

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

YURI ROSSAN FERREIRA SOARES

**O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO E A LEI DE CRIMES
HEDIONDOS**

**São Luís/MA
2017**

YURI ROSSAN FERREIRA SOARES

**O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO E A LEI DE CRIMES
HEDIONDOS**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão, como requisito para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Valéria Maria Pinheiro
Montenegro

**São Luís/MA
2017**

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Soares, Yuri Rossan Ferreira.

O homicídio qualificado-privilegiado e a lei de crimes hediondos / Yuri Rossan Ferreira Soares. - 2017.

57 f.

Orientador(a): Valeria Maria Pinheiro Montenegro.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Homicídio Privilegiado. 2. Homicídio Qualificado.
3. Homicídio Qualificado-Privilegiado. 4. Lei de Crimes Hediondos. I. Montenegro, Valeria Maria Pinheiro. II. Título.

YURI ROSSAN FERREIRA SOARES

**O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO E A LEI DE CRIMES
HEDIONDOS**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão, como requisito para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Valéria Maria Pinheiro Montenegro (Orientadora)

1º Membro

2º Membro

Dedico este trabalho, encerramento de mais uma etapa da minha vida, a todas as pessoas que contribuíram para a minha empreitada, em maior ou menor medida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter possibilitado minha aprovação neste curso tão apaixonante e por ter me dado forças para não desistir nos momentos de incerteza.

Não poderia deixar de agradecer a minha mãe, Nelma, por ter se dedicado intensamente a minha educação, por ter desistido dos seus sonhos em favor dos meus. Esta conquista é sua, mais do que minha.

A todos os meus irmãos, em especial ao Davi, Dalila e Mahelle, pois sem eles não teria graça correr atrás dos meus sonhos.

Não poderia esquecer os meus professores, pois sempre me ajudaram, sobretudo quando dificultavam as coisas, obrigando-me a estudar intensamente.

A todos os meus colegas de turma, que vivenciaram comigo as dificuldades da graduação, em especial certo amigo que fazia as vezes de professor e servia de exemplo para todos, mas infelizmente teve que retornar para sua terra natal.

Agradeço também aos meus amigos, pois me propiciaram momentos felizes nas horas em que eu mais precisei.

Agradeço a todos os funcionários da UFMA e demais pessoas que colaboraram para minha conquista.

RESUMO

O direito penal sempre foi objeto de interesse e de desavenças no mundo jurídico. Ao lidar com a natureza bestial do ser humano, exteriorizada através do crime, procura-se adotar mecanismos que impeçam a ocorrência de novos delitos. Na vasta gama de crimes possíveis, o homicídio ocupa papel de destaque, pois vai de encontro ao bem jurídico mais valioso ao ser humano, a vida. O homicídio produz no homem o temor da mortalidade, e não possui sujeito passivo determinado, podendo infligir a todos, sem exceção. Entretanto, nada no direito é tão simples, com o homicídio não poderia ser diferente. Quando o ser humano ceifa a vida de seu par por um motivo que se acha justo, homicídio privilegiado, a reprovabilidade ao sujeito ativo é mitigada, não incidindo estigma de qualquer ordem. Contudo, se o homicídio ocorrer por motivo atroz ou mesmo se a crueldade se fizer presente na conduta, no caso do homicídio qualificado, é patente o anseio de punição exemplar para o infrator, cabendo ao Estado a tarefa de retribuir a conduta delituosa. A lei de crimes hediondos foi criada justamente para punir de maneira exemplar o celerado, estabelecendo circunstâncias mais deletérias por ter cometido determinado tipo de crime, como o homicídio qualificado. O problema surge quando o homicídio é cometido por motivo justo, mas por meio ou modo qualificado. Torna-se imperioso saber se a lei de crimes hediondos se aplica a tal hipótese.

Palavras-chave: Homicídio Privilegiado; Homicídio Qualificado; Homicídio Qualificado-Privilegiado; Lei de Crimes Hediondos.

ABSTRACT

Criminal law has always been an object of interest and disagreements in the legal world. In dealing with the beastly nature of the human being, externalized through crime, we try to adopt mechanisms that prevent the occurrence of new crimes. In the wide range of possible crimes, homicide occupies a prominent role, because it goes against the most valuable legal asset to the human being, life. Homicide produces in man the fear of mortality, and has no specific passive subject, and can inflict all without exception. However, nothing in the law is so simple, with homicide could not be different. When the human being reaps the life of his peer for a reason that is fair, privileged homicide, the reprovability to the active subject is mitigated, without stigma of any order. However, if the homicide occurs for an excruciating reason or even if the cruelty is present in the conduct, in the case of the qualified homicide, the exemplary yearning for punishment is obvious to the offender, and it is the duty of the State to repay the criminal conduct. The law of heinous crimes was created precisely to punish the criminal in an exemplary manner, establishing more harmful circumstances for having committed a certain type of crime, such as qualified homicide. The problem arises when murder is committed for just reason, but by means or qualified way. It is imperative to know whether the law of heinous crimes applies to such a hypothesis.

Keywords: Privileged homicide; Qualified Homicide; Qualified-Privileged Homicide; Law of Harmful Crimes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. HOMICÍDIO-PRIVILEGIADO	14
1.1 Minorantes.....	14
1.2 Privilegiadoras	15
1.3 Homicídio privilegiado	18
1.3.1 Relevante valor social.....	20
1.3.2 Relevante valor moral.....	21
1.3.4 Reação á injusta provocação.....	23
2. HOMICÍDIO QUALIFICADO	29
2.1 Quanto aos motivos.....	31
2.2 Quanto aos meios.....	33
2.3 Quanto aos modos	37
2.4 Quanto aos fins	39
2.5 Quanto à profissão ou gênero da vítima	40
2.6 Homicídio qualificado-privilegiado.....	43
3. CRIMES HEDIONDOS	46
3.1 Homicídio qualificado-privilegiado e a lei de crimes	49
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

O crime sempre provoca comoção no corpo social, mas há crimes que possuem maior capacidade de assombrar a sociedade, entre eles está o homicídio. Seja por uma questão de topografia normativa, sendo o primeiro crime a ser tratado na parte especial do Código Penal, ou por destruir o que existe de mais caro ao ser humano, a vida, o assassinato acomete não só a vítima, mas todas as pessoas circunscritas a ela, ocasionando sofrimento prolongado e irremediável. Faz-se mister esclarecer que até mesmo pessoas estranhas à vítima sentem os efeitos do crime, tendo em vista o clima de insegurança que tal malfeitoria provoca na comunidade.

O homicídio, mesmo com sua gravidade abstrata, nem sempre é considerado algo vil, na prática. Além da legítima defesa, hipótese em que não é possível a caracterização do crime por ausência de antijuridicidade, há as hipóteses em que o crime é cometido com dolo, porém deve ter uma pena mais branda em virtude do crime, em certa medida, apresentar-se como compreensível, sendo o caso do homicídio privilegiado. Neste caso, valorizam-se circunstâncias de caráter subjetivo que beneficiariam o autor em detrimento da vítima, como estado anímico em que o autor praticou o delito ou os motivos do crime.

Em uma visão conjuntural, nada impede que um crime seja impelido de “bons” motivos e ainda assim tenha ocorrido por um meio cruel ou insidioso. É o que se convencionou chamar de homicídio qualificado-privilegiado. Nesta hipótese, os parâmetros para aplicação da pena mudam, mas ainda assim incide a minorante do privilégio.

Não se pode atravessar essa ponte dialética sem antes verificar se todo homicídio qualificado pode vir a ser também privilegiado, isso porque as qualificadoras do tipo incriminador podem ser de ordem subjetiva e objetiva.

Esta discussão se mostra importante na medida em que a lei de crimes hediondos, que confere tratamento diferenciado a determinados tipos penais, neles incluso o homicídio qualificado, prolonga o tempo para que o agente delitivo alcance determinadas benesses prisionais. Resta cristalino discutir se o homicídio qualificado-privilegiado deve ter o mesmo tratamento do homicídio qualificado.

O presente trabalho adotará a abordagem bibliográfica como técnica de pesquisa. Através da análise de assuntos já tratados na literatura acadêmica, como posições doutrinárias e a própria literalidade da lei, em conjunto com os compêndios dos tribunais a respeito da matéria ora em estudo, será possível sintetizar o conhecimento almejado, tendo como pano de fundo o tipo penal incriminador do homicídio qualificado-privilegiado no que se refere a sua compatibilidade, ou não, com a lei de crimes hediondos.

O objetivo geral deste projeto final de conclusão de curso é o estudo e análise da lei, doutrina e jurisprudência no que concerne à subsunção do homicídio qualificado-privilegiado nas hipóteses de crimes hediondos da lei correspondente, bem como os diferentes efeitos jurídicos possíveis ao autor do crime em comento conforme o posicionamento adotado.

O assunto será, por motivos de ordem prática, abordado em três capítulos. No primeiro capítulo será analisado o homicídio privilegiado. O foco será as hipóteses de incidência, sua natureza jurídica, as consequências jurídicas fáticas e a visão social sobre o sujeito ativo deste crime.

O segundo capítulo será empregado para o estudo do homicídio qualificado, assim como as diferentes hipóteses de incidência. Os efeitos deletérios ao autor do crime também serão objeto de análise. Analisar-se-á de igual modo a ocorrência mútua entre o homicídio qualificado e o privilegiado e sua conformação na doutrina e jurisprudência.

O terceiro capítulo versará sobre a lei de crimes hediondos e seus aspectos mais graves na esfera penal, processual penal e durante a execução da pena. Será abordada também a compatibilidade, ou não, do homicídio qualificado-privilegiado e a lei de crimes hediondos e a importância desta análise para o sujeito ativo do crime.

O trecho derradeiro da monografia apresentará um resumo sobre todo o trabalho apresentado, indicando os fatores que em maior ou menor medida conduziram ao posicionamento majoritário a respeito do assunto versado por parte da doutrina e jurisprudência.

Este trabalho tem como pórtico o direito, ramo da ciência social tão controverso quanto apaixonante. O direito é uma criação do homem para o homem, a priori. Assuntos que dizem respeito à realidade humana são estudados, detalhados e tutelados. No que se refere ao tratamento penal, nada preocupa mais a mente do homem do que a supressão da sua vida por um par. A ideia de um fim violento

encerrando sua existência, sua capacidade de se realizar enquanto indivíduo, evidencia a necessidade de repressão imediata e severa ao homicídio.

É o tipo de crime que apresenta a maior pena, senão em sua modalidade própria, quando se apresenta em preterdolo ou resultado agravador. Não importa a cultura, lugar ou época. Matar outro ser humano sem um motivo justificador ou explicativo é infenso ao convívio pacífico no agrupamento humano.

A hediondez é inata a tal crime, pois evidencia de maneira mais visceral a efemeridade terrena. Atenta contra o bem jurídico mais caro, por isso merece ser alocado dos demais crimes, servindo como parâmetro de gravidade com relação aos outros delitos.

Faz-se mister esclarecer que toda regra possui exceção, sendo aplicado inclusive ao assassinato. Nem todo homicídio provoca repulsa social. Ao contrário, sob certas hipóteses, retirar a vida de um semelhante pode, não só, não inquietar o espírito coletivo, como ser motivo de ode a determinada noção de justiça, estatal ou informal, na qual o cidadão usurpa para si a função de carrasco.

Há países em que o Estado comete “assassinato” como repressão ao crime de homicídio ou outros crimes tão graves. Colocando de lado a análise comparada de sistemas penais, a ideia de punir o réu por um meio tão peremptório, avesso a reparações por erros, sobretudo com o apoio ou conivência da sociedade, desperta no estudioso do tema a inquietude do pensamento ontológico. Será a vida tão importante ou tudo não passa de um ponto de vista? Nesta hipótese, a pena e suas eventuais consequências, irremediáveis em casos de erro, são entoadas em loas por uma sociedade que urge justiça ou qualquer arremedo que se apresente.

Importante remeter à hipótese do homicídio por legítima defesa, que se caracteriza quando alguém, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Neste caso, a caracterização de crime não chega a se formar por exclusão da ilicitude. A ideia é simples: qualquer pessoa na mesma situação agiria da mesma forma. Não existe sanção penal, tampouco a social. Sem encarceramento, sem olhares tortos. Ainda sim, além do elemento subjetivo, tal hipótese é cercada de noções constatáveis no mundo fático, como meios necessários e uso moderado.

É possível, no entanto, que um homem ceife a vida de outro por um motivo de grande importância social ou moral, ou mesmo que tenha sido conduzido a delinquência por provocação imerecida da vítima, levando-o a perturbação

emocional. O crime não ocorreu acobertado pela excludente de antijuridicidade, mas ainda assim tem sua gravidade suavizada pela óptica social, merecendo dessa forma reprimenda abrandada. O problema surge quando tal crime ocorre por meio ou modo de execução cruel.

1. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

Questão inerente do ponto de vista analítico é diferenciar minorantes (ou causas de diminuição de pena) e privilegiadoras. Esta individualização de termos não só possui importância didática, como esclarece a origem da problemática que serve de base para o trabalho.

