a autora ousa desvendar.

## 2. A OBRA ‘EL ENSAÑAMIENTO’

O livro “El ensañamiento”, de Mercedes Alonso Álamo, é rico em diversos sentidos. A catedrática de Direito Penal da Universidade de Valladolid, na Espanha, faz uma análise precisa sobre a peculiar circunstância presente no Código Penal espanhol denominada, no idioma original, de *ensañamiento*.

Nestas breves observações, optamos por não traduzir o termo. Isso porque, em primeiro lugar, qualquer tentativa de equiparação da característica a uma outra circunstância ou elemento normativo descrito em nossa legislação penal seria a técnica, e segundo porque a própria autora admite ser complexa a determinação de o que seja o *ensañamiento*, partindo essencialmente de critérios para delimitá-lo. Ainda assim, ao longo da obra o leitor é gradualmente familiarizado com a expressão e os diversos aspectos que a constituem, o que ao final torna possível uma construção conceitual mais sólida do instituto.

No Código Penal espanhol, o *ensañamiento* surge com diferentes roupagens: (1) é previsto como circunstância agravante genérica no art. 22. 5ª, nele definida como o ato de aumentar deliberada e desumanamente o sofrimento da vítima, causando-lhe padecimentos desnecessários para a execução do delito. É curioso que, no entanto, o dispositivo não empregue o vocábulo *ensañamiento*; (2) O art. 139.3ª utiliza a expressão para designar uma espécie de homicídio qualificado (*asesinato*) em razão do aumento deliberado e desumano da dor do ofendido, o que enseja a elevação dos patamares das penas mínima e máxima de dez a quinze anos (no homicídio simples) para prisão de quinze a vinte anos; (3) O diploma penal

<sup>3</sup> [Cuadernos de política criminal](#), ISSN 0210-4059, [Nº 106, 2012](#), págs. 35-96

<sup>4</sup> [Revista Penal](#), ISSN 1138-9168, [Nº 38, 2016](#), págs. 5-39

<sup>5</sup> [Cuadernos de política criminal](#), ISSN 0210-4059, [Nº 95, 2008](#), págs. 19-52

<sup>6</sup> Dados bibliográficos: ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *El ensañamiento*. Estudios de Derecho Penal y Criminología dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona. Editorial Comares: Granada, 2015.

espanhol traz o *ensañamiento* também como circunstância agravante facultativa nas lesões corporais, consoante o art. 148.2<sup>a</sup>; e, por fim (4) determina a aplicação de pena superior na presença do *ensañamiento* (ou outra circunstância prevista no art. 139) para os chamados delitos de lesa humanidade, nos termos do art. 607 bis 2.1<sup>o</sup>.

Talvez por reiterar-se no Código Penal espanhol, até mesmo sem referência expressa ao termo (caso da circunstância agravante do art. 22.5<sup>a</sup>), é que Mercedes Alonso Álamo considere o *ensañamiento* uma característica de definição imprecisa, mas com limites máximos. Ou seja, há certos critérios que devem ser obedecidos para a sua configuração, em qualquer uma de suas facetas. A vítima tem de estar viva; ser capaz de sentir dor; os ataques têm de recair sobre o sujeito passivo do delito em questão e devem ser desnecessários para a finalidade específica do agente, que é executar o delito.<sup>7</sup> Na ausência desses elementos, não há *ensañamiento*.

Logo na introdução, ao propor limites mais bem definidos para o instituto, a autora demonstra preocupação com a interpretação da circunstância, o que é justificável, sobretudo pela exigência da desumanidade para o *ensañamiento*, seja como agravante genérica, seja como “qualificadora” do homicídio. Ao que nos parece, a previsão do art. 139. 3<sup>a</sup> é a que mais se assemelha de algum modo às circunstâncias inseridas no Código Penal brasileiro, vez que, ao modificar o intervalo de pena aplicável para o homicídio, que passa a ser referido como *asesinato*, o *ensañamiento* lembra o “nosso” homicídio qualificado por emprego de meio cruel (art. 121, § 2<sup>o</sup>, inciso III, do Código Penal), que remete o aplicador da lei a situações que causam extremo e desnecessário sofrimento à vítima (“emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel”), ainda que tais exigências não constem no dispositivo legal pátrio.

