

INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO DE BRASÍLIA (IDP)
Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal

JOANA D'ARC AMARAL BORTONE

HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO:

Uma análise geral do contexto jurídico sobre a aplicação concomitante das circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras ao crime de homicídio.

Trabalho de conclusão de curso com vistas à obtenção de título de pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília-DF

2016

JOANA D'ARC AMARAL BORTONE

HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO:

Uma análise geral do contexto jurídico sobre a aplicação concomitante das circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras ao crime de homicídio.

Trabalho de conclusão de curso com vistas à obtenção de título de pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em __/__/____, com menção ____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Brasília-DF

2016

RESUMO

O presente trabalho trata de um estudo aprofundado sobre o crime de homicídio, suas circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras, bem como sua incidência concomitante. É sabido que tais circunstâncias são levadas em conta, no caso concreto para julgamento do réu, determinando a dosagem das penas respectivas. Por esse motivo, sua correta aplicação é imprescindível para o alcance da justiça no caso concreto. Contudo, em alguns casos, é inviável a aplicação isolada de apenas um tipo de circunstância. Isso ocorre quando o sujeito comete o crime sob determinadas condições que qualificam a atitude, mas, ao mesmo tempo, sua conduta está acobertada por situação que o privilegia na aplicação da pena. Casos como esse são o cerne do presente trabalho que preceitua a necessidade do crime de homicídio em todos seus aspectos. Busca-se atingir os objetivos do presente trabalho através de estudos e pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, se valendo de todos os meios de pesquisa disponíveis.

PALAVRAS-CHAVE: homicídio; qualificado; privilegiado; possibilidade; pena.

ABSTRACT

This study is an in-depth study on the crime of murder, his qualifying circumstances and privilegiadoras and its concomitant incidence. It is known that such circumstances are taken into account in the present case to the defendant's trial, determining the dosage of their respective sentences. Therefore, their correct application is essential to the achievement of justice in this case. However, in some cases, the isolated application of only one type of circumstance is infeasible. This occurs when the individual commits the crime under certain conditions that qualify the attitude, but at the same time, his conduct is covered by an situation that favors the application of the penalty. Cases like this are at the heart of this work, which state the need of murder in all its aspects. Seeks to achieve the objectives of this work through studies and bibliographic and jurisprudential research, taking advantage of all search means.

KEYWORDS: murder; qualified; privileged; possibility; feather.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I – CRIME DE HOMICÍDIO E SEUS ASPECTOS GERAIS.....	8
I.I – Figuras típicas do Homicídio.....	13
I.II – Homicídio Privilegiado.....	14
I.III – Homicídio Qualificado.....	16
CAPÍTULO II – ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO.....	27
CAPÍTULO III – NATUREZA HEDIONDA DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO.....	35
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	46

INTRODUÇÃO

Quando um conflito está instalado, muitas vezes, ele decorre de dúvida quanto à ocorrência ou não de uma hipótese prevista nas normas jurídicas, as chamadas questões de fato. Todavia, o conflito também pode estar no significado jurídico desses fatos ou das próprias normas jurídicas, ou seja, nas denominadas questões de direito. Ambas as situações podem surgir em suas formas puras ou mescladas.¹

Considerando que nem sempre a existência de norma jurídica é suficiente para solução da controvérsia punitiva, decorrente do Poder do Estado, imperiosa se faz no direito penal a interpretação das normas existentes, tendo em vista a infinita gama de possibilidade relacionada a cada tipo penal.

No caso do homicídio, tipo penal objeto do presente trabalho, causa bastante polêmica por se tratar, talvez, do tipo penal popularmente mais conhecido. O tipo do homicídio, respeitada sua disposição topográfica no código penal, integra o hall dos crimes contra a vida, podendo se apresentar nas modalidades simples, privilegiada e qualificada, nos termos do artigo 212, do Código Penal.

O homicídio qualificado-privilegiado, hipótese do crime de homicídio onde incidem concomitantemente circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras, foi por muito tempo motivo de divergência na doutrina e na jurisprudência, em razão de sua compatibilidade ou não com o ordenamento jurídico vigente, bem como as regras de direito penal.

Delimita-se o problema na possibilidade ou não de combinação dos elementos objetivos e subjetivos do tipo homicídio, para criação de terceira modalidade, conhecida como homicídio qualificado-privilegiado.

Inicialmente, muito se discutia na doutrina sobre a possibilidade de combinação das circunstâncias objetivas e subjetivas do tipo penal, uma vez que essa hipótese nunca havia sido ventilada pelos Tribunais.

Ante a divergência de opiniões, necessário se faz a investigação da possibilidade de combinação das circunstâncias privilegiadoras e qualificadoras do

¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p.5.

crime de homicídio, uma vez que essa possibilidade permite ao julgador, no momento da dosimetria da pena, o fazer de forma mais justa e adequada ao caso concreto, considerando, se possível, não só os fatos que tornaram o crime mais repressivo, mas também aquelas que mitigam sua reprovabilidade.

Em razão da ausência de previsão legal, este breve estudo visa esclarecer conceitos e características do crime de homicídio, seja qualificado ou privilegiado, bem como a possibilidade de combinação dessas circunstâncias, com vistas à aplicação desse entendimento, como tem admitido os tribunais superiores.

O estudo será feito mediante análise e interpretação do material de pesquisa colacionado, envolvendo doutrina e jurisprudência sobre o tema, para reflexão crítica dos resultados obtidos. A técnica de pesquisa utilizada será imperativa, através de descrição e exploração do material disponível.

Mediante esse trabalho, visa-se ao esclarecimento dos conceitos e características de crime de homicídio qualificado e crime de homicídio privilegiado, bem como à investigação da possibilidade fática de, em um mesmo crime de homicídio, haver a combinação de circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras.

Tais considerações, quando percebidas na jurisprudência, tornam clara a tendência dos Tribunais em acompanharem o desenvolvimento da ciência do direito pelos estudos doutrinários, extrapolando as previsões legais apenas, uma vez que elas, devido à natureza mutável do ser humano, são ineficientes para suprir todas as indagações que surgem no âmbito do judiciário.

CAPÍTULO I - CRIME DE HOMICÍDIO E SEUS ASPECTOS GERAIS

O homicídio, localizado no Título I, Capítulo I, da parte especial do código penal, que dispõe dos crimes contra a vida, tutela o bem maior que se busca proteger através do direito penal. Por tal motivo, a prática do tipo penal disposto no art. 121, CP, é amplamente reprovada pelo ordenamento jurídico.

Nas palavras de Hungria:

É o crime por excelência. É o padrão de delinqüência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primeiras, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada².

Dentre os bens jurídicos de que o indivíduo é titular e para cuja proteção a ordem jurídica vai ao extremo de utilizar a própria repressão penal, a vida se destaca como o mais valioso deles. A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem como condição primeira a vida, que, mais que um direito, é a condição básica de todo direito individual, porque sem ela não há personalidade, e sem esta não há que se cogitar de direito individual.

Importante destacar que tal fato típico busca proteger a vida extra-uterina, já que para a vida intra-uterina existem tipos legais específicos. A determinação dessa tutela tem origem constitucional, no caput do art. 5º, o qual prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, dispondo em seguida, em seus incisos, as garantias e direitos fundamentais, que embarcam o direito a vida.

O homicídio, punido desde a época dos direitos mais antigos, era definido por Carrara como sendo a destituição do homem injustamente cometida por outro homem, por Carmignani como a ocasião violenta de um homem injustamente praticada por outro homem e por Antolisei como a morte de um homem ocasionada

² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. V 5. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 23.

por outro homem com um comportamento doloso ou culposo e sem concurso de causa de justificação.³

Alguns conceitos antigos incluem na definição de injustiça e violência. Entretanto, a justiça do comportamento do sujeito não integra o tipo penal pertencendo ao segundo requisito do crime, à antijuridicidade. Segundo Damásio, não possuindo o tipo de homicídio qualquer natureza normativa, referente à ilicitude do comportamento, não devemos incluir no conceito de crime a antijuridicidade. Violência também não faz parte do seu conceito, uma vez que é perfeitamente possível ao sujeito causar a morte da vítima sem emprego de força bruta, como nos casos previsto em lei.

O Código Penal Brasileiro de 1890 adotou a terminologia homicídio para definir o crime de matar alguém, não seguindo orientação da maioria dos diplomas legais que, não raro, preferiam classificá-lo em assassinato, quando, por alguma razão, apresentasse maior gravidade, e homicídio, para a modalidade comum.

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. A importância do bem vida justifica a preocupação do legislador brasileiro, que não se limitou a protegê-la com a tipificação do homicídio, em graus diversos, mas lhe reservou outras figuras delituosas, como o aborto, o suicídio e o infanticídio, que, apesar de serem figuras autônomas, não passam de extensões ou particularidades daquela figura central, que pune a supressão da vida de alguém.⁴

O sujeito ativo no crime de homicídio pode ser qualquer pessoa, pois, em se falando de crime comum, não requer nenhuma condição peculiar. O sujeito ativo pode agir só, ou associado a outrem. Pode praticá-lo por diversos meios e das formas mais variadas, por uma imensurável pluralidade de razões.