1.1 Minorantes

As minorantes ou causas de diminuição de pena possuem papel basilar no modelo adotado pelo Código Penal brasileiro, em vigor (Decreto Lei 2848/40), para aplicação da pena. Ocorre que a codificação pátria adotou o sistema trifásico de Nelson Hungria, em que o magistrado deve fixar a pena-base observando etapas predefinidas, como esclarece Greco (2016, p. 120):

Tendo o julgador chegado à conclusão de que o fato praticado é típico, ilícito e culpável, dirá qual a infração penal praticada pelo agente e começará, agora, a individualizar a pena a ele correspondente. Inicialmente, fixará a pena-base de acordo com o critério trifásico determinado pelo art. 68 do Código Penal. Atendendo às chamadas circunstâncias judiciais; em seguida, levará em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento de pena. Esta é a fase da chamada *aplicação da pena*, a qual compete, como deixamos antever, ao julgador, ou seja, ao aplicador da lei. A individualização sai do plano abstrato (cominação/ legislador) e passa para o plano concreto (aplicação/julgador).

Conforme explicou o nobre jurista, as minorantes deverão ser observadas pelo magistrado na terceira fase de aplicação da pena. Mas o que são causas de diminuição de pena? Determinadas circunstâncias, envolvendo crimes, podem despertar no corpo social a noção de que determinada conduta delituosa deve ser punida, mas com rigor arrefecido. Tais circunstâncias podem dizer respeito ao criminoso, ao resultado ou à vítima. Podem encontrar-se na parte geral (causas gerais de diminuição da pena) ou parte especial (causas especiais de diminuição da pena) do código.

A pena, no presente contexto, continua a ser aplicada, pois o bem jurídico foi lesado ou ameaçado de lesão, ensejando a resposta estatal à conduta delituosa, entretanto a punição não será a mesma do crime cometido em circunstâncias “normais”. Logo não se trata de ausência de punição, mas de reprimenda mitigada após a análise do crime.

Em termos sucintos, na fase derradeira de aplicação da pena, o magistrado deverá reduzir da pena determinado *quantum* fracionário, que geralmente se apresenta em uma margem valorativa. Neste ponto, deverá o magistrado analisar qual fração deverá retirar da reprimenda penal, levando em consideração as circunstâncias presentes na ocorrência delituosa. O crime, neste caso, não será abarcado por novos parâmetros para aplicação da pena, tampouco terá o juiz ampla discricionariedade para reduzir a reprimenda, trata-se apenas de parâmetros fracionários instituídos pelo legislador para que o magistrado escolha, fundamentadamente, um valor dentro da margem que reduzirá a pena.

Neste ponto, a distinção entre minorantes ou causas de diminuição de pena e atenuantes é patente, na medida em que esta não possui um *quantum* estabelecido em lei, cabendo ao juiz decidir no momento da dosimetria, tendo como farol a jurisprudência, doutrina e, acima de tudo, o bom senso, enquanto aquela não permite maleável margem de discricionariedade ao magistrado, na medida em que possui margens pré-estabelecidas em lei, ficando o douto juiz adstrito aos parâmetros erigidos na codificação penal pátria pelo legislador, restando assim tarefa mais aritmética que valorativa.

1.2 Privilegiadoras

Outro aspecto intrigante do Código Penal brasileiro se configura pela presença dos tipos privilegiados. Alguns crimes podem possuir características tão intrínsecas e diferenciadoras que não se amoldam, ou melhor, transpõe o tipo penal base. Essas circunstâncias criminais, no caso das privilegiadoras, como o próprio nome sugere, amenizam a reprovabilidade da conduta errática, culminando assim em penas mais brandas.

Ocorre que, diferente das minorantes, em que se aplica um *quantum* fracionário sobre a pena com o mote de reduzi-la, nas privilegiadoras, os parâmetros da pena em abstrato são alterados, restando ao magistrado a estrita observância a determinação da lei. Neste caso, os limites mínimo e/ou máximo da pena são reduzidos, e sobre eles deverão ser analisadas circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, para em seguida se analisar causas de diminuição e aumento de pena. Em regra, trata-se de crime novo.

Para melhor compreensão das privilegiadoras, faz-se mister entender um fenômeno penal chamado conflito aparente de normas, que ocorre quando para determinada situação fática jurídica, aparentemente poderiam incidir duas normas penais. Em termos práticos, o juízo de subsunção poderia comportar a incursão em mais de uma norma sem necessidade de malabarismos interpretativos. Evidente que tal noção é ilusória, pois o direito penal não permite a incidência múltipla de tipos incriminadores sobre a mesma conduta. No caso, prevalecerá, sempre, apenas uma proibição.

Mutatis mutandis, a privilegiadora habita esse nicho penal, pois, aos olhos leigos, como ela desdobra-se de um tipo basilar, determinado fato poderia se amoldar a ela ou ao tipo fundamental.

Na seara do conflito aparente de normas, como se depreende, a solução é simples, na medida em que a confusão é putativa, logo um único tipo é aplicável ao fato desde o início. A tarefa de reconhecer qual tipo penal incidirá sobre a conduta delituosa cabe a determinados princípios elencados pela doutrina. Dentre estes princípios, o da especialidade se apresenta como ferramenta de compreensão das privilegiadoras. Estas são, antes de tudo, tipos penais derivados com elementares favoráveis ao condenado. Por sua vez, o princípio da especialidade prega que sempre deve ser aplicado o tipo penal que possui os elementos do tipo base mais alguns próprios, chamados de especializantes. Para melhor compreensão, sempre válida é análise de Capez (2012, p. 77):

É como se tivéssemos duas caixas praticamente iguais, em que uma se diferenciava da outra em razão de um laço, uma fita ou qualquer outro detalhe que a torne especial. Entre uma e outra, o fato se enquadra naquela que tem o algo a mais. O infanticídio tem tudo o que o homicídio tem, e mais alguns elementos especializantes: a vítima não pode ser qualquer “alguém”, mas o próprio filho da autora + o momento do crime deve se dar durante o parto ou logo após + a autora deve estar sob influência do estado puerperal. O tráfico internacional de drogas se distingue do contrabando porque se refere, especificamente, a um determinado tipo de mercadoria proibida, qual seja, a substância entorpecente. A subtração de incapazes se diferencia do sequestro porque pressupõe que a vítima seja, especificamente, menor de 18 anos ou interdito, e deve ser subtraída de quem tem a sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial. O estupro é o constrangimento ilegal com uma finalidade específica: submeter alguém a atos de cunho libidinoso (embora também se possa cogitar do princípio da subsidiariedade nesse caso, como adiante se verá). Tem-se assim, um único fato, o qual na dúvida entre uma caixa comum (a norma genérica) e uma com elementos especiais, opta pela última.

Para diferenciar a norma geral da especial não é necessário adentrar a análise fática, bastando o simples raciocínio *in abstracto* das descrições contidas nos tipos

penais. Importante esclarecer que pelo princípio da especialidade, o tipo derivado pode tanto prejudicar, como favorecer o condenado. Os limites mínimo e/ou máximo da pena podem ser tanto reduzidos, como protraídos. Naquele caso, o tipo penal será privilegiado, neste caso, será qualificado. Trata-se, antes de tudo, de política criminal, função esta que cabe ao legislador. O homicídio qualificado será abordado posteriormente no trabalho.

Do que foi exposto é possível agora passar a análise do homicídio privilegiado. O Código Penal é cristalino em seu art. 121, § 1º, na medida em que cometendo o agente crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, terá sua pena reduzida pelo juiz na proporção de um sexto a um terço.

Não há novos parâmetros para aplicação da pena, persistindo a razão de 6 a 20 anos. O legislador entendeu na espécie que as circunstâncias adicionais da conduta delituosa merecem reprimenda branda, mas não mudaram os limites legais para esse fim. Do exposto, mostra-se razoável concluir que o homicídio privilegiado, alcunha esta de origem doutrinária e eco jurisprudencial, não se amolda a tipo penal derivado do homicídio simples, isto do ponto de vista estritamente técnico. Logo não incide na fase que antecede a aplicação da pena, na qual o juiz deve verificar quais os limites legais que a pena deve se restringir nas duas primeiras fases da dosimetria. Apresentado o ponto de vista doutrinário, Greco (2016, p. 226) defende a noção mais ampla do que seria privilégio na esfera penal:

Embora somente pudesse ser considerado como privilegiado quando as penas mínima e máxima (ou pelo menos uma delas) fossem inferiores àquelas cominadas no caput, a doutrina, majoritariamente, também considera privilegiado o delito na hipótese de aplicação de causas de redução de pena.

Citando como exemplo o art. 121, § 1º do Código Penal (homicídio privilegiado), prossegue o nobre mestre:

Como se percebe pela redação do parágrafo acima transcrito, não foram determinados os limites mínimo e máximo em quantidades inferiores ao caput do art. 121 do Código Penal, tendo a lei penal, tão somente, possibilitado a redução da pena de um sexto a um terço. No entanto, quando o homicídio é praticado nessas condições, fala-se em homicídio privilegiado, passando, portanto, a também gozar do status de privilégio as causas de diminuição de pena.

O homicídio que tem como pano de fundo o rompante da emoção humana desencadeado por provocação imerecida da vítima, revestido de relevante valor social

ou moral, em virtude de sua consequência, redução de proporção fracionária, encaixa-se nas minorantes ou causas de diminuição de pena, razão pela qual a alcunha de homicídio privilegiado, apesar de eventuais vantagens didáticas, não possui precisão técnica suficiente. Entretanto, tendo como pórtico a corrente majoritária, deve-se compreender o crime privilegiado tanto o novo tipo penal benéfico ao autor do crime, como eventual causa de diminuição de pena, que de qualquer modo irá melhorar sua condição penal.

A situação favorável do homicídio privilegiado, por ser minorante, deve ser observada pelo magistrado na terceira fase de aplicação da pena, fase esta em que a pena, com a ajuda da causa de diminuição em tela, ou outra qualquer, poderá arrastar a pena aquém do mínimo previsto no tipo, beneficiando o réu incontestavelmente.

1.3 Homicídio privilegiado

O Código Penal brasileiro estabelece que faz *jus* a causa de diminuição de pena do § 1º do art. 121 quem comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Neste caso, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Invariavelmente, tendo em vista as explicações alhures, trata-se do homicídio previsto no tipo básico, hodierno homicídio simples do caput do art. 121 do Código Penal mitigado por uma causa de diminuição de pena oriunda de circunstâncias de ordem subjetiva, mas que possuem força suficiente para abrandar a reprimenda penal.

Questão interessante diz respeito sobre a cogência ou não da redução da minorante em análise. Em suma, se o magistrado é obrigado a reduzir a pena ou se nada mais é do que um poder do julgador, presente na esfera discricionária do árbitro da causa criminal. Afinal, a causa de diminuição de pena deve ser aplicada ao bel prazer do juiz? Toda essa questão se mostra pouco tormentosa na atualidade, tanto na doutrina, como na jurisprudência, principalmente após a promulgação da Lei nº 11.689, de 9 de Junho de 2008, que reformulou o procedimento do júri. Entretanto a querela já foi centro de debates e discussões no mundo jurídico.

Defendendo o ponto de vista dos adeptos da obrigatoriedade de incidência da minorante, presentes seus requisitos, argumenta Delmanto (2000) citado por Capez (2012, p. 50):

“em favor da não obrigatoriedade da redução argumenta-se com o art. 492, § 1º, do CPP, que consigna: ‘Ao juiz ficará reservado o uso dessa faculdade’. Cabe assinalar, porém, que a indagação do homicídio privilegiado é ‘quesito de defesa’. De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, se essa indagação não precede os quesitos de qualificação do homicídio, há nulidade absoluta do julgamento (STF, Súmula 162, RTJ 104/752, Pleno — 95/70). Ora, se a indagação do homicídio privilegiado é tão importante que a sua mera posposição torna nulo o julgamento do júri, seria sumariamente incoerente impor sua formulação, mas deixar ao puro arbítrio do juiz a aplicação ou não de redução de pena decidida pelos jurados. Por isso, e em respeito à tradicional soberania do júri, hoje constitucional (CR/88, art. 5º, XXXVIII, c), entendemos que, quando for reconhecido pelos jurados o homicídio privilegiado, o juiz-presidente não deve deixar de reduzir a pena, dentro dos limites de um sexto a um terço. A quantidade da redução prevista no § 1º do art. 121 ficará, esta sim, reservada ao fundamentado critério do magistrado”

Por outro lado, entre os defensores do entendimento que a minorante do homicídio privilegiado atribui ao juiz margem de discricionariedade, permitindo ao mesmo a possibilidade de deixar de aplicá-la, leciona Noronha (1994) citado por Capez (2012, p. 51):

A oração do artigo, a nosso ver, não admite dúvidas: poder não é dever. Dissesse a lei, por exemplo, ‘o juiz deve diminuir a pena’ ou ‘a pena será diminuída’ etc., e a diminuição seria imperativa. Em face da redação do artigo, outra interpretação não nos parece possível.

Dos argumentos supracitados, pode-se afirmar que deve prevalecer o bom senso jurídico. É cediço no direito, ciência social em que as palavras conduzem o intérprete a viagens denotativas e conotativas, trespassando a etimologia e a epistemologia, que o vocábulo “pode” nem sempre remete a ideia de possibilidade, podendo apresentar o significado de dever. Em suma, representa o ideal de poder-dever ou dever-poder, expressão máxima da vinculação aos operadores do direito.

Aliado a tudo isto, o advento da lei que reformulou a parte do Código Penal referente aos crimes de competência do tribunal do júri deixou nítido que cabe ao conselho de sentença a decisão sobre a existência, ou não, da causa de diminuição de pena do homicídio privilegiado, restando ao magistrado somente a discricionariedade do *quantum* de aplicação da norma. Ou seja, presentes os requisitos legais e reconhecidos pelo tribunal do júri, sua incidência é vinculada, obrigatória. Somente o grau de redução será objeto de liberdade do magistrado. Entretanto é de bom juízo esclarecer que qualquer decisão judicial deve ser fundamentada sob pena de nulidade, incluindo a fração que reduzir a pena.