O terceiro capítulo do livro de Alonso Álamo é particularmente interessante porque nos conduz à reflexão sobre o sistema de circunstâncias adotado por nosso código, em contraste com o Código Penal Espanhol. Assim, a obra não se restringe à análise literal dos termos utilizados pelo legislador espanhol.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>Nas palavras da autora: “No se puede determinar con precisión lo que el *ensañamiento* es, pero sí hay criterios para decidir lo que no es. La regulación legal establece unos límites que no se pueden sobrepasar: la víctima ha de estar viva, ha de ser capaz de sufrir o sentir dolor, los padecimientos innecesarios han de recaer sobre el sujeto pasivo (al que la ley se refiere como víctima y como ofendido) del delito que venga en consideración, la innecesariedad lo ha de ser ‘para la ejecución del delito’... Tales límites no pueden ser desbordados por vía interpretativa. Ni siquiera la interpretación teleológica que pretendiera adecuar la regulación a la justicia material podría llegar a tanto pues estaría traspasando la fina y delicada línea que separa la interpretación extensiva de la analogía prohibida” (p. 5).

<sup>8</sup> P. 20.

Segundo a sistematização da autora, são dois os modelos existentes: o primeiro seleciona circunstâncias vinculadas a delitos específicos, formando o que se poderia chamar de tipos agravados ou atenuados. Nesse padrão, não há enumeração genérica de circunstâncias, e sim uma seleção casuística de situações que adquirem significação penal em alguns delitos. Por outro lado, o segundo modelo costuma trazer um rol de circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas e, além disso, características especiais fundidas a determinados delitos. É o sistema adotado pelo Código Penal espanhol.

A autora observa, então, que o Código Penal brasileiro, que a nós interessa particularmente, carece de verdadeiras circunstâncias gerais, o que causa certa confusão porque, ao menos numa interpretação inicial, diríamos que a legislação brasileira também adota o segundo modelo descrito. O livro explica: muito embora o código brasileiro disponha uma lista de circunstâncias agravantes em seu art. 61, elas não passam de critérios para a aferição da pena, isto é, elementos para a determinação da pena pelo juiz dentro de um marco penal abstrato que sucede a análise das circunstâncias do art. 59. Ou seja, as circunstâncias agravantes genéricas do Código Penal brasileiro não modificam o delito, apenas orientam o magistrado na fixação da pena.

As agravantes de caráter genérico diferem das circunstâncias especiais de agravação segundo um critério valorativo. No entanto, um mesmo fato pode conter as duas valorações, isto é, pode configurar tanto uma circunstância geral como uma característica agravante específica. É exatamente o que ocorre no caso do *ensañamiento*, que surge no direito penal espanhol como objeto de valorações diferentes, vez que é previsto sob naturezas diversas que autorizam fenômenos típicos distintos entre si (em outras palavras, as consequências de cada uma de suas facetas são variáveis).

Buscando a aproximação do *ensañamiento* com outras previsões de legislações estrangeiras, o quarto capítulo aborda, dentre outros, a *sevicia* do Código Penal italiano. A partir de então, começam a ser delineados os elementos próprios da circunstância. Em todos os diplomas penais que de alguma forma agravam a atitude perversa, cruel, desumana que recai sobre outro indivíduo, há um ponto de contato que se resume em três elementos: um comportamento **objetivo** (forma de comissão) acompanhado de uma dimensão **subjetiva** (vontade de causar dor desnecessária) e de outra **valorativa**, referida à atitude interna (característica implacável do agente).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Pp. 29 e 38.

### 3. DESUMANIDADE, AÇÃO E CARÁTER

O quinto capítulo da obra dedica-se a elucidar a *ratio legis* da agravante. Esse é o estágio em que o leitor começa a indagar o que motiva a existência da circunstância, ou seja, qual a sua razão de ser. A ideia de consideração da perversidade para o agravamento da pena causa certa aversão, vez que pode parecer manifestação de um direito penal da atitude interna, carregado de referências à moral. Esse argumento é muito bem trabalhado por Mercedes Alonso Álamo, que, tangenciando a ampliação do alcance da norma que tal consideração poderia gerar, surpreende com a tese de que a presença do elemento valorativo, no *ensañamiento*, não amplia o marco da agravante, mas o restringe na medida em que exige a crueldade refletida no ato: a ação cruel deve ser expressão da crueldade, perversidade ou desumanidade do autor, independentemente da causa motivadora da atuação.<sup>10</sup>