O sujeito passivo é qualquer ser humano nascido com vida. Surge então a dúvida de quando começa a vida. Hoje pacificada pela doutrina a idéia de que a vida

³ MIRABETE, Julio Fabrini. *Código penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Editora. Atlas, 2000. p. 61.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 51.

começa com o início do parto, com o rompimento do saco amniótico, sendo indiferente a capacidade de viver, sendo suficiente a vida biológica, que pode ser representada pela existência do mínimo de atividades funcionais de que o feto já dispõe antes de vir a dar a luz, e das quais é o mais evidente atestado a circulação sanguínea.⁵

Para o nosso Código Penal, a eliminação do feto durante o parto já caracteriza o homicídio, mesmo que ainda não se tenha constatado a possibilidade de vida extra-uterina.

Destaca-se ainda que não se admite como sujeito ativo do homicídio a própria vítima, uma vez que não é crime matar a si próprio. Essa conduta, isoladamente, constitui um indiferente penal. Típica é a conduta de matar alguém, isto é, terceira pessoa.

Quanto à materialidade do homicídio, o senso comum não desconhece que se pode falar em homicídio se não existir cadáver, acautelando quando a prova do homicídio não obedecer estritamente os termos legais, sob pena de incorrer em erro, como no conhecido caso dos “Irmãos Naves”.

No entanto, a ausência de cadáver, por si só, não é fundamento para negar a existência do delito, pois o ordenamento jurídico admite outros meios de prova que podem levar à convicção segura da existência da morte de alguém. Não se pode ignorar que o homicídio é um crime material e, por conseguinte, o resultado integra o próprio tipo penal, resultando na forma tentada quando da ausência do resultado.

A morte, que é o resultado pretendido pelo agente, abrange o dolo, logo integra o próprio tipo penal. Ademais, dentro dos crimes materiais, classificam-se entre aqueles que, na linguagem do Código Processual Penal, deixam vestígios. Para esses crimes o próprio diploma legal exige que sua materialidade seja comprovada por meio do auto de exame de corpo e delito, prevendo ainda

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 54.

possibilidade do exame indireto, através da prova testemunhal, quando não for possível realizar o referido exame.⁶

No que se refere ao elemento subjetivo do tipo, é por meio da análise do *animus agendi* que se consegue identificar e qualificar a atividade comportamental do agente. Somente conhecendo e identificando a intenção, entendidas como vontade e consciência, se poderá classificar um comportamento como típico. Estamos falando do dolo, elemento subjetivo que compõe o tipo penal do homicídio, se apresentando nas modalidades direta e eventual.

Na expressão de Welzel, “dolo em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito”.⁷ No caso do homicídio, resume-se na vontade de matar alguém. Trata-se de dolo de dano e não de perigo, uma vez que a subjetividade típica exige que o sujeito ativo tenha a intenção de realmente produzir o dano no bem jurídico tutelado. Por esta definição, contamos que o dolo é constituído de dois elementos, sendo um cognitivo, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica, e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. O conhecimento é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele. A consciência deve ser atual e efetiva. Concluindo de forma objetiva, o dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto.⁸

É perfeitamente admissível o delito de homicídio por omissão. Para que se configure o homicídio como delito omissivo impróprio, ou comissivo por omissão, exige-se a presença de situação típica, consubstanciada na produção iminente de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido, da não realização da ação dirigida a evitar o resultado, da capacidade concreta de ação, da posição de garantidor do bem e da identidade entre a omissão e a ação. Pode ainda se

⁶ Art. 158 e 159 do Código de Processo Penal.

⁷ HANS, Welzel. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago. 1970. p. 95.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 63.

consumar na forma omissiva por culpa, quando da inobservância do cuidado devido que se verifica em razão da omissão do agente.⁹

Admite-se ainda a tentativa, quando iniciada a execução do delito, o resultado morte não sobrevém por circunstâncias alheias à vontade do agente. A tentativa só é punível a partir do momento em que a ação penetra na fase de execução. Só então se pode precisar a direção do atuar voluntário do agente no sentido de determinar o tipo penal. As teorias subjetiva e objetiva procuram explicar as razões da punibilidade da tentativa, que não deixa de ser um crime frustrado, sob o aspecto subjetivo.

Para a teoria subjetiva, a punibilidade da tentativa fundamenta-se na vontade do autor, que é contrária ao direito. Para essa teoria o elemento moral é decisivo, porque esta é completa, perfeita. Imperfeito é o delito sob o aspecto objetivo, pois não chega a se consumar. Por isso, segundo essa teoria, a pena da tentativa deve ser a mesma do crime consumado, pois, desde que a vontade criminosa manifeste-se nos atos de execução do fato punível, a punibilidade estará justificada. Para a teoria objetiva, a punibilidade da tentativa se fundamenta no perigo a que é exposto o bem jurídico, e a repressão se justifica desde que seja iniciada a execução do crime. Como a lesão é menor ou não ocorre qualquer resultado lesivo ou perigo de dano, o fato cometido pelo agente deve ser punido menos severamente, pois é o perigo efetivo que representa diretamente para o bem jurídico tutelado que torna a tentativa punível. Não se equipara o dano ou perigo ocorrido na tentativa com o que resultaria do crime consumado. Essa é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro.¹⁰

Na classificação de Cezar Roberto Bitencourt, o homicídio poder ser classificado como crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa independente de condição ou qualidade especial; crime material, pois somente se consuma com a ocorrência do resultado, que é uma exigência do tipo; simples, na medida que protege somente um bem jurídico, ao contrário do crime complexo;

⁹ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol 2: parte especial. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 69.

crime de dano, pois o elemento subjetivo orientador da conduta visa ofender o bem jurídico tutelado e não simplesmente colocá-lo em perigo; instantâneo, pois se esgota com a ocorrência do resultado.

I.I - FIGURAS TÍPICAS DO HOMICÍDIO

O ato de matar alguém pode ser praticado pelos mais diversos meios e das mais distintas formas ou modos e pelos mais diversos motivos. Tamaña diversidade foi a causa determinante que levou o Código Penal a prescrever três espécies de homicídio doloso: simples, privilegiado e qualificado.

Por exclusão, o homicídio simples, também conhecido como soldado de reserva, restará configurado quando não se adequar a qualquer das hipóteses de homicídio privilegiado ou qualificado, designado no caput do dispositivo legal em estudo.

O homicídio será privilegiado quando sua execução se fundar em relevante motivação social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, condutas estas descritas no §1º do art. 212, CP.

Por fim, o homicídio será qualificado quando ocorrer uma das circunstâncias contidas no §2º. Algumas dessas qualificadoras se referem aos motivos, outras ao modo de ação ou natureza dos meios empregados, mas todas se caracterizam por resultar maior periculosidade ou perversidade do sujeito ativo. Em síntese, trata-se de homicídio qualificado: se é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

O homicídio ainda pode ser classificado como doloso, culposo e preterdoloso, parágrafos 1º, 2º e 3º, respectivamente. Esta última modalidade é denominada pelo Código Penal como lesões corporais seguida de morte, razão pela qual não abordaremos com maior especificidade o tema no presente estudo. O homicídio

culposo pode ser ainda simples (§3º) ou majorado (§4º - primeira parte), o que não se confunde com qualificado.

I.II - HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

O §1º do art. 121 do Código Penal cuida do chamado homicídio privilegiado. Na verdade, trata-se de uma causa especial de diminuição de pena, aplicada às hipóteses nela previstas.

O mencionado parágrafo cuida de duas situações distintas. Na primeira parte, será aplicada quando o agente cometer o crime impelido por motivo de relevante valor moral ou social. Na segunda parte, já não se tem que perquirir a relevância social ou moral que motivou o agente a atuar, causando a morte da vítima. Numa situação distinta da primeira hipótese, age sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.¹¹

Como se percebe, para que se possa erigir em favor do agente a diminuição de pena relativa ao motivo de relevante valor social ou moral, não há necessidade que tenha sido injustamente provocado pela vítima.

Na qualidade de causa de diminuição de pena, não se trata de faculdade ser aplicada, mas sim direito público subjetivo do agente em ver diminuída sua pena, quando seu comportamento se amoldar a qualquer uma das duas situações elencadas pelo parágrafo.

Como se depreende da leitura da primeira parte do §1º do art. 121, CP, inicialmente, o motivo que impeliu o agente a praticar o homicídio deve ser relevante. O primeiro raciocínio a ser feito, portanto, diz respeito a comprovação da relevância. Caso não se denote suma importância, coletiva ou individual, mesmo que tenha valor social ou moral, não poderá servir como causa de diminuição de pena.

¹¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, Volume II. 8 ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011. p. 144.

Relevante valor social é aquele motivo que atende aos interesses da coletividade. Não interessa tão somente ao agente, mas, sim, ao corpo social. Relevante valor moral é aquele que, embora importante, é considerado levando-se em conta os interesses do agente. Segundo Rogério Greco, seria um motivo egoisticamente considerado.¹² Não será qualquer motivo social ou moral que terá o condão de privilegiar o homicídio. É necessário que seja considerável, há de ser notável e digno de apreço.