1.3.1 Relevante valor social

O homicídio privilegiado possui três hipóteses de incidência. A primeira diz respeito ao crime cometido por motivo de relevante valor social, logo, nada mais avalia que a causa de ocorrência do delito. Faz-se mister analisar detalhadamente cada termo da expressão em comento, tendo em vista as especificidades da linguagem em todos os seus contextos. Pelo motivo, depreende-se a causa da ocorrência do crime doloso. Não existe crime intencional sem um porquê, sem um mote que justifique sua ocorrência no mundo prático.

Talvez seja a necessidade humana de explicar os acontecimentos que motive os operadores do direito a perquirir as causas delitivas. A bem da verdade, todo crime tem um motivo, até mesmo os culposos, cujos motivos são os fatores que contribuíram em maior, ou menor, medida para a ocorrência do crime, sendo alcançado através da negligência, imperícia e/ou imprudência. Da mesma forma que o homem traído ceifa a vida da consorte, o motorista displicente dilacera a perna do transeunte objetivando algo diverso do que ocorreu. O condutor pretendia chegar a um destino, mas acabou lesando a vítima. Tudo isso evidencia a explicação lógica dos acontecimentos.

No que diz respeito à relevância, deve ser fora do comum, deve, acima de tudo, ser importante. Deve ser relevante, notável. É indispensável que seja digno de apreço. Não pode ser algo rotineiro. Não pode transmitir ao conselho de sentença que o motivo que impeliu o criminoso foi extraído de motivos estritamente baratos, corriqueiros. No mesmo sentido o ensinamento de Bitencourt (2012, p. 76):

É insuficiente, porém, para o reconhecimento da privilegiadora, o valor social ou moral do motivo: é indispensável que se trate de valor relevante, como destaca o texto legal. E a relevância desse valor, social ou moral, é avaliada de acordo com a sensibilidade média da sociedade e não apenas segundo a sensibilidade maior ou menor do sujeito ativo, embora não se possa esquecer que a relevância do valor social ou moral é subjetiva e não puramente objetiva.

Quanto ao valor social, deve-se ter como mote da conduta a coletividade, não a individualidade. O agente deve ter cometido o crime tendo em vista o interesse grupal. Em linhas pueris, tal hipótese transcorreria como arremedo de legítima defesa coletiva, onde um sujeito, tomando às vezes de justiceiro social, defenderia o bem jurídico da coletividade.

Hipótese ilustrativa, e contextual, diz respeito ao sujeito que, revoltado com a corrupção generalizada do mundo político, corrupção esta que acarreta a morte de milhares, seja por recursos que não chegam a postos de saúde para atender a população, seja por quantias que poderiam ser usadas para minimizar a violência urbana que assola as cidades por meio de investimentos em segurança, alveja senador da república levando-o a óbito. É evidente que o homicídio merece ser punido, pois não cabe ao cidadão fazer “justiça” com as próprias mãos, mas em virtude de ter cometido o crime impellido por motivo que ultrapassa a esfera pessoal, colocando a coletividade como pano de fundo, a pena deve ser agraciado com a redução da minorante em tela.

É corrente também na doutrina o exemplo do autor que assassina indivíduo traidor da nação. Esta redução possui um aspecto simbólico ímpar, na medida em que permite a própria sociedade, representada no conselho de sentença, o reconhecimento da defesa de seu interesse. O sujeito ativo alegará que cometeu o crime defendendo interesse da sociedade, sendo que esta terá a propriedade de julgar tal conduta. Não poderia haver julgador mais qualificado e justo.

Conforme o entendimento supracitado é evidente que o indivíduo que assassina um traidor da nação, ainda que este tenha cometido ato imperdoável do ponto de vista social, não pode ser beneficiado pela legítima defesa se o infiel não o impôs injusta agressão a direito seu ou de outrem, entretanto, com base no motivo determinante do crime, defesa do interesse coletivo, poderá ser beneficiado pelo conselho de sentença com a redução correspondente ao homicídio privilegiado, cabendo ao magistrado presidente do tribunal do júri sopesar as circunstâncias para determinar o *quantum* de redução.

Importante salientar que ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social é circunstância que sempre atenua a pena, conforme disposição do art. 65 do Código Penal, logo, sendo reconhecida a minorante do homicídio privilegiado, não deverá o agente ser beneficiado com a circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria.

1.3.2 Relevante valor moral

Quanto ao relevante valor moral, diferente do valor social, diz respeito à individualidade. Aqui o motivo não mais representaria o espírito comunitário,

voltando a esfera de individualidade, onde os jurados do conselho de sentença deverão analisar um pretexto estritamente subjetivo, mas tendo como prisma qualquer cidadão nas mesmas circunstâncias, ou seja, aprovado pela moralidade média. Assim como o mote coletivo, o motivo deve ser relevante, fora do comum. Não pode ser banal, corriqueiro.

Em linhas gerais, o motivo de relevante valor moral é superior, nobre acima de tudo, altruísta em sua essência. Entre os sentimentos atrelados as hipóteses, destacam-se a compaixão, misericórdia, pena. Sobre o tema, esclarece com maestria Bitencourt (2012, p. 76):

Relevante valor moral, por sua vez, é o valor superior, enobrecedor de qualquer cidadão em circunstâncias normais. Faz-se necessário que se trate de valor considerável, isto é, adequado aos princípios éticos dominantes, segundo aquilo que a moral média reputa nobre e merecedor de indulgência. O valor social ou moral do motivo deve ser considerado sempre objetivamente, segundo a média existente na sociedade, e não subjetivamente, segundo a opinião do agente, que pode ser mais ou menos sensível.

A título de ilustração, o pai que, muito tempo depois de estupro e assassinato da filha, descobre a identidade e o paradeiro do criminoso. Empreendendo vingança, mata o celerado. Neste caso, poderá o pai ser acobertado pela causa de diminuição de pena, mas é evidente que tudo isso depende da concordância expressa do tribunal do júri no preenchimento dos quesitos derradeiros. Tal exemplo ainda desperta discordância jurídica prática, pois se alega que ao matar o estuprador, o pai estaria, na verdade, afastando tal indivíduo errático do corpo social, beneficiando diretamente a comunidade, logo seria impelido por motivo de relevante valor social. Seja qual for o entendimento, o certo é que será beneficiado pela minorante do homicídio privilegiado.

Hipótese presente em toda boa doutrina referente ao relevante valor moral diz respeito à eutanásia, situação esta em que o agente, com o escopo de encerrar sofrimento alheio irremediável ou de solução improvável, adota medidas tendentes a extinguir a vida de seu semelhante, com a anuência do mesmo.

Atitudes tendentes a suplantar o sofrimento de moribundos têm o condão de despertar, senão admiração, menor grau de reprovabilidade social, logo, quis o legislador mitigar a pena do infrator altruísta. Discorrendo sobre o tema de maneira pormenorizada e esclarecedora, Capez (2012, p. 52):

Eutanásia ou homicídio piedoso. Significa boa morte. É o antônimo de distanásia. Consiste em pôr fim à vida de alguém, cuja recuperação é de difícil prognóstico, mediante o seu consentimento expresso ou presumido, com a finalidade de abreviar-lhe o sofrimento. Troca-se, a pedido do ofendido, um doloroso prolongamento de sua existência por uma cessação imediata da vida, encurtando sua aflição física. Pode ser praticada mediante um comportamento comissivo (eutanásia ativa) ou omissivo (forma passiva). No primeiro caso, por exemplo, o médico aplica uma injeção letal no paciente a seu pedido, por não suportar mais vê-lo sofrendo. O autor age, interfere positivamente no curso causal; a segunda hipótese é a do paciente com câncer em estágio terminal, já inconsciente, o qual é transferido da UTI para o quarto do hospital ou para sua casa, mediante autorização expressa de sua família, presumida a sua aquiescência. Ninguém provoca a sua morte, mas a cadeia de causalidade prossegue, sem que seja interrompida pelo médico ou por terceiros. Geralmente, é o que ocorre na prática — há uma consulta à família, no sentido de manter os tubos e aparelhos ligados à pessoa, e com isso aprofundar sua degradação física ou paralisar o tratamento e aguardar o desfecho da natureza. Em nossa legislação, ambas as modalidades configuram homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º — relevante valor moral), sendo a modalidade omissiva um crime omissivo impróprio, por quebra do dever legal (CP, art. 13, § 2º, a). É possível sustentar a atipicidade na eutanásia omissiva, sob o argumento de que, em situações extremas, não há bem jurídico a ser tutelado, já que a vida só existe do ponto de vista legal, mas em nada se assemelha aos padrões mínimos de uma existência digna, dado que a pessoa está apenas vegetando. Entretanto, é orientação pacífica na doutrina e jurisprudência que em ambos os casos ocorre homicídio privilegiado. Em alguns países da Europa, como a Holanda, desde abril de 2001, ela não mais configura crime. Não é o caso do Brasil.

Faz-se mister explicar que, assim como o homicídio de relevante valor social, ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor moral é circunstância que sempre atenua a pena, conforme disposição do art. 65 do Código Penal, logo, sendo reconhecida a minorante do homicídio privilegiado, não deverá o agente ser beneficiado com a circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria, não configurando, em qualquer caso, situação mais deletéria ao condenado.

1.3.3 Reação à injusta provocação

A terceira hipótese de incidência da causa de diminuição de pena do homicídio privilegiado, segunda parte do § 1º do art. 121 do Código Penal, acoberta quem comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Neste caso, reconhecida a subsunção do fato à norma, reduzir-se-á a pena de um sexto a um terço.

Tal benesse penal está diretamente ligada ao estado anímico do agente no momento do cometimento do crime. Importante esclarecer que o artigo 28 do Código Penal pátrio é categórico ao descartar a justificativa da emoção ou paixão como causa

de exclusão da imputabilidade do crime. A causa de diminuição de pena visa beneficiar o agente movido pela emoção, que é um sentimento efêmero e situacional. Determinada situação vivenciado pelo sujeito desencadeia um rompante emocional, abalando sua estabilidade psíquica. Diferente seria se o tipo abarcasse a paixão, sentimento este mais perene, crônico, em que sentimentos se encontram latentes no sujeito. A exteriorização da paixão pode ser desencadeada por situações que o sujeito passa, mas o sentimento em si é algo mais duradouro no indivíduo. Entretanto, quis o legislador regalar o criminoso movido pela emoção, não a paixão, com a mitigação de sua pena.

Por questões práticas e pedagógicas, urge analisar todos os elementos que compõe a terceira hipótese do homicídio privilegiado. A expressão sob o domínio remete a ideia de causa que, necessariamente, determinou o cometimento do crime. Deve ser extremamente forte, brutal. A emoção deve subjugar totalmente o agente. Em síntese, sem a emoção o agente não teria cometido o crime. Importante esclarecer que o sujeito ativo deve necessariamente ser dominado pelo sentimento para fazer jus a causa de diminuição de pena, não bastando a simples influência para o cometimento do delito. Entretanto, sendo apenas influenciado pela emoção, terá sua situação melhorada pela atenuante correspondente do artigo 65 do Código Penal. É evidente que a redução da minorante do homicídio privilegiado será mais generosa com o autor do crime do que a atenuante.

Sendo assim, se a emoção sobrepujar totalmente o criminoso, fará *jus* à causa de diminuição de pena. Tendo a emoção apenas influenciado o mesmo, será beneficiado com a atenuação da reprimenda estatal.

Ao se analisar a violenta emoção, deve-se entender violenta ira, ódio, cólera, pois tais sentimentos que estão intimamente ligados ao cometimento de crimes. Importante frisar que o tipo trata da emoção e não da paixão, que vez ou outra se confunde com aquela, mas que não tem condão de beneficiar o agente. Ainda que mencionada alhures, tal acepção sobre os termos é versada com maestria por Bitencourt (2012, p. 77):

Emoção e paixão praticamente se confundem, embora haja pequena diferença entre ambas e esta se origine daquela. Kant dizia que a emoção é como “uma torrente que rompe o dique da continência”, enquanto a paixão é o “charco que cava o próprio leito, infiltrando-se, paulatinamente, no solo”. A emoção é uma descarga emocional passageira, de vida efêmera, enquanto a paixão, pode-se afirmar, é o estado crônico da emoção, que se alonga no tempo, representando um estado contínuo e duradouro de perturbação afetiva. Em outras palavras, a emoção passa, enquanto a paixão permanece,

alimentando-se nas suas próprias entranhas. Alguns pensadores chegam a situar a paixão, por suas características emocionais, entre a emoção e a loucura.

A distinção dos termos não é sempre nítida, podendo gerar confusão explicativa, levando o leitor a se confundir ainda mais, em vez de esclarecer algo. Se teoricamente a diferenciação é tormentosa, a análise de casos concretos se torna tarefa hercúlea, podendo levar o julgador, no caso o tribunal do júri, a cometer injustiças se não foram apreciados com parcimônia os autos do processo. Tendo isto em vista, qualquer esforço doutrinário com o intuito de esclarecer estes termos jurídicos deve ser fomentado, pois a conclusão levará invariavelmente a modificação da situação do autor do crime.

Não basta apenas a emoção. Esta deve ser arrebatadora. Deve ser de tal modo que foge da normalidade. A paixão alcançada pelo tipo é delirante, violenta.