A desumanidade é colocada pela autora como um comportamento pelo qual não se reconhece o próximo como humano (contradição aos valores humanos), e nela reside precisamente o fundamento da agravante. A razão de ser do *ensañamiento*, portanto, é essa mesma desumanidade que se manifesta em duas “caras”: a ação e a posição interna do sujeito diante do fato. Nota-se que há uma preocupação com afastar as críticas que veem a circunstância como uma manifestação do direito penal do autor ou da atitude interna, pela referência a traços de personalidade do agente, o que seria incabível sob a concepção de um direito penal que pretende sancionar fatos e não características individuais.

A propósito, Alonso Álamo demonstra ser também uma opositora desses vínculos com o direito penal da atitude interna. No entanto, conclui que não é esse o sentido da regulação do *ensañamiento* em sua dimensão subjetivo-valorativa. A aplicação da agravante exige uma ação objetiva na qual seja possível identificar a desumanidade do ator, isto é, a ação isoladamente considerada deve refletir a desumanidade do agente ao tempo do fato. Dessa forma, o elemento puramente objetivo é complementado por uma exigência valorativa que, ao invés de ampliar o alcance da norma, restringe legislativamente a aplicação da agravante.<sup>11</sup>

### 4. ‘ENSAÑAMIENTO’, INJUSTO E CULPABILIDADE

---

<sup>10</sup> Vale transcrever: “La crueldad se halla restringida o limitada jurídicamente por la exigencia de que concurra una acción cruel. La exigencia de que además esa acción cruel sea expresión de la crueldad del autor, lejos de ampliar, restringe o limita, el marco de la agravante y, por tanto, amplía la libertad social de acción. Pues la presencia de la agravante no se decide sólo por la concurrencia de un aumento innecesario del dolor o del sufrimiento sino que se requiere, además, como es intrínseco a la acción cruel, la crueldad del autor reflejada en el hecho” (p. 41).

<sup>11</sup> P. 60.

O sexto capítulo confere mais profundidade ao exame da circunstância, questionando se a natureza jurídica do *ensañamiento* consiste no incremento do injusto ou da culpabilidade. Trata-se da discussão doutrinária e jurisprudencial mais acirrada, que de certa forma pode se estender a qualquer circunstância prevista nos diplomas penais. Isso porque a natureza jurídica do instituto é que explica a sua capacidade de agravar a conduta. No que tange ao *ensañamiento*, a catedrática de Valladolid aponta que há um movimento jurisprudencial recente no sentido de que a circunstância provoca o incremento do injusto.

Vale ressaltar que essa referência, no entanto, dependerá sempre da concepção adotadas, para injusto e culpabilidade. O que a autora esclarece é que não há uma intervenção automática na culpabilidade simplesmente porque o *ensañamiento* se compõe de um elemento subjetivo e outro normativo subjetivo. Como visto, a circunstância não existe sem um elemento objetivo que é a particular maneira de agir. Ainda, recorda que o injusto se nutre igualmente de elementos subjetivos.

A possível referência ao injusto se traduz, para alguns, no maior desvalor do resultado (Mir Puig, Quintero Olivares, Dopico Gómez-Aller, Bustos Ramírez, HormazábalMalarée) e, para outros, no maior desvalor da ação (Gracia Martín, Cerezo Mir, Romeo Casabona). Há, ainda, posições no sentido de que o *ensañamiento* aumenta o conteúdo do injusto tanto no desvalor do resultado como no desvalor da ação (DíezRipollés). Como se nota, as posições doutrinárias não são uníssonas.

A tese de que a circunstância do *ensañamiento* afeta a culpabilidade já foi dominante no passado, mas atualmente passa por revisão. Segundo o entendimento de Mercedes Alonso Álamo, a característica de desumanidade exigida para a aplicação do *ensañamiento* é um elemento específico e “formal” da culpabilidade, que tem a função de restringir a agravação do injusto quando a ação delituosa é praticada com incremento desnecessário (para a execução do crime) da dor ou do sofrimento da vítima. Aqui, a autora expõe a concepção de que nem todos os elementos da “atitude interna” (*Gesinnung*) informam materialmente o sentido da culpabilidade, o que autoriza que determinados aspectos possam integrá-la em sentido puramente formal, ainda mais quando cumprem a função de restringir, por razões de culpabilidade, o injusto que agravam.<sup>12</sup> Uma vez mais, rejeita qualquer possibilidade de

