

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VALBER GOMES LIMA JUNIOR

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO COMO CRIME HEDIONDO: uma
análise na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Maranhão

São Luís
2019

VALBER GOMES LIMA JUNIOR

**HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO COMO CRIME HEDIONDO: uma
análise na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Maranhão**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário UNDB, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gomes Viana

São Luís

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Lima Junior, Valber Gomes

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO COMO CRIME HEDIONDO: uma análise na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Maranhão. / Valber Gomes Lima Junior. __ São Luís, 2019.

57 f.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gomes Viana.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2019.

1. Ordenamento Jurídico Penal Brasileiro 2. Crime de homicídio - híbrido 3. Homicídio privilegiado-qualificado 4. Crime Hediondo

I. Título

CDU 343.61

VALBER GOMES LIMA JUNIOR

**HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO COMO CRIME HEDIONDO: uma
análise na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Maranhão**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro
Universitário UNDB, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em _25__ / _11__ / 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Thiago Gomes Viana (orientador)

Centro Universitário UNDB

Prof. Esp. Rainê Brito Saraiva Leão

Secretaria de Segurança Pública do Estado do Maranhão

Prof. Me. João Carlos da Cunha Moura

Centro Universitário UNDB

Dedico este trabalho à minha mãe, Nisete Rabelo Lima, minha maior incentivadora e principal patrocinadora.

AGRADECIMENTOS

Na caminhada da minha vida, importantes pessoas estiveram comigo, apoiando-me e incentivando-me quando a real vontade pelas circunstâncias daqueles momentos era de parar tudo. Muitas delas foram meu combustível, a fonte inesgotável onde encontrava a força que necessitava para continuar durante toda a minha trajetória e no Curso de Graduação em Direito não foi diferente e ali estavam elas representadas e presentes na minha vida. São assim os meus sinceros e verdadeiros agradecimentos:

À Deus, em primeiro lugar agradeço, por ser o Pai e Criador de Todas as Coisas, À Virgem Maria que na sua santidade sempre intercede por todos nós perante nosso senhor Jesus Cristo. Posteriormente, os meus agradecimentos sem sombra de dúvida e com o maior amor do mundo vão para a minha querida e amada mãe, Dona Nisete Rabelo Lima, maior incentivadora e patrocinadora desta minha graduação e sem ela não teria conseguido.

Ao meu pai, Valber Gomes Lima, pessoa à quem admiro e amo muito e mesmo que ausente em dados momentos ainda assim dedico-lhe este trabalho

À minha querida e tão amada tia, que considero uma segunda mãe, Eizete Rabelo Lima, por todo seu amor e por sua sabedoria incondicional e que tantas vezes me socorreu na vida.

À minha eterna e querida tia Maria José Costa, uma segunda mãe que na sua infinita bondade e amor incondicional em ajudar as pessoas sempre me ajudou quando precisava.

Aos meus irmãos, Nizielma Rabelo Lima, minha eterna e querida irmã, amiga e o meu querido e compreensivo irmão Valdson Carlos Rabelo Lima, pois revigoro-me só em olhar para eles.

À Keila Rabelo, minha querida e tão amada prima que sempre me deu força e tantas conversas e segredos dividimos. Aos meus avôs e as minhas avós, pelo amor, carinho, incentivo durante a vida.

Às minhas amigas Andressa Fernanda S. Berredo, uma eterna irmã e companheira acadêmica, uma parceria que deu certo desde sempre. Danieli Castro Cunha, Maria Goretti Sousa Baldez, amizade, apoio e incentivo diário durante os cinco anos de faculdade e na conclusão desse trabalho. Dádivas de Deus para mim.

Aos meus queridos colegas de turma e aos meus professores, que ao longo de todo curso contribuíram para o meu crescimento pessoal e acadêmico.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Me. Thiago Gomes Vianna por todo suporte e orientação nesse presente trabalho, pelos ensinamentos durante todo curso.

Por fim, concluo este ciclo da minha vida acadêmica com a certeza de que os mais nobres sentimentos humanos nos recarregaram e nos levam para qualquer lugar, a fé foi durante toda a caminhada a minha maior força e certeza.

RESUMO

A pesquisa contempla a discussão se no ordenamento jurídico penal brasileiro é possível a existência da figura híbrida do crime de homicídio privilegiado-qualificado e se esta figura peculiar delitiva tipificada no art.121 do Código Penal teria sua natureza hedionda na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA), tendo como sustentação teórica a doutrina e a jurisprudência. O crime de homicídio é a conduta altamente reprovável pelo nosso ordenamento jurídico bem como pela nossa sociedade e a pesquisa ora empreendida se dá quanto à admissibilidade ou não da figura híbrida do homicídio que contempla ao mesmo tempo uma privilegiadora (art. 121, §1º) e uma qualificadora (121, §2º) e ainda se essa figura homicida híbrida tem natureza hedionda. A pesquisa adota como método a ser realizado o dedutivo, a partir do tipo de pesquisa exploratória e adota-se como procedimento o bibliográfico, incluindo livros, artigos científicos, legislação constitucional, a partir da qual se busca evidenciar conceitos e posicionamentos de diferentes estudiosos e doutrinadores a fim de expor o arcabouço teórico do tema conforme sua inserção na atualidade, procedendo-se a devida e indispensável crítica no esclarecimento quanto ao objeto investigado (GIL, 2010). Primeiramente, mostrar-se-á o conceito e os principais aspectos do crime de homicídio, logo após no segundo capítulo analisar-se-á o conceito e os principais aspectos da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e a sua natureza hedionda à luz da doutrina e por fim, no terceiro e último capítulo questionar-se-á a hediondez da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Palavras-chave: Crimes Hediondos. Homicídio Privilegiado-Qualificado.

ABSTRACT

The research contemplates the discussion if the existence of the hybrid figure of the crime of privileged-qualified homicide it's possible in the Brazilian criminal legal system and if this peculiar criminal figure typified in article 121 of the Penal Code would have its hideous nature in the jurisprudence of the Court of Justice of the State of Maranhão (TJMA), having as theoretical support the doctrine and the jurisprudence. The crime of homicide is a highly reprehensible conduct by our legal system as well as by our society, and this research is on the admissibility or not of the hybrid figure of homicide that includes both a privilege (art. 121, §1) and a qualifier (121, §2) and also whether this hybrid homicidal figure has a hideous nature. The research adopts the method of deductive reasoning, from the type of exploratory research and adopts a bibliographic procedure, including books, scientific articles, constitutional legislation, from which it seeks to evidence concepts and positions of different scholars and doctrinaires in order to expose the theoretical framework of the subject as its insertion today, proceeding to due and indispensable criticism in the clarification of the object investigated (GIL, 2010). First, the concept and main aspects of the crime of homicide will be shown, then the second chapter will analyze the definition and main features of the hybrid figure of privileged-qualified homicide and its hideous nature in light of the doctrine and finally, the third and last chapter will question the hideousness of the hybrid figure of mans laughther-murder homicide in the judge-made law of the Court of Justice of the State of Maranhão.

Keywords: Heinous crimes. Homicide Mans Laughther-Murder.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DO CONCEITO E OS PRINCIPAIS ASPECTOS DO CRIME DE HOMICÍDIO..	12
2.1	Considerações gerais sobre a evolução da ideia de crime.....	13
2.2	O crime de homicídio	18
3	O CONCEITO E OS PRINCIPAIS ASPECTOS DA FIGURA HÍBRIDA DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO E A SUA NATUREZA HEDIONDA À LUZ DA DOCTRINA	26
3.1	Conceito e as aspectos importantes do homicídio privilegiado-qualificado.....	26
3.2	Análise doutrinária sobre a existência hediondez do homicídio privilegiado-qualificado.....	30
4	A HEDIONDEZ DA FIGURA HÍBRIDA DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO	36
4.1	Um panorama da jurisprudência pátria sobre a hediondez do homicídio privilegiado-qualificado	37
4.2	A hediondez da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado na jurisprudência do TJMA	46
5	CONCLUSÃO	51
	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal cuida das condutas mais graves ao bem jurídico das pessoas, a sua atuação deve ser solicitada quando os outros ramos do Direito não forem possíveis de solucionar um conflito ou de proteger um determinado bem jurídico. A missão do Direito Penal consiste na proteção dos bens jurídicos ou na garantia da vigência da norma (ESTEFAM, 2018, p.74).

Dentre as condutas que atentam contra o bem jurídico de alguém, o crime de homicídio do art. 121 do Código Penal é a mais grave, pois, na supressão da vida humana, inviabilizando o exercício de qualquer outro direito fundamental. O presente estudo desenvolve-se com base em debates e posicionamentos teóricos dentro do campo do Direito Penal, tendo como objeto da pesquisa, a discussão sobre a possibilidade ou não de classificação da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado como crime hediondo na doutrina e na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA).

O homicídio privilegiado-qualificado se dá quando no homicídio (art.121, do CP), o agente pratica a conduta em que concomitantemente com a presença de privilegiadora art. 121, § 1º, e uma qualificadora do art.121, § 2º. Esse instituto jurídico penal é muito discutido na doutrina e jurisprudência para definir se é possível essa compatibilidade de circunstâncias dentro do mesmo crime de homicídio. A problemática do trabalho será em saber: como seria possível a existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado na legislação penal brasileira no que tange ao seu possível enquadramento como crime hediondo, notadamente nas decisões do TJMA?

Tratando da hipótese para a problemática acima, diz-se que o crime de homicídio é visto como a mais grave das condutas delitivas. O art. 121 *caput* representa a modalidade simples do delito, e no art. 121, § 1º a modalidade privilegiada e a qualificada do art. 121, § 2º (BRASIL, 1940). A figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado é quando ocorre simultaneamente as duas modalidades especiais no crime do art. 121 do CP.

Ratificando a hipótese acima suscitada entende-se segundo a doutrina bem como na jurisprudência ser possível a existência deste instituto penal, desde que as qualificadoras sejam de natureza objetivas com as privilegiadoras sempre subjetivas, de modo que é possível que o agente por motivo de relevante valor moral pratique o crime por emboscada (GRECO, 2013, p. 185). No que tange à classificação como hediondo alguns doutrinadores defendem que sim outros que não é possível, mesma linha de posicionamento dos tribunais superiores

Busca-se como objetivo principal do trabalho compreender a possibilidade ou não da existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e seu possível enquadramento como crime hediondo à luz da doutrina e da jurisprudência.

Assim, no primeiro capítulo inicial será feito um estudo sobre o conceito e os principais aspectos do crime de homicídio e as diferentes modalidades desta infração penal, afim de posicionar o leitor ao objeto da pesquisa. Para ter êxito no presente capítulo, irá se demonstrar as considerações gerais sobre a evolução da ideia de crime e posteriormente com a explicação sobre cada modalidade do crime de homicídio presente no Código Penal. Este objetivo específico será alcançado com base em renomados e novos teóricos e estudiosos do Direito.

Em seguida no segundo capítulo, tratar-se-á da possibilidade da existência ou não da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e a sua natureza hedionda ou não tem como base na doutrina. Ele será alcançado através da explicação da definição e das importantes vertentes da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e posteriormente, com uma análise doutrinária sobre ser compatível ou não a existência dessa figura homicida híbrida no ordenamento jurídico brasileiro e se ainda assim teria a sua natureza hedionda ou não. Este capítulo será fundamentado através das diferentes posições de vários renomados e jovens doutrinários onde fora apresentado os diferentes argumentos jurídicos que sustentam cada pensamento.

Por fim, o terceiro capítulo se compreenderá o enquadramento da hediondez ou não da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. O capítulo primeiramente fará um panorama da jurisprudência pátria dos Tribunais de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a hediondez do homicídio híbrido e por fim, o questionamento sobre a discussão da hediondez ou não do homicídio privilegiado-qualificado se deu na jurisprudência do TJMA. As diferentes decisões dos tribunais do país e os diversos julgados dessas cortes estaduais e extraordinárias serão verificadas.

O trabalho se justifica por ser uma forma de fomentar os debates teóricos na academia, de modo a instigar os alunos e pensadores do Direito a reflexões acerca dos pensamentos doutrinários e jurisprudenciais com vista a sua realidade social e não apenas na mera literalidade da lei penal sobre o complexo do crime de homicídio. No campo social o tema da pesquisa tem a sua justificativa pautada na questão de ser um crime de competência do Tribunal do Júri para deliberar e julgar conforme determina a Constituição Federal de 1988, então o trabalho visa esclarecer a sociedade sobre o assunto de modo que possibilite a

construção do seu juízo de valor sobre a conduta delitiva para condenar ou absolver o réu sempre de forma justa. Por fim, o estudo é fruto de uma inclinação pessoal com objetivo de enriquecimento pessoal sobre o tema em questão.

A pesquisa adota como método a ser realizado o dedutivo, a partir do tipo de pesquisa exploratória e adota-se como procedimento o bibliográfico, incluindo livros, artigos científicos, legislação constitucional, a partir da qual se busca evidenciar conceitos e posicionamentos de diferentes estudiosos e doutrinadores a fim de expor o arcabouço teórico do tema conforme sua inserção na atualidade, procedendo-se a devida e indispensável crítica no esclarecimento quanto ao objeto investigado (GIL, 2010).

O trabalho monográfico aborda a discussão sobre a possibilidade de existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e sua hediondez ou não tendo como fundamentação a doutrina e a jurisprudência do TJMA. Objetiva-se responder se essa figura híbrida do homicídio é possível ou não no sistema penal brasileiro e se teria natureza hedionda. Nos capítulos a seguir, mostrar-se-á os conceitos e principais aspectos sobre esse crime de homicídio e as devidas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a indagação em questão.

2 DO CONCEITO E OS PRINCIPAIS ASPECTOS DO CRIME DE HOMICÍDIO

O Direito enquanto instrumento de regulamentação social é um processo dinâmico, tutelando as diferentes manifestações conflituosas. Assim as diversas relações sociais podem ser tuteladas pelos demais ramos do Direito. A intervenção do sistema penal é sempre a mais violenta, mais repressiva gerando em muitos casos as maiores consequências a vida do apenado, por isso, o princípio da intervenção mínima do Direito Penal é uma máxima no contexto jurídico nos países democráticos.

O Direito Penal como sendo o mais repressivo dos ramos do Direito tem caráter subsidiário e fragmentário, é visto como *última ratio*, devendo ser acionado em último caso, quando todos os demais ramos forem incapazes ou insuficientes de resolver os conflitos e garantir a proteção de bens jurídicos essenciais ao convívio social. O Direito Penal, então, assume um papel necessário para a preservação de ataques contra bens jurídicos mais importantes (BITTENCOURT, 2012, p. 52).

