

O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO: uma análise doutrinária e jurisprudencial da possibilidade de atribuição de circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras, concomitantemente, ao crime de homicídio.

Mônica Nunes Rubinstein*
Artur Gonzaga da Costa*

RESUMO

O presente trabalho foi motivado pela necessidade de investigação aprofundada do tema homicídio, especialmente no que tange a suas qualificadoras e privilegiadoras. Tais circunstâncias, levadas em conta no ato do julgamento do réu, são determinantes na dosagem das penas. Por esse fato, sua correta aplicação é imprescindível ao alcance da justiça no caso concreto. Todavia, as circunstâncias nas quais ocorre o homicídio nem sempre são homogêneas. Há situações em que o sujeito comete o crime sob determinadas condições que qualificam sua atitude, mas, ao mesmo tempo, seu ato é permeado por um situação que o privilegia na aplicação da pena. Esse tipo de ocorrências é o enfoque dessa pesquisa, que preceitua a necessidade de análise não-preconceituosa do crime de homicídio em todos os seus aspectos (apesar da ciência da sua reprovabilidade social). Ademais, essa monografia defende o reconhecimento tanto de qualificadoras, como de privilegiadoras no crime de homicídio, quando estas forem concomitantes e compatíveis entre si, uma vez que a falta desse reconhecimento, sob pretexto de que não há previsão legal para tanto, reduz a efetividade da lei e, dessa forma, impede a realização da justiça. Busca-se atingir o objetivo do presente trabalho através de pesquisa bibliográfica, leitura dos trabalhos prévios, estudos de casos práticos, além de pesquisa jurisprudencial – tanto em livros e artigos de Internet.

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

ABSTRACT

This research has been motivated by the needing of a deep investigation about the homicide subject, especially about its qualifying and privileging circumstances. Those circumstances, which are considered on the defendant's judgment, are determinant in the dosage of penalties. Then, its right use is essential to reach justice in the concrete situation. However, the circumstances in which occur the homicide are not always homogeneous. There are situations in which the citizen commits the crime under conditions that qualify his/hers attitude, but, at the same time, his/hers act is characterized by a situation that privileges him in the measure of the penalty. This kind of conditions is the aim of this of this study, that defends the commitment of not-prejudicing analysis of the homicide in all its aspects (although it's known the social disapproval of this crime). Moreover, this study defends the recognition of qualifying

· Aluna egressa da Fadivale.

* Advogado. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Fadivale.

and privileging circumstances, on the same homicide crime, when these conditions are simultaneous and compatible, because the lack of this recognition, under the excuse of absence of legal forecast, reduces the effectiveness of the law and, in consequence, hinders the accomplishment of justice. The objectives of this work are searched through bibliographical research, reading of previous works, studies of practical cases, further than jurisprudence research – in books and internet articles.

KEYWORDS: homicide; qualified; privileged; penalty; justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS GERAIS DO CRIME DE HOMICÍDIO. 3 O HOMICÍDIO QUALIFICADO. 3.1 QUALIFICADORAS SUBJETIVAS. 3.2 QUALIFICADORAS OBJETIVAS. 3.2.1 Meios de execução. 3.2.2 Modos de execução. 3.2.3 Quanto à conexão. 4 O HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. 5 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO HOMICÍDIO QUALIFICADO- PRIVILEGIADO. 6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. 7 A ACEITAÇÃO DO CONCEITO DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO E A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho representa um estudo do crime de homicídio qualificado e privilegiado, especialmente nas situações em que estas duas circunstâncias ocorrem, simultaneamente, no mesmo fato típico e antijurídico.

O homicídio privilegiado-qualificado é motivo de divergência, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, uma vez que há opiniões diversas quanto à compatibilidade ou não de circunstâncias que qualificam e privilegiam o mesmo crime de homicídio.

Isso posto, surge a necessidade de investigação da possibilidade de combinação de privilegiadoras e qualificadoras no crime de homicídio, pois essa possibilidade permite que o julgador, ao dosar a pena, o faça de forma mais justa, considerando, se for possível, não apenas os fatos que tornaram o crime mais condenável e aviltante, mas também aqueles que mitiguem, de certa forma, a sua reprovabilidade.

Mais: o estudo desse tema por operadores do direito é meio de busca de doutrina robusta a respeito do assunto, bem como de pacificação jurisprudencial. Isso não só possibilita maior uniformidade dos julgamentos, o que redundará em mais segurança jurídica – que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito-, como também pode influenciar a modificação da legislação penal no sentido de dispor desse assunto de maneira mais detalhada, de forma a proporcionar embasamento legal sólido a esse assunto que, ainda hoje, não é totalmente pacificado.

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

Ademais, de maneira mais específica, objetiva-se explanar de maneira minuciosa o crime de homicídio qualificado-privilegiado, trazendo à tona o seu significado, as suas características, as situações em que ele pode vir a ser admitido – ou não-, bem como o porquê de sua aceitação por parte da doutrina e da jurisprudência; explicitar as tendências dos Tribunais brasileiros quanto à aceitação dessa modalidade criminosa, assim como a demonstração dos argumentos doutrinários – tanto os favoráveis, quanto os contrários à possibilidade de existência do crime de homicídio qualificado-privilegiado e reunir sólidas considerações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da possibilidade do crime qualificado-privilegiado, bem como discutir a sua importância para o alcance da justiça no caso concreto em determinadas situações.

Esta pesquisa será feita mediante verificação, análise e interpretação de material de pesquisa - tanto doutrinário, quanto jurisprudencial - para reflexões críticas dos resultados obtidos. A técnica de pesquisa a ser utilizada é a interpretativa (mediante descrição, explanação e exploração do material disponível). Para tanto, far-se-á uso de pesquisa bibliográfica, leitura dos trabalhos prévios, além de pesquisa jurisprudencial – tanto em livros e artigos de Internet.

2 ASPECTOS GERAIS DO CRIME DE HOMICÍDIO

O homicídio, pelo fato de atingir o bem jurídico de maior valor que se sabe – a vida-, é amplamente reprovado não só pela sociedade (formada por leigos, em geral), mas também pelo poder judiciário (formado por especialistas em direito).

[...] o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinqüência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primeiras, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animalescos. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada. (HUNGRIA, 1945, p. 23)

Tal fato típico, previsto no art. 121 do Código Penal, visa a proteger a vida extra-uterina. A determinação dessa tutela tem origem na Constituição Federal, no caput do artigo 5º, o qual aduz que “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 [...]”. (BRASIL, 2008).