---

<sup>12</sup> A distinção entre culpabilidade em sentido formal e culpabilidade em sentido material, aceita pela autora, refere-se a uma divergência de fundamento. A culpabilidade em sentido formal é composta por elementos atinentes à possibilidade de imposição de uma pena ao autor de fato típico e antijurídico, bem como ao conjunto de características que permitem que a pena seja determinada dentro de certos parâmetros abstratos fixados pela lei. A seu modo, a culpabilidade em sentido material é responsável por questionar e responder as razões da culpabilidade, ou seja, o fundamento da imputação pessoal. Na tomada de posição de Alonso Álamo, citando Torío López: “[...] partimos de una concepción material de la culpabilidad fundada en la espontaneidad del

aceitar o direito penal da atitude interna em sentido estrito, como forma de agravar a culpabilidade, mas reconhece que a atitude interna pode apresentar-se legislativamente vinculada a um acontecimento objetivo, externo, de modo a limitar o alcance desse fato.

É o que Mercedes compreende como “elemento impróprio” da atitude interna, que revela uma estrutura em parte fática, em parte valorativa, inaugurando um posicionamento até então não adotado em seus trabalhos anteriores com relação ao *ensañamiento*. E é assim que finalmente apresenta sua conclusão a respeito da intrincada questão da natureza jurídica do *ensañamiento*: defende que a circunstância possui uma dupla natureza, pertencendo em parte ao injusto e em parte à culpabilidade.

Mais ainda, no que se refere à afetação do injusto, há tanto um incremento do desvalor da ação quanto do desvalor do resultado. Isso porque, no primeiro caso, ocorre uma intensificação do perigo para o bem jurídico protegido pela norma penal e, no segundo, porque outros bens jurídicos também podem ser afetados.

## 5. O INJUSTO DESUMANO

As páginas seguintes do livro *El ensañamiento* são dedicadas ao detalhamento da tese central da autora, que é a consideração da exigência de desumanidade para o *ensañamiento* como elemento impróprio da atitude interna (ou seja, que não detém apenas a dimensão valorativa), o que indica uma função limitadora, por razões de culpabilidade, do injusto agravado pelo *ensañamiento*. Em outras palavras, a configuração da circunstância depende de uma ação cruel que reflita igualmente a crueldade do autor do delito, o que traduz uma manifestação especial da atitude interna do sujeito refletida no fato. A desumanidade é, em síntese, o elemento impróprio da culpabilidade que caracteriza o *ensañamiento*, referindo-se parcialmente ao injusto – em relação à ação desumana com o incremento deliberado da dor ou do sofrimento da vítima – e parcialmente à culpabilidade – no que tange à exigência de um modo de execução desumano. Ambos os aspectos devem ocorrer simultaneamente para que seja possível a agravação pelo *ensañamiento*.

O sétimo capítulo da obra dedica-se ao estudo da regulação espanhola do *ensañamiento*. Inicialmente, são apontados os elementos descritivos da circunstância. (I) Há um elemento descritivo de natureza objetiva consubstanciado no aumento da dor ou do

---

comportamiento humano (espontaneidad que ‘está en relación con el carácter, es decir, con el conjunto de disposiciones congénitas y adquiridas que confieren peculiaridad a la personalidad’ pero que ‘ante todo se halla en intercambio dialéctico permanente con el tipo de sociedad’) y que deberá ponerse a la luz de los conocimientos que proporcionan las neurociencias” (p. 89).

sofrimento da vítima **durante** a execução do delito, de modo a lhe causar sofrimentos desnecessários para o fim pretendido (a doutrina majoritária, defendida também por Mercedes Alonso Álamo, entende que esse sofrimento pode ser tanto físico quanto psíquico). A desnecessidade deve ser avaliada, segundo a autora, numa perspectiva objetiva e abstrata *ex ante*, isto é, avaliando-se objetivamente se os sofrimentos impostos à vítima ultrapassam o que geralmente se considera suficiente para a consumação do delito em questão.