Do ponto de vista da sociologia, o crime é um fato social, inerente a toda e qualquer sociedade. E assim o é por conta de seus efeitos nocivos para a vítima e sociedade em geral quando da lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, daí entrar em cena o poder punir, *jus puniendi*, a aplicação do Direito Penal objetivo ao caso concreto, como forma de efetivação e aplicação da norma jurídica penal. No aspecto sociológico ou dinâmico, o Direito Penal é mais um instrumento de controle social de comportamentos desviados. Para a manutenção da paz social são importas normas que determinam ou proíbem determinados comportamentos, assim quando violadas as regras de condutas, surge para o Estado o poder (dever) de aplicar as sanções, civis ou penais. (CUNHA, 2013, p. 30).

As condutas contrárias aos preceitos do ordenamento jurídico brasileiro são reprovadas e punidas, de modo que no âmbito penal não é diferente. Assim uma vez que as condutas violem a legislação penal e conseqüentemente configure uma infração penal, elas são punidas com uma pena.

Quando do cometimento de um crime abre-se a oportunidade do poder-dever do Estado de punir, logo a garantia que aquela pessoa será responsabilizada é através da imputação de uma pena. No caso do crime de homicídio tipificado no art. 121 do Código Penal, tem-se que é a reprimenda penal mais grave porque ocorre a supressão da vida humana, o bem jurídico mais importante. Dentro do referido injusto penal, tem-se a forma privilegiada no parágrafo 121 § 1º e qualificada no parágrafo 121, § 2º. (BRASIL, 1940).

O Direito Penal exerce a tutela jurídica específica dos bens jurídicos mais importantes da sociedade. Bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas, tudo aquilo que agrega valor reconhecido. A finalidade Direito Penal é analisar fatos humanos indesejados, define quais devem ser rotulados como infrações penais, anunciando as respectivas sanções. (CUNHA, 2013, p. 32).

A atuação do Direito Penal é necessária para proteção dos bens jurídicos mais importantes ao convívio social. A vida é esse bem jurídico altamente importante. A proteção jurídica da vida tem guarida constitucional, ela revela-se como sendo a proteção da própria dignidade da pessoa humana e proteger a pessoa significa, garantir-lhe a vida, a sua saúde, integridade física do indivíduo, a sua honra e também a liberdade individual do cidadão. Esse “valor constitucional tem a sua afirmação no campo do Direito Penal porque a vida humana constitui o centro de gravidade dos valores constitucionais (ou bens jurídicos) protegidos” (ESTEFAM, 2018, p. 98 – 100).

“A vida é o centro de irradiação e de que dependem todo e qualquer direito” (ESTEFAM, 2018, p. 100).

O presente trabalho visa suscitar a discussão acerca da figura híbrida do homicídio qualificado-privilegiado, após no segundo capítulo far-se-á uma análise doutrinária sobre a existência de hediondez da figura híbrida do homicídio privilegiado qualificado e por fim no terceiro capítulo será feita uma análise da hediondez do crime de homicídio privilegiado qualificado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

2.1 Considerações gerais sobre a evolução da ideia de crime

A positivação do Direito Penal tal como se dá hoje, com institutos jurídicos penais autônomos, princípios norteadores tanto para o legislador infraconstitucional e para o interprete da norma jurídica penal, é fruto de um longo processo de construção e transformação histórica que tornou possível a sedimentação e a autonomia desse ramo do Direito. A evolução histórica do Direito Penal se dá em três importantes momentos da vingança penal: a vinhaça privada, vingança divina e vingança pública e posteriormente o direito penal humanitário (BITTENCOURT, 2012, p.70). São a partir desses momentos históricos que o Direito Penal vai se estabelecer como vemos hoje como ramo jurídico autônomo, com institutos próprios e princípios para que assim a sua atuação seja legítima e *erga omnes*.

Cada fase desses momentos históricos do Direito Penal possui suas características próprias e todos eles culminaram no atual ordenamento jurídico penal democrático. A análise se dará a partir do tratamento que em cada etapa dessas dispensava ao delito de homicídio.

A vingança privada, marcada por um período de ausência de codificação, onde a reação para uma violação ao direito de prioridade, a vida de alguém era imediata, aqui prevalecia a lei de talião, regia a máxima do “olho por olho, dente por dente”, em outras palavras a predominância do mais forte sobre o mais fraco, a resposta a uma infração ao direito de alguém era imediata, a lei de talião *Lex Talionis*, foi adotada no Código de Hamurabi na Babilônia (BITTENCOURT, 2012, p. 70). A vingança privada foi marcada principalmente pelo autoperpetrador de império do mais forte sobre o mais fraco para subjuga-lo aos seus interesses, aqui fazia-se valer a sua lei do olho por olho.

A fase da vingança privada foi superada, pois, agora o que fundamentava as punições as infrações ao direito de alguém não eram mais a lei do olho por olho, dente por dente, mas sim um caráter divino, algo no plano metafísico que teria a capacidade e legitimidade para punir os infratores. Nesse período essa vingança era a base para a aplicação da lei e tinha origem divina, e como sua violação consistirá em uma afronta aos deuses, punia-se o para desagrar a divindade, bem como para purificar o infrator (MASSON, 2017, p. 74). Aqui neste momento é marcante uma alta carga de valores cultuados a entidades divinas, de modo que seriam eles os detentores do poder de aplicação de uma pena, uma sanção a uma pessoa que cometesse uma infração, há uma forte atuação do poder da Igreja Católica nessa época, no que se ficou conhecido como criação dos tribunais eclesiásticos.

Por fim, a vingança privada e a vingança divina dão lugar ao primeiro fragmento de um direito penal mais racional, conhecido como vingança pública. Nesta última fase da vingança ocorre uma transferência do poder de punir, o Estado avoca para si o poder - dever de manter a ordem. Assume um caráter público a pena, afastando o uso da própria força bem como da submissão aos valores religiosos já não são mais aceitos. Então, na vingança pública a finalidade é garantir a segurança do soberano, através da aplicação da sanção penal (MASSON, 2017.p. 76). Aqui o caráter público de aplicação da sanção penal ainda é bem mitigado, pois visa tão somente proteger os interesses do soberano, tendo em vista que nessa época ainda era presentes as penas cruéis e dolorosas sobre o corpo do infrator.

Superado esses momentos surge então, um novo pensamento ideológico que vai balizar a aplicação de um direito penal mais humanitário e menos cruel como existia até então. É o que se convencionou chamar de período humanitário ou fase do direito penal humanitário. Nesse novo período a característica marcante é a oposição as penas cruéis e vai ser a

contraposição ao Estado soberano da época, as correntes iluministas e humanitárias de Voltaire, Rousseau e Montesquieu vão se opor às concepções arbitrárias do soberano, que na época era fundada em penas desumanas e cruéis (BITTENCOURT, 2012, p. 79). O período humanitário, instituiu um novo paradigma para a evolução do direito penal, pois rompeu com as ideias do Estado absolutista e humanizou as penas e tratamentos aplicados.

Nesse período humanitário vale destaca a obra intitulada “Dos delitos e das Penas”, do célebre autor italiano Cesare Beccaria de 1738-1794. Nessa obra o autor expõe as ideias sobre um direito penal humanitário, em que o direito de punir do soberano reside no fato de que:

Homem algum entregou gratuitamente parte da própria liberdade, visando ao bem público, químera esta que só existe nos romances. [...] Cada homem faz de si o centro de todas as combinações do globo. A multiplicação do gênero humano, pequena por si só, mas muito superior aos meios que a estéril e abandonada natureza oferecia para satisfazer as necessidades que cada vez mais se entrecruzavam, é que reuniu os primeiros selvagens. As primeiras uniões formaram necessariamente outras para resistir aquelas e, assim, o estado de guerra transportou-se do indivíduo para as nações. Foi, portanto, a necessidade, que impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade. É certo que cada um só quer colocar no repositório público a mínima porção possível, apenas a suficiente para induzir os outros a defendê-lo. O agregado a essas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir. (BECCARIA, 2013, p. 32 - 33).

O poder de punir reside no fato de que o soberano protegesse a mínima porção que cada homem instituiu no contrato social, de modo que não aceitaria uma violação autoritária a do monarca. O caráter humanitário reflete em um direito penal mais justo, o direito penal das penas humanizadas, do fato posto e não de uma violação cruel, uma sanção cruel ao infrator.

Após essas visões propedêuticas sobre as fases de evolução histórica do direito penal, agora atem-se ao que hoje se entende por conceito de crime para fins de estudo do artigo 121 do Código Penal.

O Direito Penal consiste em ser um complexo normativo que visa regular as relações que se estabelecem quando da ocorrência de um crime ou contravenção penal, ele é o conjunto de princípios e regras destinados a combater o crime e a contravenção penal, mediante a imposição de sanção penal (MASSON, 2017, p. 03). Como nota-se pelo conceito de direito, as infrações penais compreendem: crime ou delito e contravenção penal, interessando ao trabalho apenas o estudo do conceito de infração penal na modalidade crime.

O crime é um fato jurídico penal que viola uma norma jurídica em abstrato em geral proibitiva. Nos prestemos ao conceito analítico de crime que segundo o ilustre criminalista e professor, Nelson Hungria (1955, p. 07), crime é um “ilícito penal, mais precisamente, um fato (humano), típico (descrito *in abstrato* na lei), contrário ao direito, imputável a título de dolo ou culpa e que a lei contrapõe a pena como sanção específica”.

O homicídio é uma conduta típica, antijurídica e culpável, onde primeiro se observa a conduta e depois o autor. Trata-se de uma conduta humana consciente e voluntária individualizada albergada em um tipo (dispositivo legal) sob uma proibição, que por não estar permitida por nenhum preceito é contrária à ordem jurídica e imputável a alguém, por exigir do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (ZAFFARONI, 2015, p. 355).

Dentro do fato típico temos os seguintes elementos: a) a conduta que pode ser dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; b) resultado; c) nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e d) tipicidade que pode ser formal ou conglobante (GRECO, 2017, p. 200 - 201). Traçadas essas premissas, verificar-se-á em que consistem esses elementos para a formação do conceito analítico de crime.

A conduta é a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade, um fim, consiste em produzir um resultado tipificado em lei como crime ou contravenção penal, logo não há crime sem conduta (MASSON, 2017, p. 250). A conduta é exteriorizada através de uma ação, que é um comportamento positivo do agente, um fazer para o fim pretendido e por outro lado, a omissão que não se trata de uma conduta positiva, mas sim negativa do agente, é a conduta de não fazer aquilo que podia e devia ser feito em termos jurídicos (MASSON, 2017, p. 252). Assim, basta haver uma conduta humana consciente e voluntária seja ela ativa ou omissiva para que se tenha este elemento do fato típico.

A imputação da conduta do autor da prática de um crime se dá de duas maneiras: a título doloso ou culposo, no primeiro caso o agente atua com o elemento subjetivo do dolo, com a vontade direta, de querer diretamente o resultado ou assume o risco de produzi-lo, já na segunda hipótese, o agente tem uma conduta não dirigida diretamente a querer ou assumir o risco de produzir o resultado, mas ele com culpa dá causa ao resultado final por negligência, imperícia ou impudência (GRECO, 2017, p. 253).

O resultado é a consequência provocada pela conduta do agente, esse resultado pode ser jurídico ou naturalístico. Na primeira hipótese, é a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico protegido pela lei penal, ao passo que o resultado naturalístico ou material é a modificação do mundo exterior provocada pela conduta do agente (MASSON, 2017, p. 255). Tomando como exemplo o crime de homicídio, o resultado naturalístico é a morte, supressão da via humana.

O nexo de causalidade é a relação entre a conduta do agente e o resultado, é o elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ele produzido, não havendo esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não pode haver

causalidade. (GRECO, 2013, p. 325 - 326). Na legislação a relação de causalidade se encontra no art. 13 do Código Penal.

Por fim, como último elemento do fato típico tem-se a tipicidade, que é dividida em formal e material. A visão formal é o juízo de subsunção entre a conduta praticada pelo agente no mundo real e o modelo descrito pelo tipo pena, ao passo que a tipicidade material é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado em razão da prática da conduta legalmente descrita (MASSON, 2017, p. 279). Como se verifica a tipicidade é a previsão em abstrato na lei de uma conduta que se visa proibir tendo em vista a proteção de um bem jurídico penalmente tutelado.

A tipicidade conglobante é a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se afere separando o alcance da norma proibitiva conglobada com as demais normas do sistema jurídico. (MASSON, 2017, p. 282).

Após a análise do fato típico, passa-se ao estudo da antijuridicidade. A antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos (ZAFFARONI, 2015, p. 510). Tem-se a antijuridicidade dividida em formal e material, a primeira hipótese tem viés no pensamento do positivismo jurídico em que seria como um conceito legal, já a visão material fundamenta-se no positivismo sociológico em que a antijuridicidade é um conceito sociológico (ZAFFARONI, 2015, p. 510). Como percebe-se a antijuridicidade é a ideia de uma conduta ser juridicamente contrária ao ordenamento jurídico em geral ou em específico, contrária ao Direito Penal.

Ainda como explanação do conceito de antijuridicidade:

Ilicitude ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume à matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributária etc. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita (GRECO, 2017, p. 417).

Explora-se, agora, o último critério do conceito analítico de crime, a culpabilidade. A culpabilidade é o juízo que recai sobre a conduta do agente, ela é o grau de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente (GRECO, 2017, p. 481). Como se verifica a culpabilidade é um juízo sobre a conduta do agente e ao longo do tempo, várias foram as teorias e correntes que discutiram o tema. Como a Escola Clássica em que com o seu argumento é o livre – arbítrio do ser humano, a capacidade de moralmente livre fazer as suas escolhas, posição em contrário assumida pela Escola Positivista, que sustenta a tese do

determinismo, aqui o homem não é dotado desse total poder de liberdade de escolha, mas, ele opera a conduta sob influência de fatores internos e externos na prática da infração penal (GRECO, 2017, p. 482).

A culpabilidade enquanto critério do conceito analítico de crime possui os seguintes elementos: a) imputabilidade; b) potencial consciência sobre a ilicitude do fato e c) exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade é a capacidade genérica de que cada pessoa tem para suportar a conduta delitiva. É a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (PRADO, 2017, p. 271). A imputabilidade penal é extraída do art. 26 do Código Penal, pois, o diploma normativo penal diz no referido dispositivo quem são inimputáveis, ou seja aquelas pessoas que não são passíveis de lhe serem penalmente imputado um crime. (BRASIL, 1940).

Outro elemento da culpabilidade é a potencial consciência de ilicitude, elemento intelectual da reprovabilidade, a consciência ou o conhecimento atual ou possível da ilicitude da conduta, é a possibilidade de o agente poder conhecer o caráter o ilícito de sua ação – consciência potencial da ilicitude (PRADO, 2017, p. 274). O agente só age culpavelmente quando conhece ou pode conhecer ilicitude de seu comportamento, a ausência desse elemento daria lugar ao erro do tipo, art. 21 do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Último elemento da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, em que consiste em afirmar que não se poderia exigir do agente conduta diversa da praticada. A exigibilidade de conduta diversa é também explanada conceitualmente quando o Direito exige, geralmente, do sujeito imputável, isto é, daquele que pode conhecer a antijuridicidade do seu ato, que tome sua resolução de vontade conforme com esse conhecimento possível (BITTENCOURT, 2012, p. 451).

