



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.502 - MG (2013/0365816-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : ISMAEL MARCOS FILHO
ADVOGADO : SILVIA LIMA E OUTRO(S) - MG131285

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. CIÚMES. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA NÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. QUALIFICADORA DE CRIME COMETIDO MEDIANTE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO AO MANDANTE. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER PESSOAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - As qualificadoras somente podem ser excluídas na fase do **iudicium accusationis**, se manifestamente improcedentes.

II - Se a r. decisão de pronúncia demonstrou de forma expressa as razões pelas quais deveria ser o recorrido pronunciado em relação à qualificadora do art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, não poderia o eg. Tribunal **a quo** excluí-la sem a devida fundamentação. A devida fundamentação aqui deve ser entendida como a convergência de todos elementos de prova para a total inadmissibilidade da qualificadora ou para a hipótese de flagrante **error iuris**, sob pena de afronta à soberania do Tribunal do Júri.

III - Na linha dos precedentes desta Corte, **"o sentimento de ciúme pode tanto inserir-se na qualificadora do inciso I ou II do § 2º, ou mesmo no privilégio do § 1º, ambos do art. 121 do CP, análise feita concretamente, caso a caso. Polêmica a possibilidade de o ciúme qualificar o crime de homicídio é inadmissível que o Tribunal de origem emita qualquer juízo de valor, na fase do iudicium accusationis, acerca da motivação do delito expressamente narrada na denúncia"** (AgRg no REsp n. 1.457.054/PR, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 29/6/2016).

IV - Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no **caput**) são elementares (**essentialia delicti**); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (**accidentalialia delicti**).

V - No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, **ex vi** art. 30 do C.P., incommunicável.

Recurso especial **parcialmente provido** para restabelecer a qualificadora de motivo fútil na decisão de pronúncia.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.502 - MG (2013/0365816-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça daquele Estado.

Depreende-se dos autos que o ora recorrido foi pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, do Código Penal. Irresignada, a defesa interpôs recurso em sentido estrito, o qual foi parcialmente provido, cuja ementa transcrevo a seguir:

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PRONÚNCIA - HOMICÍDIO QUALIFICADO - MATERIALIDADE COMPROVADA - INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA - IMPRONÚNCIA - INVIABILIDADE - QUALIFICADORAS DO MOTIVO FÚTIL E DA PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA - DECOTE - POSSIBILIDADE.

01. Sendo a pronúncia mero juízo de admissibilidade da acusação pública, cumpre ao juiz togado - se comprovada a materialidade, havendo indícios suficientes da autoria e inexistindo causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade - remeter o julgamento dos crimes dolosos contra a vida ao Tribunal Popular (art. 5º, XXXVIII. da CR/1988). 02. O decote das qualificadoras, na decisão de pronúncia, somente será possível quando emergir, na prova dos autos, que elas não resultaram evidenciadas, estreme de dúvidas, sob pena de se invadir a competência do Conselho de Sentença. 02. Considera-se motivo fútil aquele que é flagrantemente desproporcional ao resultado produzido. Mata-se futilmente quando a razão pela qual o agente elimina outro ser humano é insignificante, sem qualquer respaldo social ou moral, veementemente condenável, tratando-se, pois, de motivo banal, abjeto, ridículo por sua insignificância. Assim, o ciúme não se enquadra nessa classificação, razão pela qual o decote da qualificadora do motivo fútil é medida que se impõe. 03. Necessário o decote da qualificadora da paga ou promessa de recompensa, pois trata-se de circunstância de caráter pessoal, não se comunicando, por sua natureza jurídica, ao mandante do crime, de tal arte que não é elementar do tipo" (fl. 456).

Daí o presente recurso, no qual o Ministério Público Estadual aduz que a eg. Corte **a quo** teria violado os arts. 121, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, bem como o art. 413, **caput**, e § 1º, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz, ao final, que *"a solução deveria ser deixada a cargo do Tribunal do Júri, por ser ele o juízo natural da causa e, ademais, vigorar, na fase de pronúncia, o brocardo deve prevalecer o brocardo in dubio pro societate na fase de pronúncia"* (fl. 506).