Quando o legislador inseriu a parte concernente a logo em seguida, quis restringir a incidência da causa de diminuição à reação imediata do criminoso contra a vítima, não abarcando aquele indivíduo que age friamente, postergando sua reação sob um enfoque maquinador. Antes de tudo, quis o legislador impedir o hiato proposital. Não se deve adotar soluções draconianas, pois o legislador não estabeleceu um tempo certo. O legiferador pretendeu apenas evitar distorções injustas que poderiam vir a beneficiar quem não faria *jus* ao regalo jurídico. Objetiva-se evitar que a reação a injusta provocação seja postergada pelo autor do homicídio, possibilitando que este venha a aproveitar tal intervalo para por em prática planos insidiosos. Persistindo a emoção por tempo razoável, a incidência da minorante não será despropositada, contudo se transcorrer tempo suficiente para arrefecer sentimentos atrozos, não se deve reconhecer a causa de diminuição de pena.

Apresentando argumentos no mesmo sentido, não elasticidade do lapso temporal entre a emoção e a conduta criminal, com o auxílio de situações hipotéticas, afirma Gonçalves (2016, p. 126):

Para a aplicação do benefício, mostra-se necessária a chamada reação imediata, ou seja, que o ato homicida ocorra logo em seguida à provocação. Não existe uma definição exata em torno da expressão “logo em seguida”, sendo ela normalmente reconhecida quando o homicídio ocorre no mesmo contexto fático da provocação ou minutos depois. Assim, se a vítima xinga o agente dentro de um bar e este imediatamente saca um revólver e a mata, não há dúvida de que o fato se deu logo após a provocação. Esse requisito, contudo, mostra-se ainda presente, se a pessoa xingada vai até seu carro ou até sua casa, que fica nas proximidades, retorna ao bar minutos depois e mata a vítima.

Apesar da exigência do imediatismo, nada impede que um agente permaneça sob o domínio de violenta emoção durante um período prolongado após a injusta provocação da vítima. Seria o caso de universitário que, injuriado e difamado de maneira humilhante por um colega em plena aula, locomove-se até sua residência para buscar arma de fogo para, voltando à universidade, assassinar o desafeto. Neste caso, assim como no caso da arma se encontrar no carro estacionado na universidade, deve ser reconhecida a incidência da causa de diminuição de pena.

O operador do direito deve ter como base o bom senso, portanto, um lapso de tempo razoável não seria causa suficiente para afastar a minorante se o autor se encontrar sob o domínio de violenta emoção que o impeliu ao cometimento do crime. Para evitar injustiças, não deve os doutrinadores e/ou douto juízes fixarem minutos ou horas para o criminoso aproveitar a benesse penal, pois nem mesmo o legislador pretendeu ser tão ousado, devendo, em todo caso, ser analisado cada caso concreto que se apresentar.

E se o agente tomar conhecimento da injusta afronta em lugar e tempo diversos do ocorrido? Estará ainda acobertado pela causa de diminuição de pena do homicídio privilegiado? Expurgando qualquer dúvida, esclarece Gonçalves (2016, p. 126):

É possível que a provocação tenha ocorrido há muito tempo, mas o agente só tenha tomado conhecimento pouco antes do homicídio e, nessa hipótese, há privilégio. Deve-se, pois, levar em conta o momento em que o sujeito ficou sabendo da injusta provocação e não aquele em que esta efetivamente ocorreu. Ex.: uma pessoa, em reunião de amigos, difama gravemente outra que não está presente. Alguns dias depois, uma das pessoas presentes à reunião encontra-se com aquele que foi difamado e lhe conta sobre o ocorrido. Este, ao ouvir a narrativa, fica extremamente irritado e, de imediato, vai à casa do difamador e comete homicídio.

Portanto, ainda que o homicídio tenha ocorrido em momento e lugar diversos da injusta suscitação, poderá o criminoso ser beneficiado pela minorante do homicídio privilegiado, pois a relação de curto espaço de tempo deve ser auferida entre o conhecimento da imerecida provocação e o homicídio, sendo que nem é inerente simultaneidade, bastando apenas a cólera como motivo determinante do crime. Do exposto, a análise do caso concreto deve servir de norte para o reconhecimento do privilégio em detrimento de padrões rígidos e não razoáveis.

No que diz respeito ao último requisito, a injusta provocação, urge diferenciá-lo da injusta agressão. Tal acepção se mostra essencial tendo em vista que podem,

inexoravelmente, conduzir o réu a situações distintas com consequências igualmente dissonantes.

Restringindo-se a vítima a apenas provocar o agente, caso este assassine aquela, será beneficiado com causa de diminuição de pena. Entretanto, infringindo a vítima ao criminoso injusta agressão, preenchidos os demais requisitos da legítima defesa, artigo 25 do Código Penal, como uso moderado dos meios necessários, agressão atual ou iminente, este poderá ser absolvido, pois acobertado por causa de exclusão da ilicitude. Situação hipotética, que ilustra adequadamente a querela jurídica, diz respeito ao marido traído que flagra a esposa na cama com o amante, fulminando ambos em ato contínuo. É límpido que não poderá o criminoso alegar legítima defesa, tendo em vista, a priori, não ter havido injusta agressão. Da mesma forma, é evidente que não se pode negar que qualquer pessoa na condição do mesmo, enxergaria tal cena como provocação imerecida, logo, nada impede que o agente faça *jus* a minorante do homicídio privilegiado. Importante notar que a afronta não precisa, necessariamente, ser intencional por parte da vítima, como no caso da adúltera que, a bem da verdade, provavelmente pretendia manter a traição às escondidas. Basta que o agente se sinta provocado.

Faz-se mister elucidar que a provocação não precisa ser ilícita em sentido estrito, só precisa não ser permitida ou autorizada por lei. O tipo exige apenas que seja injustificada, imerecida, portanto o agente não deve ter contribuído de qualquer maneira para o desafio da vítima. Sobre o tema, basilar o magistério de Bitencourt (2012, p. 79):

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, não autorizada por lei, ou, em outros termos, ilícita. A injustiça da provocação deve ser de tal ordem que justifique, de acordo com o consenso geral, a repulsa do agente, a sua indignação. Essa repulsa não se confunde com legítima defesa, como injusta provocação tampouco se confunde com agressão injusta. Com efeito, 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 elementar indispensável, que é a injustiça da provocação.

Hipótese interessante diz respeito ao auxílio, coautoria ou participação, que porventura possa receber o agente para o cometimento do crime. Será o terceiro envolvido no delito beneficiado com a causa de diminuição de pena? De maneira elucidativa, responde Gonçalves (2016, p. 127):

Todas as figuras de privilégio são de caráter subjetivo, porque ligadas à motivação do agente (relevante valor social ou moral) ou à motivação somada à violenta emoção. Assim, nos termos do art. 30 do Código Penal, não se comunicam a coautores e partícipes do homicídio. Ex.: pai encontra o estuprador da filha e começa a desferir golpes para matá-lo. Nesse momento, um amigo chega ao local e, sem saber que se trata do estuprador, ajuda-o a matar o malfeitor. O pai responde por homicídio privilegiado, o amigo não. É evidente, contudo, que, se a motivação dos agentes for a mesma, será possível o reconhecimento do privilégio para ambos. Ex.: pai e mãe que matam o estuprador da filha.

Como bem explicou o doutrinador, o homicídio privilegiado versa sobre circunstâncias estritamente subjetivas, logo, por força do disposto no artigo 30 do Código Penal, por não serem elementares de crime, não são transmissíveis. Nada impede, todavia que o terceiro participante do delito compartilhe dos mesmos sentimentos ou sinta-se igualmente ofendido, somente neste caso, deverá fazer *jus* as consequências favoráveis do homicídio privilegiado.

Do exposto, infere-se que, se o homicídio privilegiado fosse de fato um privilégio penal, com parâmetros de aplicação de pena, e não uma causa de diminuição de reprimenda, o terceiro envolvido no crime seria beneficiado, desde que consciente da situação fática, pois neste caso as circunstâncias de caráter pessoal seriam elementares do crime, portanto, transmissíveis.

2. HOMICÍDIO QUALIFICADO

Existem determinados motivos de ocorrência do crime, ou mesmo meios empregados para o desiderato delituoso, que agravam sobremaneira a prática marginal, merecendo dessa forma punição mais grave que normalmente seria aplicada sem tais motivos ou meios engajados. Para alcançar tal mote, lança mão o legislador de mecanismos contundentes para intensificar a pena. Ele pode estabelecer hipóteses que agravam a reprimenda, possibilitando que o juiz aplique leve exasperação na segunda fase de aplicação da pena. O legislador pode também criar majorantes, frações punitivas que aumentam a pena dentro de parâmetros fixos. Mas é possível que tais expedientes não sejam suficientes para exprimir a gravidade das circunstâncias ou meios envolvidos no crime, levando o legislativo a criar tipos derivados.

O tipo derivado, neste caso, constituir-se-á em situação prejudicial ao réu e recebe a alcunha no mundo jurídico de qualificadora, quando agravar a situação do autor do crime. A título ilustrativo, determinado tipo criminal é punido com pena que varia de 4 a 12 anos. A qualificadora, por constituir situação deletéria ao réu, terá pena variável de 10 a 16 anos. Incontestável a situação desfavorável ao sujeito ativo do crime, pois tal incursão em tipo derivado se configura mais prejudicial do que a incidência de agravante ou majorante.

Faz-se mister esclarecer que se porventura a qualificadora possuir elementar que coincida com agravante genérica ou majorante, prevalecerá a qualificadora, sendo dispensadas a agravante e/ou causa de diminuição de pena, pois do contrário seria o réu vítima de *bis in idem*.

Em suma, a qualificadora apresenta novos parâmetros abstratos de aplicação da pena, mínimo e máximo, consistindo em verdadeiro tipo legal, possuindo assim autonomia em relação ao tipo básico. Dessa forma, certos dispositivos que seriam aplicáveis ao tipo básico ou do caput, não necessariamente serão aplicados nos tipos qualificados, a menos que literalmente expreso.

Entretanto, importante afirmar que normalmente o tipo penal derivado qualificado se encontra em parágrafos do tipo básico, dessa forma, apesar de ser autônomo em relação ao crime basilar, incontestável a ligação, pelo menos, no que diz respeito à topografia normativa. Conforme supramencionado, geralmente a qualificadora apresenta novos parâmetros mínimo e máximo mais graves da pena,

mas nada impede que somente apresente novo limite mínimo ou máximo mais grave, mesmo assim será considerada qualificadora. Do exposto, impossível confundir tipo derivado qualificado com eventuais agravante ou majorantes.

Assim como um crime pode ser revestido de menor reprovabilidade social, outro pode despertar horror para terceiros. Para melhor compreensão, deve-se entender o tipo penal do homicídio com uma reta com duas setas opostas. No centro da seta se encontra o homicídio simples, supressão da vida humana por um par. Não existe crime mais infamante ou aterrador. Conduta delituosa com efeitos perpétuos. Entretanto, para determinado lado da reta, o homicídio passa por um arrefecimento condenatório, tendo em vista as circunstâncias que levaram a prática do crime, os motivos se mostraram menos espúrios, logo o condenado é beneficiado com a causa de diminuição de pena do homicídio privilegiado.

No lado oposto do homicídio privilegiado, encontra-se o tipo de homicídio muito mais grave, aterrorizante. As hipóteses são mais abrangentes que o homicídio minorado, podendo abarcar situações que passam pelos motivos do crime, sendo muito mais asquerosos que do “simples” homicídio, abrangendo também os meios empregados para o desiderato criminoso, instrumentos estes que sempre infligem mais sofrimento às vítimas. Determinante também pode ser o modo de execução do crime, pois dificulta ou impossibilita a defesa da vítima, evidenciando a covardia no implemento criminoso. É possível também que um homicídio reste qualificado quando ocorre em ligação de causa e efeito com outro crime. Isto pode ocorrer quando se busca impunidade ou garantir a execução de outro delito.

A condição do agente passivo da conduta criminal pode ser decisiva também para a subsunção ao homicídio qualificado, neste caso, o crime ocorreu, em maior ou menor medida, pelo simples fato da vítima pertencer a determinado gênero ou exercer determinada função pública intimamente ligada com a segurança pública.

Do exposto, infere-se que a caracterização do homicídio qualificado pode depender do motivo, meio, modo de execução, relação com outros crimes e qualidade da vítima.

A tentativa é perfeitamente compatível com todas as hipóteses de homicídio qualificado, bastando, somente, que o crime não se concretize por circunstâncias alheias a vontade do agente. Reconhecida a tentativa, deverá ser aplicada a pena do crime consumado para logo em seguida incidir a causa de diminuição de pena de 1/3 a 2/3.

É possível que o ministério público aponte a ocorrência de mais de uma qualificadora na denúncia e o conselho de sentença chancela tal entendimento. Em tal situação, esclarece Gonçalves (2016, p. 159):

É absolutamente comum o reconhecimento de duas ou mais qualificadoras pelos jurados, como, por exemplo, quando, por motivo torpe, o agente coloca fogo na vítima que está dormindo (três qualificadoras). Acontece que, como se trata de um só crime, por haver uma única vítima, basta uma só qualificadora para que seja aplicada a pena do crime qualificado. Em suma, a pena em abstrato é a mesma — 12 a 30 anos — quer seja reconhecida uma ou mais qualificadoras. Não é justo, contudo, que, no caso concreto, o réu condenado por mais de uma figura qualificada tenha a mesma pena daquele em relação ao qual só se reconheceu uma delas. Por isso, embora os jurados tenham reconhecido duas ou mais qualificadoras, o juiz, no momento da aplicação da pena, usa a primeira delas para fixar a pena-base dentre os limites de 12 a 30 anos, e, em seguida, utiliza as demais como circunstâncias agravantes do art. 61, II, *a a d*, do Código Penal que, à exceção da asfixia, são as mesmas hipóteses que qualificam o homicídio. Não se trata de *bis in idem* porque o juiz só reconhecerá como agravantes genéricas as *outras* figuras reconhecidas pelos jurados.