Merece ressaltar que, em ambas as hipóteses, a diminuição deve ser aplicada em decorrência de menor juízo de censura que recai sobre a conduta do agente que atua amparado por uma dessas motivações.

A segunda parte do §1º, também determina a redução da pena quando o agente atua sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Trata-se de modalidade emocional. Convém destacar que o Código Penal, em seu art. 28, I, declara que a emoção não exclui a responsabilidade penal, embora aqui lhe atribua a condição de privilegiar o crime de homicídio.

Para Hungria, emoção é um “estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação de efetividade a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações peculiares das funções da vida orgânica”.¹³

Emoção e paixão praticamente se confundem, muito embora haja pequena diferença entre ambas, e esta se origine daquela. A emoção é uma descarga emocional passageira, efêmera, enquanto a paixão é o estado crônico da emoção, que se alonga no tempo, representando um estado contínuo e duradouro de perturbação efetiva.¹⁴

¹² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, Volume II. 8 ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011. p. 145.

¹³ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Volume V. p. 131.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 78.

Contudo, como já antecipado, no nosso Direito positivo, emoção e paixão não eliminam a censurabilidade da conduta, embora possam diminuí-la com a correspondente diminuição de pena, satisfeitos os requisitos legais.

Com efeito, além da violência emocional, é fundamental que a provocação tenha partido da própria vítima e seja injusta, o que não significa, necessariamente, antijurídica, mas quer dizer não justificada, não permitida ou autorizada por lei, resultando em ilícito. A injusta provocação da vítima deve ser tal que justifique, de acordo com o consenso geral, a repulsa do agente, a sua indignação. Essa repulsa não se confunde com a legítima defesa, uma vez que provocação não se confunde com agressão. Se a ação que constitui a provocação for legítima, e, nesse caso, cabe ao sujeito ativo submeter-se a ela, não se pode falar em privilegiadora, ou causa de diminuição de pena, por faltar um requisito ou elemento indispensável, que é a injusta provocação.

Assim, comprovado que o agente atuou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, nos termos da lei, deverá o juiz deverá reduzir a pena de um sexto a um terço, percentual que variará de acordo com a maior ou menor intensidade da situação em que estava envolvido, direito subjetivo do autor da infração penal ver aplicada a minorante. Reconhecida a causa de diminuição de pena pelo Tribunal do Júri, não poderia o julgador na qualidade de aplicador da pena, deixar de aplicá-la na terceira fase de dosimetria, prevista no art. 68 do Código Penal.¹⁵ A discricionariedade que tem o juiz limita-se ao *quantum* de redução, e é exatamente a isso que a expressão “pode” se refere. A variação entre os limites de 1/6 a 1/3 será fixada de forma discricionária pelo juiz.

I.III - HOMICÍDIO QUALIFICADO

O homicídio qualificado é definido como crime hediondo, nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90, com redação determinada na Lei 8.930/94.

¹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, Volume II. 8 ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011. p. 150.

As circunstâncias que qualificam o homicídio são mais complexas do que aquelas que privilegiam. Dividem-se em: a) motivos (paga, promessa de recompensa ou motivo fútil ou torpe); b) meios (veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio que possa resultar perigo comum); c) modo (traição, emboscada, mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima); d) fins (para assegurar execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime).

É importante frisar que o §2º do art. 121 do Código Penal prevê uma modalidade de tipo derivado qualificado. Isso significa que todas as qualificadoras devem ser consideradas como circunstâncias, e não como elementares do tipo.¹⁶

Essa definição é fundamental para o cerne da questão objeto do presente estudo, uma vez que a distinção entre as circunstâncias objetivas e subjetivas deve ser observada para fins do art. 30, do Código Penal, no caso do concurso de agentes, que dispõe sobre a comunicação das elementares do crime.¹⁷

Circunstâncias são elementos acidentais que, agregados ao crime, tem função de aumentar ou diminuir a pena. Não interferem na qualidade do crime, mas afetam sua gravidade.¹⁸

As circunstâncias podem ser objetivas (materiais ou reais) e subjetivas (ou pessoais). Circunstâncias objetivas são as que se relacionam com os meios e modos da realização do crime, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidade das vítimas. Circunstâncias subjetivas, de caráter pessoal, são as que só dizem respeito à pessoa do participante, sem qualquer relação com a materialidade do delito, como os motivos determinantes de suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes.

As qualificadoras de cunho objetivo estão previstas nos incisos III e IV, art. 121, §2º do Código Penal.

¹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, Volume II. 8 ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011. p. 150.

¹⁷ “Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

¹⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v 2. 22 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1999. p. 60.

Observando-se que a participação de cada concorrente adere à conduta e não à pessoa dos outros participantes, devemos estabelecer que, quanto as circunstâncias do homicídio, aplicáveis à coautoria, não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, ou de natureza subjetiva, bem como não serão levadas em consideração no fato do partícipe as de natureza objetiva, quando não adentraram sua esfera de conhecimento.

Os motivos que fundamentam a prática do crime de homicídio qualificado podem ser imorais e anti-sociais. O Código Penal agrupou nos incisos I e II do §2º do art. 121 e são eles: mediante paga ou promessa de recompensa, motivo torpe e motivo fútil.

O homicídio mediante paga ou promessa de recompensa é um crime mercenário. Trata-se de uma das modalidades de torpeza na execução de homicídio. Na paga o agente recebe previamente a recompensa pelo crime, o que não ocorre na promessa de recompensa, em que há somente expectativa de paga, cuja efetivação está condicionada à prática do crime de homicídio. Não é necessário que a recompensa ou a sua promessa seja em dinheiro, podendo se revestir de qualquer vantagem para o agente, de natureza patrimonial ou pessoal. Respondem pelo crime qualificado o que praticou a conduta e o que pagou ou prometeu pagar a recompensa.¹⁹

É desnecessário que o agente receba a recompensa para qualificar o homicídio, sendo suficiente que tenha havido a sua promessa. Com muito mais razão, haverá a qualificadora se o agente receber parte dela. É indiferente que tenha havido a fixação prévia do valor, natureza ou espécie da recompensa, pois poderá ser determinado após a execução do crime ou até mesmo fixado pelo próprio agente. No entanto, não se pode afastar a natureza econômica da recompensa, que é o fundamento que move o autor imediato a praticar o crime. Na verdade, a qualificação do crime de homicídio mercenário se justifica pela ausência de razões pessoais para a prática do crime, cujo pagamento configura torpeza.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 84.

A maior reprovabilidade do crime mercenário, segundo Cezar Roberto Bittencourt, repousa na venalidade do agente, uma vez que os mandados gratuitos não qualificam o crime, tampouco eventuais benefícios concedidos, com relação aos quais não haja acordo prévio.²⁰

Trata-se, nessa modalidade, de crime bilateral ou de concurso necessário, no qual é indispensável a participação de, no mínimo, duas pessoas: quem paga para o crime ser cometido e quem o executa pela paga ou recompensa.

Torpe é o motivo que atinge o sentimento ético social da coletividade, é o conhecido motivo repugnante, vil, indigno, que repugna à consciência média. O motivo não pode ser ao mesmo tempo torpe e fútil. A torpeza afasta naturalmente a futilidade, impossibilitando a coexistência. A qualificadora do homicídio para ser admitida na pronúncia, exige a presença de indícios, e sobre eles se manifesta o magistrado.²¹

A vingança, por exemplo, nem sempre conduz ao motivo torpe, pois a torpeza do motivo está exatamente na causa da sua existência. Os fundamentos que alimentam o sentimento de vingança, que não é protegido pelo direito, podem ser nobres, relevantes, éticos e morais. Embora não justifiquem o crime, podem privilegiá-lo, como vimos, quando configurar relevante valor moral ou social, como no tradicional exemplo do pai que mata o estuprador da filha por vingança.

Em um homicídio qualificado, não se pode ao mesmo tempo incidir as duas qualificadoras de motivo fútil ou torpe. O STJ já se manifestou nesse sentido, inclusive para afastar a natureza hedionda do fato imputado.²²

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 84.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 85.

²² "HABEAS-CORPUS". HOMICÍDIO. EXACERBAÇÃO DA DENÚNCIA. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS.

I - A VERIFICAÇÃO DA EXACERBAÇÃO NA PREFACIAL ACUSATORIA, COM REFLEXOS NO "IUS LIBERTATIS", SO PODE SER FEITA SE PRESCINDIR DO COTEJO ANALÍTICO DO MATERIAL COGNITIVO.

II - A VINGANÇA, POR SI, ISOLADAMENTE, NÃO É MOTIVO TORPE.

Na hipótese de concurso de pessoas, os motivos que qualificam o crime de homicídio são incomunicáveis, pois a motivação é individual e não constituem elementares típicas.