Contrarrazões às fls. 550-569.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte Superior de Justiça.

Ao se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo **provimento** do recurso especial, em parecer que possui a seguinte ementa:

"RECURSO ESPECIAL. CRIME DE HOMICÍDIO. QUALIFICADORAS DO MOTIVO FÚTIL E MEDIANTE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA

1. A pronúncia traduz mero juízo de admissibilidade da acusação. Assim, somente quando evidente a inexistência de quaisquer indícios de que o crime foi cometido por motivo fútil e mediante paga ou promessa - em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e extreme de dúvidas - pode o Magistrado decotar as qualificadoras descritas na denúncia; do contrário, caberá ao Júri popular dirimir eventuais dúvidas sobre a matéria de fato.

2. Parecer pelo provimento do apelo" (fls. 588-596).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.502 - MG (2013/0365816-4)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. CIÚMES. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA NÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. QUALIFICADORA DE CRIME COMETIDO MEDIANTE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO AO MANDANTE. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER PESSOAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - As qualificadoras somente podem ser excluídas na fase do **iudicium accusationis**, se manifestamente improcedentes.

II - Se a r. decisão de pronúncia demonstrou de forma expressa as razões pelas quais deveria ser o recorrido pronunciado em relação à qualificadora do art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, não poderia o eg. Tribunal a **quo** excluí-la sem a devida fundamentação. A devida fundamentação aqui deve ser entendida como a convergência de todos elementos de prova para a total inadmissibilidade da qualificadora ou para a hipótese de flagrante **error iuris**, sob pena de afronta à soberania do Tribunal do Júri.

III - Na linha dos precedentes desta Corte, "**o sentimento de ciúme pode tanto inserir-se na qualificadora do inciso I ou II do § 2º, ou mesmo no privilégio do § 1º, ambos do art. 121 do CP, análise feita concretamente, caso a caso. Polêmica a possibilidade de o ciúme qualificar o crime de homicídio é inadmissível que o Tribunal de origem emita qualquer juízo de valor, na fase do iudicium accusationis, acerca da motivação do delito expressamente narrada na denúncia**" (AgRg no REsp n. 1.457.054/PR, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 29/6/2016).

IV - Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no **caput**) são elementares (**essentialia delicti**); aqueles que integram o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (**accidentalia delicti**).

V - No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, **ex vi** art. 30 do C.P., incommunicável.

Recurso especial **parcialmente provido** para restabelecer a qualificadora de motivo fútil na decisão de pronúncia.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

No tocante ao motivo fútil, trago à colação os fundamentos utilizados pela eg. Corte **a quo** para afastar a qualificadora em questão:

"Quanto à qualificadora do motivo fútil, penso que a mesma deve ser decotada.

É que o ciúme, segundo entendimento majoritário, não é considerado motivo fútil, razão pela qual imperioso o decote da aludida qualificadora.

Fútil é o motivo flagrantemente desproporcional ao resultado produzido, que merece ser verificado sempre no caso concreto. Mata-se futilmente quando a razão pela qual o agente elimina outro ser humano é insignificante, sem qualquer respaldo social ou moral, veementemente condenável, tratando-se, pois, de motivo banal, abjeto, ridículo por sua insignificância.

A partir dessa definição, não se pode concluir que o ciúme - sentimento que naturalmente permeia a mente humana e, em alguns casos, chega a comprometer a higidez mental -, seja considerado fútil.

E quanto ao ciúme que o réu nutria pela vítima, não há dúvida nos autos. É que todas as testemunhas ouvidas, até mesmo o corréu Lúcio, afirmaram o quanto incomodado Ismael se sentia com o relacionamento de sua ex-companheira Eliete com a vítima Athos. Tanto que ofereceu um 'prêmio' - um quilo de maconha e um revólver - a quem ceifasse a vida de seu desafeto.