Nesse momento, Mercedes enfrenta alguns questionamentos de interesse para a aplicação da circunstância, tal como a possibilidade de um *ensañamiento* por omissão. Conforme seu entendimento, não se exige que o aumento desnecessário da dor ou do sofrimento da vítima seja produzido por um comportamento ativo, abrindo possibilidade de comportamento negativo.

Por outro lado, **(II)** há também o elemento descritivo de natureza subjetiva, que é o dolo de *ensañamiento*, isto é, a exigência de que o sujeito tenha **deliberadamente** infligido sofrimentos à vítima ou produzido dor adicional (tal elemento remete à antecipação mental), o que não se confunde com o dolo do tipo penal configurado. Esse aspecto torna impossível, portanto, um *ensañamiento* culposo, isto é, em que objetivamente ocorre o elemento anterior (“aumento da dor ou do sofrimento da vítima causando-lhe sofrimentos desnecessários para a execução”), sem que o agente tenha previamente refletido e tomado a decisão de efetivá-lo.

Quanto à hipótese de *ensañamiento* com dolo eventual, a doutrina majoritariamente entende que a circunstância somente deve incidir quando o autor diretamente quis o aumento da dor da vítima, sem duvidar de que tal sofrimento desnecessário se produziria (dolo direto, portanto).

Em terceiro lugar, **(III)** tem-se o elemento normativo ou valorativo do *ensañamiento*, que se refere à desumanidade. Esse será o aspecto ao qual a autora mais dedica sua atenção durante toda a obra, o que não surpreende, pois é o elemento que fundamenta as críticas à circunstância no modo em que introduzida no Código Penal espanhol, dado seu caráter “valorativo” que pode dar abertura ao direito penal da atitude interna, o que Mercedes Alonso contorna com precisão dogmática.

Novamente, reitera que o *ensañamiento* é construído simultaneamente com as duas facetas da desumanidade: por um lado, a referência à ação cruel, desumana; e, por outro, a atitude interna do sujeito que age de modo contrário aos valores da humanidade. Não é possível a aplicação da agravante sem a coexistência de ambos os elementos, o que justifica, a propósito, a impossibilidade de apreciação da circunstância nas hipóteses em que o autor

imagina presente o aumento da dor ou do sofrimento, sem que na realidade isso ocorra (trata-se do que a autora chama de “erro inverso”).

Incabível, de modo análogo, a ideia de uma modalidade tentada de *ensañamiento*, pois a formulação legislativa exige a presença de uma unidade de elementos objetivos, subjetivos e normativos ocorrendo plenamente. É por isso que não se pode cogitar de *ensañamiento* quando, por exemplo, o sujeito golpeia brutalmente o cadáver (vítima de um assassinato de sua autoria) acreditando ainda estar vivo, por mais que demonstre desumanidade em sua atitude interna. Nessa hipótese não há, objetivamente, a ação cruel na qual se exige o aumento desnecessário da dor da vítima. Em suma, Mercedes Alonso Álamo acerta em sua posição ao não acatar graus intermediários de *ensañamiento*, embora tenha ganhado espaço a tese que propõe um concurso de delitos entre o tipo agravado pelo *ensañamiento* tentado e o tipo básico consumado, o que, a nosso ver, mais parece uma teratologia dogmática, vez que se puniria a intenção na ausência do fato correspondente.

## 6. COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS

A autora trata, ainda, da comunicabilidade da circunstância do *ensañamiento* no concurso de agentes. Genericamente, a questão é resolvida pelas regras do art. 65 do Código Penal espanhol, que se assemelham à do art. 30 do Código Penal brasileiro, segundo o qual “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. As balizas do art. 65 da legislação espanhola, nos itens 1 e 2, estabelecem que as circunstâncias agravantes ou atenuantes de natureza pessoal serão aplicadas somente àqueles que para elas concorreram (art. 65.1); e que as circunstâncias referentes à execução material do fato ou aos meios empregados para a sua realização somente poderão agravar ou atenuar a responsabilidade daqueles que delas tinham conhecimento no momento da ação ou de sua cooperação para o delito (art. 65.2).

Dada a natureza mista do *ensañamiento*, sua comunicabilidade a quem intervenha no fato está condicionada a que o partícipe saiba que a execução do delito ocorre aumentando deliberadamente o sofrimento da vítima, assumindo esse propósito de maneira dolosa, e que pessoalmente demonstre uma atitude interna desumana, de não reconhecimento do outro. É necessária, portanto, a concorrência de todos os elementos da circunstância relacionados acima em cada um dos agentes que agem em concurso.