Fútil, por sua vez, é o motivo insignificante, banal, desproporcional à reação criminosa. Não se confunde com motivo injusto, uma vez que o motivo justo pode, em tese, excluir a ilicitude, afastar a culpabilidade ou privilegiar a ação delituosa. Segundo a exposição de motivos do Código Penal, motivo fútil é aquele que pela mínima importância, não é causa suficiente para o crime.

Segundo Damásio, o motivo fútil não se confunde com a ausência de motivo. Assim, se o sujeito pratica o fato sem razão alguma, não incide a qualificadora, nada impedindo que responda por outra, como é o caso do motivo torpe. Para alguns doutrinadores como Fernando Capez e Rogério Greco, a ausência de motivos seria ainda mais grave do que o motivo fútil, pois o indivíduo que mata sem motivos é ainda pior que o que o fez por mesquinha, por exemplo, estando, portanto, incluído no conceito de fútil.²³

Quando presentes duas ou mais qualificadoras, qualquer uma delas servirá para qualificar a infração penal, sendo as demais utilizadas como circunstâncias agravantes, na segunda fase da dosimetria da pena, nos termos do art. 68, CP.

Os meios utilizados para prática do crime de homicídio também podem qualificá-lo. O Código Penal utiliza expressão genérica para sintetizá-los como espécies: meio insidioso, meio cruel e meio que possa resultar perigo comum.

III - A TROCA DE TIROS, EM PRINCÍPIO, SEM OUTROS DADOS, AFASTA A QUALIFICADORA DO INCISO IV DO ART. 121, PAR. 2., DO CP.

IV - SE, INEQUIVOCAMENTE, SEM QUALQUER DISCUSSÃO, A "IMPUTATIO FACTI" NÃO APRESENTA SITUAÇÃO TÍPICA PRÓPRIA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, OS EFEITOS PROCESSUAIS DA LEI 8.072/1990 DEVEM SER, AINDA QUE PROVISORIAMENTE, AFASTADOS.

V - CONSEQUENTEMENTE, INEXISTINDO MOTIVOS PARA A SEGREGAÇÃO "AD CAUTELAM", DEVE O ACUSADO AGUARDAR O JULGAMENTO EM LIBERDADE.

"HABEAS-CORPUS" DEFERIDO.

(HC 5356/PR, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/1997, DJ 25/08/1997, p. 39398)(grifo nosso).

²³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, Volume II. 8 ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011. p. 155.

A utilização do veneno, que é meio insidioso, só qualifica o crime se for feita dissimuladamente como cilada. Para o envenenamento constituir meio insidioso é indispensável que a vítima desconheça a circunstância de estar sendo envenenada. O emprego do veneno é um meio legal insidioso excepcional, e seu êxito está vinculado exatamente à dissimulação no seu uso.²⁴

No conceito de Damásio, veneno é “toda substância, biológica ou química, que, introduzida no organismo, pode produzir lesões ou causar morte”. Para fins penais, veneno é qualquer substância vegetal, animal ou mineral que tenha idoneidade para provocar lesão no organismo humano. Uma substância inócua pode assumir a condição venenosa, segundo condições especiais da vítima. O que caracteriza o veneno não é a forma de introdução no organismo, nem seu aspecto insidioso, mas a sua maneira de agir no organismo, alterando a saúde ou causando a morte por processo químico ou bioquímico, distinguindo-se de outras substâncias de ação física.

Sua administração forçada, com ou sem consentimento da vítima não qualifica o crime. Se for ministrado com violência ou com propósito de causar grave sofrimento à vítima, poderá caracterizar meio cruel, mas não constituirá meio insidioso. Cumpre destacar que é exigido prova pericial toxicológica, nos termos do art. 158 e seguintes do Código de Processo Penal.

Fogo ou explosivo podem constituir meio cruel ou meio de que pode resultar perigo comum, dependendo das circunstâncias. Explosivo é qualquer objeto ou artefato capaz de provocar explosão ou qualquer corpo capaz de se transformar rapidamente em uma explosão.²⁵ O emprego de explosivo pode ocorrer pelo manuseio de dinamite ou qualquer outro meio material com potencial explosivo.

Asfixia, no conceito de Nelson Hungria, “é o impedimento da função respiratória, com a conseqüente falta de oxigênio no sangue do indivíduo”, onde a supressão do oxigênio leva a vítima à morte. Pode ser mecânica através de enforcamento, afogamento, etc., ou tóxica, com uso de gás asfixiante.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 86.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 88.

A reforma penal de 1984 excluiu a asfixia das agravantes genéricas, permanecendo somente como qualificadora do crime de homicídio, ou seja, o indivíduo que asfixiar a vítima, produzindo-lhe lesões corporais, sem *animus necandi*, não responderá pela agravante da asfixia, nem pela qualificadora, uma vez que esta se limita ao crime de homicídio.

Considera-se tortura pra os fins penais o meio que causa atroz, desnecessário prolongamento ao padecimento da vítima. Para Bitencourt, a tortura é modalidade de meio cruel, distinguindo-se somente pelo aspecto temporal, exigindo ação um pouco mais prolongada.²⁶

Se, ao torturar alguém, o sujeito ativo agir com profunda o dolo homicida, deverá responder pelo crime de homicídio qualificado pela tortura. Contudo, se o resultado morte for preterdoloso, estaremos diante da capitulação da Lei nº 9.455/97.

Meio insidioso é o recurso dissimulado, consistindo na ocultação do verdadeiro propósito do agente, que, assim, surpreende a vítima, que tem sua defesa dificultada ou até impossibilitada. Insidioso é o meio disfarçado, ardiloso, que pretende surpreender a vítima desatenta e indefesa. Segundo a Exposição de Motivos do Código Penal, é aquele dissimulado na sua eficiência maléfica.

Meio cruel é a forma brutal de perpetrar o crime, é meio bárbaro, martirizante, que revela ausência de piedade. É o que causa à vítima sofrimento desnecessário. Pelo meio cruel o agente objetiva o padecimento da vítima. Coadunando este raciocínio, a Exposição de Motivos do Código Penal, define como meio cruel o que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade.²⁷

A crueldade realizada após a morte da vítima não qualifica o crime. Os atos que podem traduzir crueldade somente são tais enquanto a pessoa está com vida.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 88.

²⁷ Exposição de Motivos do Código Penal nº 38.

Meios de que possa resultar perigo comum é aquele que pode atingir um número indefinido ou indeterminado de pessoas. Nada impede que haja concurso formal do homicídio com um crime de perigo comum quando o mesmo é escolhido pelo sujeito ativo, além de atingir a vítima almejada no homicídio, criar também situação de perigo para número indeterminado de pessoas. Esses dois tipos penais se diferenciam uma vez que nos crimes de perigo comum a finalidade do agente é o perigo comum, e não a morte como no homicídio.

Nas hipóteses do inciso IV do §2º do art. 121, o que qualifica o homicídio não é o meio empregado para a prática do crime, mas o modo insidioso com que o agente o executa, utilizando, para isso, recurso que dificulta ou torna impossível a defesa do ofendido. Nesse inciso, a qualificação do homicídio não decorre do meio utilizado, mas do modo insidioso com que a atividade delituosa é praticada, dificultando ou impossibilitando a defesa da vítima.

O Código cita como paradigma dos diversos modos de execução a traição, emboscada, dissimulação, recurso que dificulta ou impossibilita a defesa e a surpresa.

Traição é o ataque sorrateiro, inesperado. Homicídio à traição, para Hungria “é o cometido mediante ataque súbito e sorrateiro, atingida a vítima, descuidada ou confiante, antes de perceber o gesto criminoso”.²⁸

Traição, como qualificadora de homicídio, é a ocultação moral ou mesmo física da intenção do sujeito ativo, que viola confiança da vítima, é a deslealdade. Não se caracteriza unicamente por haver o golpe letal ter sido desferido pelas costas da vítima. Não caracteriza tração se a vítima pressente a intenção do agente, pois essa percepção pela vítima elimina a insídia, o fator surpresa. Não configura igualmente se houver tempo para a vítima fugir.²⁹

Emboscada é a tocaia, a espreita, verificando-se quando o agente se esconde para surpreender a vítima. É a ação premeditada de aguardar oculto a presença da

²⁸ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro. Editora Forense. v 2. 1942. p 168.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 90.

vítima para surpreendê-la com ataque indefensável. É a espera no lugar onde a vítima terá que passar.

O homicídio qualificado pela emboscada é sempre um crime premeditado, pois o sujeito ativo se desloca com antecedência, examina o local, projeta os próximos passos, coloca-se a espera da passagem da vítima para, com segurança e sem risco, abatê-la. A vítima nessa modalidade não tem nenhuma chance de defesa.

Dissimulação é a ocultação da intenção hostil, do projeto criminoso, para surpreender a vítima. O sujeito ativo ilude a vítima, para que assim não tenha razões para desconfiar do ataque e ser atacada desatenta e indefesa. Por meio da dissimulação, o agente esconde ou disfarça o seu propósito. Tanto na ocultação do propósito quanto o disfarce utilizado para se aproximar da vítima qualificam o homicídio.