Julio Fabbrini Mirabete, ao falar sobre homicídio, destaca:

O homicídio, punido desde a época dos direitos mais antigos, era definido por Carrara como sendo a destruição do homem injustamente cometida por outro homem, por Carmignani como a ocasião violenta de um homem injustamente praticada por outro homem e por Antolisei como a morte de um homem ocasionada por outro homem com um comportamento doloso ou culposo e sem o concurso de causa de justificação. (MIRABETE, 1997, p. 61).

Também Damásio E. Jesus faz considerações nesse sentido:

Alguns conceitos antigos incluem na definição a injustiça e a violência. Entretanto, a injustiça do comportamento do sujeito não integra o tipo penal

pertencente ao segundo requisito do crime, à antijuridicidade. Não possuindo o tipo de homicídio qualquer elemento de natureza normativa, referente à ilicitude do comportamento, não devemos incluir no conceito a antijuridicidade. Esta é requisito do *crime* de homicídio. A violência também não faz parte do conceito, uma vez que é perfeitamente possível ao sujeito causar a morte da vítima sem emprego de força bruta, como é o caso do venefício. (JESUS, 1997, p. 18)

O crime de homicídio recebe, da doutrina, diversos tipos de classificação. Diz-se que ele é simples, pois tutela apenas um bem jurídico que é a vida; comum, pois sua prática pode ser efetivada por qualquer indivíduo (em contraposição com os próprios, que só podem ser praticados por certas pessoas); instantâneo, porque uma vez consumado, está encerrado – sua consumação não se prolonga no tempo-; é material, porque há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei (consuma-se com a morte da vítima ou a sua tentativa); e de dano, porque só se consuma com a efetiva lesão do bem jurídico visado – no caso, a vida; é de ação livre, pois pode ser praticado por qualquer meio, comissivo ou omissivo (veneno, disparo de arma de fogo, fogo, entre outros).

Quanto aos meios de cometimento do homicídio, dispõe Mirabete que:

Os meios para a prática do crime podem ser físicos, químicos, patogênicos ou até morais, como a provocação de susto para matar, ou a condução de um cego para o abismo. Pode ser praticado por ação ou omissão, ocorrendo o ilícito pela inatividade do agente que tinha o dever de agir para evitar o resultado (art. 13, § 2.º do CP). Evidentemente, como em qualquer crime, não se dispensa o nexa causal entre a conduta e a morte do ofendido, sempre com fundamento na teoria da equivalência dos antecedentes referida no art. 13. (MIRABETE, 2000, p. 644).

No que tange à causa do homicídio, destaca-se que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria da equivalência dos antecedentes, ou seja, atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado. Damásio trata da matéria com brilhantismo, ao afirmar que:

[...] o movimento de um automóvel, são considerados a máquina, o combustível etc., que influem no movimento. Com a exclusão de qualquer deles, o movimento se torna impossível. Em relação ao resultado, ocorre o mesmo fenômeno: causa é toda condição do resultado, e todos os

elementos antecedentes têm o mesmo valor. Para se saber se uma ação é causa do resultado, basta, mentalmente, excluí-la da série causal. Se com sua exclusão o resultado teria deixado de ocorrer, é causa. É o denominado procedimento hipotético de eliminação de Thyrén, segundo o qual a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno. Suponha-se que A tenha matado B. A conduta típica possui uma série de fatos antecedentes, dentre os quais podemos sugerir os seguintes: 1.º) produção do revólver pela indústria; 2.º) aquisição da arma pelo comerciante; 3.º) compra de revólver pelo sujeito; 4.º) refeição tomada pelo homicida; 5.º) emboscada; 6.º) disparo de projéteis; 7.º) resultado morte. Dentro dessa cadeia, excluindo-se os fatos sob ns. 1.º a 3.º, 5.º a 6.º, o resultado não teria ocorrido. Logo, são considerados causa. Excluindo-se o fato n.º 4 (refeição), ainda assim o evento teria acontecido. Logo, a refeição tomada pelo sujeito não é considerada causa. (JESUS, 1997, p. 23)

Para Pedrosa (1995, p. 8), “o art. 121 concentra e abriga o tipo legal delitivo do homicídio, crime que pode apresentar no seu cometimento, entretanto, variações, nuances, facetas e motivos diversos”.

Dessa forma, o crime de homicídio pode ser praticado sob as mais diversificadas conjunturas. Na forma simples, consiste na supressão da vida de uma pessoa por outra, sem nenhum tipo de circunstância que qualifique ou privilegie o ato do autor do crime. Todavia, há circunstâncias que o tornam mais gravoso – qualificadoras-, aumentando o “quantum” das penas a serem aplicadas, além de circunstâncias que o tornam, de certa forma, mais compreensivo pela sociedade – privilegiadoras-, o que abrandam a cominação de penas. Essas circunstâncias serão analisadas, detidamente, nas seções seguintes.

3 O HOMICÍDIO QUALIFICADO

O homicídio qualificado é aquele em cuja prática demonstram-se patentes determinados meios que evidenciam atitudes e sentimentos reprováveis; ademais, caracterizam-se como qualificados aqueles que visam a fins nos quais também se nota carga de desaprovação.

Quanto a essa modalidade de homicídio, dispõe-se que:

considera-se qualificado o homicídio impulsionado por certos motivos, se praticados com o recurso a determinados meios que denotem crueldade, insídia ou perigo comum ou de forma a dificultar ou tornar impossível a defesa da vítima; ou, por fim, se perpetrado com o escopo de atingir fins especialmente reprováveis (execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime) (PRADO, 2002, p. 52).

Nelson Hungria também dispõe acerca dessa modalidade de homicídio nos seguintes termos:

Homicídio acompanhado de alguma dentre certas circunstâncias agravantes que a lei, no tocante a essa entidade criminal, toma em especial consideração, para o efeito de majoração *a priori* da pena, dado o maior grau de criminalidade que revelam. Não se dá mudança do 'título do crime, nem da espécie ou qualidade da pena; mas esta é independente (cominada dentro de novos limites) e quantitativamente superior à pena ordinária ou editada *in abstracto* para o homicídio simples. De simples *accidentalia* dos crimes em geral, tais circunstâncias passam a ser a *essentialia* ou elementos constitutivos do homicídio, na sua forma qualificada. Chamadas agravantes qualificativas ou elementares, estão elas alinhadas nos ns. I a V do parágrafo acima citado. Dizem umas com certos motivos determinantes, indiciários de maior intensidade da *mens rea* (ns. I, II, e V), e outras com o modo especialmente perverso da ação ou da execução do crime (ns. IV e II). (HUNGRIA, 1958, p. 163 apud FRANCO, 1997, p. 1858)

As qualificadoras podem ser de cunho subjetivo e objetivo. As de cunho subjetivo são motivo torpe e fútil. As de cunho objetivo se referem aos modo e meios de execução. São elas: meios insidiosos, cruéis e catastróficos (que causem perigo comum) e as praticadas pelos modos de dissimulação, traição e a tocaia.