Após os estudos sobre a evolução histórica do direito penal, sobre a definição analítica do conceito de crime, far-se-á, a seguir um uma análise acerca do crime de homicídio presente no art. 121 do Código Penal, nas suas modalidades simples, privilegiada e qualificada.

2.2 O crime de homicídio

Na parte especial do Código Penal de 1940, no título I, temos os “Crimes contra a pessoa” e em especial no Capítulo I, que disciplina os crimes contra a vida.

O crime inaugural da parte especial é o homicídio que produz consequências terríveis tendo em vista que o resultado naturalístico do crime de homicídio é a morte.

O Código Penal a partir do artigo 121 se volta para as mais variadas condutas criminosas, sendo o crime de homicídio que introduz a parte especial, que contém em sua redação a expressão simples e taxativa de “matar alguém”, podendo ser cometido de três formas, a simples, presente no *caput* do art. 121, a forma privilegiada, no art. 121, § 1º, e a qualificada que está no art. 121, § 2º. (BRASIL, 1940).

O crime de homicídio é o tipo penal central dentre as condutas que atacam a vida. O alto grau de proteção e também o elevado nível de reprovação de tal conduta se dá por conta do bem jurídico penalmente tutelado, no caso a vida. “É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada”. (HUNGRIA, 1955, p. 25).

O homicídio simples é a modalidade descrita no *caput* do art. 121 do Código Penal, “matar alguém, pena – reclusão de 06 a 20 anos”. (BRASIL, 1940). A conduta se caracteriza pela supressão da vida humana, é a ação de eliminação da vida humana, para objetividade do homicídio é indiferente aspectos como, a idade da vítima, pois no todo ocorrerá a supressão da vida humana (HUNGRIA, 1955, p. 35). Como se verifica, o homicídio simples, descrito no *caput* consiste na conduta dirigida finalisticamente a supressão, eliminação da vida humana, o agente pode consumir tal crime utilizando das mais variadas formas bem como objetos diversos a realização da empreitada criminosas, desde uma arma até uma faca.

O crime de homicídio simples é um crime unissubsistente, que é aquele que é cometido por um único ato, em que só existem o núcleo (matar) e o sujeito passivo ou objeto material (alguém), o homicídio simples é a destruição da vida humana. No crime de homicídio a objetividade jurídica, como o capítulo trata dos crimes contra a vida, então é a vida o objeto jurídico tutelado, o bem jurídico penalmente tutelado é a vida ultra-uterina. (NORONHA, 2001, p. 16).

O objeto material é sobre quem recai a conduta delitiva, no caso do crime de homicídio, é a pessoa que tem a sua vida suprimida. O sujeito ativo é aquele que pratica a conduta delitiva, é o ser humano, quer pode ser isolado ou associado, admite-se a co-autoria. O sujeito passivo, aquele que suporta a ação criminosa, sobre quem recai a conduta delitiva, no crime do art. 121, vai ser qualquer pessoa humana bem como também o Estado. (NORONHA, 2001, p.17).

O elemento subjetivo do crime de homicídio é o dolo, vontade humana livre e consciente. Dolo direto, em que o agente quer diretamente o resultado ou eventual, quando ele assume o risco de produzi-lo. Admite-se a modalidade do homicídio culposos. O crime se

consuma no momento em que o tipo do injusto se encontra plenamente realizado, ou seja quando o autor provoca a morte de alguém. Trata-se de delito de efeitos permanentes e exige-se o exame de corpo de delito, direto ou indireto. Admite-se a tentativa, uma vez que iniciada a execução, porém, o resultado morte, não se consuma por circunstâncias alheia à vontade do agente (PRADO, 2004, p. 54 - 55).

Além da forma dolosa como já mencionado acima o Código Penal previu a forma culposa do crime de homicídio em que o agente não quer o resultado e nem assumiu o risco de produzi-lo, mas ele deu causa ao resultado por sua imprudência, negligência ou imperícia. A previsão do elemento subjetivo à título de culpa do crime de homicídio se encontra no art. 121, § 3º, do CP. (BRASIL, 1940).

A lei penal não define o conceito das modalidades da culpa, no caso a imprudência, imperícia ou negligência para fins de compreender o homicídio quando cometido na modalidade culposa, assim fica à cargo da doutrina formular e explicar tais conceitos.

O fato típico do crime culposos contém os seguintes elementos: a) conduta voluntária; b) resultado (involuntário); c) nexos causal; d) tipicidade; e) quebra do dever de cuidado objetivo, por imprudência, negligência ou imperícia; f) previsibilidade objetiva do resultado; g) relação de imputação objetiva. Todos estes elementos encontram-se implícitos na fórmula contida no art. 121, § 3º, do CP: § 3º “Se o homicídio é culposos: Pena - detenção, de um a três anos”. (ESTEFAM, 2018, p. 154).

As modalidades de culpa podem ser por imprudência, negligência ou imperícia. O homicídio é culposos por imprudência quando a ação é realizada de forma ativa, que se dá com quebras de regras de conduta ensinadas pela experiência; consiste no agir sem preocupação, o agente age de forma precipitada na conduta. A negligência ocorre quando o agente se porta sem a devida cautela. É a culpa que se manifesta na forma omissiva, essa omissão é sempre anterior ao resultado culposos. E por fim, a imperícia é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão. Deriva de prática de certa atividade, omissiva ou comissiva, pelo agente que não é plenamente capacitado por falta da experiência ou falta de conhecimento técnico, assim dando causa ao resultado do homicídio culposos (ESTEFAM, 2018, p. 156).

Fora a modalidade do homicídio simples descrita no *caput* do art. 121 do Código Penal, existe a modalidade privilegiada do referido delito in causa. A previsão do homicídio privilegiado se encontra no § 1º do art. 121, CP, diz que “se o agente comete o 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, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço” (BRASIL 1940). A lei penal estabelece que presentes determinados elementos o crime de homicídio do *caput*, com as suas penas cominadas terá uma causa de diminuição da pena, se

presentes motivo de relevante valor social ou moral, bem como sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Por motivo de relevante valor social entende-se aquele motivo que atende aos interesses da sociedade em geral tem um caráter de motivação voltada aos interesses públicos, os anseios da coletividade, não interessa tão somente o agente, mas, sim, ao corpo social, a título de exemplo, da morte de um traidor da pátria. Já o motivo de relevante valor moral representaria os interesses particulares, é aquele motivo que, embora importante, é, considerado levando-se em consideração os interesses do agente, tem um viés de caráter privado, a título de exemplo, do pai que mata o estuprador de sua filha. (GRECO, 2013, p. 145-146).

A segunda parte do art. 121 § 1º, é sobre a causa de diminuição de pena do homicídio tendo em vista o agente cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, entende-se por; a) sob domínio, significa que o agente deve estar completamente, totalmente dominado pela situação, pois caso contrário se o agente agiu influenciado seria a hipóteses de atenuação prevista na alínea “c” do inciso III, art. 65, CP, aqui o agente praticou o ato por injusta provocação da vítima pelo fato de perder o controle da situação; b) emoção é um estado alteração do ânimo do agente, uma viva excitação de sentimento, efeitos transitórios de comportamentos e funções da vida orgânica do agente (GRECO, 2013, p. 146 - 147); c) logo em seguida, denota a ideia de ser o evento um caráter de imediatidade, algo que é muito próximo a injusta provocação, que não permita qualquer espaço de tempo, deve se analisar logo em seguida como um critério de razoabilidade, mas o objetivo é que seja logo imediatamente; d) por fim, injusta provocação da vítima é um critério muito subjetivo, pois provocação para um pode não ser o mesmo para outro, é a ideia de algo que provoca alguém sem intuito de ser uma injusta agressão, pode agir de na defesa da sua pessoa, caso o provocado parta para o ataque, não sendo permitida a essa possibilidade aquele que comete uma injusta agressão. (GRECO, 2013, p. 147-149).

Existe ainda o crime de homicídio na sua modalidade qualificada presente no art. 121, § 2º do CP. O crime é qualificado por que ele traz uma nova pena mínima e máxima diferente daquela que é trazida no caput do artigo. (GRECO, 2017, p. 228).

O crime de homicídio qualificado está descrito no Código Penal, no art. 121, § 2º, com a seguinte redação:

Homicídio qualificado
 § 2º Se o homicídio é cometido:
 I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
 II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

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: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos (BRASIL, 1940).

O crime de homicídio qualificado diferencia-se das outras modalidades, analisaremos a seguir as hipóteses em que vai se configurar a modalidade qualificada, que consiste em uma nova pena mínima e máxima da diferente da pena do *caput* do art. 121, assim, o fato de ser crime qualificado não modifica a natureza do homicídio, mas tão somente vai definir uma pena abstrata maior.

O crime homicídio é qualificado pelos seus a) motivos; incisos I; mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo e II; por motivo fútil; b) meios; inciso III: com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; c) modos; inciso IV; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; d) fins; inciso V; para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. (GRECO, 2013, p. 150).

O legislador introduziu ao Código Penal novas hipóteses de qualificação do crime de homicídio, alargando o rol do § 2º, art. 121, a saber, inciso VI, contra mulher por razões da condição de sexo feminino e inciso VII, pela função ou parentesco da vítima. (BRASIL, 1940).

O inciso I, § 2º, art.121, CP, é qualificado por paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe. A paga é o valor ou qualquer vantagem, tenha ou não natureza patrimonial antecipadamente, para que leve o agente a efeito de praticar e fazer se consumir a conduta criminosa. Já a promessa de recompensa, basta a simples promessa de recebimento do pagamento ou da vantagem pela empreitada criminosa para qualificar o homicídio, o agente não precisa receber antecipadamente como acontece na paga (GRECO, 2013, p. 152). Como se verifica, o homicídio estará qualificado quando do pagamento de um valor ou vantagem patrimonialmente ou não bem como da simples promessa de recebimento de uma vantagem ou de um valor para que se pratique a infração penal. A título de exemplo, a pessoa que contrata

um pistoleiro para cometer um homicídio e pagar um determinado valor acertado para prática do crime.

Ainda quanto aos motivos, o crime de homicídio será qualificado quando por outro motivo torpe, segunda parte do inciso I do § 2º, art. 121, do CP e pelo motivo fútil, inciso II, § 2º, art. 121, CP. O motivo torpe cuida-se do móvel adjeto, de razão soez ou baixo, é algo com motivo repugnante que atinge mais profundamente o sentimento ético-social da coletividade, é o motivo repugnante, indigno, que repugna à consciência média da sociedade. (ESTEFAM, 2018, p. 135). O motivo torpe e fútil não podem ser considerados ao mesmo tempo. Como exemplo o ciúme por si só não se configura motivo torpe, pois, é um sentimento comum a maioria da coletividade (BITTENCOURT, 2014, p. 85). O motivo torpe é algo que causa um nojo a coletividade, do ponto de vista do motivo que levou o agente a cometer a empreitada homicida.

Já na hipótese da qualificadora de homicídio pelo motivo fútil, inciso II do § 2º, art. 121, CP, ocorre quando o motivo insignificante, banal, o motivo fútil é aquilo de somenos importância, de diminuído valor, totalmente insignificante. (ESTEFAM, 2018, p. 137). O motivo fútil é algo que é considerado insignificante, a realização do crime homicídio não se admite pelo fato do motivo ser fútil que motivou a conduta. O motivo fútil não se confunde com a ausência de motivo, que é considerada uma aberração jurídico-penal, pois, esta última é algo mais grave ainda, torna mais censurável ainda a conduta (BITTENCOURT, 2014, p. 86). A diferenciação de ser motivo torpe ou fútil tem mais um caráter doutrinário do que prático, vez que seja um ou o outro o motivo, a consequência ao final será a mesma, que é a devida incidência como uma qualificadora do crime de homicídio.

Tratando agora do homicídio qualificado quanto aos meios, inciso III do § 2º, do art. 121, CP. O crime de homicídio será qualificado quando do emprego de veneno, este um meio insidioso, só qualifica o crime se for feita dissimuladamente, a vítima deve desconhecer que está sendo envenenada para que ocorra a incidência desta qualificadora. Veneno ora entendido como substância biológica ou química que introduzida no organismo humano cause a morte. O meio qualificado pelo emprego de fogo ou explosivo, é meio cruel, podendo resultar perigo comum. Explosivo é qualquer objeto ou artefato capaz de provocar explosão ou qualquer corpo capaz de se transformar rapidamente em explosão. O emprego de fogo é utilização de produto inflamável seguido de ateamento de fogo, as chamas em estado de combustão e queima (BITTENCOURT, 2014, p. 87-88).

A qualificadora do crime de homicídio pelo meio de emprego de asfixia e também emprego de tortura se estabelece quando, na primeira hipótese, há o total impedimento da

função respiratória humana levando a pessoa a morte, a falta de oxigênio no sangue do indivíduo, pode ser mecânica como afogamento ou tóxica por gás asfíxiante, já a segunda hipótese de qualificadora é o meio que provoca um sofrimento prolongado no indivíduo, é um meio cruel que se diferencia pelo seu lapso temporal ser prolongado. Toda forma de tortura que causa morte do indivíduo e que seja um fim em si mesmo, será qualificadora do crime de homicídio (BITTENCOURT, 2014, p.88).

Por fim, também qualifica o homicídio, o meio insidioso, o meio cruel e o meio que resulta em perigo comum. A primeira hipótese é o meio utilizado sem que a vítima tenha conhecimento, há um meio dissimulado empregado, já na segunda hipótese, são os meios que causam um enorme, um excessivo sofrimento para a pessoa, ele aumenta inutilmente o sofrimento da vítima já a última hipótese é quando possa resultar em perigo comum, capaz de atingir um número indeterminado de pessoas. (CUNHA, 2013, p. 75).

O crime de homicídio pode ser qualificado quanto aos modos empregados, inciso IV, § 2º, art. 121, do CP. Pode ser qualificado aqui pela traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. A traição pode ser física (exemplo, atirar na pessoa pelas costas) ou moral (atrair a vítima a um precipício), nessa qualificadora o agente se vale da confiança já previamente estabelecida com o ofendido que vai aproveitar de um momento em que a vítima se encontra desprevenido ou sem vigilância. Já a emboscada consiste em ficar de tocaia à espera da vítima, aqui o agente aguarda escondido, em determinado local, a passagem da vítima, para matá-la quando ali passar. (MASSON, 2017, p. 37-38).