O recurso que dificulta ou impossibilita a defesa somente poderá ser hipótese análoga à traição, emboscada ou dissimulação, do qual são exemplificativas. É necessário que o outro recurso tenha a mesma natureza das qualificadoras elencadas no inciso. Essa regra geral tem a finalidade de permitir a qualificadora mesmo quando o recurso utilizado para a prática do crime tenha dificuldade de adequar-se a uma ou outra modalidade especificadas no dispositivo.

A surpresa constitui ataque inesperado, imprevisto e imprevisível. Além do procedimento inesperado, é necessário que a vítima não tenha razão para esperar a agressão ou suspeitar dela. Não basta que a agressão seja inesperada, é necessário que o agressor atue com dissimulação, procurando, com sua repentina ação, dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima. Por vezes a surpresa se confunde com a traição. Na realidade traição, emboscada, dissimulação e surpresa são recursos insidiosos que dificultam ou tornam impossível a defesa da vítima.³⁰

As qualificadoras, motivos, meios e modos são contemplados pelos fins do crime, independente de ser tentado ou consumado, sendo suficiente que o crime

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 92.

tenha sido praticado com o fim de assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime, qualquer que seja.

Na hipótese de “assegurar execução, o que qualifica o homicídio não é a prática efetiva do outro crime, mas o fim de assegurar a execução desse outro crime, que pode até não vir a ocorrer. Quanto a ocultação ou impunidade, a finalidade do sujeito passivo é destruir a prova de outro crime e evitar-lhe as conseqüências jurídicas penais. A última hipótese, assegurar vantagem de outro crime, trata-se de garantir o êxito do empreendimento delituoso, o aproveitamento da vantagem que o crime assegurado pode proporcionar-lhe.

Em qualquer das quatro hipóteses elencadas no inciso V, é irrelevante que o autor do homicídio aja no interesse próprio ou de terceiro. Não se trata de crime complexo, mas de simples conexão entre o homicídio e o outro crime que, se for efetivamente executado, determinará o cúmulo material das penas. Não desaparece a qualificadora do homicídio, mesmo que se extinga a punibilidade do outro crime, consoante determina o art. 108 do Código Penal.

Segundo Bitencourt, essas qualificadoras constituem o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de agir, que não é exigido para a configuração típica do homicídio. O outro crime pode ter sido praticado por outra pessoa. Fala-se em qualificadora por conexão. Nesse caso, o homicídio é cometido para garantir a prática de outro crime ou evitar sua descoberta. Se o crime fim também for praticado, haverá concurso material de crimes, sendo irrelevante se foi praticado antes ou depois do crime que deseja assegurar, ou mesmo que o agente desse crime desista ou se arrependa de praticá-lo.³¹

Os meios, modos e fins que qualificam o homicídio referem-se à exarcebação da natureza ilícita da conduta, integrando a própria figura típica, razão pela qual devem ser abrangidos pelo dolo, podendo, conseqüentemente, ser excluídos pela ocorrência de erro.

A premeditação, por fim, não qualifica o crime. A premeditação nem sempre será causa de exasperação de pena em razão da maior censurabilidade da conduta.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 92.

As circunstâncias judiciais será sede adequada para avaliar a natureza dessa circunstância.

CAPÍTULO II - ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO

Interpretando sistematicamente os parágrafos 1º e 2º do art. 121 do Código Penal, chegaríamos a conclusão de que não seria possível existência de um homicídio qualificado-privilegiado. Se fosse a intenção da lei aplicar a causa de redução de pena constante no §1º do art. 121 às suas modalidades qualificadas, o mencionado parágrafo deveria estar localizado posteriormente ao elenco das qualificadoras, aplicando a tese da posição topográfica dos incisos e parágrafo, em relação ao caput.

Contudo, majoritariamente, a doutrina, por questões de política criminal, admite a aplicação das causas de diminuição ao homicídio qualificado, desde que as qualificadoras sejam de natureza objetiva, a fim de que ocorra compatibilidade entre elas.

No crime de homicídio há ocasiões em que o sujeito pratica o fato típico impelido por motivo relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima que, em tese configura o homicídio privilegiado, com recursos a determinados meios que denotam crueldade, insídia ou perigo comum ou de forma a dificultar ou tornar impossível à defesa da vítima, que em tese configuram hipóteses de homicídio qualificado.

Dessa forma, em um mesmo fato típico, antijurídico e culpável, encontram-se tanto elementos que contribuiram para atribuição de qualificadoras, quanto às circunstâncias privilegiadoras. Diante de tal situação, percebe-se a possibilidade de concorrência entre qualificadoras e privilegiadoras em um mesmo crime de homicídio.

Rogério Greco destaca que embora a doutrina use as denominações homicídio privilegiado-qualificado e qualificado-privilegiado, apenas seria correto a segunda hipótese, uma vez que estamos diante de um homicídio qualificado que não perdeu essa natureza pelo fato de existirem algumas causas que tem por finalidade diminuir a pena aplicada nos momentos anteriores, determinados pelo art. 68. Dessa forma, o homicídio, por ser qualificado, deverá assim ser reconhecido,

para, em momento posterior, ser adjetivado de privilegiado, razão pela qual, tecnicamente, estaremos sempre diante de um homicídio qualificado-privilegiado.³²

A doutrina majoritária considera possível a coexistência de causas privilegiadoras com causas qualificadoras, desde que a qualificadora configure circunstância objetiva, já que a privilegiadora tem sempre natureza subjetiva, porque se relaciona com o motivo do crime ou com o estado de ânimo do agente. Por esse motivo as qualificadoras de motivo fútil ou torpe não podem ser combinadas com as circunstâncias privilegiadoras, uma vez que também possuem caráter subjetivo.

O que se torna inviável, no caso concreto, é a concomitância de uma qualificadora de natureza subjetiva, com o chamado privilégio, visto serem incompatíveis, a exemplo daquele que mata o seu desafeto por um motivo fútil e ao mesmo tempo de relevante valor moral. São situações excludentes entre si.³³

Essas privilegiadoras não podem concorrer com as qualificadoras subjetivas, por absoluta incompatibilidade. Respondendo-se positivamente aos quesitos das privilegiadoras, ficam prejudicados os quesitos referentes às qualificadoras subjetivas. No entanto, nada impede que as privilegiadoras concorram com as qualificadoras objetivas.³⁴

No que tange ao tribunal do júri, formado por representantes da coletividade, deve se avaliar, cuidadosamente, alguns aspectos fundamentais na hora de reconhecer a configuração do homicídio qualificado-privilegiado. A compatibilidade que a interpretação da redação legal autoriza não deve ser acolhida de modo automático pelo conselho de sentença, mas aferida, caso a caso, após o exame das circunstâncias do crime. O que se quer é constatar o grau de influencia do real estado de perturbação de consciência que acomete o agente, bem como sua liberdade de selecionar o meio ou modo de execução que possam demonstrar culpabilidade exacerbada e necessidade de punição mais severa.

³² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, Volume II*. 8 ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011. p. 180/181.

³³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, Volume II*. 8 ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011. p. 180.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 64.

Faz-se necessário, porém, o exame da incompatibilidade das privilegiadoras que sempre são subjetivas, com as qualificadoras igualmente subjetivas, como são as motivadoras. Esse aspecto se mostra relevante quando da análise do homicídio doloso que, por previsão constitucional, serão julgados pelo Tribunal do Júri, formado por leigos, onde prevalece a íntima convicção dos jurados.³⁵

Assim, sendo respondido positivamente aos quesitos das privilegiadoras, ficam prejudicados aqueles referentes às qualificadoras subjetivas. Com efeito, é difícil entender que alguém, por motivo de relevante valor moral ou social, ou sob domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima, possa matar alguém por motivo fútil ou torpe. Esse choque de motivos nobres de um lado (privilegiadoras), e antissociais de outro (qualificadoras), não podem coexistir.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores compreende, em geral, que as circunstâncias privilegiadoras, de natureza subjetiva, e as qualificadoras, de natureza objetiva, podem concorrer no mesmo fato-homicídio, à falta de contradição lógica.

O STJ já pacificou seu entendimento, cujos precedentes destacamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA Nº 182/STJ. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PERDA DO CARGO. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE.

1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo regimental, infirmar especificamente os fundamentos expostos na decisão agravada.

Incidência do enunciado 182 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. Esta Corte Superior de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido da compatibilidade entre as qualificadoras de ordem objetiva e as causas de diminuição de pena do parágrafo 1º do artigo 121 do Código Penal, de natureza subjetiva.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa*. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. p. 83.

3. Não havendo ilegalidade manifesta qualquer na fixação da pena-base e, em estando efetivamente fundamentada a decisão, não pode esta Corte Superior proceder à alteração da dosimetria, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório. Incidência do enunciado 7 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. É indispensável o efetivo exame da matéria pelo acórdão recorrido em atenção ao disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio da apreciação da questão federal pelo Tribunal a quo, de modo a se evitar a supressão de instância.