3.1 QUALIFICADORAS SUBJETIVAS

As qualificadoras de cunho subjetivo estão previstas nos incisos I e II, § 2º do art. 121 do CP. São elas motivo torpe e motivo fútil.

A primeira circunstância considerada é o motivo torpe - repugnante, vil. Ela ofende gravemente a moralidade do homem médio. O Código Penal traz como exemplos o homicídio praticado mediante paga ou promessa de recompensa e ao praticado para excitar ou saciar desejos sexuais.

A qualificação do homicídio pago ou recompensado justifica-se pela ausência de razões pessoais daquele que executa - motivo torpe que o leva ao delito. Salienta-se que os mandatos gratuitos não configuram a qualificação. O mesmo deve dizer-se dos benefícios concedidos a posteriori. É necessário destacar que, mesmo que o mandante não cumpra a promessa e não entregue a recompensa prometida, haverá a qualificadora para ambos os envolvidos, já que, nesse caso, a razão de o executor ter matado a vítima foi a promessa, ainda que não cumprida pelo mandante. Ademais, esse crime configura hipótese de concurso necessário, já que depende do envolvimento de no mínimo duas pessoas: mandante e executor.

O homicídio praticado para excitar ou saciar desejos sexuais qualifica-se independentemente da realização com a vítima ou contra ela, de qualquer ato libidinoso.

Para se configurar a qualificação, não se exige que o agente tenha consciência de que o motivo que o levou a aliar é fútil ou torpe. A determinação dos motivos não depende do réu – como dito, depende dos padrões dominantes no meio e no lugar onde se deu o fato.

A segunda circunstancia considerada é o motivo fútil - que é desproporcionado ou inadequado em relação ao crime, do ponto de vista do homem médio.

A simples falta de razão para o crime não é motivo fútil. A injustiça também não configura motivo fútil. Diz-se que há motivo fútil quando há motivação frívola, ridícula nas suas proporções como, por exemplo, o fato de ter rido do acusado ao vê-lo levar um tombo; ou o autor matar a vítima pelo fim do namoro; ou o autor que matou a vítima pois ela se recusou a ir com ele ao cinema.

3.2 QUALIFICADORAS OBJETIVAS

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

3.2.1 Meios de execução

O meio insidioso é o que dissimula a sua eficiência para o mal. O envenenamento é uma das hipóteses clássicas de meio insidioso. Os venenos podem ser gasosos, líquidos, sólidos, voláteis ou não, podendo ter sua origem em substâncias de origem mineral, vegetal ou orgânica. Todavia, ressalta-se que apenas haverá homicídio qualificado pelo envenenamento, se o veneno for dado à vítima de maneira insidiosa ou sub-reptícia, sem que ela perceba.

O meio cruel é o que aumenta o sofrimento da vítima, ou que se mostra brutal em excesso. A tortura é o meio cruel típico. Consiste em infligir suplícios à vítima antes de sua morte. A asfixia também é forma cruel de provocar a morte - resulta de obstáculo à passagem de ar através das vias respiratórias ou dos pulmões (pode ser mecânica - enforcamento, estrangulamento, afogamento-, ou tóxica -produzida por gases tóxicos).

Os meios catastróficos são aqueles de que pode resultar perigo comum (que ocorre em relação a indeterminado número de pessoas). O fogo e o explosivo estão indicados exemplificativamente como meios capazes de produzir perigo comum, já que sua capacidade destruidora não pode ser controlada pelo agente. Também causam o perigo comum a inundação e o desabamento.

3.2.2 Modos de execução

Com relação aos modos de execução, têm-se a emboscada, a traição e a dissimulação.

A emboscada se dá quando o agente aguarda a vítima, oculto, por certo tempo, no lugar ou nos lugares onde a pode atingir. A traição é o ataque praticado inesperadamente.

A dissimulação se dá quando o agente se esconde ou disfarça o seu propósito, para atingir o ofendido desprevenido. É a ocultação da intenção hostil, para acometer a vítima de surpresa, pois, o criminoso age com falsas mostras de amizade, no qual a vítima é iludida, não tendo motivo para desconfiar do ataque e é apanhada desatenta e indefesa. Tanto qualifica a ocultação do propósito como o disfarce usado pelo agente, com o intuito de conseguir aproximar diretamente da vítima.

A traição, a emboscada e a dissimulação são também recursos insidiosos, que dificultam ou tornam impossível a defesa da vítima.

Ademais, não se pode deixar de salientar a qualificadora do crime de homicídio para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime, podendo o crime ter sido praticado por terceira pessoa. As qualificadoras do inciso trazem o elemento subjetivo do tipo, constituído pelo especial fim de agir. Como exemplos, o homicídio praticado para lograr o cometimento de outro crime ou evitar a sua descoberta. Segue análise mais detida sobre o tema.

3.2.3 Quanto à conexão

Conexão é a existência de um vínculo entre dois delitos. A doutrina subdivide a conexão em teleológica e consequencial.

A teleológica é quando o homicídio é praticado para assegurar a execução de outro crime. Logo, o agente primeiro mata a vítima para depois cometer outro crime. Quando consegue consumir ambos os crimes, o agente responde pelo homicídio qualificado e também pelo outro crime em concurso material. Há, entretanto, casos em que o agente pratica o homicídio para cometer outro delito, mas nem consegue iniciar a execução deste outro crime. Aí haverá homicídio qualificado, mas não o segundo crime.

É também possível que o agente cometa o homicídio com a intenção de assegurar a execução de outro crime e depois desista de praticá-lo. Nesse caso, a qualificadora deve ser reconhecida.

Essa qualificadora não se aplica se o agente visa assegurar a impunidade de um crime impossível ou putativo (embora possa, se for o caso, ser responsabilizado pela qualificadora do motivo torpe).

A consequencial ocorre quando o homicídio visa assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime. Então, o agente antes comete o outro crime e depois o homicídio. Na ocultação, o sujeito quer evitar que se descubra que o crime foi praticado. Na impunidade, a preocupação do agente não é evitar que se descubra a ocorrência do crime anterior, mas evitar a punição do autor desse delito. Não é necessário que o próprio homicida tenha sido o autor do crime anterior.

Nas hipóteses em que o homicídio é qualificado pela conexão, o tempo decorrido entre os dois delitos é indiferente. Assim, não afasta a qualificadora o fato de alguém ter

cometido certo crime há vários anos e, ao ser descoberto, matar a testemunha que poderia incriminá-lo.