A dissimulação é também um *modus operandi* do crime de homicídio, que qualifica a referida infração penal em se caracterizando como uma atuação disfarçada, hipócrita, que oculta a real intenção do agente, valendo-se o agente de uma aproximação da vítima para posteriormente matá-la, pode ser dissimulação material ou moral. Já o último modo de qualificar o homicídio é outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima, é uma fórmula indicativa genérica, uma analogia às anteriores mencionadas. (MASSON, 2017, p. 38).

A Lei nº 13.104, de 2015 introduziu os incisos VI e VII, § 2º, 121 do Código Penal para o objetivo de alargar as hipóteses de qualificadoras do crime de homicídio. Trata-se de uma qualificadora contra a mulher de forma dolosa por razões da condição de sexo feminino (MASSON, 2017, p. 41). Verifica-se ainda que a qualificação do crime de homicídio no art. § 2º, 121 do CP, foi introduzida pela Lei nº 13.104, de 2015, é quando o crime é 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. (BRASIL, 1940).

A última classificação do crime de homicídio como qualificado é quanto aos seus fins. São as hipóteses que visam a assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime, inciso V do § 2º, art. 121, CP. O homicídio é praticado para assegurar a execução de outro crime, o sujeito primeiro mata alguém e depois pratica o delito. Já na qualificadora para assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime, o sujeito comete um crime e só depois o homicídio. Na ocultação o sujeito pretende impedir que se descubra a prática de outro crime. Na impunidade o sujeito por sua vez, deseja evitar a punibilidade do crime anterior e pôr fim, a vantagem é tudo que se auferiu, todo proveito material ou moral de um crime (MASSON, 2017, p. 400).

A evolução histórica sobre a ideia de crime bem como a sanção a ele imposta era feita antigamente de forma injusta, desumana e sem nenhum critério racional e proporcional a conduta do agente. As fases da vingança penal foi um período de aplicação de penas de maneira arbitrária e cruéis, no caso durante a fase da vingança privada, divina e pública. Após, o período humanitário é que se desaguou em um Direito Penal mais justo, racional, proporcional e humanizado para se aplicar uma sanção a conduta delitiva do agente, em que compete hoje ao Estado o poder-dever de punir.

No Código Penal o crime de homicídio simples se encontra no caput do art. 121, CP, já a modalidade privilegiada é prevista no art. 121, § 1º, e a qualificada no art. 121, § 2º. (BRASIL, 1940). A figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado é quando no caso concreto ocorre simultaneamente uma causa de privilegiadora e uma qualificadora nesse mesmo injusto penal do art. 121 do CP.

O crime de homicídio representa a maior violação à norma jurídico penal, pois, esta conduta delitiva atenta contra o maior bem jurídico penalmente tutelado, a vida humana. No presente capítulo apresentaram-se as considerações gerais sobre a ideia de crime e com ênfase a abordagem sobre o crime de homicídio presente no art. 121 do CP. A análise realizada visou mostrar os conceitos e principais aspectos do crime do art. 121 do CP, quais as modalidades desse delito e como se caracterizam cada uma delas. No próximo capítulo trabalhar-se-á a possibilidade da existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e a sua possível natureza hedionda à luz de posicionamentos doutrinários.

3 O CONCEITO E OS PRINCIPAIS ASPECTOS DA FIGURA HÍBRIDA DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO E A SUA NATUREZA HEDIONDA À LUZ DA DOCTRINA

A vida é um direito garantido pela nossa Constituição Federal bem como pelas leis infraconstitucionais. É sem dúvida o mais importante e emblemático dos direitos juridicamente tutelados, encontra-se positivado em vários diplomas normativos nacionais. O consagrado direito constitucional à vida tem previsão no caput do art. 5º que enumera e inaugura o livro dos direitos e garantias individuais e coletivas, trata-se de um direito fundamental tutelado macro importante ao ser humano, pois sem vida não há como se exercer os outros direitos fundamentais (BRASIL, 1988). A proteção e a tutela constitucional do direito fundamental a vida estabelecida no art. 5ª da Magna Carta também se encontra presente no art. 121 do Código Penal, que tipifica o crime de homicídio e protege o bem jurídico penal vida (BRASIL, 1940).

O crime como um fato social, ele é um fato (conduta), típico (descrito em abstrato na lei), contrário ao direito, sob o título de dolo ou culpa a qual a lei lhe estabelece uma pena, que é uma sanção cominada a conduta do agente (HUNGRIA, 1955.p. 50), conforme já explorado no primeiro capítulo deste trabalho.

Neste capítulo especificamente trabalhar-se-ão o conceito e os principais aspectos da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e a sua natureza hedionda à luz da doutrina. Para ter êxito no objetivo aqui traçado, vamos abordar na primeira seção o conceito e principais aspectos do homicídio privilegiado-qualificado e na segunda seção é feita uma análise doutrinária se é possível o enquadramento da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado como sendo crime hediondo.

3.1 Conceito e as aspectos importantes do homicídio privilegiado-qualificado

No Código Penal o art. 121 tipifica o crime de homicídio, é o tipo central dos crimes, ele representa a orbita sobre o qual se desenvolve todo o sistema jurídico penal, é o ponto culminante da máxima delinquência, representa a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada (HUNGRIA, 1955, p. 25).

Para entender a dinâmica do crime na situação fática praticada não se deve verificar apenas o resultado, o dano causado efetivamente à vítima, mas também os seus elementos que compõem o injusto, como no caso o elemento subjetivo. No crime de homicídio, no art. 121, §

1º, há a forma privilegiada e no art. 121, § 2º, a modalidade qualificado, que dizem respeito justamente aos motivos que levaram à prática desse tipo penal.

Antes de adentrar-se a figura do crime de homicídio privilegiado-qualificado, é mister fazer uma apresentação sobre as majorantes e as minorantes. Chamam-se de majorantes as causas contidas nas partes geral e especial do Código Penal, que têm por finalidade aumentar a pena aplicada ao agente. Já em sentido diverso, são considerados minorantes aquelas causas que, também previstas na parte geral ou na parte especial do Código Penal, são aplicadas para fins de diminuição da pena, ambas incidem na terceira fase da dosimetria da pena. São causas de aumento ou de diminuição da pena. (GRECO, 2013, p. 76).

O homicídio privilegiado encontra-se tipificado no art. 121, § 1, do Código Penal. Segundo a redação do CP. “Se o agente 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, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”. (BRASIL, 1940), logo, representa uma causa de diminuição de pena.

O crime de homicídio será privilegiado quando o agente pratica a conduta homicida, mas, está impelido por motivo de relevante valor social, ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. O motivo de relevante valor social, diz respeito aos interesses de toda a coletividade, logo, nobre e altruístico (ex: indignação contra um traidor da pátria). Já o motivo de relevante valor moral liga-se aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão. (CUNHA, 2013, p. 70).

A última hipótese de privilégio do homicídio na parte final do art. 121, § 1º, do CP, seria quando o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Os elementos então, desta parte final relativa ao privilégio seria: a) sob o domínio; b) violenta emoção; c) logo em seguida; d) injusta provocação da vítima. A expressão “sob domínio” significa que o agente deve estar completamente dominado pela situação, já a violenta emoção é um estado de alteração psíquica do agente, violenta excitação do sentimento o agente nessa violenta emoção perde sua capacidade de autocontrole pelo seu estado psicológico abalado. A expressão “logo em seguida”, remete a ideia de imediatidade, de proximidade com a provocação injusta a que foi submetida o agente. Isso não significa, entretanto, que logo em seguida não possa ter um qualquer espaço de tempo. A lei busca evitar é que se crie uma cultura de vingança do agente. Finalmente o privilégio deriva de “injusta provocação da vítima”, que é uma forte e injusta violação ao agente na sua subjetividade, diz respeito a um critério subjetivo, pois algo que é provocação pode ser entendido como agressão

para outros, então injusta provocação é uma definição subjetiva, mas seria uma violação a alguém no seu escopo íntimo e pessoal (GRECO, 2013, p. 146-149). Caracterizadas tais situações durante a execução e consumação do homicídio o agente fara juiz a causa de diminuição da pena, pois, não é uma faculdade do juiz mas um direito do acusado, segundo o próprio Código Penal. Ademais, as hipótese do privilegio do crime de homicídio que acima foram explicitadas justificam a causa de diminuição da pena do agente e maiores apontamentos serão tratados na próxima seção.

O homicídio qualificado é uma conduta altamente reprovada e as suas consequências jurídicas penais são sempre maiores que as outras formas do delito do art. 121 do CP. Assim segundo a redação do Código Penal no art. 121, § 2º é qualificado o crime de homicídio pelos, motivos, meios, modos, fins, contra autoridade e por feminicídio.

O crime acima citado é qualificado pelos motivos, pelos meios, pelos modos da execução e quanto aos fins. As circunstâncias que qualificam, o homicídio são mais complexas e variadas do que aquelas que privilegiam, a conduta do agente é mais chocante e a sociedade em geral, não admite e nem aceita a morte de alguém de qualquer que seja a modalidade. Na modalidade do art. 121, § 2º, será qualificado quando o agente por exemplo, na empreitada criminosa comete o homicídio por algum motivo torpe ou fútil bem como quando nos meios empregados, ele usa de emprego de veneno com desejo de ter a morte da vítima sob estas circunstancias fáticas. (BITTENCOURT, 2014, p.84-87).

Após estas análises do crime de homicídio, chega-se à discussão no campo da doutrina e da jurisprudência brasileira se é possível a existência ou não da chamada figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e se ela pode ser classificado como crime hedionda. Assim, abordar-se-á nesta seção o seu conceito e os principais aspectos, e, posteriormente, o posicionamento da doutrina se esse crime é hediondo ou não.

O conceito da figura do homicídio privilegiado-qualificado é a ocorrência simultânea da aplicação de uma hipótese de privilegiadora e uma qualificadora no mesmo homicídio, é o instituto jurídico penal em que estabelece uma situação fática de aplicabilidade na mesma conduta homicida do art. 121 do CP de um privilegiadora e uma qualificadora, essa caracterização de um homicídio híbrido fomenta fortes debates na doutrina e na jurisprudência sobre a sua compatibilidade. (MASSON, 2017).

Outro aspecto importante além do conceito do homicídio qualificado-privilegiado é sobre qual a natureza jurídica das situações elencadas no art. 121, § 1º e no art. 121, § 2º do CP, (BRASIL, 1940).

A definição da natureza jurídica do crime de homicídio privilegiado presente no art. 121, § 1º do Código Penal é fruto de uma criação doutrinária e jurisprudencial. Trata-se de uma causa de diminuição da pena do agente e não de um privilégio, pois, aqui consiste na modalidade em que a lei penal diminui, em abstrato, os limites mínimos e máximos da pena, no caso do art. 121, § 1º do CP, o legislador já estabeleceu o *quantum* da diminuição da pena, no caso de um sexto a um terço, motivo pelo qual tecnicamente é uma causa de diminuição da pena (MASSON, 2017). As privilegiadoras são sempre de natureza subjetiva, pois fundam-se com os motivos do crime.

Já as qualificadoras são circunstâncias fáticas objetivas e subjetivas que têm o condão de estabelece uma nova pena mínima e máxima ao crime de homicídio, diferente da pena em abstrato presente no *caput* do art.121 do CP (MASSON, 2017). Entende-se que essas qualificadoras incidem pois, devido ao alto nível de reprovabilidade da conduta, maior perversidade e lesividade em geral a toda a sociedade e uma alta aversão social e jurídica a conduta do agente.

Outro aspecto importante a saber, é, sobre de quem é a competência para julgar os crimes de homicídio.

A resposta encontra-se presente na nossa Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inc. XXXVIII, onde o constituinte originário definiu a prerrogativa para a sociedade julgar a conduta dos crimes dolosos contra a vida e o homicídio sendo a maior violão ao direito fundamental da vida, então, é perfeitamente racional que seja feita o julgamento por todos os cidadãos que compõem o corpo social e não apenas concentrar na mão de um juiz togado a carga e a responsabilidade de condenar ou absolver um criminoso quando do cometimento de um homicídio doloso contra a vida. (BRASIL, 1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988)

Como estabelecido na alínea “d” do mencionado inciso compete ao Tribunal do Júri julgar os crimes dolosos contra a vida. No caso do estudo que é o crime de homicídio, este delito será julgador por órgão formado pelo conselho de sentença constituído por pessoas populares da sociedade geral, com os quais o constituinte originário garantir uma maior racionalidade e segurança jurídica no julgamento desse crime que se apresenta como sendo

complexo, sensível a sociedade. Então, não seria plausível concentrar nas mãos apenas de uma pessoa no caso, o juiz de direito que ele que tivesse a competência para julgar por si só crimes desta natureza. A competência do Tribunal do Júri é plena para julgar o crime de homicídio seja ele, simples, privilegiado e o qualificado, então será do mesmo órgão a competência para julgar o crime de homicídio privilegiado qualificado. (GRECO, 2013, p. 163).

Superada a fase conceitual bem como a explanação dos principais aspectos da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado, passa-se a seguir à análise da possibilidade da existência de tal figura híbrida no ordenamento jurídico penal e sua possível natureza hedionda, investigando-se como a doutrina aborda a possibilidade da aplicação de uma privilegiadora e uma qualificadora concomitantemente no mesmo homicídio.

3.2 Análise doutrinária sobre a existência hediondez do homicídio privilegiado-qualificado

A lei é a fonte primária do Direito, é a forma moderna de produção do Direito objetivo, é o ato do Poder Legislativo, que estabelece normas de acordo com os interesses sociais (NADER, 2002, p. 139). A lei é a fonte por excelência do Direito, porém, o juiz pode utilizar de outras fontes mediatas que tem o condão de ajudar o magistrado na solução de uma demanda, como os costumes, a doutrina e a jurisprudência.

A doutrina compreende a uma fonte mediata do Direito, são os estudiosos e teóricos da ciência jurídica que objetivam sistematizar e interpretar a norma jurídica naquilo em que a lei for incompleta ou omissa. No campo do Direito Penal a doutrina também é fonte mediata, é resultado da atividade jurídica-científica, isto é, dos estudos levados a cabo pelos juristas com o escopo de analisar e sistematizar as normas jurídicas, elaborando conceitos, interpretando leis, emitindo valores a respeito do conteúdo das disposições legais. (PRADO, 2002, p. 136).

Os debates que perpassam o entorno do crime de homicídio são sempre calorosos e complexos, haja vista ser esta a conduta delitiva que gera as maiores consequências ao ser humano bem como para a sociedade em geral.

As variações do crime de homicídio são muitas e que por isso não se deve generalizar todas as conduta delitivas tipificadas no art. 121 do Código Penal, mas, deve se analisar todos os seus elementos no caso concreto, tendo uma minuciosa observação aos seus componentes fáticos para que não se impere no julgamento desse crime uma sentença que determine uma absolvição ou uma condenação injusta ao réu. Essas oscilações ocorreriam

dependendo da situação e do contexto fático em que o agente durante a execução e ao final na consumação do crime de homicídio estaria impelido por um relevante valor social ou moral e pratica como meio o emprego de veneno ou fogo para êxito na empreitada criminosa, estaríamos assim diante uma situação de privilégio e uma hipótese de qualificadora respectivamente. Verificar-se-ia nessa situação a figura do homicídio privilegiado-qualificado, porém, na doutrina brasileira os posicionamentos não são unânimes.