5. A perda do cargo público requisita motivação expressa uma vez que não é efeito automático da condenação ainda que a pena seja superior a quatro anos, razão pela qual se deu parcial provimento ao recurso para que outra decisão seja proferida fundamentadamente.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1200001/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 10/09/2013) (grifo nosso).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DO OFENDIDO.

CIRCUNSTÂNCIAS DE NATUREZA DIVERSA. COMPATIBILIDADE. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. É firme o entendimento deste Superior Tribunal no sentido de que, sendo a qualificadora de caráter objetivo, não haveria, em princípio, nenhum impeditivo para a coexistência com a forma privilegiada do homicídio, vez que ambas as hipóteses previstas no § 1º do art. 121 do CP são de natureza subjetiva.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. PRIVILÉGIO. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. PLACAR DE VOTAÇÃO. ARGUMENTO INIDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO NESSE PONTO.

1. A escolha do quantum de redução de pena pelo privilégio deve se basear na relevância do valor moral ou social, na intensidade do domínio do réu pela violenta emoção, ou no grau da injusta provocação da vítima.

2. Não constitui fundamentação idônea a aplicação da fração mínima de 1/6 (um sexto) tão somente com base no critério de proporção dos votos dos jurados.

ATENUANTE GENÉRICA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO AQUÉM DO PISO LEGALMENTE PREVISTO.

SÚMULA 231 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Inviável considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que, em razão da atenuante genérica da confissão espontânea,

não reduziu a reprimenda do paciente aquém do mínimo legalmente previsto em lei, em estrita observância ao enunciado na Súmula 231 desta Corte Superior de Justiça.

2. Habeas corpus parcialmente concedido, apenas para alterar a fração de redução de pena pelo privilégio de 1/6 (um sexto) para 1/3 (um terço), tornando a sanção do paciente definitiva em 8 (oito) anos de reclusão.

(HC 129.726/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 09/05/2011) (grifo nosso).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. **HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. POSSIBILIDADE.** JÚRI. TESTEMUNHA. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. FALHA DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A possibilidade de um homicídio privilegiado pela violenta emoção ser qualificado pelo emprego de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido é entendimento pacífico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não há nulidade proveniente da ausência de testemunha reputada imprescindível, quando não encontrada no local indicado pelo interessado em sua oitiva.

3. Impossibilidade de exame das alegações de falha do Poder Judiciário quanto à não-localização da testemunha, por exigirem revolvimento do contexto fático-probatório, vedado pela Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1140372/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 03/11/2009)(grifo nosso).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. **HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE ENTRE QUALIFICADORA INSERTA NO ART. 121, § 2º, INCISO IV COM A FORMA PRIVILEGIADA.POSSIBILIDADE.**

I - Não há incompatibilidade, em tese, na coexistência de qualificadora objetiva (v.g. § 2º, inciso IV) com a forma privilegiada do homicídio, ainda que seja a referente à violenta emoção. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

II - Assim, a resposta afirmativa ao quesito atinente a forma privilegiada do crime de homicídio não implica a prejudicialidade do quesito que indagaria aos jurados acerca da qualificadora inserta no art. 121, § 2º, inciso IV do CP (recurso que dificultou a defesa da vítima).

Recurso especial provido.

(REsp 922.932/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJe 03/03/2008)(grifo nosso).

Desde que a qualificadora seja de caráter objetivo, ele pode, em tese, coexistir com a forma privilegiada do homicídio (as hipóteses são de natureza subjetiva).

Todas estas circunstâncias, em verdade, dizem com maior ou menor desvalor da ação. Aliás, existem muitos autores, inclusive, dentro da dogmática moderna, seguidores da teoria finalista e da teoria social, que vinculam inclusive motivação à culpabilidade (v.g. E. R. Zaffaroni). De qualquer maneira, a forma de executar o delito (v.g., o impossibilidade de defesa da vítima) pode, em princípio, conviver com a forma privilegiada fulcrada na violenta emoção.³⁶

Tal entendimento se consolidou de tal forma que o STJ tem, inclusive, estendido a interpretação para aplicação, por analogia, ao crime de furto. Se não vejamos:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CP. INVIABILIDADE. BENS FURTADOS QUE NÃO SE CONFIGURAM DE PEQUENO VALOR.

1. A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - à semelhança do que ocorre no crime de homicídio - passou a entender que as qualificadoras, em especial as de natureza objetiva, não são incompatíveis com a figura privilegiada do delito de furto.

2. A partir dessa nova orientação, esta Corte Superior passou, também, a admitir a figura do furto qualificado-privilegiado, desde que haja compatibilidade entre as qualificadoras e o privilégio.

Precedentes da Quinta e Sexta Turmas.

3. No caso, entretanto, segundo consta do acórdão recorrido, cometido o delito em 17/2/2004, foram os bens furtados avaliados em R\$ 299,73 (duzentos e noventa e nove reais e setenta e três centavos), mais, inclusive, do que o salário mínimo vigente à época (R\$ 240,00 - duzentos e quarenta reais), não podendo ser considerados, portanto, de pequeno valor, para fins de incidência do privilégio.

4. Ordem denegada.

(HC 147.091/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 17/10/2011) (grifo nosso).

³⁶ (Resp 78.940-MG, Turma, relator Ministro Anselmo Santiago, DJU 19/12/97; REsp 77.225-MG, 6ª Turma, relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 13/3/96 e, REsp 89593-RS, 5ª Turma, relator Ministro Edson Vidigal, DJU de 7/10/96).

No mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DA PRIMARIEDADE E DO PEQUENO VALOR DA COISA SUBTRAÍDA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido do reconhecimento da conciliação entre homicídio objetivamente qualificado e ao mesmo tempo subjetivamente privilegiado. Noutra dizer, tratando-se de circunstância qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva).

2. A mesma regra de interpretação é de ser aplicada no caso concreto. Caso em que a qualificadora do rompimento de obstáculo (de natureza nitidamente objetiva - como são todas as qualificadoras do crime de furto) em nada se mostra incompatível com o fato de ser o acusado primário; e a coisa, de pequeno valor. Precedentes da Segunda Turma do STF.

3. Ordem concedida para reconhecer a incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP e julgar extinta a punibilidade do paciente pela

prescrição retroativa. (HC 98265, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/03/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-02 PP-00407) (grifo nosso).

"EMENTA: HABEAS CORPUS . TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA E O PRIVILÉGIO. INEXISTÊNCIA DO INTERVALO TEMPORAL NECESSÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DA QUALIFICADORA. AUSÊNCIA DE QUESITO REFERENTE À DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO.

1. A jurisprudência do STF admite a possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. O recurso utilizado para atingir a vítima "é realidade objetiva, pertinente à mecânica do agir do infrator" (HC 77.347, HC 69.524, HC 61.074). Daí a inexistência de contradição no reconhecimento da qualificadora, cujo caráter é objetivo (modo de execução do crime), e do privilégio, afinal reconhecido (sempre de natureza subjetiva).

2. Na tentativa de homicídio, respondido afirmativamente que o agente só não consumou o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, não há lógica em se questionar de desistência voluntária, que somente se configura quando o agente "voluntariamente desiste de prosseguir na

execução" (art. 15 do Código Penal). Habeas corpus indeferido." (HC 89921/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 27/04/2007). (grifo nosso).

Tendo em vista a jurisprudência acima colacionada, bem como as exposições doutrinárias aduzidas, denota-se a pacificação quanto ao tema, no sentido de que o homicídio qualificado-privilegiado é figura aceita quando as circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras são compatíveis entre si.

CAPÍTULO III – NATUREZA HEDIONDA DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO.

Pacificada a questão quanto à compatibilidade e admissão pelos Tribunais Superiores e pela doutrina majoritária, surge ainda discussão sobre a natureza desse homicídio.

A segunda parte do inciso I do art. 1º da Lei nº 8.072/90 aponta o homicídio qualificado, em todas suas modalidades, como infração de natureza hedionda. E quanto a figura do homicídio qualificado-privilegiado?

Segundo Rogério Greco, tecnicamente, a resposta seria negativa, pois a Lei nº 8.072/90 não faz qualquer tipo de ressalva que nos permita tal conclusão. Na verdade a lei diz textualmente que o homicídio qualificado goza do *status* de infração penal de natureza hedionda. O privilégio não é nada mais do que uma simples causa de redução de pena, a ser analisada no terceiro momento do critério trifásico adotado pelo Código Penal. Esse é o posicionamento minoritário.³⁷

Contudo, majoritariamente, a doutrina repele a natureza hedionda do homicídio qualificado-privilegiado, haja vista que não se compatibiliza a essência do delito objetivamente qualificado, tido como hediondo, com o privilégio de natureza subjetiva.

Reconhecida a figura híbrida do homicídio qualificado-privilegiado, fica afastada a qualificação de hediondo do homicídio qualificado, pois no concurso entre as circunstâncias objetivas (qualificadoras) e subjetivas (privilegiadoras), estas últimas serão preponderantemente, nos termos do art. 67 do Código Penal, pois dizem respeito aos motivos determinantes do crime. Ainda que se possa ser praticado com crueldade, a motivação nobre permite que se considere delito comum e não hediondo, pois devem preponderar os motivos do agente para consecução do crime, e não simplesmente seus atos.