O posicionamento supracitado se mostra irretocável, pois sendo reconhecida pluralidade de qualificadoras, seria demasiadamente injusta a cominação da mesma pena a que receberia em caso de uma qualificadora. Entendimento diverso seria afronta a inteligência do legislador.

Condenado o réu por homicídio qualificado, não sendo reconhecida a figura privilegiada concomitantemente, incontestável sua incursão nas situações deletérias da Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), entre as quais o cumprimento inicial da pena em regime fechado e lapsos temporais maiores para a obtenção de benefícios penais.

2.1 Quanto aos motivos

Para melhor compreensão, insta a análise em primazia das qualificadoras subjetivas. Elas se encontram circunscritas ao sujeito ativo do crime, a pessoa do criminoso. Qualquer outra variável oriunda do ambiente deverá ser deixada de lado. Urge averiguar o motivo que levou o agente a prática criminosa. Poderá ocorrer em conjunto com outras qualificadoras, mas não depende necessariamente delas. Com maestria, exaure o tema Gonçalves (2016, p. 128):

As qualificadoras de caráter subjetivo são aquelas ligadas à motivação do agente, sendo de suma importância ressaltar que, além das hipóteses de motivo torpe e fútil, as qualificadoras decorrentes da conexão também

inserir-se nesse conceito. Com efeito, embora possuam uma classificação autônoma decorrente do vínculo (conexão) do homicídio com outro crime, é inegável que, quando um homicídio é cometido, por exemplo, para assegurar a execução ou a impunidade de outro crime, o que está tornando o delito qualificado é o motivo pelo qual o agente matou a vítima — assegurar a execução ou impunidade. As Leis ns. 13.104/2015 e 13.142/2015 acrescentaram duas qualificadoras que, em nosso entendimento, são também de caráter subjetivo: o feminicídio e o homicídio de policial ou integrante das Forças Armadas no exercício ou em razão das funções.

O pretexto é inexorável a ação humana. É o gatilho psicológico que precede a lesão ao bem jurídico tutelado. Toda transformação humana na natureza, desprezando-se, evidentemente, aquelas oriundas do reflexo ou eivadas, por qualquer outro meio, de falta de vontade, possui um motivo de agir. No direito é algo ainda mais patente. Faz-se mister esclarecer que até a falta de agir, omissão, possui embasamento motivacional. Para o universo penal, a força motriz que catalisa o delito pode muito bem mitigar ou exponenciar a pena do criminoso. O benefício é evidenciando, como mencionado alhures, no homicídio privilegiado. O motivo piorará a situação do réu no homicídio qualificado.

De acordo com o inciso I, § 2º, do artigo 121 do Código Penal, será qualificado o homicídio cometido *mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe*.

A primeira hipótese qualificadora diz respeito ao homicídio torpe. A torpeza nada mais é do que a abjeção, amoralidade, repugnância. A sociedade se enoja com a motivação do crime, justificando assim a prescrição mais severa da pena. Optou o legislador por exemplificar a torpeza, mas deixou uma cláusula genérica.

O homicídio mercenário evidencia com maestria o motivo torpe. Mercenário é o homicídio motivado por pagamento de dinheiro, antes ou após o crime, ou outra vantagem que porventura será obtida com o fato criminoso. Se o pagamento preceder o crime, será paga de recompensa. Se proceder ao crime, será promessa de recompensa. Urge esclarecer que o homicídio mercenário evidencia um alto grau de impunidade de um sistema investigatório e punitivo. Mercenários, jagunços, pistoleiros e sicários são alcunhas comuns aos indivíduos que empreendem carreira baseada no homicídio de recompensa.

A torpeza, em linhas sucintas, é evidenciada no senso de repugnância da sociedade com relação ao crime. Abarca variadas hipóteses, tendo apenas e hediondez da mente criminoso como limitador da vilania do homicídio. Como exemplo, o marido que mata a mulher com o intuito de receber o seguro de vida

incontestavelmente estará incurso nesta modalidade criminosa, pois o que ensejou o crime foram sentimentos abjetos, motivados pela ganância em detrimento da vida humana. O homicídio impellido pelo preconceito também se amolda ao motivo torpe. Como cláusula genérica, outros pretextos poderão ser invocados para a prática de tal homicídio.

Por sua vez, o inciso II, § 2º, do artigo 121 do Código Penal, afirma que será qualificado o homicídio se for cometido *por motivo fútil*.

Verifica-se na razão alegada para o crime a insignificância, a banalidade, a frivolidade e a mesquinhez. Em termos práticos, a causa ensejadora do crime é desproporcional, desconforme ao delito praticado. O bem jurídico lesado com a conduta do autor foi muito mais significativa que o motivo alegado para seu empreendimento criminoso. É de bom alvitre fazer uso do senso coletivo médio para a constatação da futilidade. Sobre o tema, ensina Bittencourt (2012, p. 86):

Fútil é o motivo insignificante, banal, desproporcional à reação criminosa. Motivo fútil 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. Vingança não é motivo fútil, embora, eventualmente, possa caracterizar motivo torpe. O ciúme, por exemplo, não se compatibiliza com motivo fútil. Motivo fútil, segundo a Exposição de Motivos, é aquele que, “pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime”. Na verdade, essa declaração da Exposição de Motivos não é das mais felizes, porque, se for “causa suficiente para o crime”, justificá-lo-á, logo, será excludente de criminalidade.

Urge esclarecer que a ausência de motivo não deve escusar o agente de incorrer no homicídio qualificado. Ora, se o criminoso alegar que praticou o homicídio sem qualquer causa, conclui-se que o empreendimento criminoso buscou o prazer da prática em si, logo deverá ser incurso nas penas do homicídio qualificado por motivo torpe, tendo em vista que privilegiou sua satisfação com a prática criminosa em detrimento da vida humana. Não seria lógico considerar que o legislador avaliaria menos grave a ausência de ensejo em relação ao motivo torpe ou fútil.

2.2 Quanto aos meios

O meio utilizado para o desiderato criminoso foi objeto de deliberação pelo legislador penal, que instituiu um rol exemplificativo e, mais uma vez, lançou mão de cláusula genérica. O legislador pátrio visou dissuadir, em primeiro lugar, a prática

criminosa, mas almejou também evitar o emprego de meios ardilosos, meios que possam aumentar o sofrimento da vítima ou mesmo resultar perigo para outras pessoas.

Preconiza o inciso III, § 2º, do artigo 121 do Código Penal que o homicídio será qualificado se cometido *com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*.

O veneno é toda substância que inserida no organismo humano, possui capacidade potencial de abalar a integridade física, saúde ou mesmo provocar a morte da vítima. A substância pode ter origem vegetal, animal ou mineral. Tarefa hercúlea se mostra restringir conceitualmente o que pode ser considerado veneno. O açúcar para um ser humano que goza de saúde plena não configura veneno, entretanto se o mesmo for ministrado a um diabético, seu potencial deletério é inquestionável. O mesmo ocorre com a ingestão de substâncias a que a vítima é alérgica, pois, se dirigida a uma pessoa não alérgica, tal substância se mostrará inócua. Logo, o que pode ser veneno para uns, pode não ser veneno para outros. Contudo tal imbróglio ainda está longe de concordância doutrinária, resistindo alguns estudiosos em considerar uma substância que possui o fim de servir de alimento humano como veneno.

Cianeto, arsênico, ricina, cicuta, anthrax e estricnina são exemplos de venenos, mas conforme citado alhures, tal alcunha pode servir até mesmo para substâncias, que a priori, não teriam esse fim. É necessário que a vítima não tenha consciência da ingestão da substância. A título de exemplo, se o criminoso colocar uma arma na cabeça da vítima e obrigá-la a ingerir veneno ocasionando sua morte, não se tratará de homicídio qualificado pelo emprego de veneno, mas sim pelo emprego de meio cruel. O desconhecimento do potencial lesivo da substância que está consumindo é crucial para o reconhecimento da qualificadora em tela. E se a vítima souber da ingestão da substância deletéria e, ainda por cima, quiser ingerir, nem mesmo se tratará de homicídio qualificado.

Análise pertinente diz respeito ao uso de substância que se pensa ser veneno. Acreditando o sujeito ativo que está inserindo na vítima substância que acredita ser deletéria a saúde, mas que na verdade é substância inócua, não responderá por crime algum, tendo em vista se tratar de crime impossível, por ineficácia absoluta do meio. Diferente é a situação que administra quantidade insuficiente de veneno ao sujeito passivo, neste caso responderá por homicídio qualificado tentado. Para a constatação

da qualificadora, imprescindível o exame pericial na vítima, geralmente nas vísceras ou sangue.

Quanto ao fogo e o explosivo, representam de maneira cabal a perversidade do criminoso. A simples supressão da vida da vítima não é suficiente, necessitando a sanha criminosa infligir o mais alto grau de sofrimento ao sujeito passivo do crime.

Para provocar a morte por fogo, utiliza o agente geralmente de substâncias inflamáveis para embeber o corpo da vítima para logo em seguida atear fogo. Nada impede, todavia, que seja reconhecida a qualificadora, por exemplo, se o criminoso incendia a residência da vítima, vindo a mesma a morrer por inalar a fumaça. Determinante será sempre o emprego do fogo, ainda que o sujeito passivo não morra queimado. Sobre o uso de fogo como meio de homicídio e sua ocorrência na sociedade brasileira, esclarece Greco (2015, p. 155):

A utilização de fogo também qualifica o homicídio, uma vez que se trata de meio extremamente cruel à sua execução. Infelizmente, a mídia tem noticiado, com certa frequência, a utilização de fogo em mortes de mendigos, índios, enfim, de pessoas excluídas pela sociedade, que vivem embaixo de viadutos, em praças públicas etc. Também é comum a veiculação de informações de traficantes que se valem desse meio cruel a fim de causar a morte de suas vítimas, normalmente prendendo-as entre pneus de caminhão para, logo em seguida, embeber em combustível, atear-lhes fogo no corpo, fazendo, assim, uma fogueira humana.

Com relação ao explosivo, pode consistir em dinamite, bomba de fabricação caseira, granada ou qualquer outro objeto capaz de provocar destruição instantânea.

Imprescindível esclarecer que, se porventura, o emprego do fogo ou explosivo ameaçar de qualquer outra maneira a vida de terceiros, não será o agente incurso estritamente nas qualificadoras em análise, mas na cláusula genérica de perigo comum. Tendo em que se trata das mesmas consequências, tal aceção mostra mais importância didática que prática.

No que diz respeito à asfixia, busca o agente extinguir a vida da vítima impedindo sua respiração. Ela divide-se em mecânica e tóxica.

A asfixia mecânica pode ocorrer por esganadura, em que o agente utiliza o próprio corpo para comprimir o pescoço da vítima até que a mesma morra por falta de oxigênio, estrangulamento, neste o agente utiliza um objeto para apertar o pescoço da vítima, entretanto utiliza a própria força para o desiderato criminoso. Pode o agente também utilizar uma corda, ou outro objeto que circunscreva o pescoço da vítima, que será esticada provocando a morte do sujeito passivo, modalidade está chamada de enforcamento. O afogamento ocorre com o aprisionamento da vítima em

água. Quando a vítima é coberta por material que impede sua respiração e do qual não consegue se desvencilhar, ocorre o soterramento. O agente pode fazer uso de objetos para obstruir as vias respiratórias da vítima, neste caso ocorre a sufocação. Se objetos forem colocados sobre a vítima, mais especificamente sobre a região do pulmão ou diafragma, com o intuito de impedir que a mesma respire, caracterizará situação de sufocação indireta.

Por seu turno, a asfixia tóxica divide-se em confinamento, situação em que a vítima é trancada em ambiente vedado, impossibilitando assim a entrada de oxigênio no cômodo, culminando no falecimento do sujeito passivo, e uso de gás asfixiante, nesta hipótese a vítima é colocada em um cômodo vedado e com a presença de gás deletério à saúde humana.

Importante frisar que o gás deve necessariamente provocar a morte da vítima por falta de oxigenação no sangue. Possuindo o gás efeito nocivo adverso, o meio não será por asfixia, mas por uso de veneno.

Outro meio elencado como qualificado é o da tortura. Nesta hipótese, busca o criminoso provocar grande sofrimento na vítima de maneira gradual, protraindo no tempo. Evidencia de maneira cabal o sadismo do algoz, pois ele busca mais do que a morte, busca infligir agonia nefanda em sua presa.

Na tortura, geralmente, a vítima se encontra inerte em relação ao executor. Este se aproveita de tal situação de incapacidade para cometer atrocidades. Imprescindível para a configuração da modalidade criminosa que o autor vise a morte da vítima, pois se ele apenas pretendesse causar grande sofrimento com o intuito de obter confissão ou objetivo diverso, restará configurado o crime de tortura qualificada pela morte (art. 1º, § 3º, da Lei n. 9455/97). Importante ressaltar que a utilização de outros meios pode resultar em tortura, por exemplo, a utilização de maçarico para provocar morte lenta do sujeito passivo utilizará necessariamente fogo, mas será entendida como tortura.