Primeiramente, segundo o entendimento da não possibilidade da existência da figura do homicídio privilegiado-qualificado, a justificativa é de que tal se dá por uma questão lógica e topográfica da própria lei penal, assim o legislador só articulou e estabeleceu as figuras do homicídio simples (art. 121 do CP), logo após, a modalidade privilegiada no (art.121, § 1º do CP) e a modalidade qualificada no (art. 121, § 2º do CP), e em nada fez menção a figura do homicídio privilegiado-qualificado, não quis e nem criou uma quarta figura do homicídio no CP, então, se não está tal figura híbrida albergada no Código Penal é porque esta não seria a vontade da lei, ou seja, a *voluntas legis* (NORONHA, 2001, p. 30). Por uma questão de lógica como defende o renomado penalista é incompatível a figura do homicídio qualificado-privilegiado, ou seja, que o agente impelido por um relevante valor social ou moral e através do meio por meio de emprego de veneno ou fogo cometa o homicídio e que seja consideradas concomitantemente tais situações no mesmo homicídio, logo não incidiria a natureza hedionda dessa posição desta dessa que se discorda.

Na mesma linha de entendimento para negar a hipótese do homicídio privilegiado-qualificado e sua natureza hedionda, Euclides Custódio da Silveira (1973, p. 55 *apud*, RUBSTEIN, 2009, p. 14), que aduz:

Foi propositadamente, e, a nosso ver, com acerto, que o Código fez preceder o dispositivo concernente ao privilégio ao das qualificadoras. Não admite ele o homicídio qualificado-privilegiado, por considerá-lo forma híbrida, enquanto reconhece a compossibilidade do mesmo privilégio nas lesões corporais graves, gravíssimas e seguidas de morte, onde não há realmente antagonismo algum.

Uma outra vertente doutrinária sustenta que não é admissível a coexistência de homicídio privilegiado-qualificado por circunstâncias subjetivas das privilegiadoras no caso (violenta emoção e motivo fútil, relevante valor social ou moral e motivo torpe), este posicionamento é pacífico e indiscutível (MARQUES, 1961, p.130; JESUS, 1982, p. 107; FARIA, 1959, p. 37; SILVEIRA, 1973, p. 82 *apud* MIRABETE, 2012, p. 40). Esta vertente é correta, uma vez que pelo fato de ser incompatível no mesmo crime de homicídio a concomitância de privilegiadoras subjetivas pelo motivo de relevante valor social ou moral e qualificadoras também de natureza subjetivas como motivo torpe ou fútil, haveria uma

contradição em termos nessas situações fáticas, logo também estaria assim afastada a natureza hedionda desse crime.

Nessa mesma linha de posicionamento em que não considera ser possível a existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado, quando as privilegiadoras forem de natureza subjetivas:

Temos sustentados que as privilegiadoras são incompatíveis com as qualificadoras subjetivas. Essas privilegiadoras não podem concorrer com as qualificadoras subjetivas por absoluta incompatibilidade da intersubjetividade motivadora, proveniente do choque de motivos nobres, relevantes, moral e socialmente, que caracterizam aquelas (privilegiadoras), com a imoralidade ou antissocialidade (futilidade ou torpeza) da motivação que, invariavelmente, caracterizam estas (qualificadoras). Assim, sendo respondido positivamente os quesitos das privilegiadoras, ficam prejudicados aqueles referentes às qualificadoras subjetivas. [...]. Assim, afastamos terminantemente a possibilidade da coexistência de privilegiadoras, que, repetindo são sempre subjetivas, com qualificadoras também subjetivas: reconhecidas aquelas, fica prejudicado o exame destas (BITTENCOURT, 2014, p. 83).

Entendimento contrário a primeira vertente e que admite a existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado é a de que existe a possibilidade legal da coexistência de circunstâncias qualificadoras objetivas com o homicídio privilegiado (como o praticado por motivo de relevante valor social ou moral com veneno), pois assim entende-se ser esta a melhor posição e interpretação mais correta. Bitencourt (2009) se alinha a essa corrente com a concepção de que o concurso entre causa especial de diminuição de pena (privilegiadora) do art. 121 §1º e as qualificadoras objetivas, que se referem aos meios e modos de execução do homicídio, a despeito de ser admitido pela doutrina e jurisprudência, apresenta graus de complexidade que demandam alguma reflexão. É necessário não acionar a lei mais severa quando possível, pois o direito tem o objetivo de proteger, de zelar e não de punir. Como se verifica, esta corrente doutrinária é mais tendente à racionalidade e adequação por motivos de política criminal da admissibilidade da existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado ao mesmo injusto penal.

Majoritariamente, a doutrina repele a natureza hedionda do homicídio qualificado-privilegiado, haja vista que ele não se compatibiliza a essência do delito objetivamente qualificado, tido como hediondo, com o privilégio de natureza subjetiva. Ante a inexistência de previsão legal, como o menor desvalor da conduta em comparação ao homicídio qualificado, consumado ou tentado, o homicídio qualificado-privilegiado não pode ser considerado como crime hediondo. “A doutrina majoritária, por questões de política criminal, posiciona-se favoravelmente à aplicação das minorantes ao homicídio qualificado, desde que as qualificadoras sejam de natureza objetiva, a fim de que ocorra compatibilidade entre elas”

(GRECO, 2013, p. 185). Exemplo, seria um homicídio praticado mediante emboscada, que seria uma qualificadora de natureza objetiva, tendo o agente atuado por impellido por relevante valor moral que é uma minorante de natureza subjetiva. (GRECO, 2013, p. 185).

No que tange à classificação do homicídio privilegiado-qualificado como crime hediondo, pode-se afirmar tecnicamente que a resposta teria que ser negativa, pois, a Lei nº 8.072 de 1990 não faz qualquer tipo de ressalva que nos permita tal ilação. Sendo classificada como crime hediondo apenas a modalidade qualificada e a privilegiada não, uma vez que esta última é uma forma de privilegio na pena do agente, é uma simples redução da pena. Daí porque, majoritariamente, a doutrina repele a natureza hedionda do homicídio qualificado-privilegiado, haja vista que o argumento não se compatibiliza a essência o delito objetivamente qualificado, tido como hediondo com o privilégio da natureza subjetiva. (GRECO, 2013, p. 186).

No mesmo sentido, é o posicionamento de Rogério Sanches Cunha (2013, p. 78). “apesar da sua topografia, é perfeitamente possível a coexistência das circunstâncias privilegiadoras do art. 121, §1º, todas de natureza subjetiva, com as qualificadoras de natureza objetiva do 121, § 2º, III e IV”.

O autor acima citado, sobre a hediondez do homicídio qualificado-privilegiado preceitua:

No caso do homicídio qualificado- privilegiado surge uma pergunta: o crime será hediondo? A doutrina diverge. Uma primeira corrente, fazendo uma analogia com o disposto no art. 67 do CP, entende preponderar o privilégio, desnaturando a hediondez do delito (RT 754/689). Outra, lecionando que o art. 67 aplica-se somente para agravantes e atenuantes, e não fazendo a Lei nº 8.093/94 qualquer ressalva, entende que o homicídio qualificado- privilegiado permanece hediondo. (CUNHA, 2013, p. 79).

O autor sustenta, com já dito, com base no entendimento dominante da doutrina como base, não é possível a hediondez desse crime híbrido, por clara disposição da Lei dos Crimes Hediondos. No dispositivo infraconstitucional que elenca determinadas infrações como hediondas, o legislador indicou tão somente o homicídio simples, quando praticado em grupo de extermínio e o homicídio qualificado art. 121, § 2º, não fazendo menção ao privilegio do 121, § 1º. Daí por que não é hediondo o crime de homicídio privilegiado-qualificado.

Por fim, sobre a mesma indagação acima, sobre a possibilidade da existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado porém, segundo Cleber Masson (2017, p.54-55), a primeira posição não seria possível tal figura do homicídio nos moldes da presente indagação, não seria compatível essa conjugação, pois, a causa de diminuição da pena não se aplica ao homicídio qualificado, com base na interpretação e sistematização topográfica no CP. Já apresentando uma segunda posição, o autor diz ser possível o crime de homicídio

privilegiado-qualificado se a compatibilidade entre o privilégio e as qualificadoras objetivas ocorrerem, vez que o privilégio é incompatível com as qualificadoras subjetivas, mas compatível com as qualificadoras objetivas, art. 121§ 2º, III e IV do CP. Posição mais acertada.

A hediondez do crime de homicídio privilegiado-qualificado desperta grandes indagações doutrinárias, com correntes contrárias e a favor. Tendo o posicionamento dominante da doutrina como base, não é possível a hediondez desse crime híbrido, por clara disposição da Lei dos Crimes Hediondos. O art. 1º da Lei nº 8.072 de 1990, indicou tão somente o homicídio simples, quando praticado em grupo de extermínio e o homicídio qualificado art. 121, § 2º, não fazendo menção ao privilégio do 121, § 1º. Trata-se de uma ação racional da interpretação da *voluntas legis*. (MASSON, 2017, p. 56).

Outra corrente defende que ainda que por falta previsão no rol do art. 1º da Lei nº 8.072 de 1990, o homicídio híbrido é crime hediondo, pois a qualificadora lhe confere inevitavelmente esse perfil, enquanto que o privilégio limita-se unicamente, a diminuir a pena do agente de 1/6 a 1/3. (MASSON, 2017, p. 56).

Em posicionamento similar sobre a possibilidade de coexistência do crime de homicídio privilegiado-qualificado e a sua natureza hedionda, aduz:

A coexistência de qualificadoras (121, § 2º) e do privilégio (121, § 1º) mostra-se admissível, desde que se trate aquelas de circunstâncias objetivas notadamente aquelas ligadas aos meios ou modos de execução). Explica-se, o *privilegium*, conforme se estudou, dá-se quando o sujeito atua impelido por motivos de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Tais dados têm natureza subjetiva, por revelarem o motivo determinante para o cometimento do delito. É possível, destarte, que o acusado encontre-se se imbuído de propósito ligado ao relevante valor moral (vingar-se do estupro da sua filha) e utilize-se de meio cruel. Dar-se á o homicídio privilegiado-qualificado. E posto que dada a predominância do aspecto subjetivo sobre o objetivo, o elemento anímico sempre conta com maior importância para a lei penal, *o fato não será considerado crime hediondo*. (ESTEFAM, 2018, p. 152. grifo do autor).

O referido autor sustenta a tese da compatibilidade da existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e refuta a natureza hedionda dessa mesma infração penal, este o posicionamento amplamente e majoritariamente convergente na doutrina pátria.

As problemáticas teóricas e jurídicas que giram em torno da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado são sempre bem clorosas. A doutrina se mantém como uma fonte material mediata e precisa para o Direito. Assim como a lei, as correntes doutrinárias embasam o interprete da norma para que se tenha uma solução do conflito e o devido julgamento justo e coerente.

Como já mencionado o crime de homicídio representa a máxima delinquência do indivíduo, é a mais alta infração penal praticável a alguém, representa a violação mais repugnante da norma jurídica penal, pois consiste na supressão da vida humana. O *caput* do art. 121, do CP, descreve a forma simples, já no art.121, §1º, temos a modalidade privilegiada e no art. 121, § 2º a modalidade qualificada. O crime de homicídio privilegiado-qualificado é a simultaneidade de uma qualificadora e uma privilegiadora no mesmo homicídio praticado. A compatibilidade da coexistência no mesmo injusto penal do art. 121 do CP de causas de privilégio e qualificadora e ainda se essa figura é classificada como crime hediondo, nos moldes do que prevê a Lei nº 8.072 de 1990.

A doutrina majoritária sobre essa indagação convergente no sentido de que é possível a coexistência dessa figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado desde que seja as qualificadoras de natureza objetiva com as da privilegiadora que são sempre subjetiva. Os autores defender que não é possível essa figura híbrida quando ambas as circunstâncias forem de natureza subjetiva. Por fim, sobre a hediondez desse crime a doutrina majoritária também se posiciona no sentido de negar o caráter hediondo da figura híbrida pelo fato de não se encontrar no rol do art. 1º da Lei nº 8.072 de 1990. Ambas as posições se mostram coerentes e razoáveis, concorda-se.

Superada a análise da possibilidade da existência ou não da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e a sua possibilidade de classificação como crime hediondo sob a ótica da doutrina, seguir-se-á adiante na mesma indagação no próximo capítulo só que agora a partir da jurisprudência.

4 A HEDIONDEZ DA FIGURA HÍBRIDA DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Nesta última seção, será traçado primeiramente na jurisprudência de vários Tribunais de Justiça pelo país, também nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a hediondez do homicídio privilegiado-qualificado e, posteriormente, o estudo específico desse tema na jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Antes, contudo, deve-se esclarecer algumas premissas. A saber o que são crimes hediondos, qual a lei disciplina essas infrações penais e no caso do homicídio qual sua hipótese de inclusão nessa respectiva lei.

O nosso marco inicial e ponto de partida para termos o direcionamento sobre os crimes hediondos é dado pela nossa Constituição Federal de 1988. A Lei Magna no seu art. 5º, XLIII diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
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 (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 não disse quais os crimes são hediondos, mas disse que a lei considerará como crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, o terrorismo e é claro que os delitos definidos em ei como hediondos. O constituinte originário não estabeleceu quais os crimes são definidos como hediondos mas deixou essa função para o legislador infraconstitucional para criar a lei, isso pelo fato de serem condutas altamente reprovadas tanto pela sociedade como pelo Direito, o que foi concretizado pela lei nº Lei nº 8.072 de 25 de Julho de 1990. (a Lei dos Crimes Hediondos LCH).

A definição de crime hediondo está na própria Lei dos Crimes Hediondos (LCH), no seu art. 1º. A etimológica da palavra hediondo consiste em algo que causa horror, repulsivo. Segundo Antônio Lopes Monteiro (2008.p. 15), há crime hediondo sempre que uma conduta delituosa estivesse revestida de uma intensa gravidade, seja na execução bem como quanto à natureza do bem jurídico penalmente ofendido.

Em sede de definição de crime hediondo, considera-se como tal, aquele ilícito que fere de forma significativamente a moralidade média (CARVALHO, 2016), nos quais a Constituição asseverou que 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.

Os crimes hediondos têm a sua conceituação a partir de um critério puramente legal. Hediondos são os crimes estabelecidos na LCH, é essa lei que será encarregada de apontar as infrações penais que entende-se que deva gozar dessa qualidade de hediondas. (GRECO, 2017, p. 2018).