A circunstância é, ainda, compatível com a imputabilidade reduzida (por exemplo, um transtorno mental incompleto), pois basta que no sujeito persista um resíduo de desumanidade. Indivíduos semi-imputáveis ainda podem agir, deliberadamente, de maneira cruel, o que autoriza a apreciação do *ensañamiento* quando essa ação se reflete na desumanidade (com consciência dessa característica). A autora não vê, nesse caso, contradição em se atenuar por razões de culpabilidade e agravar também por razões de culpabilidade. Isso porque o *ensañamiento*, ao mesmo tempo em que agrava o injusto, afeta também a culpabilidade.

Com relação à influência de estados passionais como a emoção, a cólera e a paixão, em geral parece haver uma incompatibilidade com o *ensañamiento*, visto que esses poderosos estímulos podem causar a realização do delito de forma irreflexiva, e, portanto, também não se satisfaz o requisito da deliberação para o *ensañamiento*. No entanto, Mercedes entende que é possível a apreciação da agravante na hipótese do ato que, começando como um comportamento impulsivo, transforma-se, ainda durante a execução, na deliberação de aumentar desumanamente o sofrimento da vítima. A possibilidade de ponderação conjunta da atenuante por influência de estados passionais e da agravante do *ensañamiento* somente se mostra (em tese) cabível em razão da dupla natureza jurídica da circunstância. Todavia, pensamos que o exemplo apontado não é facilmente identificável em virtude da interpretação da dilatação temporal da execução do delito (pode-se entender que, na situação descrita, haveria uma quebra do contexto temporal a partir do qual surgiria a deliberação de agir com *ensañamiento*, o que impediria a aplicação da atenuante de estados passionais).

## 7. PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

No último capítulo, a autora expõe suas propostas *de lege ferenda*, posicionando-se a respeito de algumas características da atual regulação do *ensañamiento*. Assevera que o sistema híbrido de circunstâncias gerais e especiais acolhido pelo Código Penal espanhol traz insegurança, o que se verifica nas possibilidades de *bis in idem*. Em seu juízo, melhor seria que se adotasse uma das seguintes soluções: ou se retira do elenco das circunstâncias gerais aquelas que se conectam a delitos específicos; ou se abandon'a completamente esse modelo passando à previsão exclusiva de circunstâncias gerais, sem correspondentes em tipos delitivos concretos agravados ou atenuados. Nesse sentido, Mercedes aponta a conveniência de se unificar as fórmulas do *ensañamiento* em sua previsão como agravante geral e no assassinato.

Ainda, parece incomodá-la a referência da legislação espanhola à “deliberação”, que, segundo a autora, não se identifica nem com a premeditação e sequer com o dolo. Como no direito comparado não há regulação semelhante, exigindo-se geralmente apenas o conhecimento e a vontade de aumentar a dor ou o sofrimento da vítima, Mercedes entende que melhor seria excluir a referência.

Por outro lado, e como já se depreende de suas observações anteriores, a presença da desumanidade como elemento do *ensañamiento* não é rechaçada pela autora, pois consiste em elemento impróprio da atitude interna (*Gesinnung*) que pertence à culpabilidade em sentido formal e não ultrapassa o direito penal do fato quando restringe o alcance da agravação do injusto.

A tese, como já tangenciado, pode provocar questionamentos acerca de infiltração de um direito penal da atitude interna. Todavia, o que o *ensañamiento* pretende não é simplesmente a criminalização da crueldade ou da desumanidade em geral, mas apenas daquela que se reflete numa ação externa consistente no incremento desnecessário do sofrimento ou dor da vítima, provocando um maior conteúdo de injusto.

O livro cumpre mais do que satisfatoriamente o propósito de investigar o fundamento, a natureza jurídica e a prescindibilidade do *ensañamiento* como circunstância genérica e/ou agravante conectada a delitos específicos. Demonstra que, diferentemente do que se poderia concluir numa primeira leitura, o elemento valorativo do *ensañamiento* serve ao propósito de restringir o alcance da agravante na medida em que funciona como um filtro normativo. Depreende-se, de sua tese, que as situações objetivamente cruéis, mas que não possuem uma correspondente desumanidade manifestada pelo autor não autorizam a aplicação da agravante. Exige-se o preenchimento concomitante de todos os elementos da circunstância (descritivo objetivo, descritivo subjetivo e normativo ou valorativo), de modo que, na ausência de qualquer um deles, mostra-se impossível a verificação da agravante.