4 HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

O homicídio privilegiado está disposto no §1º do art. 121 do Código Penal, que preceitua o seguinte: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob 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, 2004, p. 312)

Percebe-se, portanto, que há três situações que podem configurar o homicídio privilegiado: se o agente mata alguém impelido por motivo de relevante valor social (há que se frisar que neste caso, deve-se tratar de um valor coletivo; esses crimes sugerem da existência de uma paixão social merecedora de benevolência da lei); impelido por motivo de relevante valor moral (diz respeito aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade e compaixão), ou, ainda, sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

A respeito dessa última modalidade, diz-se que, para sua configuração apresenta três requisitos, quais sejam: emoção violenta; injusta provocação da vítima; imediatidade entre provocação e reação.

Nesse sentido, a emoção deve ser violenta, intensa, absorvente, gerando choque emocional no homicida – aquele que age com frieza não se beneficia dessa circunstância benéfica. A existência dessas circunstâncias tem de se dar em conjunto. Logo, se ocorrer apenas uma delas, não se configura o privilégio. Assim, não basta a provocação, por mais grave que seja. É necessário que haja resultado violenta emoção. Todavia, a simples existência de emoção por parte do agente, por outro lado, igualmente não basta, pois, se bastasse, seria uma benesse da lei às pessoas que se encolerizam com facilidade, o que afastaria o aplicador da lei da justiça.

No que se refere à potencialidade provocadora, esta deve ser apreciada com critério relativo, tendo em vista as relações anteriores entre ambos, a educação,

as circunstâncias de lugar, tempo, entre outros, desde que se note a razoabilidade.

Ainda no que tange ao homicídio praticado sob domínio de violenta emoção, diz-se que é necessário que a conduta seja praticada pelo agente dominado de violenta emoção e que esta conduta seja logo e seguida à injusta provocação da vítima.

Na doutrina, há referência a essa modalidade de homicídio como emocional. Nesse sentido, para Marques (1999, p. 7), o homicídio praticado sob domínio de violenta emoção “ [...] tradicionalmente conhecida como ímpeto de ira ou justa dor e é historicamente considerada nos casos de provocação da vítima, flagrante adultério e morte dada ao ladrão.”

Quanto ao relevante valor social ou moral - que é aquele que a moral social aprova - ainda há considerações a serem feitas. Afirma-se que

O motivo de valor social é aquele que atende aos interesses ou fins da vida coletiva. O valor moral do motivo se afere segundo os princípios éticos dominantes. São aqueles motivos aprovados pela moralidade média, considerados nobres e altruístas (FRAGOSO, 1987, p. 12).

Salienta-se que não é possível prevalecer o reconhecimento do homicídio privilegiado, em razão de relevante valor social, se o agente confessa que cometeu o crime em virtude de desentendimento anterior com a vítima, ou até mesmo por um ataque que tenha sofrido, em virtude de uma conduta dessa mesma vítima – nesse último caso, poderá caber outra privilegiadora, qual seja a violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, se as circunstâncias o determinarem. Isso porque, conforme já exposto, o valor social se afere pelo atendimento aos fins da vida coletiva, aprovados pelo homem médio, com objetivos altruístas.

Atente-se que a diferença salutar entre o homicídio privilegiado e qualificado está ligada à mensuração da pena. Enquanto no homicídio privilegiado, somam-se ao tipo circunstâncias que fazem reduzir a reprovabilidade social do crime, minorando a sua pena, no homicídio qualificado, adicionam-se circunstâncias que aumentam esta reprovabilidade, o que enseja o aumento de pena.

5 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO

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

Dessa forma, nesses casos, em um mesmo fato típico, antijurídico e culpável encontram-se tanto elementos que contribuiriam para a atribuição de qualificadoras ao crime, quanto circunstâncias que possibilitariam a análise do homicídio de forma menos gravosa – mediante as circunstâncias privilegiadoras.

Com fulcro nessa situação, percebe-se que é possível a concorrência de circunstâncias privilegiadoras e qualificadoras em um mesmo crime de homicídio.

Todavia, a doutrina não apresenta posicionamento unânime quanto à possibilidade do homicídio qualificado-privilegiado.

Porém, em que pese haver entendimentos contrários – que não admitem a concomitância de qualificadoras e privilegiadoras-, considera-se ser possível a coexistência de causas privilegiadoras com causas qualificadoras, desde que a qualificadora configure uma circunstância objetiva, já que a privilegiadora tem, sempre, natureza subjetiva, porque se relaciona com o motivo do crime ou com o estado anímico do agente. Exemplo disso é a situação do homicídio praticado sob o domínio de violenta emoção – homicídio, em tese, privilegiado-, com o uso de asfixia – homicídio, em tese, qualificado. Todavia, deve-se salientar que, conforme entendimento, as qualificadoras de motivo fútil e torpe não podem concorrer com as circunstâncias privilegiadoras, uma vez que possuem caráter subjetivo e, por isso, não podem coexistir com privilegiadoras – que também possuem caráter subjetivo- em um mesmo crime.

Porém, excepcionalmente, pode ser incabível, conforme o caso concreto, a coexistência entre uma qualificadora objetiva e o privilégio. Nesse sentido, dispõe Dirceu de Mello:

[...]Inexpugnável é a contradição entre o homicídio privilegiado e a qualificadora do uso de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. Isto porque, naquele, a execução é subitânea, imprevista, tempestuosa, circunstâncias que não se compadecem com os temperamentos racionais que ditam o método ou o meio de execução sempre precedidos de processo mental ordenado. (MELLO, 1988, p. 154 apud NUCCI, 1997, p. 84).

Há estudiosos, como Euclides Custódio da Silveira, José Frederico Marques, Tourinho Filho, Hermínio Marques Portos e João José Leal, que afirmam a impossibilidade da concomitância de circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras, em um mesmo crime de homicídio. Dessa forma, não admitem o instituto do homicídio privilegiado-qualificado, aduzindo que, se o Conselho de Sentença reconhecer o homicídio privilegiado, de imediato já serão havidos por prejudicados os quesitos referentes a eventuais qualificadoras.

Dessa forma, afirma João José Leal que

Cremos, porém, que as circunstâncias privilegiadoras, uma vez caracterizadas, são inconciliáveis também com as qualificadoras objetivas do homicídio. Na verdade, se o homicídio é praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou sob o domínio de violenta emoção, as eventuais circunstâncias de emboscada, da traição, do emprego de veneno, etc..., perdem o caráter de desvalor ético-jurídico que fundamenta o rótulo da qualificação legal do homicídio, para fins de aumento significativo da carga punitiva em relação ao seu tipo básico. (JOSÉ, [s.d] apud POSSAMAI, [s.d]).

Conforme afirmado, Euclides Custódio da Silveira afirma que não se pode haver, em nenhuma hipótese, o homicídio qualificado-privilegiado, pois, o privilégio teria a força para repelir qualquer qualificadora:

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. (SILVEIRA, 1973, p. 55).