A LCH elenca diversas condutas criminosas que tem um alto grau de impacto social quando do seu cometimento, são condutas altamente repugnantes social e juridicamente e que por isso gozam da hediondez da referida lei. Dentre elas, a ora pertinente é o inciso que caracteriza como crime hediondo o homicídio:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados
I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII) (BRASIL, 1990).

Após as premissas acima estabelecidas investigar-se-á hediondez da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado sob o enfoque da jurisprudência pátria.

4.1 Um panorama da jurisprudência pátria sobre a hediondez do homicídio privilegiado-qualificado

Todo debate teórico aqui travado parte primeiramente das previsões da lei penal, de modo que a solução das eventuais lacunas legislativas se dá a partir de métodos e técnicas interpretativas com o objetivo de se adequar o Direito Penal Objetivo as situações fáticas.

Quanto ao entendimento pela não compatibilidade do homicídio privilegiado-qualificado no mesmo crime, manifestou-se nesta perspectiva o Tribunal de Justiça de São Paulo em 2018:

APELAÇÕES. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. ARTIGO 121, §§ 1º E 2º, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. RECURSOS FUNDAMENTADOS NO ARTIGO 593, INCISO III, ALÍNEA C, DO MESMO

DIPLOMA. DOSIMETRIA. PLEITO DE AUMENTO DA BASILAR E DE DIMINUIÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO EM RAZÃO DO PRIVILÉGIO. IMPOSSIBILIDADE. Dosimetria escoreita. Regime inicial semiaberto fixado em atenção às súmulas 440, do Colendo Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719, ambas do Colendo Supremo tribunal Federal. RECURSOS DESPROVIDOS. (SÃO PAULO, 2018, grifo nosso).

Os desembargadores da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo entenderam na linha de negar provimento às apelações sob o argumento de que o motivo fútil ou torpe do art. 121, § 2º e uma causa de privilégio do 121, § 1º é incogitável na dosimetria da pena, haveria incompatibilidade de ambas as situações fáticas simultaneamente no mesmo homicídio (SÃO PAULO, 2018).

Nesse mesmo sentido foi o posicionamento do Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI) em 2018:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. VIOLENTA EMOÇÃO, LOGO EM SEGUIDA DE INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA. MOTIVO FÚTIL. COEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRIVILEGIADORA E QUALIFICADORA DE ORDEM SUBJETIVA. CONTRADIÇÃO DAS RESPOSTAS NOS QUESITOS. NULIDADE ABSOLUTA. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PARA SUBMETER O RÉU A NOVO JÚRI. INTELIGÊNCIA DO ART. 564, PARÁGRAFO ÚNICO, CPP. 1. Para que seja admitido o homicídio na forma privilegiada qualificada deve haver compatibilidade entre as circunstâncias, o que não ocorreu in casu, haja vista que o conselho de sentença reconheceu tanto o privilégio da violenta emoção quanto a qualificadora do motivo fútil, sendo ambos de ordem subjetiva. 2. Havendo contradição, entre as respostas dadas aos quesitos, a nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri é medida que se impõe, haja vista o disposto no artigo 564, parágrafo único do Código de Processo Penal. 3. Nulidade processual reconhecida. **CONCEDER PROVIMENTO AO RECURSO.** (PIAUI, 2018, grifo nosso).

No acordão, os desembargadores da Egrégia 1ª Câmara Especializada Criminal do (TJPI), entenderam unanimemente em conhecer do presente recurso e dar-lhe provimento, a fim de que fosse anulado o julgamento proferido pelo Tribunal Popular do Júri da Comarca de Teresina/PI. Na sustentação do voto, os desembargadores entenderam que a decisão do Conselho de Sentença incorreu em uma contradição entre as respostas dadas aos quesitos pelo Conselho de Sentença, determinando que o outro seja realizado, com obediência aos mandamentos legais. O referido tribunal do júri reconheceu ao mesmo tempo as teses do homicídio privilegiado e a qualificadora do motivo fútil, circunstâncias de natureza subjetivas inconciliáveis no mesmo fato homicídio, o que configuraria nulidade absoluta (PIAUI, 2018). Como se verifica o (TJPI), refutou as teses que acolheram no julgamento causas subjetivas da privilegiado do art.121, § 1º com as qualificadoras subjetivas do art. 121, § 2º, CP, por essa razão não há compatibilidade de existência do homicídio privilegiado qualificado nessas circunstâncias devendo assim ser refeito o julgamento.

Quanto à classificação do crime de homicídio privilegiado-qualificado como sendo hediondo o mesmo Tribunal em 2015 negou ser possível tal enquadramento nos moldes da LCH:

APELAÇÃO CRIMINAL. TESE DE ERRO NA FORMULAÇÃO DOS QUESITOS. PRECLUSÃO. ART. 571, INCISO VIII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INADMISSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO MOTIVADO PELA VIOLENTA EMOÇÃO E QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE. ATENUANTES GENÉRICAS. MAGISTRADA QUE PROCEDEU DE FORMA CORRETA, AO NÃO INCLUIR AS ATENUANTES E AGRAVANTES NOS QUESITOS. CONFISSÃO QUALIFICADA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO. DELITO NÃO HEDIONDO. PENA BASE. DENTRO DOS LIMITES PREVISTOS NO DELITO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (PIAUI, 2015, grifo nosso).

Como se constata no julgado acima, não é possível a classificação do referido crime de homicídio privilegiado qualificado como hediondo (PIAUI, 2018). Na mesma linha de entendimento se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA) em 2014:

HABEAS CORPUS PARA A MODIFICAÇÃO DO TIPO DE CRIME PARA COMUM COM PEDIDO LIMINAR. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO. CRIME CONSIDERADO HEDIONDO PELA DECISÃO DO MAGISTRADO MONACRÁTICO. POR INCOMPATIBILIDADE AXIOLÓGICA E POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL, O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO NÃO INTEGRA O ROL DOS DENOMINADOS CRIMES HEDIONDOS (PRECEDENTES). DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL, BEM COMO O MENOR DESVALOR DA CONDUTA EM COMPARAÇÃO AO HOMICÍDIO QUALIFICADO, CONSUMADO OU TENTADO, O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO NÃO PODE SER CONSIDERADO CRIME HEDIONDO. NÃO CABE AO MAGISTRADO CONFERIR À NORMA UMA INTERPRETAÇÃO MAIS GRAVOSA POR ENTENDER QUE SE TRATA DE CRIME HEDIONDO, VEZ QUE O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO É ESTRANHO AO ELENCO DOS CRIMES HEDIONDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO, SENDO IMPERIOSA A CONCESSÃO DA ORDEM. AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO CRIME COMETIDO PELO PACIENTE. WRIT CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME (PARÁ, 2014, grifo nosso).

No HC retrocitado, os desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas do TJE/PA, acordaram, por unanimidade, em conhecer e conceder a ordem impetrada. O órgão fracionado votou pela concessão do HC, tendo o paciente sido condenado pela prática do crime de homicídio privilegiado-qualificado pela utilização de recurso que tornou impossível a defesa do ofendido, tipificado no art. 121, §§1º e 2º, IV do CP havendo assim compatibilidade da qualificadora objetiva com a privilegiadora de natureza subjetiva, entretanto afastaram a hediondez da mesma infração penal em questão sob o argumento de não estar previsto na LCH tal figura do presente HC. (PARÁ, 2014).

O Tribunal de Justiça do Amapá em enfrentamento sobre a hediondez do homicídio privilegiado-qualificado concedeu Habeas Corpus em:

PENAL. EXECUÇÃO PENAL.HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE HEDIONDEZ. PLANILHA DE LIQUIDAÇÃO DE PENA. PRAZO PARA PROGRESSÃO. INAPLICABILIDADE DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS.1) A Lei nº 8.072/90 não elenca no rol dos crimes hediondos o chamado homicídio qualificado-privilegiado, razão porque não pode ser aplicada para fins de cálculo da progressão de regime de cumprimento de pena imposta a quem condenado por homicídio privilegiado;2) Ordem concedida (AMAPÁ, 2013, grifo nosso).

Na decisão do julgamento do HC, no acórdão, a seção única do TJAP, à unanimidade, conheceu do HC e, no mérito, pelo mesmo quórum, concedeu a ordem nos termos do voto proferido pelo relator. Este reconheceu a figura do homicídio privilegiado-qualificado, sendo a qualificadora objetiva do art. 121, § 2º, IV e a privilegiadora subjetiva do art. 121, § 1º, entretanto afastou a hediondez da referida infração penal pelo fato de não haver previsão legal na LCH, bem como por ser esta a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência pátria, voto que foi seguido pela corte. (AMAPÁ, 2013).

No mesmo sentido de negar o enquadramento do crime de homicídio privilegiado-qualificado como sendo crime hediondo o Tribunal de Justiça do Mato Grosso se manifestou em 2016:

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO PRIVILEGIADO (ART. 121, §1º E §2º, INCISO IV DO CP) – CONDENAÇÃO – 1) PLEITO PELO AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ CONSIDERADA EM PRIMEIRO GRAU – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - 2) ALMEJADA DETRAÇÃO - REGIME PRISIONAL DE CUMPRIMENTO DE PENA - ALTERAÇÃO – INADMISSIBILIDADE – REGIME DETERMINADO DE ACORDO COM O QUANTUM DA PENA E REINCIDÊNCIA DA APELANTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL1.Considerando que a Lei de Crimes Hediondos não elencou em seu rol taxativo o crime de homicídio, ainda que qualificado, quando reconhecido o privilégio contido no §1º do art. 121 do CP, e diante da impossibilidade de se estender os delitos da mencionada lei, por serem *numerus clausus*, deve ser afastada a hediondez reconhecida em primeiro grau. 2.A detração penal limita-se, a realizar o cômputo do tempo de prisão preventiva para fins de determinação do regime inicial do cumprimento de pena e se o tempo computado não for suficiente para a alteração do regime, a detração não se realizará; além do mais, não há constrangimento ilegal na fixação pelo magistrado de regime inicial mais gravoso, fundamentando-se na reincidência da Apelante, que recomenda maior rigor no cumprimento da pena. (MATO GROSSO, 2016, grifo nosso).

No seu voto, o desembargador Relator Rondon Brassil Dower Filho, afastou a hediondez e seus efeitos do delito de homicídio privilegiado. O afastamento da hediondez reconhecida em primeiro grau, primeiramente, a aludida irresignação merece guarida, haja vista, que a apelante, de fato, foi condenada pelo delito de homicídio privilegiado, todavia, tal

crime não faz parte do rol taxativo do art. 1º da Lei de Crimes Hediondos. Diante da impossibilidade de se estender os delitos na Lei n.º 8.072/1990, por serem *numerus clausus*, a jurisprudência determina a exclusão da hediondez, em caso de homicídio privilegiado. No julgamento do acórdão, a Segunda Câmara Criminal do TJMT, à unanimidade, proveu parcialmente o recurso. (MATO GROSSO, 2016).

Em julgamento sobre a possibilidade de coexistência da figura do homicídio privilegiado e qualificado ao mesmo tempo bem como se seria possível enquadrá-lo como crime hediondo o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR) em 2019 assim se pronunciou:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 121, §1º C/C §2º, INC. IV, DO CÓDIGO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO. PEDIDO DE REFORMA DO PATAMAR PELO PRIVILÉGIO EM GRAU MÁXIMO. REJEIÇÃO. SENTENÇA ESTABELECEU O PATAMAR DE ¼ (UM QUARTO) DE FORMA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. FRAÇÃO MANTIDA. COMPATIBILIDADE ENTRE A QUALIFICADORA E A FIGURA PRIVILEGIADA DO § 1º, DO ART. 121 DO CP (AGIR SOB O DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO, LOGO APÓS INJUSTA PROVOCÇÃO DA VÍTIMA). PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE E DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REFORMA DA SENTENÇA APENAS PARA CONSIDERAR O DELITO COMETIDO PELO RECORRENTE COMO NÃO HEDIONDO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, EM CONSONÂNCIA PARCIAL COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO (RORAIMA, 2019, grifo nosso).

O desembargador Relator, Leonardo Pache de Faria Cupello, votou pela possibilidade de existência do homicídio privilegiado e qualificado, consoante a jurisprudência do STJ, conhecendo do recurso e, o reconheceu como não hediondo, no que foi seguido unanimemente pelos demais integrantes da Câmara Criminal do TJRR, a unanimidade de votos e, em consonância parcial com o parecer do Ministério Público, em conceder e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, que fica fazendo parte integrante do julgado. (RORAIMA, 2019).

Esse debate jurisprudencial ganha contornos mais complexos quando chega ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

O entendimento do STF é pela possibilidade de existência de tal figura híbrida:

HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DA PRIMARIEDADE E DO PEQUENO VALOR DA COISA SUBTRAÍDA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL É FIRME NO SENTIDO DA POSSIBILIDADE DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO, DESDE QUE NÃO HAJA INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. NOUTRO DIZER, TRATANDO-SE DE QUALIFICADORA DE CARÁTER OBJETIVO (MEIOS E MODOS DE EXECUÇÃO DO CRIME), É POSSÍVEL O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO (SEMPRE DE NATUREZA SUBJETIVA). 2. A mesma regra de interpretação é de ser aplicada no caso concreto, dado que as qualificadoras do

concurso de pessoas e da destreza em nada se mostram incompatíveis com: a) o fato de ser a acusada penalmente primária; b) inexpressividade financeira da coisa subtraída. Precedentes de ambas as Turmas do STF: HCs 94.765 e 96.843, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Segunda Turma); HC 97.051, da relatoria da ministra Cármen Lúcia (Primeira Turma); e HC 98.265, da minha relatoria (Primeira Turma). 3. Ordem concedida para reconhecer a incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

A jurisprudência do Pretório Excelso é firme no sentido de que é possível reconhecer a existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado no ordenamento jurídico penal brasileiro desde que a sua compatibilidade seja entre as qualificadoras objetivas do art. 121, § 2º III e IV com as privilegiadoras do art. 121, § 1º que são sempre subjetivas, por isso caso ocorra uma qualificadora subjetiva e uma privilegiadora também subjetiva não será possível a figura do homicídio privilegiado-qualificado (CUNHA, 2013, p. 79).