## **8. CORRESPONDÊNCIA COM O SISTEMA BRASILEIRO**

A obra nos leva invariavelmente a questionar se o mesmo se aplica ao sistema de circunstâncias adotado pelo Código Penal brasileiro, considerando que este último também se utiliza de previsões genéricas e qualificadoras em crimes específicos, vedado, no entanto, o *bis in idem*. Com relação ao *ensañamiento*, vemos que é possível uma aproximação com a agravante genérica (art. 61, II, “d”) de emprego de meio cruel (veneno, fogo, explosivo, tortura) e com o homicídio qualificado por meio cruel (art. 121, § 2º, inciso III) previstos no

Código Penal brasileiro. No entanto, ao contrário do que se verifica na circunstância inserida no diploma espanhol, a qualificadora limita-se a descrever, objetivamente, um modo de execução do homicídio. Por isso é que é considerada, na antiga divisão doutrinária brasileira, circunstância puramente objetiva, que permite até mesmo a conjugação com a hipótese de homicídio “privilegiado” do § 1º do art. 121 (aquele cometido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, que autoriza a redução da pena de um sexto a um terço).

Veja-se que a exclusiva objetividade da qualificadora se torna questionável quando confrontada com a definição apresentada na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal em seu item 38, que descreve o meio “cruel” como aquele “que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade”. Muito semelhante, portanto, à construção legislativa investigada por Mercedes Alonso Álamo.

Em comparação com o *ensañamiento*, admitindo-se sua natureza mista que utiliza um elemento impróprio da atitude interna como forma de restringir a agravação do injusto, o homicídio qualificado por meio cruel mostra-se circunstância muito mais ampla, que não se limita pela necessidade de que a desumanidade se reflita no fato. Aplica-se, evidentemente, a um conjunto muito maior de situações do que o *ensañamiento*, autorizando a elevação da pena independentemente de um aspecto normativo-valorativo. Por consequência, parece-nos que a insegurança gerada pela circunstância prevista no Código Penal brasileiro chega a extrapolar a insegurança gerada pelo elemento da *Gesinnung* exigido no *ensañamiento*, pois se aplica indistintamente ante a verificação objetiva do meio cruel de execução. Por outro lado, na interpretação do *ensañamiento*, nem todas as ações objetivamente cruéis atraem a sua aplicação.

Tal é o mérito de Mercedes em sua minuciosa investigação sobre a agravante: a demonstração de que, a despeito das críticas que podem ser dirigidas à referência à desumanidade, o *ensañamiento* parece cumprir a sua função de restringir o âmbito do injusto agravado, o que o torna ao menos político-criminalmente aceitável.

## 9. CONCLUSÃO: AULA DE MÉTODO

O texto de Mercedes Alonso é uma continuidade, certamente, da precisão teórica com que aborda a dogmática das circunstâncias do delito. Questão quase abandonada por nossa dogmática, que entende suficiente a reflexão existente até o momento, sem dar-se conta das

imprecisões descritivas da lei, a alteração do significado das palavras, o câmbio moral intenso, as disparidades hermenêuticas nos ambientes culturais<sup>13</sup>. Prova maior dessa equivocidade e necessidade de reflexão a respeito é o própria versão que aqui fazemos: embora os sentimentos humanos sejam universais, a palavra *ensañamiento* não encontra tradução, sequer para um idioma tão próximo do original castelhano, como o português. Definições como essa revelam um mundo semântico que nossa dogmática ainda deve elucidar, com efeitos práticos imediatos. O livro de Mercedes Alonso Álamo é, para além da especificidade do instituto do *ensañamiento* em si mesmo, uma brilhante aula de método de abordagem dessas circunstâncias.

Submissão: 29.08.2018

Aprovação: 13.12.2018

---

<sup>13</sup> Merece, nesse sentido, a leitura de outro texto da autora, “[Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural: lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal](#)” ([Revista General de Derecho Penal](#), ISSN-e 1698-1189, N.º. 18, 2012), que entretanto teria de ser objeto reflexãoem apartado.