A cláusula genérica do meio insidioso traduz a preocupação do legislador em punir severamente o autor que faz uso de instrumentos que, por sua natureza, dificultem ou mesmo impossibilitem a defesa da vítima. Insidioso é o meio dissimulado, que esconde o verdadeiro propósito do algoz. O ardil é a característica marcante do emprego de tal meio.

Quanto à cláusula do meio cruel, entende-se que o homicídio que visa provocar intenso sofrimento na vítima deverá ser subsumido como qualificado. O agente, neste

caso, visa infligir martírio desnecessário na vítima. Como exemplo, pode-se citar o arremesso da vítima do alto de um prédio ou seu pisoteamento. Imprescindível esclarecer que se o autor pretender prostrar o sofrimento da presa, o homicídio será qualificado pela tortura, pois no meio cruel o criminoso executa a vítima de maneira efêmera. Existe o sofrimento, mas este não se dilata no tempo.

Se o meio utilizado pelo criminoso para o homicídio possuir potencial de atingir um número indefinido de pessoas, ou mesmo que não possua tal potencial, mas o contexto de sua utilização possibilitar tal perigo coletivo, será o homicídio considerado de igual modo qualificado. Sobre o tema, assevera Gonçalves (2016, p. 145):

Nesses casos, além de causar a morte de quem pretendia, o meio escolhido pelo agente tem o potencial de causar situação de risco à vida ou integridade corporal de número elevado e indeterminado de pessoas, como, por exemplo, a provocação de um desabamento. O exemplo mais corriqueiro, todavia, é o da execução da vítima com disparos de arma de fogo em meio a uma multidão (*show*, baile, festa de peão etc.) em que o risco tanto decorre da possibilidade de serem atingidas outras vítimas por erro de pontaria como do desespero das pessoas em fuga capaz de gerar pisoteamentos.

Faz-se mister diferenciar a qualificadora em tela dos crimes de perigo comum. A acepção reside na intenção do autor, se objetivar o homicídio de pessoa determinada e não o perigo comum, responderá pelo homicídio qualificado. Pretendendo causar dano a número indeterminado de pessoas, deverá incidir em uma das hipóteses dos crimes de perigo comum.

2.3 Quanto aos modos

O modo nada mais é do que a maneira como algo é realizado. Deve-se observar os procedimentos adotados pelo criminoso para alcançar o desiderato delituoso. Estabelece o inciso IV, § 2º, artigo 121 do Código Penal que será qualificado o homicídio cometido *à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido*.

Mais uma vez lançou mão o legislador de elencar hipóteses e fazer uso de cláusula genérica para a configuração do delito. A lei visa infligir pena mais severa ao celerado que arquiteta e executa o crime de maneira ardilosa, dificultando ou impossibilitando qualquer chance de defesa da vítima. O sujeito ativo se vale de recursos sorrateiros, mascarando seus propósitos, surpreendendo a vítima.

A primeira hipótese é a da traição, que se configura quando o criminoso possui certo grau de confiança por parte da vítima, e se aproveita da fidúcia para engendrar o crime, facilitado pela surpresa. A vítima, por confiar no sujeito ativo, não imagina que o facínora possa vir a atentar contra sua vida, por isso se pode dizer que o homicídio à traição é o homicídio inesperado pela vítima. Preciso o ensinamento de Gonçalves (2016, p. 147):

Assim, para o reconhecimento da qualificadora da traição, é necessário que se demonstre que havia uma prévia relação de confiança entre as partes e que o agente tenha se valido de alguma facilidade disso decorrente para matar a vítima em um gesto por esta inesperado. Por isso, matar a esposa no quarto do casal, valendo-se do sono desta, configura traição. Por outro lado, no caso do índio pataxó ocorrido em Brasília, em que rapazes nele atearam fogo enquanto dormia, não há que falar em traição, pois inexistente prévia relação de confiança entre eles que tenha sido quebrada, de modo que, neste último caso, aplicável a fórmula genérica do “recurso que dificulta ou impossibilita a defesa da vítima”. Igualmente se uma pessoa entra sorrateiramente na casa de um inimigo, com chave falsa, e comete homicídio enquanto a vítima dorme, não há enquadramento na traição, mas apenas na fórmula genérica. Reconheceu-se, contudo, a traição no caso em que o agente matou a companheira, por esganadura, durante o ato sexual.

Se a vítima desconfiar, pressentir ou, ainda que surpresa, puder reagir ou fugir a investida criminosa, não se configurará a traição. Importante esclarecer que não, necessariamente, o golpe derradeiro no sujeito passivo deve ser desferido nas costas, pois o autor pode perfeitamente surpreender a vítima pela frente ou de qualquer outra maneira. Do mesmo modo, é possível que o criminoso mate a vítima com tiros ou facadas nas costas, mas não ocorra traição, pois o facínora se valeu de sua vantagem física para subjugar o sujeito passivo e vitimá-lo.

O homicídio de emboscada evidencia a torpeza e a covardia de maneira mais acentuada. Geralmente a emboscada ocorre quando o criminoso se esconde em lugar que a vítima deverá passar ou chegar, para assassiná-la. Tal modalidade criminosa é interligada a premeditação, pois o sujeito ativo precisa necessariamente conhecer a rotina da vítima, esconder-se e aguardar sua chegada. O sujeito passivo não possui chance alguma de defesa, pois a tocaia se aproveita da surpresa da presa.

Na dissimulação, o criminoso se utiliza de subterfúgios, expedientes que ludibriem a vítima. Tais recursos fraudulentos acabam enganando a vítima que, despreocupada, vira alvo fácil para o facínora. A dissimulação pode ser de ordem moral, em que o sujeito ativo utiliza sua persuasão, lábia, para enganar a vítima, objetivando facilitar sua empreitada criminosa através da confiança da presa. Como exemplo, pode-se citar o indivíduo que convida o sujeito passivo para caçar na mata e

lá o executa. A dissimulação pode ser também material, em que o sujeito utiliza disfarce ou fantasia para se aproximar da vítima e assim alcançar seu objetivo criminoso. O bandido que se disfarça de carteiro para fazer com a vítima abra a porta é um exemplo emblemático da dissimulação material.

A fórmula genérica do qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima compreende as situações que normalmente não se acomodariam nas hipóteses exemplificativas do inciso em comento. O sujeito passivo deve ser tomado de surpresa pela conduta do criminoso. O tipo abrange a dificuldade de defesa e a impossibilidade, por isso basta que a possibilidade de revide ou fuga da vítima reste comprometida para que se apresente a qualificadora em tela.

Incide na cláusula genérica o sujeito que amarra outro para em seguida o matar. Também se amolda o homicídio que logrou êxito em decorrência de superioridade numérica, assim como o perpetrado contra vítima que se encontra em coma ou estado vegetativo.

2.4 Quanto aos fins

É de suma importância inquirir a finalidade da ocorrência criminosa. Tal importância é realçada nos casos em que o homicídio possui estreita relação com outros crimes. Costuma-se chamar esta ligação de conexão. Em linhas sucintas, é a ligação de interdependência que um crime possui com outro crime, seja para garantir impunidade, a execução futura ou o simples ocultamento do delito adverso. A conexão pode ser teleológica, quando se pratica um crime para assegurar a execução de outro, ou consequencial, quando a empreitada criminosa visa ocultar, garantir impunidade ou assegurar a vantagem de outro crime. Estabelece o inciso V, § 2º, do artigo 121 do Código Penal que o homicídio será qualificado se cometido *para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime*.

É patente a torpeza do criminoso que ceifa a vida humana com o intuito de se manter impune ou mesmo prosseguir em sua sanha delitiva. Não poderia o legislador dispensar outro tratamento a tal conduta, por isso o enquadramento como homicídio qualificado se mostra adequado a uma sociedade torturada pela violência.

No que diz respeito a assegurar a execução, o criminoso pratica o homicídio para em seguida praticar outro crime. Faz-se mister esclarecer que, ainda que o outro crime não se concretize, o facínora responderá pelo homicídio qualificado, pois o que

importe é sua intenção. Como exemplo, pode-se citar a empreitada criminosa de sequestro de grande empresário que começa com o assassinato de seu segurança.

O homicídio para ocultação ocorre quando o criminoso ceifa a vida alheia com o intuito de impedir que se descubra o crime antecedente. Não se procura aqui impedir a descoberta da autoria, mas sim do próprio crime. O criminoso que mata a única testemunha que o viu enterrar o corpo da esposa é exemplo clássico de homicídio para ocultação.

Quanto a assegurar a impunidade, não mais existe segredo quanto à materialidade do crime, portanto o criminoso busca agora evitar sua identificação como autor do delito antecedente por meio do assassinato de testemunhas que poderiam fazer o reconhecimento.

É possível ainda que o celerado cometa o homicídio, pois de outro modo não poderia usufruir das vantagens materiais, ou não, advindas de crime pretérito. Incide a qualificadora, por exemplo, no assaltante que trucidou seu companheiro de crime para gozar sozinho dos produtos do roubo.

2.5 Quanto à profissão ou gênero da vítima

Figura vanguardista no Código Penal pátrio, o feminicídio surgiu como uma resposta à crescente onda de violência urbana e rural contra as mulheres no seio doméstico. Pode ser questionável taxar tal espécie de agressão como recente, pois é inegável que tal problema possui bases estruturais, trespassando gerações e somente agora recebendo lugar de destaque nos noticiários criminais.

Ainda que a violência contra a mulher não seja novidade, a proteção dirigida a ela, infelizmente, é. Tal política de assistência ao sexo feminino foi iniciada com a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que estipula condições mais severas ao agressor e proteção a vítima.

Entendeu o legislador nacional, por bem, que seria necessário outro instrumento legal que desestimulasse o homicídio de mulheres, por condição de seu gênero, no convívio domiciliar. Tal medida legislativa foi a introdução do inciso VI ao § 2º do artigo 121 do Código Penal, pela lei n.13.104/2015, que estabelece como qualificado o homicídio praticado *contra a mulher por razões da condição de sexo feminino*.

Passa agora a incidir na qualificadora do feminicídio, o homem que assassina sua companheira de lar, em razão de seu gênero. Por ser uma qualificadora de caráter subjetivo, não basta que a vítima seja mulher, sendo necessário que o crime seja impellido pelo gênero sexual da vítima.

Como o intuito de dirimir dúvidas, o novel dispositivo trouxe mais um parágrafo ao artigo que versa sobre o homicídio no Código Penal, tratando justamente de especificar as circunstâncias que caracterizam a incidência da nova qualificadora. Preconiza os incisos I e II, § 2º-A, do artigo 121 do Código Penal que se considerará que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve *violência doméstica e familiar, e menosprezo ou discriminação à condição de mulher*.

Destrinchando o inciso I do supracitado parágrafo, elucida Gonçalves (2016, p. 156):

Em relação ao inciso I (homicídio contra mulher motivado por razões do sexo feminino por envolver violência doméstica ou familiar), é necessário fazer a conjugação com o art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que conceitua violência doméstica ou familiar como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. Em suma, para que se tipifique a violência doméstica ou familiar caracterizadora do feminicídio, é inarredável que a agressão tenha como fator determinante o gênero feminino, não bastando que a vítima seja a esposa, a companheira etc. Aliás, se a intenção do legislador fosse a de tornar o crime qualificado pelo simples fato de a vítima ser cônjuge, companheira, filha etc., teria adotado a mesma redação do art. 129, § 9º, do Código Penal, o que não ocorreu. Em conclusão, se o marido mata a esposa porque ela não quis manter relação sexual ou porqueno acatou suas ordens, ou, ainda, porque pediu o divórcio, configura-se o feminicídio. No entanto, se ele mata a esposa visando receber o seguro de vida por ela contratado, não se tipifica tal delito, e sim homicídio qualificado pelo motivo torpe. O crime de feminicídio pode também ser praticado contra a filha, motivado, por exemplo, pelo fato de ter ela saído de casa para ir a uma festa usando saia curta.

O inciso II aborda justamente a questão da repulsa ao sexo feminino ou mesmo a concepção de que se trata de gênero sexual inferior como motivo do crime. Neste caso, não é necessário que a vítima possua qualquer relação amorosa ou de parentesco com o agressor, bastando somente que seja mulher. Como exemplo, pode-se citar o criminoso que assassina mulheres por achar que elas não devem frequentar os mesmos lugares que os homens, pois acredita que são inferiores aos mesmos.

Ainda que seja inegável que os homossexuais também sejam vítimas de homicídios motivados por preconceito, tal inovação legal não os abarca, pois foi categórico o legislador ao restringir a proteção às mulheres. Contudo, sendo um

assassinato motivado por qualquer espécie de preconceito, à exceção do gênero feminino, resta cristalino sua subsunção ao homicídio qualificado por motivo torpe.

Há outro grupo de indivíduos, que pela função que exercem, são suscetíveis à empreitadas criminosas contra suas vidas. É evidente que os agentes estatais responsáveis por reprimir a criminalidade, assim como suas famílias, são mais “visados” pelos criminosos, que, em não raras ocasiões, ceifam tais indivíduos em busca de vingança ou mesmo de notoriedade no mundo criminoso. Quando se atenta contra a vida dos parentes desses servidores, busca-se, acima de tudo, provocar medo e dissuadi-los do combate à criminalidade.