Assim, tenho que o ciúme não se enquadra na definição de futilidade, razão pela qual imperioso o decote dessa qualificadora.

[...]" (fl. 462, grifei).

Conforme entendimento firmado no âmbito desta Corte, as qualificadoras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente podem ser excluídas na fase do **iudicium accusationis**, se manifestamente improcedentes.

Se a r. decisão de pronúncia demonstrou de forma expressa as razões pelas quais deveria ser o recorrido pronunciado em relação à qualificadora do art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, e não se verificando a sua total inadmissibilidade ou a hipótese de flagrante **error iuris**, não se afigura possível sua exclusão, sob pena de afronta à soberania do Tribunal do Júri.

No caso vertente, a eg. Corte de origem foi categórica em afirmar que o ciúme não pode ser considerado como motivo fútil, consoante entendimento majoritário. Ao assentar tal premissa como inconteste, não vislumbro, **na hipótese**, que a análise da possibilidade de se incluir a aludida qualificadora na decisão de pronúncia encontraria óbice no verbete n. 7 da Súmula desta Corte, porquanto se trata de se considerar se o ciúme sempre possuiria o condão de excluir a referida qualificadora. Não é o caso, a meu ver.

Como cediço, o ciúme pode ou não configurar a qualificadora de motivo fútil, a depender do caso concreto. É possível, até mesmo, que seja considerado como o privilégio a que alude o §1º do art. 121 do CP. A **vexata quaestio** deve, pois, ser dirimida perante o órgão constitucionalmente competente para tal mister, qual seja, o Tribunal do Júri.

Com efeito, esta Corte já decidiu que não é possível *"subtrair da apreciação do Conselho de Sentença uma circunstância que, numa análise objetiva, mostra-se viável, ao menos em tese"* (REsp n. 1.547.658/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 7/12/2015).

Trago a lume os seguintes julgados que corroboram os fundamentos esposados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. CIÚMES. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA PELO TRIBUNAL A QUO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. VALORAÇÃO DA PROVA. DESPROVIMENTO.

1. A exclusão de qualificadora constante na pronúncia somente pode ocorrer quando manifestamente improcedente, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri, juiz natural para julgar os crimes dolosos contra a vida.

2. O sentimento de ciúme pode tanto inserir-se na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificadora do inciso I ou II do § 2º, ou mesmo no privilégio do § 1º, ambos do art. 121 do CP, análise feita concretamente, caso a caso. Polêmica a possibilidade de o ciúme qualificar o crime de homicídio é inadmissível que o Tribunal de origem emita qualquer juízo de valor, na fase do iudicium accusationis, acerca da motivação do delito expressamente narrada na denúncia.

3. Os fatos trazidos a esta Corte encontram-se incontrovertidos no acórdão impugnado, não havendo que se falar no revolvimento do conjunto probatório, vedado a teor da Súm. n. 7/STJ, mas tão somente na reavaliação da prova, o que é permitido na via do especial.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp n. 1.457.054/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 29/6/2016).

"PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA PELO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.

1. A controvérsia cinge-se em saber se o Tribunal estadual, ao decotar da pronúncia a qualificadora do motivo fútil, usurpou ou não a competência do Tribunal, o que prescinde de qualquer incursão no acervo fático-probatório.

2. Segundo a exordial acusatória, a qualificadora do motivo fútil estaria caracterizada em razão de a agravante ter cometido o crime por ciúmes da vítima, visto que ele estaria namorando uma adolescente ao mesmo tempo em que mantinha um relacionamento com a acusada.

3. Se, de um lado, não há consenso doutrinário nem jurisprudencial acerca da possibilidade de o ciúme configurar a qualificadora do motivo fútil, de outro, não é admissível ao Tribunal de origem emitir qualquer juízo de valor, na fase do iudicium accusationis, acerca da motivação do crime de homicídio expressamente narrada na denúncia.

4. Isso porque, como é sabido, somente podem ser excluídas da sentença de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes ou incabíveis, o que não se vislumbra na hipótese dos autos.