Em 2013, o STF reiterou a tese de que é possível a coexistência da figura do homicídio privilegiado qualificado conforme:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE CONDENADA PELO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO (ART. 121, § 1º E § 2º, III, DO CP). FIXAÇÃO DO PERCENTUAL DE REDUÇÃO. PATAMAR INTERMEDIÁRIO DE 1/4. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – O reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis garantiu à recorrente a fixação da pena-base no mínimo legal previsto para o tipo qualificado, ou seja, a pena de 12 anos de reclusão. Na terceira fase, teve a pena-base diminuída no patamar de 1/4 por ter cometido o delito impelida de “relevante valor social ou moral”. II – O Tribunal de Justiça local, ao aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 1º do artigo 121 do Código Penal na fração de 1/4, não apresentou fundamentação suficiente para o critério adotado, o que contraria frontalmente o dever de fundamentação das decisões judiciais previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal. IV – Recurso ordinário parcialmente provido, para, reformando o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, anular a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na parte em que estabeleceu a causa de diminuição de pena prevista no § 1º do artigo 121 do Código Penal na fração de 1/4, devendo a Corte estadual proceder a nova fixação, de forma fundamentada, respeitando os limites já estabelecidos anteriormente, sob pena de incorrer em reformatio in pejus. V – Resta superado o pedido de alteração do regime prisional, que deverá ser estabelecido com a nova reprimenda. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Quanto à classificação do homicídio privilegiado qualificado como crime hediondo, o STF reconheceu que não é possível enquadrar esse crime a o rol dos elencados na LCH:

HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO- QUALIFICADO: POSSIBILIDADE, MESMO COM O ADVENTO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA-BASE: FIXAÇÃO A PARTIR DA MÉDIA DOS EXTREMOS COMINADOS, OU DA SUA SEMI-SOMA, E FUNDAMENTAÇÃO; PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. 1. A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de ocorrência de homicídio privilegiado- qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias aplicáveis. Ocorrência da hipótese quando a paciente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, mas o pratica disparando os tiros de surpresa, nas costas

da vítima (CP, art. 121, § 2º, IV) A circunstância subjetiva contida no homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º) convive com a circunstância qualificadora objetiva "mediante recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima" (CP, art. 121, § 2º, IV). Precedentes. **A SUPERVENIÊNCIA DAS LEIS N.ºS. 8.072/90 E 8.930/94, QUE TRATAM DOS CRIMES HEDIONDOS, NÃO ALTERA A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL, OBSERVANDO-SE QUE NO CASO DO HOMICÍDIO QUALIFICADO NÃO FOI DEFINIDO UM NOVO TIPO PENAL, MAS, APENAS, ATRIBUÍDA UMA NOVA QUALIDADE A UM CRIME ANTERIORMENTE TIPIFICADO.** 2. A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório. Precedentes. 3. **HABEAS-CORPUS DEFERIDO EM PARTE PARA ANULAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO E, EM CONSEQÜÊNCIA, A SENTENÇA DA JUÍZA PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI, SOMENTE NA PARTE EM QUE FIXARAM A PENA, E DETERMINAR QUE OUTRA SENTENÇA SEJA PROLATADA NESTA PARTE, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, MANTIDA A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA.** (BRASIL, 1998, grifo nosso).

O STJ, por sua vez, se posicionou em 2016 nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO E QUALIFICADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. PRIVILÉGIO. COMPATIBILIDADE. Causa especial de diminuição de pena. Fixação no patamar intermediário de 1/4. Falta de fundamentação idônea. Ausência de ponderação da relevância do motivo de valor social, da intensidade da emoção e do grau de provocação da vítima. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

A tese do STJ é de que não há incompatibilidade na coexistência de qualificadora de caráter objetivo, como a prevista no art. 121, § 2º, IV, do CP, (modo de execução do crime), com a forma privilegiada do homicídio, cuja natureza é sempre subjetiva. No caso em espécie verificou-se o constrangimento ilegal no ponto em que aplicado o privilégio do § 1º do art. 121 do Código Penal no patamar de 1/4, visto que as instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento concreto dos autos, que evidenciasse a impossibilidade de aplicação da fração máxima de 1/3, assim o STJ decidiu pela existência do homicídio privilegiado-qualificado. Assim o referido Recurso especial foi parcialmente provido, a fim de reconhecer a violação do art. 121, § 1º, do Código Penal, para aplicar ao recorrente a redução máxima (1/3) prevista na referida norma (BRASIL, 2016).

Em duas outras ocasiões, o STJ assim se manifestou:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PACIENTE QUE PERMANECEU LONGO PERÍODO EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. PERICULOSIDADE DEMONSTRADA PELA MANEIRA DE AGIR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. EXCESSO DE PRAZO PARA O TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE APELO DEFENSIVO. PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 2. No caso dos autos, a prisão cautelar foi devidamente fundamentada na necessidade de se resguardar a aplicação da lei penal, uma vez que o paciente permaneceu por longo período em local incerto e não sabido, após a prática do crime de modo bárbaro, evidenciando a sua periculosidade, fato também suficiente para a manutenção da prisão preventiva com vistas a assegurar a ordem pública. 3. A delonga no trânsito em julgado decorre da interposição do recurso de apelação defensiva, de modo que não há falar em excesso de prazo para a definitividade da condenação. 4. O pleito de progressão de regime não foi objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância. 5. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido (BRASIL, 2017, grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. DIMINUIÇÃO. FIXAÇÃO. FRAÇÃO MÍNIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Está idoneamente fundamentada a adoção do patamar mínimo de redução de 1/6 (um sexto) pelo homicídio privilegiado. As instâncias ordinárias consignaram que a vítima teve pequena discussão com o Agravante, após este discutir com um vizinho que havia reclamado das "algazarras" por ele realizadas, e que a provocação não lhe retirou substancialmente a capacidade de autodeterminação ou reflexão. 2. Para rever o suporte fático que deu amparo à conclusão, seria necessário o reexame de fatos e provas, inviável em recurso especial, nos termos da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental desprovido (BRASIL, 2019, grifo nosso).

A jurisprudência da Corte Federal é firme no sentido de que não há incompatibilidade entre as qualificadoras de ordem objetiva e as causas de diminuição da pena do art. 121, § 1º do CP, de natureza subjetiva.

No que se refere à hediondez do homicídio privilegiado-qualificado, o STJ entendeu:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, § 1º E § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CRIME NÃO ELENADO COMO HEDIONDO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. I - Por incompatibilidade axiológica e por falta de

previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes). II - Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) na fixação da pena-base, é apropriado o regime prisional semiaberto para o cumprimento da reprimenda, muito embora a pena aplicada ao paciente, se considerada somente seu quantum, permitisse a fixação do regime inicial aberto (Precedentes). III - Ante a fixação do regime semiaberto como o inicial de cumprimento da pena, deverá o réu aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso (Precedentes). Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da reprimenda penal, bem como para que o paciente aguarde o julgamento do recurso de apelação em liberdade, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso (BRASIL, 2010, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO. PEDIDO DE COMUTAÇÃO FORMULADO QUANDO PENDENTE RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVIMENTO DO RECURSO. DETERMINAÇÃO DE SUBMISSÃO DO PACIENTE A NOVO JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI. INDEFERIMENTO DA BENESSE EM SEDE DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA. CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA. 1. O Decreto nº 6.706/08 veda o deferimento da comutação de penas quando houver recurso da acusação visando "a alterar a quantidade de pena ou as condições exigidas para concessão do indulto e da comutação". 2. Na hipótese vertente, o paciente foi condenado por tentativa de homicídio qualificado privilegiado (art. 121, § 1º e § 2º, inciso III, c.c art. 14, inciso II e 29 caput, todos do Código Penal) à pena de 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão. O Ministério Público interpôs apelação, sustentando que a decisão dos jurados teria sido contrária à prova dos autos. 3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado, haja vista que o Colegiado estadual houve por bem negar provimento ao agravo em execução interposto pela Defesa, visando a concessão do benefício da comutação, porquanto restou provido o recurso da acusação que pretendia o afastamento da privilegiadora da violenta emoção reconhecida pelo Conselho de Sentença e, por conseguinte, a exasperação do quantum da pena imposta ao paciente. 4. Ora, é o próprio Decreto Presidencial n.º 6.706/2008 que determina que não será concedido indulto ou comutação quando houver recurso da acusação que vise a majorar a quantidade da pena ou as condições exigidas para a concessão dos mencionados benefícios. 5. Ainda que assim não fosse, o paciente foi submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, no qual foi condenado à pena de 9 (nove) anos e 3 (três) meses de reclusão, como incurso no delito de homicídio triplamente qualificado na modalidade tentada (art. 121, § 2º, incisos I, III e V, c/c o art. 14, inciso II, e 29, caput, todos do Código Penal), razão pela qual o paciente não faz jus ao benefício da comutação de penas, porquanto o decreto em questão veda, expressamente, a concessão da benesse a condenados por crimes hediondos. 6. Ordem denegada (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Verifica-se que a Corte Federal nesse julgado refutou a tese de classificação do homicídio privilegiado e qualificado como sendo crime hediondo.

A jurisprudência brasileira assentou a possibilidade da existência do homicídio privilegiado-qualificado no ordenamento jurídico brasileiro tem os diferentes posicionamentos, uns no sentido de não ser possível e outros em contrário.

Na próxima seção, trabalhar-se-á o mesmo objeto sob a ótica da jurisprudência do TJMA.

4.2 A hediondez da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado na jurisprudência do TJMA

Após a análise da hediondez da figura híbrida do homicídio privilegiado qualificado sob a ótica da jurisprudência de vários tribunais de justiça pelo país a fora, bem como do STF e STJ passa-se a analisar a existência de tal figura no TJMA.

A figura do homicídio privilegiado-qualificado, como já dito, para que possa ser admitido consiste na compatibilidade da qualificadora objetiva com a privilegiadora subjetiva também essa figura admitida poderia ser classificada ou não como hediondo. A doutrina majoritária repele a hediondez do homicídio privilegiado-qualificado (GRECO, 2013, p. 184 - 186). Veja-se agora o que a jurisprudência do TJMA vem decidindo quando se debruça sobre esse tema.

Primeiramente o posicionamento firmando pela Segunda da Câmara Criminal da Corte maranhense quando se tratar de qualificadora subjetiva e as privilegiadoras também subjetivas é de não ser possível a coexistência do homicídio privilegiado-qualificado conforme se vê a seguir:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PRIVILÉGIO E QUALIFICADORA DE CUNHO SUBJETIVO. OCORRÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 490, DO CPP. NULIDADE DO DECISUM NOS TERMOS DO ART. 564, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES. 1. A qualificadora do motivo fútil, por ser considerada de natureza subjetiva, é incompatível com o homicídio privilegiado, diante de sua natureza igualmente subjetiva. 2. O reconhecimento, pelos jurados, de que o réu cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, impede a formulação de quesito acerca da qualificadora referente ao motivo fútil, em razão da incompatibilidade existente entre ambas circunstâncias. 3. Embargos declaratórios acolhidos. Efeitos infringentes. 4. Nulidade absoluta declarada, com baixa dos autos ao juízo de origem, a fim de que o embargante seja submetido a novo julgamento no plenário do júri (MARANHÃO, 2016, grifo nosso).

Nessa decisão, a Segunda Câmara criminal se manifestou pela incompatibilidade de coexistência do homicídio privilegiado-qualificado pelo fato de que não seria coerente a existência simultânea no mesmo homicídio de uma qualificadora subjetiva de motivo fútil ou

torpe juntamente com uma privilegiadora do domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Como se verificou julgamento dos embargos de declaração, os nobres desembargadores da nossa Corte estadual afastaram a possibilidade coexistência da privilegiadora subjetiva de domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima juntamente com uma qualificadora de motivo fútil ou fútil também de natureza subjetiva.

O TJMA seguiu a mesma linha de entendimento sobre a questão em 2017, em sede de julgamento de apelação pela Primeira Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. TESE DEFENSIVA. NULIDADE ANTE A IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO CONCOMITANTE DO PRIVILÉGIO E DA QUALIFICADORA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA PARA O MÍNIMO LEGAL. É plenamente possível o reconhecimento e aplicação simultânea do privilégio e da qualificadora, desde que esta tenha natureza objetiva. Precedente do STF. -Pena aplicada dentro do limite da razoabilidade e proporcionalidade - Mantida a condenação. - Recurso não provido. (MARANHÃO, 2017, grifo nosso).

No seu voto, o desembargador relator Raimundo Nonato Magalhães Melo, seguido pelos demais integrantes, negou provimento ao recurso sob o argumento de que é plenamente possível o reconhecimento da qualificadora e do privilégio, desde que compatíveis, ou seja, qualificadora de natureza objetiva é plenamente compatível com o privilégio que é de natureza subjetiva, conforme entendimento do STF e STJ. (MARANHÃO, 2017).

Recentemente, no ano ainda em curso de 2019, as Câmaras Criminais Reunidas do (TJMA) não se apequenaram com o julgamento desse crime híbrido e controverso e assim reiterou sua decisão que em outros processos iguais já foram decididos.

REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I DO CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. INCOMPATIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PRIVILÉGIO E QUALIFICADORA. CUNHO SUBJETIVO. OCORRÊNCIA. ART. 490 DO CPP. NÃO OBSERVÂNCIA. QUALIFICADORA AFASTADA. PENA DEFINITIVA REDIMENSIONADA. I. É inadmissível a coexistência harmônica entre qualificadoras subjetivas e quaisquer outras formas de privilégio, tal qual se afigura no caso em apreço – homicídio praticado por motivo fútil e sob o domínio de violenta emoção (MARANHÃO, 2019, grifo nosso).

Após o julgamento acima da impossibilidade de coexistência da qualificadora subjetiva de motivo fútil ou torpe com uma privilegiadora também de natureza subjetiva por assim serem de mesma natureza, logo seria incoerente considerá-las no mesmo homicídio. (MARANHÃO, 2019).

Quando o mesmo crime é levado ao TJMA sob a indagação de ser possível enquadrar essa simultaneidade do art. 121, § 1º e do art. 121, § 2º, como sendo crime hediondo a Segunda Câmara Criminal assim acordou:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA. AUMENTO DA FRAÇÃO RELATIVA AO PRIVILÉGIO CONTIDO NO § 1º, DO ART. 121, DO CPB. INVIABILIDADE. EFEITO DEVOLUTIVO DO APELO. Elementos concretos que justificam a sua imposição no patamar mínimo. **AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO.** Possibilidade. Pleito de alteração do regime prisional prejudicado. Parcial provimento do apelo. 1. O efeito devolutivo do recurso de apelação autoriza o Tribunal, mesmo que em recurso exclusivo da defesa, a rever os critérios ou fundamentos adotados pelo juízo monocrático ao individualizar a pena, impedindo-o, apenas, de agravar a situação do réu. 2. Havendo elementos concretos que assim justifiquem, deve permanecer inalterada a fração de 1/6 (um sexto) relativa à causa de diminuição de pena prevista no § 1º, do art. 121, do Código Penal. 3. Mantida a pena de 10 (dez) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de modificação do regime prisional estabelecido na sentença, em inicialmente fechado, ex vido art. 33, § 2º, a, do Código Penal. 4. O art. 1º, da Lei nº 8.072/90, estabelece um rol taxativo dos crimes considerados hediondos, dentre os quais não consta referência à hipótese de homicídio qualificado privilegiado. 5. Parcial provimento do apelo, para afastar a incidência das disposições da Lei de Crimes Hediondos na espécie (MARANHÃO, 2017, grifo nosso).