Ciente da exposição à criminalidade dos agentes de segurança, decidiu o legislador inserir nova figura qualificada para resguardá-los e a suas famílias. O novo dispositivo legal, inserido pela Lei n. 13.142, está disposto no inciso VII, § 2º, do Código Penal, e estabelece que seja qualificado o homicídio praticado:

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

A nova qualificadora, embora de caráter subjetivo, pois busca na motivação do homicida a inserção na figura típica, mostra-se mais literal, restringindo as categorias profissionais e os parentes protegidos pelo novel dispositivo legal, ainda que seja necessário recorrer à constituição para tanto. O artigo 142 da carta magna versa sobre as forças armadas, constituída pela marinha, exército e aeronáutica. Por seu turno, o artigo 144 da constituição trata sobre os órgãos de segurança pública, que são a polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.

A primeira hipótese para que aconteça o homicídio qualificado de tais agentes, forças armadas e órgãos de segurança pública, acontece quando o crime é perpetrado no exercício da função. Existe presunção relativa nesta modalidade, pois se o servidor for assassinado durante o exercício do ofício, presume-se que morreu pelo simples fato de ocupar determinado cargo, entretanto, ainda que improvável, é possível prova em contrário que afastará a incidência da qualificadora.

É possível também que o agente público não esteja no exercício da função, mas seja assassinado em decorrência dela. Como exemplo, tem-se o criminoso que encontra policial militar que efetuou sua prisão, à paisana, na rua e o alveja,

provocando sua morte. O motivo do crime foi puramente a função exercida pela vítima. De maneira sucinta, explica Gonçalves (2016, p. 158):

É pressuposto da figura qualificada que a vítima esteja no exercício de suas funções no momento do delito, ou que esteja de folga, mas o crime seja praticado em razão delas. Quando a vítima é morta no exercício das funções, existe uma presunção de que o crime foi cometido em razão destas. Exs: integrantes de facção criminosas que atiram contra cabine policial, matando o militar que está em seu interior; bandido que mata policial no momento da abordagem etc. Tal presunção, contudo, é relativa. Se a esposa, por exemplo, flagra o marido (policial em serviço) com outra mulher dentro da viatura e, por ciúme, mata o policial, não incide esta qualificadora — apesar de a vítima estar em horário de serviço.

No que tange aos indivíduos com ligação com oficiais de segurança, o texto legal restringe a qualificadora ao homicídio de cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até o 3º grau, conquanto que ocorra em função dessa ligação.

É inerente que o sujeito ativo do crime saiba da condição de parentesco ou união, não sendo o caso, deve ser desconsiderada de plano a qualificadora em tela. Ainda que saiba o parentesco ou condição de cônjuge, é preciso ainda que o crime ocorra em função de tal proximidade com o agente de segurança pública.

No que tange ao grau de parentesco, no que se refere à linha reta, estão protegidos pelo novel dispositivo os filhos, netos e bisnetos, assim como os pais, avós e bisavós. Quanto à linha colateral, estão abarcados os irmãos, tios e sobrinhos. Apesar do emprego da expressão consanguíneo que, a priori, excluiria os parentes adotados, tal interpretação se mostra demasiadamente restritiva e vai de encontro ao texto constitucional que veda a tratamento discriminatório de parentes. Logo, ocorrendo o assassinato do filho adotivo de oficial das forças armadas, em função desta condição, deverá incidir a qualificadora em análise.

2.6 Homicídio qualificado-privilegiado

A possibilidade de incidência mútua do homicídio qualificado com a minorante do homicídio privilegiado sempre foi questão tormentosa na doutrina. Evidente que as teorias divergentes a respeito possuem razão de existir, não representando tal questão arremedos de preciosismo.

Defende a boa doutrina que situações contidas em parágrafos somente se aplicam a hipóteses aventadas anteriormente. Diante disto, determinada causa de aumento ou diminuição de pena contida em parágrafo incidiria, exclusivamente, em

tipo legal antecedente. É justamente nesse ponto que reside a divergência doutrinária a respeito do homicídio qualificado-privilegiado, pois a minorante aparece após o homicídio simples, mas antes do homicídio qualificado. Sustentam os defensores da incompatibilidade, e não sem motivo, que se o legislador quisesse que a causa de diminuição de pena fosse aplicada ao homicídio qualificado, teria tratado sobre aquela após esta, dirimindo qualquer dúvida que porventura pudesse surgir e, acima de tudo, respeitando a boa hermenêutica.

Contudo, o direito, como toda ciência social, não é conhecida por soluções tão mecânicas. A interpretação sistêmica se mostra mais consentânea aos anseios sociais. Como citado alhures, o homicídio privilegiado possui natureza estritamente subjetiva, seja cometido por motivo de relevante valor social, moral ou após injusta provocação da vítima. O que se analisa é o pretexto do crime, o que motivou o agente.

Por sua vez, as qualificadoras, quanto à sua natureza, podem ser subjetivas ou objetivas. Um crime praticado por motivo fútil ou torpe é essencialmente subjetivo. Do mesmo modo, quando o criminoso pratica o homicídio para acobertar outro crime, ou mesmo se escolhe a vítima em virtude de seu gênero sexual ou ofício, é inegável que o assassinato se mostra abjeto em virtude da motivação do celerado, restando indiscutível a natureza subjetiva do crime perpetrado. Contudo, quando se discute o meio ou modo de execução do homicídio qualificado, não está em análise a motivação do agente. Nada impede que um crime seja cometido com emprego de fogo ou por meio de emboscadas, mas ainda assim não possua motivação espúria por trás, tendo, na verdade, pretexto nobre de ocorrência.

Tal análise visa afastar qualquer teratologia jurídica, pois seria impensável alguém cometer um homicídio qualificado por motivo torpe, mas, ao mesmo tempo, privilegiado. Ou o motivo é nobre e digno de loas ou é atroz e digno de desprezo.

Diante deste cenário, entendem os tribunais superiores, e grande parte da doutrina, que é possível a incidência mútua das qualificadoras objetivas com as causas de diminuição de pena do homicídio privilegiado. Tal entendimento, em certa medida possui seus méritos interpretativos, mas a necessidade de fortalecer a política criminal brasileira contribui para a prevalência deste entendimento jurídico, haja vista a situação escandalosa das penitenciárias brasileiras, onde os presos se amontoam e se pós-gradua na vida criminoso. Logo, tal problema carcerário contribui para adoção de medidas que arrefeçam o cumprimento da pena. Ante o exposto, ocorrendo um homicídio qualificado por seu meio ou modo de execução,

deverá ser observado os parâmetros de 12 a 30 anos para a aplicação da pena, se no contexto criminoso, restar comprovado o homicídio privilegiado, a causa de diminuição de pena será observada na terceira fase de aplicação penal.

Importante salientar que tal coexistência nem sempre se mostra tão prudente, sob risco de deturpar a natureza de ambos os institutos. Não se pode aceitar a teoria do homicídio qualificado-privilegiado em situações estapafúrdias e mirabolantes. Para fazer jus a minorante em análise, devem ser preenchidos requisitos estritos, por isso o jurado do conselho de sentença deve ser criterioso ao analisar o caso concreto, atentando para detalhes que porventura inviabilizem a incidência mútua dos institutos, impedindo assim a ocorrência de eventuais injustiças. É bem possível que um pai, ao presenciar o assassinato da filha usuária de drogas por um conhecido traficante, almeje “fazer justiça” com as próprias mãos, entretanto, temendo por sua vida, decida eliminar o celerado fazendo uso de emboscada em espaço de tempo não demasiado entre os dois fatos jurídicos. Nesta situação, embora exista certo grau de planejamento, é perceptível a ocorrência do homicídio privilegiado. Entretanto, diferente será a hipótese do motorista que, fechado e injuriado por outro condutor em um cruzamento, planeja o assassinato do seu desafeto com calma e o executa duas semanas após as ofensas, despejando gasolina sobre seu corpo e em seguida ateando fogo. Neste contexto, o reconhecimento da causa de diminuição não seria coerente com a natureza do instituto do homicídio privilegiado.

Qualquer discussão que envolva o homicídio qualificado-privilegiado desembocará em variadas conclusões. Prova disto é que, nem mesmo, a nomenclatura correta encontra entendimento uníssono e a razão disto, em certa medida, repousa justamente na topografia legal. É evidente que o homicídio privilegiado antecede no artigo 121 do Código Penal o homicídio qualificado, mas, conforme explicado alhures, o homicídio privilegiado não se trata de tipo derivado e sim de causa de diminuição de pena, logo, ainda que amplamente utilizada, a alcunha homicídio privilegiado-qualificado é errônea. Caminha bem a doutrina que utiliza a expressão homicídio qualificado-privilegiado, pois em verdade se trata de um homicídio qualificado com incidência de causa de diminuição de pena, dito isto, a qualificadora deve preceder a minorante no termo.

3. CRIMES HEDIONDOS

Todo crime é um atentado a boa convivência social e deve ser punido exemplarmente. Entretanto, não se pode negar que há crimes piores que outros. Não seria prudente equiparar um criminoso que sobrevive a base de furtos com um sequestrador. Ambos são criminosos, mas este desperta maior terror em suas vítimas. Se nem todo crime é igual, o tratamento dado aos criminosos não deve ser.

Não seria justo conceder determinadas benesses, durante o cumprimento da pena, a todos os enclausurados, sem levar em consideração o crime cometido. Tal aceção punitiva é feita através do enquadramento de determinados crimes como hediondos. São delitos que, por atentarem contra os bens jurídicos mais caros ao ser humano, resultam em condições mais desfavoráveis ao celerado, em todos os sentidos.

O constituinte originário, consciente da necessidade de diferenciação de crimes, abordou a matéria no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição federal:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O texto constitucional dispõe sobre os crimes hediondos e os equiparados. Hediondos são os crimes definidos em lei correspondente como tais, a exemplo do estupro e genocídio. Por sua vez, equiparados são crimes que, por questões de gravidade ou política criminal, são tratados como se hediondos fossem, inclusive em todos os seus efeitos deletérios ao condenado. O terrorismo e a tortura são exemplos de crimes equiparados aos hediondos.

Com o intuito de suprir os anseios sociais e, ao mesmo tempo, implementar a disposição constitucional, elaborou o legislador a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que elenca os crimes hediondos e aborda, de maneira pormenorizada, o tratamento que deve ser dispensado.

A lei de crimes hediondos tem sido alterada substancialmente desde sua edição. Algumas figuras típicas foram inseridas no seu corpo legal, assim como mudanças no sistema de progressão de pena. É uma lei lacônica, mas indubitável. Tem disposições penais, processuais penais e, até mesmo, relativas à execução da pena.

É de suma importância salientar que somente serão considerados hediondos, os crimes previstos na lei correspondente. Sobre o tema, ensina Gonçalves (2011, p. 12):

Em nossa legislação, o caráter hediondo depende única e exclusivamente da existência de previsão legal reconhecendo essa natureza para determinada espécie delituosa. Com efeito, o art. 1º da Lei n. 8.072/90 apresenta um rol taxativo desses crimes, não admitindo ampliação pelo juiz. Não se admite, tampouco, que o magistrado deixe de reconhecer a natureza hedionda em delito que expressamente conste do rol. Adotou-se, portanto, um critério que se baseia exclusivamente na existência de lei que confira caráter hediondo a certos ilícitos penais. Assim, por mais grave que seja determinado crime, o juiz não lhe poderá conferir o caráter hediondo, se tal ilícito não constar do rol da Lei n. 8.072/90.

Como bem ensinado, não pode o juiz considerar como hediondo crime que legalmente não é. A lei atribui tal estado de gravidade também aos crimes tentados. Embora estranho, o entendimento majoritário é pela vedação da hediondez por equiparação ou por analogia, por exemplo, no caso do estupro do Código Penal militar. Embora os crimes, em essência, sejam demasiadamente graves e atentem contra o mesmo bem jurídico, o crime da legislação castrense não é hediondo, por ausência de disposição legal neste sentido.

O artigo 2º da lei 8.072/90 elenca as consequências que afligirão os autores de crimes hediondos e equiparados. O primeiro óbice legal se refere à concessão de anistia, graça e indulto. Anistia é ato exclusivo do congresso nacional, que por meio de lei federal desconsidera um fato como criminoso, extinguindo a punibilidade do agente. Todos os efeitos penais deixam de existir.

A graça e o indulto são atribuições do chefe do poder executivo federal, sendo exercidas por decreto. A graça é a extinção ou diminuição da pena de condenado individualizado. O indulto, apesar de possuir a mesma natureza, consubstancia-se em requisitos dispostos no decreto presidencial que, se preenchidos pelo enclausurado, permitirão o perdão ou arrefecimento da pena a se cumprir.

Outra vedação aos crimes hediondos e equiparados diz respeito à fiança. Esta é a possibilidade que o acusado tem de garantir por meio de valor patrimonial a manutenção de sua liberdade. Paga-se para a obtenção da liberdade provisória. Importante salientar que não se trata de mercantilização do direito penal, pois é necessário o preenchimento de requisitos previstos em lei para usufruir de tal expediente benéfico. Tais condições excluem de forma cabal a possibilidade de fiança

para crimes mais graves. A fiança é estipulada, em regra, pelo magistrado, entretanto, em situações excepcionais, pode o delegado de polícia estabelecer a fiança.

Apesar de tal vedação, é perfeitamente possível, desde que preenchidos os requisitos legais, a concessão da liberdade provisória sem fiança ou relaxamento de prisão ilegal para o acusado de crime hediondo ou equiparado. Somente é proibida a concessão de liberdade provisória mediante fiança.