5. Assim, compete ao Conselho de Sentença decidir se o referido sentimento, no caso concreto, configura a qualificadora do motivo fútil, prevista no art. 121, § 2º, II, do Código Penal.

6. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 630.056/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 15/6/2015,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grifei).

Dessarte, por vigorar nesta fase o princípio **in dubio pro societate**, somente é autorizado ao julgador afastar as qualificadoras contidas na denúncia caso seja estreme de dúvidas a sua configuração. Ou seja, não havendo certeza, a questão - referente a incidência ou não da qualificadora de motivo fútil - deve ser dirimida pelo Conselho de Sentença.

Em relação à exclusão da qualificadora inserta no inciso I do art. 121 do CP, o eg. Tribunal de origem assim consignou, **verbis**:

"[...]

Outrossim, penso que a qualificadora inculpada no inc. I do art. 121 do CP, in haec specie, também deve ser decotada.

Filio-me ao entendimento de que qualificadora da paga ou promessa de recompensa, por ser circunstância de caráter pessoal, não se comunica, por sua natureza jurídica, ao mandante do crime, de tal arte que não é elementar do tipo.

Com efeito, cediço que elementares do crime são os elementos que compõem o tipo básico ou fundamental descrito no caput, o qual, acrescido de certas circunstâncias legalmente indicadas, se transforma em tipo derivado: qualificado ou privilegiado.

Não se confundem, pois, com as circunstâncias, que são elementos acessórios - accidentalia delicti - os quais, agregados ao crime, aumentam ou diminuem a pena, afetando, assim, sua gravidade (quantitas delicti). São, portanto, as circunstâncias - manifestadas no tipo penal derivado - que permitem maior ou menor punição ao agente.

[...]" (fl. 462).

Pois bem. As qualificadoras **não são elementares do tipo**. Estas estruturam tão somente o denominado **tipo básico** (efe. expressamente se observa de **Heleno C. Fragoso in** “Lições de Direito Penal”, PG, ps. 157/158 e 260/261, 15ª ed., Forense; **Damásio E. de Jesus in** “D. Penal”, P0, vol. 1, ps. 204/206, 432/439. 541/543, 20ª ed., Saraiva. Aquele, acrescido de certas circunstâncias legalmente indicadas, se transforma, conforme o texto, em **tipo derivado (qualificado ou privilegiado)**. **E. R. Zaffaroni (in** “Manual de Derecho Penal”, Parte General, ps. 393/394. Ediar, Buenos Aires, 6ª cd., 1996) mostra que existem, nos tipos, alterações de grau de censurabilidade que podem decorrer da “**intensificação de afetação dos bens jurídicos**” ou da “**maior ou menor culpabilidade**”



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(motivos, estado psíquico, etc.).

Por seu turno, **Damásio E. de Jesus** (ob. cit., ps. 542/543) mostra que a distinção entre **elementares** e **circunstâncias** (o que inclui condições) pode ser buscada, na prática, sob duas formas: i) a exclusão de determinado dado faz surgir a **atipicidade absoluta** (não há mais crime); ii) referida exclusão ocasiona a **atipicidade relativa** (outro tipo básico). Cita o elemento funcionário, **na prevaricação**, como primeira hipótese e, como segunda, o mesmo dado no crime de **peculato**. Nos dois casos, em relação ao tipo fundamental ocorre a **atipia** (**absoluta**, numa, e **relativa**, noutra). São exemplos de **elementares**.

No caso de **circunstância** (**accidentalia delicti**), a sua remoção não faz desaparecer o crime (**o seu tipo básico**) e nem enseja o surgimento de outro (tipo fundamental diverso). É o caso da supressão do motivo no homicídio. Isto pode excluir a forma privilegiada (relevante valor moral) ou a forma qualificada (motivo fútil, etc.) **mas não afeta o tipo fundamental** (ob. cit., p. 542/543).