O TJMA, admite a figura do homicídio privilegiado qualificado quando forem compatíveis na sua natureza objetiva da qualificadora e as subjetivas da privilegiadora, entretanto esse mesmo crime nessas circunstâncias fáticas não pode ser considerado hediondo. No seu voto, o desembargador relator José Luiz Oliveira de Almeida considerou por não estar previsto na LCH o homicídio privilegiado- qualificado não deve ser considerado como tal. Assim, ele não conheceu do apelo e deu parcial provimento. (MARANHÃO, 2017). Como se ver do julgado do acordão a nossa Corte de Justiça Estadual não admite a hediondez do homicídio privilegiado-qualificado uma vez que não se amolda às suas circunstancias fáticas na Lei nº 8.072 de 1990.

A admissibilidade da figura do híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e a sua natureza hedionda como demonstrou-se no presente capítulo é uma questão sensível e complexa, pois, em se tratando de ser essa uma forma muito peculiar dentro do mesmo crime de homicídio, o debate doutrinário e jurisprudencial são divergentes e não unânimes as vezes acarretando em diferentes posicionamentos.

No campo da jurisprudência dos Tribunais de Justiça pelo país a fora, passando STF e STJ sobre a possibilidade de enquadramento do homicídio privilegiado-qualificado no rol dos crimes hediondos, o posicionamento e os julgados dessas respectivas cortes superiores é unânime no sentido de que é admissível essa figura híbrida do homicídio desde que sejam as

qualificadoras de natureza objetiva com as subjetivas da privilegiadora e concluem que não há uma latente incompatibilidade de coexistência de homicídio privilegiado pelo motivo de relevante valor social ou moral com uma qualificadora pelo motivo fútil ou torpe, pois ambas são nesse sentido de natureza subjetivas e admitido tais situações haveria uma contradição no julgamento. Concorde-se com esse entendimento, pois é viável a existência fática e jurídica da figura híbrida do homicídio qualificado de ordem objetiva com uma privilegiadora subjetiva.

A tese do TJSP ao julgar apelação criminal sobre tal figura híbrida foi no sentido de afastar essa coexistência do art. 121 § 1º e do 121, § 2º no mesmo homicídio, mesmo sendo elas as qualificadoras de natureza objetiva e as privilegiadoras subjetivas. A Corte paulista sustentou sua incompatibilidade, pois não teria uma previsão no próprio Código Penal, contudo esse posicionamento se mostra um tanto enraizado apenas na letra fria da lei desprendido de uma maior adequação a norma penal posta com o caso concreto e por assim dizer já que os próprios tribunais representam uma fonte legítima de equalização do Direito Penal objetivo junto ao fato em comento, não fora essa a manifestação que se observou no julgado do TJSP, posição da qual discorda-se.

A mesma indagação foi levada ao TJPI que também manteve o mesmo entendimento de negar a possibilidade de existência do homicídio privilegiado-qualificado quando ambas as situações fáticas forem de natureza subjetivas. Contudo, essa mesma corte estadual entendeu que no caso de ser a qualificadora objetiva e a privilegiadora subjetiva é plenamente compatível tal figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e por fim afastou a tese de enquadrar esse homicídio híbrido como crime hediondo, por falta de previsão legal na LCH. Posição, plenamente acertada em todos os sentidos e com qual concorda-se.

Outras cortes estaduais pelo país a fora se debruçaram sobre essa figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e a sua possível natureza hedionda. A jurisprudência do TJPA, do TJAP, do TJMT e do TJRR foram no sentido de que sendo as qualificadoras objetivas e as privilegiadoras subjetivas é possível a compatibilidade entre elas no mesmo homicídio. Entretanto, afastaram a tese de qualificar esse crime como sendo hediondo, por inexistência de previsão legal no rol da LCH, então é um juízo de hediondez que não se sustenta. Posições estas que se mostram-se razoáveis e adequadas a situação fática que se discute.

O entendimento do STF e do STJ é de que é possível a coexistência do homicídio privilegiado-qualificado na situação de serem elas subjetivas e objetivas respectivamente. Ademais, o STF e o STJ sedimentam a tese de que não é possível enquadrar esse mesmo crime no rol dos listados como hediondos, por falta de previsão na própria LCH.

Por fim, o TJMA refuta a tese de que seja possível a coexistência do homicídio privilegiado-qualificado quando ambas hipóteses forem de natureza subjetivas, todavia esta mesma corte estadual entende que é possível esse crime se forem as qualificadoras objetivas e as privilegiadoras subjetivas. Em relação, ao seu enquadramento como sendo hediondo o TJMA acertadamente nega a equiparação dessa infração penal híbrida no rol dos crimes tidos como hediondo, por ausência de previsão legal.

5 CONCLUSÃO

Na doutrina e na jurisprudência é célebre a controvérsia sobre a figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e a sua natureza hedionda.

A pesquisa teve como objetivo geral compreender a (im)possibilidade de existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e a sua natureza hedionda ou não, sob a análise da doutrina e da jurisprudência, objetivo geral traçado inicialmente foi conquistado efetivamente na pesquisa.

No primeiro capítulo investigou-se o conceito e os principais aspectos do crime de homicídio. Foram tecidas considerações gerais sobre a evolução da ideia de crime e posteriormente com a explicação sobre cada modalidade do crime de homicídio presente no Código Penal. Este objetivo específico foi alcançado com base em renomados e novos teóricos e estudiosos do Direito.

Em seguida analisou-se a (im) possibilidade da existência da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e a sua natureza hedionda ou não tem como base teórica a doutrina. Ele foi conseguido através da explicação do conceito e dos principais aspectos da figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado e posteriormente foi feita uma análise doutrinária sobre ser compatível ou não a existência dessa figura homicida híbrida no ordenamento jurídico brasileiro e se ainda assim teria a sua natureza hedionda ou não.

O último capítulo explorou o enquadramento do homicídio privilegiado-qualificado como crime hediondo na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Iniciou-se a seção a partir de um panorama da jurisprudência pátria dos tribunais de justiça e do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para, posteriormente, analisar julgados do TJMA relativamente ao reconhecimento da hediondez do homicídio privilegiado-qualificado.

A pesquisa partiu da hipótese de que o homicídio por ser uma conduta criminosa classificada como um delito de elevado potencial ofensivo, pois consiste a supressão da vida humana e que é reprovado com a aplicação de penas altíssimas haja a vista a impossibilidade de se tolerar a prática de tal infração. A cerca da (im) possibilidade de existência da figura híbrida do crime de homicídio privilegiado-qualificado e sua natureza hedionda ou não, a hipótese levantada foi de que é possível no ordenamento jurídico penal brasileiro a existência dessa figura homicida híbrida admitindo-se a coexistência de qualificadoras de natureza objetivas com as da privilegiadora que são sempre subjetivas e não sendo possível a sua classificação como crime hediondo por não haver previsão no rol do art. 1º da lei dos crimes hediondos.

Durante o trabalho verificou-se que a discussão é bastante consistente entre autores e jurisprudências que negam a possibilidade da existência do homicídio híbrido e o seu caráter hediondo com outros doutrinadores e tribunais superiores que afirmam ser possível a coexistência desse crime privilegiado-qualificado, porém, sem ter a sal natureza hedionda.

Constatou-se que a hipótese foi confirmada com base na análise de diferentes posicionamentos doutrinários e vários julgados da jurisprudência brasileira sobre a existência do homicídio privilegiado-qualificado e sua natureza hedionda, desde que sejam as qualificadoras de natureza objetivas com as privilegiadoras de natureza subjetivas. Também constatou-se que ambas as vertentes teóricas do trabalho não admitem a hediondez desse homicídio híbrido confirmando assim a hipótese geral levantada e resolvendo o problema de forma geral e satisfativa.

Por fim, o trabalho não tem como objetivo de conclusão das discussões sobre a presente indagação, mas de contribuir com debate e futuras pesquisas sobre o tema.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. **HC nº 0001236-75.2013.8.03.0000**, Seção Única do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, Macapá, 2013. Disponível em: <http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-jurisprudencia/consultar-jurisprudencia.html>. Acesso em: 25 out. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas.** / tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. - 6. Ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial; dos crimes contra a pessoa.** Cezar Roberto Bittencourt. 14. ed. rev., ampl. E. atual. de acordo com a Lei nº 12.550 de 2011. - São Paulo. Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1 – 17. ed. rev., ampl. e. atual. de acordo com a Lei nº 12.550 de 2011.** - São Paulo. Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.** In: EDITORA SARAIVA col. Curia, Luiz R.; Céspedes, Livia; ROCHA, Fabiana Dias. **Vade Mecun.** 20 ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **HC 142782 / RS HABEAS CORPUS 2009/0142720-0**, Brasília, Distrito Federal, 13 Abr de 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HOMIC%CDDIO+PRIVILEGIADO+QUALIFICADO+HEDIONDO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGRG no ARESP 1486678 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2019/0117150-3**Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, setembro 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Penal e Processo Penal HC 153728 / SP HABEAS CORPUS 2009/0223917-8**, T5 - QUINTA TURMA, Brasília, Distrito Federal, 13 Abr de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HOMIC%CDDIO+PRIVILEGIADO+QUALIFICADO+HEDIONDO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processo Penal. Recurso Especial n.º **REsp 1274563/MT**, (SEXTA TURMA) Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 29 jun de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 69907 / al nº RHC 69907** / recurso ordinário em habeas corpus 2016/0104552-0relator ministro Ribeiro Dantas (1181), t5 - quinta turma,

Brasília, Distrito Federal, 05 Abril de 2017. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 11 out 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal, **HC 76196 / GO – GOIÁS**, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, Brasília, Distrito Federal, 1998. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HOMIC%2DDIO+PRIVILEGIADO+QUALIFICADO+HEDIONDO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4l9lpgl>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal, **HC 97034 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS** Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 06/04/2010 Órgão Julgador: Primeira Turma Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, Distrito Federal, setembro 2019 Disponível em:
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HOMICIDIO+PRIVILEGIADO%2DQUALIFICADO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y49oxxn9>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. (**RHC 116058**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/04/2013, processo eletrônico dje-089 divulg 13-05-2013 public 14-05-2013) Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, Distrito Federal, setembro 2019 Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3786936>. Acesso em: 11 out. 2019.

CARVALHO, Maria Do S. A. De. **Dos Crimes Contra a Pessoa**. Notas de aula. 1.f.2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. Parte especial (arts. 121 ao 361). 5ª edição, Revista ampliada e atualizada, Editora Jus Podvim, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. Parte geral (arts. 1 a 120). Volume único, Revista ampliada e atualizada, Editora Jus Podvim, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, volume 2**: parte especial (arts. 121 a 234-B) André Estefam. – 5.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. - Rogério Greco. - 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I: - Rogério Greco. - 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal** (decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) vol. I TQMO 2º arts. 11 a 27. 3ª Edição Revista e atualizada: REVISTA FORENSE, Rio de Janeiro, 1955.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal** (decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) vol. I TQMO 2º arts. 121 a 136. 3ª Edição Revista e atualizada: REVISTA FORENSE, Rio de Janeiro, 1955.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Apelação Criminal Nº 021290/2017** Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Maranhão, São Luís, Maranhão, 2017. Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/#/sg-jurisprudence-list>. Acesso em: 25 out. 2019.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **APELAÇÃO CRIMINAL 031808/2016/ 2017** Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Maranhão, São Luís, Maranhão, 2017. Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/#/sg-jurisprudence-list>. Acesso em: 12 out. 2019.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **EDCrim no(a) ApCrim 039662/2015/2016**, Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Maranhão, São Luís, Maranhão, 2016. Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/#/sg-jurisprudence-list>. Acesso em: 11 out. 2019.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Revisão Criminal nº 0808331-55.2018.8.10.0000** Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Maranhão, São Luís, Maranhão, 2016. Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/#/sg-jurisprudence-list>. Acesso em: 11 out. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte especial - vol.2** / Cleber Masson. – 10.ed. ver., atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, **APELAÇÃO Nº 125397/2016**, Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, Cuiabá, Mato Grosso, 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&termo=homicidio%20privilegiado%20qualificado%20hediondo&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento>. Acesso em: 02 nov. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 2** : parte especial, arts. 121 a 234-A do CP/ Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 29.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos** / Antonio Lopes Monteiro. – 8.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito** / Paulo Nader – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. 1906 – 1982. **Direito penal** / E. Magalhães Noronha. – São Paulo: Saraiva, 2001. Edições atualizadas por Adalberto José Q. T de Camargo Aranha. Conteúdo: v. 1. Introdução e parte geral. 36.ed. rev.- 2. Dos crimes contra a pessoa; Dos crimes contra o patrimônio. 32. ed. rev. atual. v – 3. Dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços

públicos. 25. Ed. atual. – v. 4 Dos crimes contra a saúde pública a disposições finais. 23.ed. atual.

PARÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **HC processo nº 2014.3.024839-9**, Egrégias Câmaras Criminais Reunidas do TJE/PA, Belem, 2014. Disponível em: http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=homic%C3%ADdio+privilegiado+qualificado+hediondo&jp_search=1&entqr=3&oe=UTF-8&ie=UTF-8&wc=200&wc_mc=1&ud=1&getfields=* &proxystylesheet=consultas&sort=date:D:S:d1&aba=JP&lr=lang_pt&ulang=pt-BR&access=p&entqrm=0&client=consultas&filter=0&as_q=&start=30&site=jurisprudencia. Acesso em: 25 out. 2019.

PIUAÍ. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. **Apelação nº 2014.0001.007979-0**, 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, Teresina, 2018. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/buscar/pc>. Acesso em: 25 out. 2019.

PIUAÍ. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. **Apelação nº 2017.0001.008810-9**, 1ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, Teresina, 2018. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/buscar/pc>. Acesso em: 25 out. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 1 / Luiz Regis Prado. Erika Mendes de Carvalho. – 15.ed. rev., atual. e. reformada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume. 1:** parte geral: arts.1º a 120 / Luiz Regis Prado. – 3.ed. rev., atual. e. reformada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume. 2: parte especial arts.121 a 183 / Luiz Regis Prado. Erika Mendes de Carvalho. – 3.ed. rev., atual. e. reformada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RUBINSTEIN, Mônica Nunes. **O homicídio qualificado-privilegiado: uma análise doutrinaria e jurisprudencial da possibilidade de atribuição de circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras, concomitantemente, ao crime de homicídio**, 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/ZEMAURO/Documents/UNDB4BV/DIREITO%20PENAL/PAPER/monica%20PENAL%202.pdf>. Acesso: 30 set. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Revisão Criminal nº Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP: 00023062220108260638 SP 0002306-22.2010.8.26.0638**, 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584055093/23062220108260638-sp-0002306-2220108260638/inteiro-teor-584055112?ref=juris-tabs>. Acesso em: 11 out. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro; parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Hemrique Pierangeli. – 11. ed. rev. e. atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.