Talvez a consequência mais maléfica ao condenado pela prática de crime hediondo seja a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena em regime fechado. A bem da verdade, a lei já foi mais rígida, pois obrigava o cumprimento total da pena em regime fechado. Entretanto, após a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou tal mandamento inconstitucional, o legislador decidiu retirar esta disposição, mas permaneceu o início de cumprimento em regime mais gravoso. Tal entendimento sempre foi rechaçado por maioria expressiva da doutrina que não admitia a imposição de regime mais deletério pela simples análise do crime em abstrato. Este cenário mudou com o julgamento do Habeas Corpus 111.840/ES, em que ficou pacificada a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do início de cumprimento da pena em regime fechado. Não basta a análise do crime em abstrato, sendo necessário que a pena em concreto determine o início de cumprimento em regime mais gravoso, em respeito ao princípio da individualização da pena. Logo, sendo o autor do crime hediondo condenado a pena de reclusão superior a oito anos ou sendo reincidente, deverá iniciar sua condenação em regime mais gravoso, entretanto se a pena for menor e não sendo reincidente, não poderá ser impelido a esta situação com base, simplesmente, na gravidade abstrata do delito. Importante esclarecer que esta decisão deve ser fundamentada na sentença, assim como a possibilidade do condenado recorrer em liberdade.

Diferente dos crimes comuns, em que é necessário o cumprimento de 1/6 da pena, a progressão para os crimes hediondos e equiparados requer maior lapso temporal, exigindo o cumprimento de 2/5, se o apenado for primário, e 3/5 da condenação, se o criminoso for reincidente.

A prisão temporária dos crimes hediondos também possui prazo diferenciado, sendo de 30 dias, que poderão ser prorrogados por mais 30, em caso de extrema e fundamentada necessidade. O cumprimento da pena deverá ser em estabelecimento de segurança máxima, por expressa determinação da lei. Entretanto, em virtude da escassez de recursos destinados a construção de presídios ou, mesmo, a desídia dos

governantes, criminosos de alta periculosidade convivem com outros presos, situação que privilegia o intercâmbio do crime, promovendo a propagação de facções criminosas.

A obtenção da liberdade condicional ao condenado por um dos crimes enquadrados como hediondos também é mais dispendiosa, exigindo maior cumprimento de pena ou mesmo impossibilitando o gozo do benefício, como esclarece Gonçalves (2011, p. 23):

Pela legislação comum, o livramento condicional pode ser obtido após o cumprimento de um terço da pena para os réus primários e metade para os reincidentes, desde que satisfeitas as outras exigências legais (pena fixada na sentença igual ou superior a dois anos, bom comportamento carcerário, reparação do dano etc.). Entretanto, para os crimes hediondos, terrorismo e tortura, o benefício só poderá ser concedido, de acordo com a nova regra, após o cumprimento de dois terços da reprimenda imposta, desde que o condenado não seja reincidente específico. A Lei n. 9.455/97 (tortura) não fez referência ao livramento condicional, de forma que o dispositivo em análise continua sendo aplicável aos crimes de tortura. Em relação aos crimes de tráfico, a nova Lei Antitóxicos (Lei n. 11.343/2006) contém regra semelhante em seu art. 44, parágrafo único, exigindo também o cumprimento de dois terços da pena.

Sendo condenado por crime hediondo ou equiparado, deverá o apenado cumprir 2/3 da pena para a obtenção da liberdade condicional. Contudo, sendo reincidente em crime hediondo, ainda que de natureza diversa do pretérito, não terá direito ao gozo do livramento antecipado.

Em virtude das consequências mais dramáticas infligidas a quem comete um crime hediondo, ou mesmo equiparado, é de suma importância o estudo pormenorizado da incidência de determinados tipos penais, ainda que possuam especificidades.

3.1 Homicídio qualificado-privilegiado e a lei de crimes hediondos

Antes da análise da compatibilidade, faz-se mister rememorar que o homicídio qualificado-privilegiado sempre terá como fundamento uma qualificadora de caráter objetivo. A minorante do privilégio inexoravelmente será subjetiva, pois diz respeito ao motivo do crime. Com base nestas proposições, existe uma dicotomia doutrinária a respeito do tema.

A primeira corrente utiliza como pórtico interpretativo o artigo 67 do Código Penal, que diz que no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se

do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Desta afirmação legal, infere-se que no homicídio qualificado-privilegiado, a diminuição de pena do privilégio, que diz respeito à motivação do delito, se destaca em relação à qualificadora que é objetiva. Logo, a minorante desqualificaria a natureza hedionda do homicídio qualificado. Neste sentido, ensina Capez (2012, p. 60):

Reconhecida a figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado, fica afastada a qualificação de hediondo do homicídio qualificado, pois, no concurso entre as circunstâncias objetivas (qualificadoras que convivem com o privilégio) e as subjetivas (privilegiadoras), estas últimas serão preponderantes, nos termos do art. 67 do CP, pois dizem respeito aos motivos determinantes do crime. Assim, o reconhecimento do privilégio afasta a hediondez do homicídio qualificado.

A segunda corrente assevera, não sem fundamento, que a utilização do artigo 67 do Código Penal seria equivocada para solução da questão, pois o mesmo trataria exclusivamente de conflito entre circunstâncias agravantes e atenuantes. Tais circunstâncias se equivalem axiologicamente e incidem na segunda fase de aplicação da pena. Entretanto, conforme exposto alhures, no homicídio qualificado-privilegiado se tem um tipo penal derivado com incidência de causa de diminuição de pena. Neste sentido, seria incoerente atribuir igual importância a tipo penal e minorante, portanto a redução do homicídio privilegiado não teria o condão de desnaturar a hediondez da qualificadora. Afirmam ainda os defensores desta corrente que a lei de crimes hediondos não possui ressalva quanto ao homicídio qualificado, portanto o condenado por este tipo penal, não importando a natureza da qualificadora, deverá passar pelos rigores impostos pela lei 8.072/90, ainda que seja reconhecida a causa de diminuição de pena do homicídio privilegiado.

Contudo, a primeira corrente é predominante na doutrina e foi chancelada, em diversas ocasiões, por tribunais superiores. Além do argumento legal, que tem no artigo 67 do Código Penal sua base, é cediço que a hediondez consubstancia-se na repulsa social ao crime, entretanto, tal aversão valorativa não é vislumbrada no pai que mata o estuprador da sua filha de maneira atroz, por exemplo. Tendo isto em mente, é descabida a incursão do homicídio qualificado-privilegiado na lei de crimes hediondos, por extrema incompatibilidade lógica. Um crime que tem motivo nobre jamais despertará o desprezo da sociedade. Logo o autor do homicídio qualificado-

privilegiado deverá ter o mesmo tratamento penal, processual penal e durante a execução da pena, dispensado a quem praticou homicídio simples.

CONCLUSÃO

Em uma sociedade em que a criminalidade é endêmica, a resposta ao delito é a principal preocupação do estado. Entretanto, é de conhecimento geral que existem crimes mais graves que outros. Apesar da covardia para com a vítima, um estelionatário não desperta medo no cidadão comum. A prática criminoso daquele não tem como meio a violência, valendo-se sobremaneira da sua esperteza. Contudo o mesmo não se pode dizer do homicida, indivíduo este que, como uma fera, subtrai o bem mais caro ao ser humano, algo que não pode ser sanado ou repostos. Diferente de certos tipos penais que possuem sujeitos passivos pré-definidos, qualquer indivíduo, rico ou pobre, branco ou negro, pode ser vítima desta conduta delituosa. Logo a punição exemplar ao homicida é um anseio social em um dos países em que mais se mata no mundo.

Esta noção de escala de gravidade também é latente no homicídio. Se o assassinato é mais grave que o estelionato, o homicídio perpetrado com emprego de fogo é mais grave que a morte provocada por disparo de arma de fogo. Dito isto, urge punir determinados homicídios de maneira mais contundente que outros.

Estes homicídios demasiadamente mais atrozos são chamados de qualificados e podem ser assim diferenciados por circunstâncias mais graves relacionadas ao crime. A motivação do agente para a prática criminoso é um destes fatores diferenciadores, assim como a crueldade do meio empregado ou o modo de execução do assassinato. Não se pode deixar de mencionar que o gênero sexual ou profissão exercida pela vítima, quando determinante para a prática delituosa, também possui o condão de desnaturar o homicídio simples em qualificado. Importante salientar que as qualificadoras relacionadas ao motivo do agente ter praticado o crime são classificadas como subjetivas, pois a gravidade está na força motriz que impeliu o celerado ao cometimento do delito. Por sua vez, as qualificadoras relacionadas aos meios empregados para alcançar a morte da vítima, ou mesmo o modo como se executa a conduta, são chamadas de objetivas, pois fogem da esfera individual do criminoso, alcançando o contexto em que a conduta aconteceu.

A sanção penal para o homicídio qualificado é mais gravosa do que para o simples, mas a conduta delituosa ocasiona outras consequências mais dramáticas para o facínora. Por expressa determinação legal, o homicídio qualificado é compreendido como crime hediondo, por isso o sujeito passivo enfrentará uma série

de situações mais desfavoráveis na esfera penal, processual pena e durante a execução da pena.

Quanto ao homicídio qualificado, isoladamente, não se suscita dúvidas, trata-se de crime hediondo. Entretanto a situação muda completamente quando o autor do homicídio qualificado é beneficiado pela causa de diminuição de pena do homicídio privilegiado

O homicídio privilegiado é a minorante conferida pelo legislador para agraciar o indivíduo que praticou o crime motivado por sentimentos superiores. O crime deverá necessariamente ter como pretexto a defesa da sociedade ou da moral. Esta moral deverá ser compartilhada pelo sentimento coletivo para fazer jus a causa de diminuição de pena. É possível também que o crime seja impellido em resposta à injusta agressão da vítima. Seja qual for a motivação, estando legalmente estipulada como hipótese de homicídio privilegiado e sendo reconhecida pelo conselho de sentença, deverá o juiz aplicar a minorante na terceira fase de aplicação da pena.

Somente ocorrerá o homicídio qualificado em conjunto com o privilegiado quando a qualificadora tiver natureza objetiva, pois seria verdadeira teratologia jurídica admitir a existência de um crime impellido por motivos espúrios e nobres, concomitantemente.

Analisar a compatibilidade do homicídio qualificado-privilegiado com a lei de crimes hediondos é de suma importância, pois invariavelmente terá reflexos na vida do sujeito ativo do crime. Admitindo-se a incidência, o réu não poderá obter a liberdade provisória mediante fiança, nem poderá ser agraciado, indultado ou anistiado. Se condenado for, a progressão da pena exigirá lapso temporal mais dilatado, assim como a liberdade condicional, que, sendo o réu reincidente em crime hediondo, será vedada ao condenado. Em tese, deverá também o condenado, a algum dos crimes hediondos, permanecer separado dos demais presos em penitenciária de segurança máxima. Não se admitindo a compatibilidade, o apenado deverá receber o mesmo tratamento dispensado aos demais presos, muito mais favoráveis em comparação aos presentes na lei de crimes hediondos.

Com o escopo de desbaratar este imbróglio jurídico a respeito da compatibilidade, ou não, do homicídio qualificado-privilegiado com a lei de crimes hediondos, duas correntes reinvidicam a resposta para o problema. A primeira linha de raciocínio prega a incongruência sobre os institutos penais em análise, em virtude de disposição legal presente no artigo 67 do Código Penal, que, em linhas concisas,

prega que, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, as circunstâncias motivacionais devem preponderar em relação as outras. Partindo-se deste raciocínio, no caso do homicídio qualificado-privilegiado, a causa de diminuição de pena neutralizaria a tipificação qualificada, logo, não poderia incidir as consequências deletérias da lei de crimes hediondos. Soma-se a isto a ideia de que seria inimaginável a incidência de circunstâncias penais mais gravosas que o normal ao indivíduo que comete um crime impellido por motivos nobres, estimáveis, ainda que o meio empregado ou o modo de execução posse ser considerado atroz.

A segunda linha de raciocínio alega que é errado utilizar uma disposição concernente a agravantes e atenuantes para solucionar questões envolvendo tipos penais, homicídio qualificado, e causas de diminuição de pena, homicídio privilegiado. Alega a segunda corrente que nem institutos semelhantes eles são, logo a solução para o dilema não passa pelo artigo 67 do Código Penal. Defende ainda a derradeira corrente que se quisesse estipular exceções, a lei de crimes hediondos faria expressamente, logo o homicídio qualificado-privilegiado seria crime hediondo.

A maior parte da doutrina adota a primeira corrente. Crime hediondo é aquele que provoca asco no corpo social, atemoriza os homens em face da vilania do criminoso. Do exposto, infere-se que um crime cometido por motivos nobres, ainda que presentes qualificadoras objetivas na conduta delituosa, jamais poderia ser apenado mais severamente em relação a outros delitos. Nem é necessário recorrer a artifícios exegéticos com o intuito de corroborar a conclusão. O homicídio qualificado-privilegiado, por questões lógicas, não pode ser tratado como crime hediondo. Não se teme a existência futura vislumbrando alguém cometer o crime impellido por motivos notáveis, nem mesmo o autor deste crime enfrentará o estigma da sociedade quando voltar ao seu convívio. Tal entendimento parece simplista, mas é coerente, tendo em vista a própria visão comum da sociedade. Tem-se o argumento jurídico. Não se aceitando, existe o senso comum. O fato é que o autor de homicídio qualificado-privilegiado não enfrentará as chagas destinadas àqueles que cometem crimes hediondos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 7^a Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação Penal Especial**. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

PRADO, Luiz Regis, Mary. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 11^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.