E, concluindo, os tipos, sabidamente, podem ser **fundamentais** ou **básicos** (os seus componentes são **elementares**), **derivados**, na forma de qualificados ou privilegiados (compostos **do tipo básico mais circunstâncias**) e **delicta sui generis** (tipos autônomos com a aparência de privilegiados, v.g., infanticídio). As qualificadoras, enfim, que são objeto do **punctum saliens**, são **circunstâncias – que se encontram ao redor do tipo básico –** que agravam, com novo mínimo e máximo, a figura do homicídio, agravamento calcado **em razões de maior antijuridicidade ou culpabilidade** (H. C. Fragoso).

Ainda que a redação do **art. 30 do CP** não seja a ideal, asseverar-se que qualificadoras são elementares do tipo derivado, **data venia**, é o mesmo que tornar, de vez, destituída de conteúdo a teoria acerca da incomunicabilidade das circunstâncias.

A **quaestio** ficaria limitada, sem razão de ser, às agravantes/atenuantes ou majorantes/minorantes (**e o texto não permite tal conclusão**). Portanto, quando se diz que as **circunstâncias** e **condições subjetivas**, de caráter pessoal, não se comunicam ao co-autor (partícipe ou co-autor propriamente dito), isto se dirige, **também** (não só a agravantes/atenuantes ou a majorantes/minorantes) **às qualificadoras**. O estado de ânimo, a motivação, a condição pessoal, etc., caracterizam situações pessoais. E, pessoais que são, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se comunicam. **Ad argumentandum tantum**, o motivo fútil (**peçoal**), evidentemente, não se comunica (v.g. **REsp 192.966-MG**, 5ª **Turma**, J. 13/4/99, **DJU de 716/99**). O motivo torpe, idem. São circunstâncias incommunicáveis, tanto na forma de agravante (v.g. art. 61, inciso II, alínea **a** do C.P.) como na de qualificadora (v.g. art. 121, § 2º, incisos I e II do C.P.).

Na distinção acima, não se pode olvidar, entretanto, que a **elementar de caráter pessoal** (integrante do tipo básico), esta sim, se comunica (nos crimes funcionais, v. g. arts. 312, 316, etc., do C.P.) desde que do conhecimento do partícipe ou co-autor, em virtude do princípio **nulium crimen sine culpa** (arts. 18 e 19 do C.P.).

Já a **circunstância** ou **condição de caráter pessoal** é limitada ao agente, **incommunicável** (v.g., a par do que **já** foi indicado, art. 150, § 2º, 1ª parte; art. 163, inciso IV, 1ª parte, 168, § 1º, inciso II).

O próprio entendimento de **Nelson Hungria** sobre a questão das comunicabilidades, que ensejou desdobramentos múltiplos, **na última edição de sua obra**, restou alterado, em particular, no comentário ao **delictum sui generis** infanticídio com elogiável admissão expressa de anterior incorporação de concepção doutrinária estranha ao nosso direito positivo. Decerto, **permisa venia**, o refazimento – que o tempo impediu – do comentário ao então art. 26 do C.P. não teria permitido a detectável incerteza denotativa acerca da distinção entre elementares, de um lado, e circunstâncias e condições, de outro.

No tocante à qualificadora do inciso I (**mediante a paga ou promessa de recompensa**), seguindo-se a diretriz do art. 30 do C.P., **ela deve ser considerada pessoal**.

Nesse sentido, **Juarez Cirino dos Santos**, na obra "Direito Penal - Parte Geral", 6ª Edição, ICPC, 2014, p. 373, assim leciona:

*"As chamadas **circunstâncias ou condições de caráter pessoal** são características pessoas especiais, cuja presença pode agravar a pena (motivo fútil, **motivo torpe**, etc.), reduzir a pena (primariedade, motivo de um relevante valor social ou moral) ou excluir a pena (desistência voluntária, arrependimento eficaz etc.) no coautor ou partícipe respectivo" (grifei).*

Sendo a "paga ou promessa de recompensa" um exemplo de motivo torpe, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerada circunstância de caráter pessoal, não deverá comunicar ao mandante, nos termos do artigo 30 do Código Penal.