No entanto, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso e Paulo José da Costa Júnior, além de Julio Fabbrini Mirabete, tem entendimento em sentido oposto.

Aníbal Bruno afirma que:

Circunstâncias privilegiadoras podem concorrer com as qualificativas. As causas de privilégio são subjetivas. As qualificadoras de motivo fútil e torpe não podem concorrer com as circunstâncias qualificativas de caráter subjetivo que logicamente as contradizem, mas admitem concurso com as qualificadoras objetivas. (BRUNO apud MARREY,FRANCO, STOCO, 1995, p. 214-215).

É de se ressaltar, também, o posicionamento de Julio Fabbrini Mirabete:

Numa interpretação sistemática, o homicídio qualificado por constituir o § 2º do art. 121, não poderia obter a redução de pena que é prevista no §1º do mesmo artigo. Não se pode negar, porém, que, em tese, nada impede a concomitância de uma circunstância subjetiva, que constitua o privilégio, com uma circunstância objetiva prevista entre as qualificadoras, como, por exemplo, o homicídio praticado sob o domínio de violenta emoção com o uso de asfixia. O que não se pode admitir é a coexistência de circunstâncias subjetivas do homicídio privilegiado e qualificado.(MIRABETE, 2000, p. 663-664).

Nesse contexto, pode-se concluir que, em que pese a grande divergência de doutrinadores de renome, a doutrina tem prevalecido no sentido de admitir a forma privilegiada-qualificada, desde que exista compatibilidade lógica entre as circunstâncias.

Assim, pode-se aceitar a existência concomitante de qualificadoras objetivas com as circunstâncias legais do privilégio, que são de ordem subjetiva (motivo de relevante valor social e domínio de violenta emoção).

O que não se pode aceitar é a convivência pacífica das qualificadoras subjetivas com qualquer forma de privilégio, tal como seria o homicídio praticado, ao mesmo tempo, por motivo fútil e por relevante valor moral.

Nesse sentido, pronuncia-se Rogério Greco, dispondo o seguinte:

O que se torna inviável, no caso concreto, é a concomitância de uma qualificadora de natureza subjetiva com o chamado, equivocadamente, privilégio, visto serem incompatíveis, a exemplo

daquele que mata o seu desafeto por um motivo fútil e ao mesmo tempo de relevante valor moral. São situações excludentes entre si. (GRECO, 2008, p. 393)

Isso dito, conclui-se, com base no pensamento defendido majoritariamente pela doutrina, que as privilegiadoras “motivo de relevante valor social ou moral” e “domínio de violenta emoção”, que são de ordem subjetiva, só encontram compatibilidade com as qualificadoras constantes do art. 121, §2º, III a IV, que são objetivas.

Não se pode deixar de acrescentar que, em regra, a doutrina discorda da natureza hedionda do homicídio qualificado-privilegiado. Nesse sentido, manifesta-se Rogério Greco:

Majoritariamente, a doutrina repele a natureza hedionda do homicídio qualificado-privilegiado, haja vista que - é o argumento - não se compatibiliza a essência do delito objetivamente qualificado, tido como hediondo, com o privilégio de natureza subjetiva. Ante a inexistência de previsão legal, bem como o menor desvalor da conduta em comparação ao homicídio qualificado, consumado ou tentado, o homicídio qualificado-privilegiado não pode ser considerado como crime hediondo. (GRECO, 2008, p. 392)

Também comunga dessa idéia o renomado penalista Guilherme Nucci:

A figura híbrida, admitida pela doutrina e pela jurisprudência, configura situação anômala, que não deve ser interpretada em desfavor do réu. Aliás, não se trata unicamente de dizer que a mencionada Lei 8.072/90 apenas qualificou como hediondo um delito já existente (homicídio qualificado), sem qualquer nova tipificação. Sem dúvida que não houve a criação de um tipo penal novo, embora as consequências da novel qualificação invadam, nitidamente, a seara da incriminação, cortando benefícios variados (obrigação de cumprir a pena inicialmente no regime fechado, perda do direito à liberdade provisória, com fiança, ampliação do prazo para obtenção de livramento condicional etc.), devendo respeitar o princípio da legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina). (NUCCI, 2007, p. 548)

6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO

O crime de homicídio qualificado-privilegiado é, ainda, um ponto de discussão na jurisprudência. Todavia, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, na qual se inclui a do Superior Tribunal de Justiça, compreende, em geral, que as circunstâncias privilegiadoras, de natureza subjetiva, e as qualificadoras, de natureza objetiva, podem concorrer no mesmo fato-homicídio, à falta de contradição lógica.

Nesse sentido existe jurisprudência sólida. Exemplo disso é o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul mediante decisão de embargos infringentes na primeira quinzena do mês de agosto de 2008.

EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PRIVILEGIADO SIMULTANEAMENTE. POSSIBILIDADE.

O entendimento majoritário no que se refere à viabilidade de reconhecimento de forma simultânea da privilegiadora do §1º do artigo 121 do Código Penal com as qualificadoras previstas no §2º e que são de natureza objetiva, é no sentido da possibilidade da coexistência destas circunstâncias desde que as qualificadoras reconhecidas sejam de caráter objetivo e as privilegiadoras sejam sempre de caráter subjetivo, o que ocorreu, na espécie. (RIO GRANDE DO SUL, 2008, p. 1).

Também pronunciou-se, de forma semelhante, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

PENAL E PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO - CP, ART. 121, §§ 1º E 2º, IV C/C O ART. 65, III, 'D' - PRONÚNCIA - CONDENAÇÃO - CABIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - INCOMPATIBILIDADE ENTRE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO E QUALIFICADORA - AFASTADA - POSSIBILIDADE DE CONJUGAÇÃO DAS FORMAS QUALIFICADA E PRIVILEGIADA - COEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DE CARÁTER OBJETIVO E SUBJETIVO - MOTIVO DE RELEVANTE VALOR MORAL OU SOCIAL NÃO CONSTITUI EMPECILHO PARA O RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA - ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA DO INTEGRALMENTE FECHADO PARA O SEMI-ABERTO - POSSIBILIDADE - HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO NÃO POSSUI NATUREZA HEDIONDA - PERMISSÃO LEGAL - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS ELENCADOS NO ART. 33, §2º, ALÍNEA 'B' - PENA COMINADA EM PATAMAR ADEQUADO - ATENDIMENTO AO CRITÉRIO TRIFÁSICO PARA A FIXAÇÃO DA REPRIMENDA - CP, ART. 68 - ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ELENCADAS NO ART. 59 DO CP - RESPEITO AO QUESITO PRIVILÉGIO CONCEDIDO PELOS

JURADOS - SENTENÇA FUNDAMENTADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (MINAS GERAIS, 2005, p. 1).