Ademais, alega-se ainda que a Lei dos Crimes Hediondos impõe rol taxativo quanto aos delitos dessa natureza. Por incompatibilidade axiológica e por falta de

³⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, Volume II*. 8 ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011. p. 181.

previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, §§ 1º E 2º, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. CRIME NÃO ELENADO COMO HEDIONDO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA NÃO SUPERIOR A OITO ANOS. POSSIBILIDADE.

I - Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes).

II - Afastado o caráter hediondo do crime e atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto (Precedentes). Writ concedido.

(HC 144.196/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 01/02/2010) (grifo nosso).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.

1. O homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, não se lhe aplicando norma que estabelece o regime fechado para o integral cumprimento da pena privativa de liberdade (Lei nº 8.072/90, artigos 1º e 2º, parágrafo 1º).

2. Ordem concedida.

(HC 43.043/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 06/02/2006, p. 352) (grifo nosso).

1. Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 604.945, Rel. Min. Felix Fischer), assim ementado: "PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME. Ressalvadas as exceções legais expressas aos crimes elencados na Lei nº 8.072/90, é de ser observado o disposto no seu art. 2º, § 1º. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ.) Recurso provido." (fl. 271) O paciente foi condenado pelo júri popular à pena de 13 (treze) anos e 8 (oito) meses de reclusão pela prática dos crimes previstos no art. 121, §§ 1º e 2º, III e IV, e art. 121, caput, c/c art. 14, II, na forma do art. 69, todos do CP (fls. 65-66). A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento em parte a ambos apelos: "o

defensivo, para rebaixar a pena do homicídio qualificado consumado para 10 anos de reclusão; e o ministerial, para majorar a sanção concernente ao homicídio simples tentado para 03 anos e 06 meses de reclusão. Julgaram prejudicados os recursos em relação aos demais aspectos neles contidos. Regime. Suprindo a omissão da sentença, fixa-se em inicial aberto o regime de cumprimento da sanção relativa ao homicídio simples tentado e em inicial fechado o regime de cumprimento da pena referente ao homicídio qualificado consumado" (fl. 71). O Superior Tribunal de Justiça deu provimento a recurso especial interposto pelo Ministério Público, determinando o cumprimento da pena de homicídio qualificado em regime integralmente fechado. Daí a impetração do presente writ, em que se alega, em síntese, que "o homicídio qualificado-privilegiado (pelo qual foi condenado o ora postulante) não autoriza a incidência da Lei nº 8.072/90, sendo que a decisão da 5ª Turma do STJ acabou por aplicar o regime integralmente fechado sob este equivocado e ilegal fundamento, sem ofertar qualquer outra motivação autorizadora de tal incidência", eis que "o reconhecimento da privilegiadora (parágrafo 1º do art. 121 do CP), mesmo que em convivência com qualquer qualificadora de natureza objetiva (no caso, a do inciso III do parágrafo 2º do art. 121 do CP), afasta a hediondez do homicídio, pois as hipóteses previstas no art. 1º da Lei 8.072/90 são taxativas (numerus clausus), corolário lógico do princípio da legalidade em matéria penal, e de um direito penal garantista" (fl. 11). Aponta precedentes do STJ e TJ/RS. Requer a concessão de liminar para ser declarada a suspensão do acórdão da Quinta Turma do STJ, com o encaminhamento do paciente de volta ao regime semi-aberto (na Fundação Patronato Lima Drummond), até a decisão final do presente habeas corpus (fl. 17).

2. Quanto à possibilidade da coexistência entre os §§ 1º e 2º do art. 121 do CP, colho trecho do voto proferido pelo Min. Nelson Jobim no HC 77.347, de sua relatoria, 2ª Turma, por maioria, DJ de 20.2.2004: "Há correntes divergentes quanto a possibilidade de coexistência do homicídio privilegiado com o qualificado. A previsão contida no art. 121, § 1º (homicídio privilegiado) traz circunstâncias de natureza subjetiva. Já no homicídio qualificado(CP art. 121, § 2º), algumas situações previstas na regra são de natureza subjetivas e outras são objetivas. Doutrina ensina que o homicídio privilegiado, por conter norma de caráter subjetivo, não pode concorrer com a qualificadora que contiver preceito de natureza subjetiva (Damásio E. de Jesus, in Código Penal Anotado) No entanto, coexistem, em harmonia, o privilégio e a qualificadora objetiva." No mesmo sentido, o HC 76.196, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ de 15.12.2000. No caso em exame, no que concerne ao homicídio consumado, foi reconhecida a qualificadora prevista no § 2º, III, de natureza objetiva, compatível, portanto, com a forma privilegiada prevista no § 1º. Tenho por plausível a alegação do impetrante no sentido de que o STJ "não

examinou o aspecto de ser o delito homicídio qualificado/privilegiado, baseando-se para sua decisão em jurisprudência diferente do caso em julgamento, ou seja, de casos de homicídio qualificado puro ou tráfico de entorpecentes, ou outros crimes hediondos, induzido ao erro os argumentos do Órgão Ministerial" (fl. 8). De fato, da leitura do acórdão de fls. 263-271, depreende-se que a Corte a quo limitou-se a reiterar, na linha de precedentes do STJ e STF, a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, sem, contudo, examinar a peculiaridade de se tratar de homicídio qualificado-privilegiado. **Com efeito, colho precedentes do STJ que indicam o entendimento daquela Corte no sentido de que o homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo: "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. 'Se a Lei nº 8.072/90, que elenca os crimes hediondos, não faz qualquer alusão à hipótese do homicídio qualificado-privilegiado, possível é a progressão de regime'. Precedentes desta Corte Ordem concedida." (HC 23.973/MS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 11.11.2002) "HABEAS CORPUS. REGIME PRISIONAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. O homicídio qualificado-privilegiado é estranho ao elenco dos crimes hediondos. 2. A concessão de progressão de regime e de livramento condicional são questões que devem ser levadas ao Juízo da Execução, a quem cabe, por primeiro, examiná-las (artigo 66, inciso III, alíneas 'b' e 'e', da Lei nº 7.210/84). 3. Ordem parcialmente concedida." (HC 18.261/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 01.07.2002) "EXCECUÇÃO PENAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO - PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. - Conforme jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso, ante a inexistência de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos crimes hediondos, sendo possível, portanto, a progressão de regime. - Ordem concedida para que seja possibilitada a progressão." (HC 17064/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 20.05.2002) "PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. REGIME PRISIONAL. CRIME HEDIONDO. 1. Ante a inexistência de previsão legal, bem como o menor desvalor da conduta em comparação ao homicídio qualificado, consumado ou tentado, o homicídio qualificado-privilegiado não pode ser considerado como crime hediondo. Precedente. 2. Pedido de Habeas Corpus deferido, para reconhecer ao paciente o direito à progressão do regime prisional." (HC 13001/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 09.10.2000)** Dessa forma, tendo em vista a contradição entre o presente caso e a jurisprudência reiterada da

Corte a quo, entendimento que, em juízo prefacial, reputo relevante, tenho por presente o *fumus boni iuris*. Verifico, além disso, que em 19.12.2003 foi concedida, ao paciente, a progressão ao regime semi-aberto (fl. 175), regime esse que somente foi modificado para integralmente fechado em 20.12.2004, em razão da comunicação do trânsito em julgado da decisão do STJ (fl. 287). Esse fato, acrescido a documentos nos autos que demonstram estar o paciente estudando e trabalhando (fls. 180-216), indicam que a conduta do paciente é compatível ao regime semi-aberto. 3. Ante o exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido nos autos do REsp 604.945 pela Quinta Turma do STJ, com o encaminhamento do paciente de volta ao regime semi-aberto, até a decisão final do presente writ. Comunique-se, com urgência, ao Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre/RS. Estando os autos suficientemente instruídos, colha-se a manifestação da Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 28 de dezembro de 2004. Ministra Ellen Gracie Vice-Presidente (Art. 37, I do RISTF) (HC 85348, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 28/12/2004, publicado em DJ 01/02/2005 PP-00029) (grifo nosso).

É firme o constructo doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos crimes hediondos, não se lhe aplicando, pois, o disposto no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, que determina o cumprimento integral da pena em regime fechado.

Tais considerações, quando percebidas na jurisprudência, tornam clara a tendência dos Tribunais em acompanharem o desenvolvimento da ciência do direito pelos estudos doutrinários, extrapolando as previsões legais apenas, uma vez que elas, devido à natureza mutável do ser humano, são ineficientes para suprir todas as indagações que surgem no âmbito do judiciário.

Imperioso destacar a importância dos demais ramos do direito serem interpretados em consonância com a Constituição Federal, garantido melhor aplicação dos direitos e deveres fundamentais, bem como as garantias inerentes ao direito penal constitucional. Afinal, não há crime sem lei anterior que o defina, e não haverá pena, sem prévia cominação legal. A regra deve ser aplicada na hipótese.