Também leciona nesse sentido **Rogério Greco**, in "Curso de Direito Penal - Parte Geral, vol I, 17ª Edição, Ed. Impetus, 2015":

"O art. 30 do Código Penal diz que a não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

A regra, como se percebe pela redação do artigo, é a da incomunicabilidade, entre os cooparticipantes (coautores e partícipes), das circunstâncias, bem como das condições de caráter pessoal, sendo excepcionada quando se tratar de elementares do crime.

Circunstâncias são dados periféricos, acessórios, que gravitam ao redor da figura típica, somente interferindo na graduação da pena. A existência ou não de uma circunstância em nada interfere na definição da figura típica, tendo a sua importância limitada ao aumento ou diminuição da pena de uma determinada infração penal.

Ao contrário, as elementares são dados essenciais à figura típica, sem os quais ou ocorre uma atipicidade absoluta, ou uma atipicidade relativa.

Com a atipicidade absoluta, o fato praticado pelo agente torna-se um indiferente penal; já os casos de atipicidade relativa nos conduzem à chamada desclassificação" (grifei).

Ao tratar especificamente sobre a qualificadora "paga ou promessa de recompensa" (art. 121, §2º, I, Código Penal), assim ensina **H. C. Fragoso**: *"O homicídio mediante paga é a modalidade a que classicamente se denominou assassinio. Implica sempre a participação de duas pessoas, sendo o homicídio qualificado apenas para quem executa o crime mediante paga ou promessa de recompensa. O mandante não responde por homicídio qualificado. Não se exclui que mediante a ação de um sicário pratique alguém um homicídio, por motivo de relevante valor social ou moral. A qualificação do homicídio mercenário justifica-se pela ausência de razões pessoais por parte do executor (indício de insensibilidade moral) e pelo motivo torpe que o leva ao delito. O mandante busca a impunidade e a segurança, servindo-se de um terceiro" (in "Lições de D. Penal", PE, V. 1, p. 40, 1995, Forense).* Na mesma linha **Álvaro Mayrink da Costa** in "Direito Penal", PC, p. 68, Forense.

Assim, nesta **quaestio**, de vetusta polêmica (com destaque, v.g., inclusive, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o famoso caso “Fortunato”, RF 197/285 a 288), é de se entender, **ex vi legis**, que a qualificadora da “**mediante paga ou promessa de recompensa**” é pessoal, incommunicável.

Nas lições de **Luiz Regis Prado** in "Curso de Direito Penal Brasileiro", 14ª ed., p. 639, Revista dos Tribunais", podemos constatar a mesma orientação:

"A paga ou promessa de recompensa requerem a existência de dois sujeitos: aquele que oferece o pagamento ou recompensa e aquele que executa o delito por tais motivos. Indaga-se se a qualificadora seria aplicável aos dois ou apenas ao executor. A ratio da qualificadora é o móvel de lucro, considerado especialmente reprovável. Logo, incabível a aplicação da qualificadora àquele que oferece a paga ou recompensa, já que este atua imbuído de motivação diversa, sendo possível, inclusive, que o faça por motivo nobre" (grifei).

Atualmente, registra-se nesse sentido o ensinamento de **Cleber Masson**, na obra "Código Penal Comentado, Editora Método, 2016, fls. 616-617":

"Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe (inc. I): Homicídio mercenário ou homicídio por mandato remunerado, motivado pela cupidez (ambição desmedida). Na paga o recebimento é prévio, enquanto na promessa o pagamento é convencionado para momento posterior à execução do crime. Não é necessário que o sujeito efetivamente receba a recompensa. O pagamento, em ambos os casos, pode ser em dinheiro ou qualquer outra espécie de bem, não sendo a vantagem necessariamente econômica. Cuida-se de crime plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso necessário, pois devem existir ao menos duas pessoas: mandante e o executor. Não se aplica a qualificadora ao mandante, por se tratar de circunstância manifestamente subjetiva (art. 30 do CP), exceto se restar comprovado que o motivo que o legou a encomendar o homicídio também é torpe (torpeza genérica)" (grifei).