Em outra oportunidade, não foi diferente o entendimento deste mesmo Tribunal:

HOMICÍDIO - Compatibilidade entre a figura privilegiada e qualificada - Qualificadora da surpresa comprovada - Pena - Atenuante da confissão espontânea - Grau de redução do HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - Recurso parcialmente provido. No HOMICÍDIO PRIVILEGIADO, o que leva o agente a agir não é o simples ato injusto da vítima, mas a emoção gerada no mesmo por esse ato. Daí porque a doutrina e a jurisprudência têm apontado essa causa especial de redução de pena como de natureza subjetiva e, conseqüentemente, compatível com a qualificadora objetiva do recurso que dificultou a defesa da vítima. Sendo a vítima alvejada pelas costas, e não havendo sinais de os tiros terem sido precedidos de luta, conclui-se que o agente fez uso de recurso que dificultou a sua defesa. O réu efetivamente admitiu, em suas declarações, haver praticado o crime. A busca de uma justificativa para os seus atos não tem maior relevância, já que, de acordo com a redação do art. 65, III, "d", do CP, o que importa, para os efeitos da atenuante ali estabelecida, é o fato mesmo da confissão, facilitando objetivamente a apuração da autoria do crime, como na espécie ocorreu. No caso, a provocação da vítima deu-se sem muita relevância, não merecendo a diminuição máxima da pena em razão de sua existência. (MINAS GERAIS, 2003, p. 1)

Nesse mesmo sentido, há pronunciamento do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE ENTRE QUALIFICADORA INSERTA NO ART. 121, § 2º, INCISO IV COM A FORMA PRIVILEGIADA. POSSIBILIDADE. I - NÃO HÁ INCOMPATIBILIDADE, EM TESE, NA COEXISTÊNCIA DE QUALIFICADORA OBJETIVA (V.G. § 2º, INCISO IV) COM A FORMA PRIVILEGIADA DO HOMICÍDIO, AINDA QUE SEJA A REFERENTE À VIOLENTA EMOÇÃO. (PRECEDENTES DESTA CORTE E DO PRETÓRIO EXCELSO). II - ASSIM, A RESPOSTA AFIRMATIVA AO QUESITO ATINENTE A FORMA PRIVILEGIADA DO CRIME DE HOMICÍDIO NÃO IMPLICA A PREJUDICIALIDADE DO QUESITO QUE INDAGARIA AOS JURADOS ACERCA DA QUALIFICADORA INSERTA NO ART. 121, § 2º, INCISO IV DO CP (RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA). RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (BRASIL, 2007, p. 1)

E em outra ocasião:

RESP - PENAL - HOMICIDIO - QUALIFICADORA - PRIVILEGIO -O CODIGO PENAL, COMO DE RESTO, O DIREITO, E UNIDADE. AS NORMAS SE HARMONIZAM. SECUNDARIA A COLOCAÇÃO TOPOGRAFICA. IMPORTANTE, FUNDAMENTAL E DEFINIR SE HA HARMONIA, OU INCOMPATIBILIDADE . A "VIOLENTA EMOÇÃO, LOGO EM SEGUIDA A INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VITIMA" (CP. ART. 121, PAR. 1.) - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA - NÃO E INCOMPATIVEL COM O "EMPREGO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITA A DEFESA DA VITIMA" (CP. ART. 121, PAR. 2.) - QUALIFICADORA. UMA NÃO CONTRADIZ A OUTRA. A PRIMEIRA E DE NATUREZA SUBJETIVA. A SEGUNDA, OBJETIVA. NÃO SE REPELEM, NÃO SE ELIMINAM. ASSIM, CONVIVEM, PODEM COEXISTIR. FACTUALMENTE, ADMISSIVEL O AGENTE, SOB "VIOLENTA EMOÇÃO", ESCOLHER, NA EXECUÇÃO, MODO DE IMPOSSIBILITAR, OU TORNAR IMPOSSIVEL A REAÇÃO DA VITIMA. (BRASIL, 1995, p. 1)

Mais uma vez o STJ se pronuncia favoravelmente à possibilidade de concomitância de privilegiadoras com qualificadoras:

RECURSO ESPECIAL - REU CONDENADO POR HOMICIDIO QUALIFICADO - PRIVILEGIADO - ATO PRATICADO SOB O DOMINIO DE VIOLENTA EMOÇÃO, SEM DAR CHANCE DE DEFESA A VITIMA - CIRCUNSTANCIAS SUBJETIVAS – OBJETIVAS - COMPATIBILIDADE - INVERSÃO DA 2A. E 3A. FASES NA APLICAÇÃO DA PENA. 1. E FIRME A JURISPRUDENCIA DESTA CORTE, COMPATIBILIZANDO O HOMICIDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO, COMO NA HIPOTESE VERTENTE, EM QUE O REU ASSASSINOU A VITIMA DOMINADO POR VIOLENTA EMOÇÃO, SEM DAR A MINIMA CHANCE DE DEFESA PARA ESTA. 2. POSSIVEL, PORTANTO, CONJUGAR-SE CIRCUNSTANCIAS SUBJETIVAS-OBJETIVAS. 3. CONSTATADO QUE, NA FIXAÇÃO DA PENA DEFINITIVA, HOUVE INVERSÃO ENTRE A 2A. E A 3A. FASES, CERTO O TRIBUNAL LOCAL EM CORRIGIR O ENGANO, ADEQUANDO A REPRIMENDA AO FIGURINO LEGAL. 4. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (BRASIL, 1997, p. 1)

Todavia, há entendimentos discordantes – inclusive jurisprudência contrária.

HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO - REEXAME DA PROVA -INADMISSIBILIDADE - INCOMPATIBILIDADE DA COEXISTÊNCIA DAS QUALIFICADORAS COM A FORMA PRIVILEGIADA - DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL - IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL - PENAS BEM FIXADAS - PEDIDO REVISIONAL PARCIALMENTE DEFERIDO PARA POSSIBILITAR A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.(SÃO PAULO, 2008, p. 1)

No que tange a impossibilidade de se considerar o crime de homicídio privilegiado-qualificado hediondo, também há rica jurisprudência:

HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO TENTADO - NATUREZA HEDIONDA AFASTADA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO - CABIMENTO - APLICABILIDADE DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL PARA ESTABELECIMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO - POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO - PENAS-BASE FIXADAS EM PATAMARES SUFICIENTES À REPROVAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA, CONSEQÜENTES À ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E ACRÉSCIMOS LEGAIS OPERADOS EM NÍVEIS COMPATÍVEIS E EM CONSONÂNCIA COM OS DISPOSITIVOS LEGAIS - RECURSOS IMPROVIDOS. ANTE A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL, BEM COMO O MENOR DESVALOR DA CONDUTA EM COMPARAÇÃO AO **HOMICÍDIO QUALIFICADO, CONSUMADO OU TENTADO, O **HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO** NÃO PODE SER CONSIDERADO COMO CRIME HEDIONDO E, NOS CASOS DE CONDENAÇÃO, O REGIME PRISIONAL DEVE SER ESTABELECIDO EM CONSONÂNCIA COM O ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. NO SILÊNCIO DA LEI, A TÉCNICA DE ESTABELECIMENTO DA PENA-BASE PRECONIZADA POR NÉLSON HUNGRIA ("APLICAÇÃO DA PENA"," IN" RF, VOL. 90, P. 525) E ROBERTO LYRA ("A APLICAÇÃO DA PENA E O NOVO CÓDIGO"," IN" RF, VOL. 90, P. 526) DERIVA DA PREPONDERÂNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, DE TAL FORMA QUE RECONHECIDAS QUATRO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS A PENA-BASE DEVE SER A MÉDIA, TENDENDO PARA O MÁXIMO OU MÍNIMO, DEPENDENDO DA MAIOR OU MENOR QUANTIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS. (MINAS GERAIS, 2004, p.1)**

Nesse sentido também se manifestou o Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. 1. O homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, não se lhe aplicando norma que estabelece o regime fechado para o integral cumprimento da pena privativa de liberdade (Lei nº 8.072/90, artigos 1º e 2º, parágrafo 1º). 2. Ordem concedida. (BRASIL, 2005, p. 1)

Tendo em vista as disposições acima salientadas, em consonância com o estudo doutrinário acima exposto, percebe-se que a jurisprudência tem pacificado o entendimento de que o crime de homicídio privilegiado-qualificado é figura aceita quando as qualificadoras e as privilegiadoras são compatíveis entre si – ou seja,

quando as qualificadoras são objetivas, já que as privilegiadoras são sempre subjetivas.

Ademais, a doutrina também admite que o crime de homicídio privilegiado-qualificado não é hediondo, por suas características fundamentais.

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

7 A ACEITAÇÃO DO CONCEITO DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO E A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Antes de se iniciar uma discussão específica do assunto, é necessário revisitar o conceito de justiça.

Subjetivamente, a justiça se traduz nas concepções de cada indivíduo, de modo que aquilo que é justo para um não o é para outro. Nesse condão, justiça e moral são palavras próximas, impregnadas pelo conteúdo cultural, formação social e religiosa do indivíduo. Dessa forma, a justiça se dá segundo as concepções de cada um, podendo produzir soluções diferenciadas em um caso concreto. Exemplo disso é a situação em que uma pessoa faminta furta uma padaria, para não morrer de inanição. Para ela, é justo furtar, desde que para prover suas necessidades vitais. Para o dono da padaria, tal conduta é injusta, porque a padaria é seu meio de sustento.

Objetivamente, a justiça é tida como expressão da lei, visando à proteção de um bem jurídico de relevo. Ao longo da história, nota-se que parte dos filósofos sustenta que cabe à lei definir o que é justo e injusto – desde Aristóteles e São Tomás de Aquino, passando por Hobbes, Montesquieu e Rousseau. Para tais expoentes, justo seria o que é permitido em lei, e injusto o que é proibido. Hoje em dia, tal idéia é rechaçada, principalmente depois do império de regimes autoritários, que mostraram ser possível criar leis de forma ilegítima.

Assim, tendo em vista que a lei não é sempre justa, tanto a análise subjetiva, quanto a análise objetiva do conceito de justiça, se observada isoladamente, é iníqua. O significado de justiça deve ser perquirido na busca dos anseios sociais – independente do subjetivismo do indivíduo, ou da rigidez das leis-, de modo a trazer felicidade à sociedade como um todo.

Hans Kelsen, ao definir uma ordem social justa, faz as seguintes considerações:

mas o que significa ser uma ordem justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social. (KELSEN, 2001, p. 2).

Dessa forma, o ilustre doutrinador relaciona a justiça ao alcance da felicidade social, do contentamento não de um ser humano isoladamente, mas de todo um grupo, em conjunto.

Tendo em vista essa breve alusão filosófica, é necessário perceber que a busca pela justiça não se atém à letra fria e dogmática da lei. Em que pese, certas vezes, lacunas a respeito de determinados assuntos, a ordem normativa deve ser interpretada com o fulcro na felicidade do grupo social, que é a base do moderno conceito de justiça.

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

Dessa forma, as normas prolatadas pelo Estado – mediante suas leis, ou pelo poder jurisdicional - devem conformar-se com as situações práticas, e sua interpretação deve ser no sentido de trazer mais eficácia dos anseios sociais e dos

desígnios da justiça, já que “a lei é uma das fontes do direito, mas que deve ser interpretada em função de um valor maior, que é a justiça.” (HIGA, 2008)

É por isso que a análise da possibilidade de atribuição de circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras, simultaneamente, ao crime de homicídio em todos os seus aspectos é necessária para o alcance da justiça na aplicação da pena ao caso concreto – apesar de ser o homicídio um dos crimes mais socialmente condenáveis de que se tem notícia.

Embora não se possa negar a gravidade do crime de homicídio, o cidadão que o comete não pode ser aviltado em sua defesa. Se cometeu o crime sob determinadas circunstâncias que qualifiquem sua atitude, mas, ao mesmo tempo, seu ato foi permeado por um situação que o privilegie na aplicação da pena, tal situação, se compatível com a qualificadora, deve ser reconhecida. A falta de tal reconhecimento, sob pretexto de que não há previsão legal para tanto reduz a efetividade da lei e, dessa forma, impede a realização da justiça no caso concreto. Conseqüentemente, dificulta-se, também, o alcance da felicidade social.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

Nesse contexto, foram expostas, de maneira genérica, as características do crime de homicídio, bem como as peculiaridades do crime de homicídio qualificado e privilegiado.

Estudou-se cada uma das circunstâncias, bem como as situações em que elas podem vir a ser admitidas – ou não-, na dosagem da pena. Mais: expuseram-se os posicionamentos de doutrinadores de renome, bem como as decisões de Tribunais brasileiros atinentes ao assunto - tanto os posicionamentos favoráveis, quanto os contrários à possibilidade de existência do crime de homicídio qualificado-privilegiado.