Admitir a combinação de circunstâncias privilegiadoras e qualificadoras, quando não forem incompatíveis, é uma forma de aplicar ao caso concreto a melhor

interpretação da norma que de nada vale sem sua devida interpretação e aplicação. Por ser o *hall* dos crimes hediondos taxativo, não há se falar em interpretação extensiva, nesse ponto.

Ademais, considerando que nosso código penal é de 1940, torna-se imprescindível a análise do contexto social em que as normas são aplicadas. Se assim não fosse, as normas cairiam por terra a medida que as civilizações evoluíssem, mesmo no nosso sistema do *civil Law*.

Necessário, portanto, aproximar ao máximo o caso concreto da previsão legal, sob pena de suprimir garantia prevista pelo código penal, pela Constituição Federal e inerente ao tipo ora em análise.

A interpretação da norma jurídica deve se dar de forma integral, respeitando tudo que está na lei, consciente da inexistência de silêncio eloqüente que justifica o afastamento da combinação de circunstâncias.

Caminhou bem a jurisprudência dos Tribunais Superiores, nesse sentido, trazendo ao ordenamento jurídico a segurança e uniformidade necessária ao direito penal.

Não há cogitar, portanto, da hipótese do homicídio qualificado-privilegiado com o rótulo de crime hediondo. Damásio Evangelista de Jesus, com inteira propriedade, excluiu tal hipótese da categoria de crime hediondo: 'se, no caso concreto, são reconhecidas ao mesmo tempo uma circunstância do privilégio e outra da forma qualificada do homicídio, de natureza objetiva, aquela sobrepõe-se a esta, uma vez que o motivo determinante do crime tem preferência sobre a outra. De forma que, para efeito de qualificação legal do crime, o reconhecimento do privilégio descaracteriza o homicídio qualificado.'³⁸

Assim, quando o inciso I do art. 1º da Lei 8.072/90 menciona o 'homicídio qualificado' refere-se somente à forma genuinamente qualificada. Não ao homicídio qualificado-privilegiado. Tanto que indica os incisos I a V do § 2º do art. 121.

³⁸ JESUS, Damásio Evangelista. *Teoria e Prática do Júri*, 7ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2000, São Paulo, páginas 632/633.

Suponha-se um homicídio eutanásico cometido mediante propinação de veneno, ou que o pai mate, de emboscada, o estuprador da filha.

Reconhecida a forma híbrida, não será fácil a tarefa de sustentar a hediondez do crime. Seria verdadeira monstruosidade essa figura: um crime hediondo cometido por motivo de relevante valor moral ou social. Seria uma *contradictio in terminis*.

Os Tribunais Superiores, como visto tem aplicado, reiteradamente, o entendimento de que o homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, admitindo-se a possibilidade de compatibilização entre o privilégio e as qualificadoras de ordem objetiva.

Como conseqüência, possível inclusive a possibilidade de progressão de regime, na hipótese:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. HEDIONDEZ AFASTADA. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO PRISIONAL. PRECEDENTES DO STJ.

1. O crime de homicídio qualificado-privilegiado não é considerado crime hediondo, razão pela qual se admite a progressão carcerária do condenado. Precedentes.

2. Embargos acolhidos, com efeitos modificativos, para, sanando a omissão apontada e afastando a hediondez do crime em tela, conceder ao paciente o direito de progressão de regime prisional, nas condições estabelecidas em lei, a serem oportunamente aferidas pelo Juízo das Execuções Penais.

(EDcl no HC 31.394/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2005, DJ 02/05/2005, p. 384) (grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE.

"Se a Lei nº 8.072/90, que elenca os crimes hediondos, não faz qualquer alusão à hipótese do homicídio qualificado-privilegiado, possível é a progressão de regime".

Precedentes desta Corte Ordem concedida.

(HC 23.973/MS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2002, DJ 11/11/2002, p. 240)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. TENTATIVA. CRIME NÃO ELENCADE COMO HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO.

1. O homicídio qualificado-privilegiado não figura no rol dos crimes hediondos. Precedentes do STJ.

2. Afastada a incidência da Lei n.º 8.072/90, o regime prisional deve ser fixado nos termos do disposto no art. 33, § 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. In casu, a pena aplicada ao réu foi de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, e as instâncias ordinárias consideraram as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu. Logo, deve ser estabelecido o regime prisional intermediário, consoante dispõe a alínea b, do § 2º, do art. 33 do Código Penal.

4. Ordem concedida para, **afastada a hediondez do crime em tela, fixar o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena infligida ao ora Paciente, garantindo-se-lhe a progressão, nas condições estabelecidas em lei, a serem oportunamente aferidas pelo Juízo das Execuções Penais.**

(HC 41.579/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 16/05/2005, p. 378) (grifo nosso).

Assim, por ser crime estranho ao elenco dos crimes hediondos, a conclusão a que se chega é que não há como estender sua interpretação para incluí-lo como tal.

CONCLUSÃO

Para identificar o motivo do estudo da possibilidade de atribuição de circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras a um mesmo crime de homicídio, é necessário ter em mente o objetivo do direito, que é a justiça. Para que ela seja alcançada, se utilizam de mecanismos legais nos casos concretos. E, no âmbito da aplicabilidade efetiva, o Estado é responsável pelo reconhecimento e garantia da validade do ordenamento jurídico, visando ao respeito dos direitos humanos fundamentais, o que permite, por fim, a sua própria existência.

O presente trabalho buscou explicitar os conceitos e características do crime de homicídio qualificado e do crime de homicídio privilegiado, com ênfase no estudo da possibilidade de se combinarem estas circunstâncias em uma mesma situação fática, configurando-se o crime de homicídio qualificado-privilegiado.

Nesse contexto, foram expostas de maneira genérica as características do crime de homicídio, bem como as peculiaridades do crime de homicídio qualificado e privilegiado. Foram analisadas cada uma das circunstâncias, bem como as situações em que elas podem vir a ser admitidas, bem como os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais dominantes no contexto jurídico atual, destacando a existência de correntes divergentes, mesmo que minoritárias.

Após o presente estudo, concluímos que apesar da inexistência de previsão legal do homicídio qualificado-privilegiado, este fato jurídico é aceito pelos tribunais, e figura nos julgamentos dos Tribunais do Júri brasileiros. Isso se dá por ser o homicídio caracterizado por sua ação livre, podendo se atingir o resultado através de diversas modalidades práticas. Nesse contexto, notou-se o posicionamento dominante, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, no sentido de que as circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras do crime de homicídio podem ser concomitantes, quando as qualificadoras forem objetivas, já que todas as privilegiadoras são, sempre, subjetivas.

Entende-se, portanto, pela possibilidade de combinação dos elementos objetivos e subjetivos que, de acordo com a circunstância fática, é que há se determinar a possibilidade de beneficiar ou prejudicar o réu, de acordo com o caso concreto. Como dito, existem infinitas possibilidades de combinações para o tipo

penal de homicídio, razão pela qual é imperioso a adequação dos Tribunais e da doutrina no que se refere a interpretação das leis, ainda mais considerado o contexto social em que são aplicadas, tendo em vista ser de 1940 o código penal vigente.

Ademais, é necessário um viés constitucional hoje tido como vertente dominante em todos os ramos do direito, a fim de fazer valer a carta magna, seus princípios e garantias fundamentais que, com mais razão, estão diretamente relacionadas ao direito penal.

O problema inicial do presente trabalho restou delimitado em definir a possibilidade ou não da combinações dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, na tentativa de melhor adequar ao caso concreto a aplicação da lei. Conforme demonstrada a possibilidade, ressaltou-se ainda a necessidade dessa diferenciação, sob pena de prejudicar o réu, afastada sua circunstância privilegiadora.

Por fim, destacou-se o afastamento da natureza hedionda do crime de homicídio qualificado-privilegiado, pelos Tribunais Superiores, em razão do que dispõe o art. 67 do Código Penal Brasileiro, devendo preponderar os motivos que resultam o crime, por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, ante a taxatividade dos crimes dessa natureza.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. Noutro dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva).³⁹

Não há nenhuma razão lógica, metodológica ou científica para que um tipo fundamental de crime possa receber incidência ora da privilegiadora ora da qualificadora, mas nunca de ambas. Quando determinado crime satisfizer, in concreto, os requisitos legais exigíveis para caracterizar a privilegiadora, como é o caso da primariedade e do pequeno valor da coisa, se incidir, ao mesmo tempo

³⁹ (HC 97034, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-02 PP-00418).

alguma qualificadora, não há fundamento jurídico que autorize a não aplicação da privilegiadora.⁴⁰

⁴⁰ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 5. Ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p 21.

REFERÊNCIAS

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

MIRABETE, Julio Fabrini. Código penal interpretado. 5. ed. São Paulo: Editora. Atlas, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra pessoa. 13 edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

HANS, Welzel. Derecho Penal Alemán. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago. 1970.

PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol 2: parte especial. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, Volume II. 8 ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, v 2. 22 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1999.

www.stj.jus.br

www.stf.jus.br