Diante do resultado da pesquisa empreendida, percebeu-se que, apesar da inexistência da previsão legal do homicídio qualificado-privilegiado, este fato jurídico figura, de forma considerável, nos julgamentos dos júris e tribunais brasileiros. Isso ocorre, porque o crime de homicídio caracteriza-se pela ação livre, admitindo diversas modalidades de prática. E, como se sabe, tal fato típico e antijurídico nem sempre se manifesta de uma ação racional. Muito antes pelo contrário: as manifestações homicidas, geralmente, são guiadas por um turbilhão de emoções, que abarcam tanto aquelas que conduzem a atitudes vis – que qualificam a ação do autor-, quanto aquelas advindas de situações que são interpretadas, pelo homem médio da sociedade, como compreensivas – que, por sua vez, tornam a prática do crime menos condenável, privilegiando-o. Nesse contexto, notou-se o posicionamento dominante (mas não unânime), tanto da doutrina, quanto da jurisprudência brasileira, no sentido de que as circunstâncias qualificadoras e privilegiadoras do crime de homicídio podem ser concomitantes, quando houver possibilidade fática – ou seja, quando as qualificadoras forem objetivas, já que todas as privilegiadoras são, sempre, subjetivas.

Isso visto, depreendeu-se que, apesar da citada lacuna legislativa no sentido de não prever o homicídio qualificado-privilegiado, os operadores do direito não apenas aceitaram essa figura jurídica, como a estudaram e a aplicaram nos casos concretos, o que proporcionou decisões mais condizentes com o anseio da sociedade e, em consequência, mais justas.

Afirma-se que as decisões embasadas na possibilidade de aceitação das qualificadoras e privilegiadoras, concomitantemente, em um crime de homicídio, são mais justas, uma vez que elas exploram o fato criminoso em todas as suas vertentes, minorando a pena quando a atitude do réu foi permeada por circunstâncias socialmente compreensíveis, e a aumentando quando, nessa situação, ele se exceder nos meios e modos de prática do crime, atuando de forma vil.

Com isso, pode-se dizer que, quando se oportuniza a aceitação de qualificadoras e privilegiadoras em um mesmo crime de homicídio, ao julgador é dada a chance de enxergar o crime de maneira ampla e dosar a pena da forma mais adequada possível, com fulcro na justiça que, conforme explicitado neste trabalho, é uma forma de proporcionar a cada um o que lhe é de direito, num contexto de busca da felicidade social.

O alcance da referida felicidade perpassa pela paz social. Esta, por sua vez, depende da efetividade das decisões judiciais – que encontram aceitação no seio da sociedade quando refletem os seus desígnios. E o intento da sociedade é justamente a análise de cada caso concreto em suas vicissitudes (salienta-se que é óbvio que tais desígnios devem, sempre, ser analisados em consonância com os princípios fundamentais de defesa dos direitos humanos, consubstanciados em diversos documentos, com destaque para a Constituição Federal, sendo estes, simultaneamente, seus nortes e limites).

E é pelo fato de permitir a análise de cada caso concreto, bem como o aproveitamento de cada circunstância palpável do crime de homicídio na dosagem da pena, que se afirma o fato de a aceitação doutrinária e jurisprudencial do homicídio qualificado-privilegiado ser uma grande conquista da sociedade rumo à luta pela justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: atualizada até a emenda constitucional n.º56, de 20-12-2007. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Luiz Flávio Gomes. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processo Penal. Recurso Especial n.º 1.0194.04.035368-3/001(1) Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 13 dez. 2007. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=homicidio%20qualificado%20privilegiado>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processo Penal. Recurso Especial n.º REsp 77225. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 19 dez. 1995. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.\)+e+@num='77225'\)+ou+\('RESP'+adj+'77225'.suce.\)](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.)+e+@num='77225')+ou+('RESP'+adj+'77225'.suce.)>)>. Acesso em: 23 abr. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processo Penal. Recurso Especial n.º REsp 78940. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 01 dez. 1997. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.\)+e+@num='78940'\)+ou+\('RESP'+adj+'78940'.suce.\)](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.)+e+@num='78940')+ou+('RESP'+adj+'78940'.suce.)>)>. Acesso em: 23 abr. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processo Penal. Habeas Corpus n.º HC 43043. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 18 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: Parte Especial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. Homicídio qualificado: meios e modos de execução. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/17509/17073>>. Acesso em: 22 abr. 2009.

_____. Homicídio qualificado: motivo fútil e motivo torpe. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/4776/4346>>. Acesso em: 22 abr. 2009.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Lei penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 1858. v. 1. Tomo II – Parte Especial.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra a pessoa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2008.

HIGA, R.K. A dignidade da pessoa humana e o positivismo jurídico. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/boletim12001/doutrina/adignidade.htm>>. Acesso em: 16 out. 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 5.

JACOT, Louis. **História crítica do pensamento**. São Paulo: Editora Mundo Musical Ltda, 1973. v.2.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

KELSEN, Hans. **O que é justiça**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Teoria e prática do júri**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Editora Millennium, 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado De Minas Gerais. Processo Penal. Apelação Criminal n.º 1.0194.04.035368-3/001(1) Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 06 mai. 2005. Disponível em: < [http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=194&ano=4&txt_processo=35368&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=homicidio qualificado privilegiado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=194&ano=4&txt_processo=35368&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=homicidio%20qualificado%20privilegiado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=)>. Acesso em: 23 abr. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo Penal. Apelação Criminal n.º 1.0000.00.306894-7/000(1) Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 24 set. 2003. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=306894&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=homicidio qualificado privilegiado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=306894&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=homicidio%20qualificado%20privilegiado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=)>. Acesso em: 23 abr. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo Penal. Apelação Criminal n.º 1.0621.03.002355-3/001(1). Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 29 jun 2004. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=621&ano=3&txt_processo=2355&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=homicidio qualificado privilegiado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=621&ano=3&txt_processo=2355&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=homicidio%20qualificado%20privilegiado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)>. Acesso em: 23 abr. 2008.

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

_____. **Manual de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

_____. **Manual de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Roteiro prático para júri**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

OLIVEIRA, L.C. Homicídio passional: qualificado ou privilegiado? **Revista jus vigilantibus**. Rio de Janeiro, ago. 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/22121/5>>. Acesso em: 28 set. 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1995.

POSSAMAI, F. P. et al. Homicídio. Disponível em: <http://br.geocities.com/esmesc_2000/pagina1202.htm>. Acesso em: 22 abr. 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, vol. 5.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado Do Rio Grande Do Sul. Direito Criminal. Embargos Infringentes n.º 70008620320, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 13 ago. 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70008620320&num_processo=70008620320>. Acesso em: 28 set. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Direito Criminal. Revisão Criminal n.º 993.02.008716-8, Terceiro Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, 25 ago. 2008. Disponível em:

<<http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao=3180893>>. Acesso em: 28 set. 2008.

SILVEIRA, Euclides Custódio. **Direito penal:** crimes contra a pessoa. 2. ed. atual. Everardo da Cunha Luna. São Paulo: RT, 1973.