Também leciona nesse sentido o autor **Fernando Capez** in "Curso de Direito Penal - parte especial 2", 15ª ed. 2015, Saraiva, fls. 72-73:

"Quando cometido mediante paga ou promessa de recompensa, o homicídio será chamado de mercenário. Na paga, o recebimento do dinheiro antecede a prática do homicídio, o que não se dá na promessa de recompensa, na qual basta um futuro compromisso futuro de pagamento. Tratando-se de circunstância de caráter pessoal, não se comunica ao partícipe, nos termos expressos do art. 30. Exemplo: pai desesperado, que deseja eliminar perigoso marginal que estuprou e matou sua filha, contrata pistoleiro profissional, o qual comete o homicídio sem saber dos motivos de seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contratante, apenas pela promessa de paga. Evidentemente, não poderão responder pelo mesmo crime, pois seus motivos são diversos e incommunicáveis. O pai responderá por homicídio privilegiado (partícipe), e o executor, por crime qualificado (autor). [...] Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, entre as quais se inserem os motivos do crime. Assim, o executor responderá pela qualificadora, pois cometeu o crime impelido por motivo de cupidez econômica, mas o mandante não, devendo responder pelo seu próprio motivo."

Nesse sentido também é o escólio de **André Estefam**, na obra "Direito Penal - parte especial (arts. 121 a 183)", 2010, Saraiva, fl. 108:

"Discute-se na doutrina e na jurisprudência se esta qualificadora, prevista para o executor do crime (que agiu pela recompensa), deve se estender ao mandante. Cremos que não. Em primeiro lugar, deve-se lembrar que o art. 30 do CP estabelece que as circunstâncias subjetivas não se aplicam aos concorrentes da infração (são incommunicáveis). Além disso, o motivo do mandante é diferente, nesse caso, do móvel do executor. Esse age por dinheiro, aquele, por exemplo, por vingança."

Há, assim, sempre a figura de duas pessoas, porém tal fato não impõe, por si só, a obrigatoriedade de os sujeitos responderem pelo delito com as qualificadoras, que são, repetimos, circunstâncias, e quando pessoais, como é o caso da "paga ou promessa de recompensa", não haverá comunicação.

Na doutrina é sabido que os delitos chamados de concurso necessário podem apresentar diferentes estruturas, como: i) de encontro ou bilaterais; ii) de convergência ou coletivos.

Na hipótese de crime de concurso necessário, não significa, conforme o tipo, que a presença necessária de determinada pessoa acarretará sua responsabilização penal.

É o caso da usura e bigamia quando um dos contraentes desconhece a realidade, e também o delito de corrupção quanto ao núcleo **solicitar**.

Portanto, a ocorrência de concurso necessário não resolve a situação do homicídio qualificado pela paga ou promessa de recompensa, e a comunicabilidade (art. 30 do CP) da circunstância de ser o agente sicário não o remete a responder pela qualificadora pessoal exclusiva do executor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Repetindo, a condição de ser o agente o mandante não é elementar do homicídio, pois, volto a dizer, se assim não fosse, todas as circunstâncias teriam que ser comunicáveis, com total extirpação da inteligência do artigo 30 do Código Penal do ordenamento (referência de **James Tubenchlak in** “Teoria do Crime - O Estudo do crime através de suas Divisões”, fls. 61/62, Forense).

Por fim, somente seria comunicável obrigatoriamente se existisse no ordenamento um tipo penal de "matar alguém mediante percepção de vantagem", pois, nessa hipótese, a percepção de vantagem seria elementar do tipo, e não simples circunstância.

A jurisprudência, conforme dito acima, é oscilante sobre o tema; porém, é de bom alvitre a colação de alguns julgados desta Corte que corroboram o entendimento aqui esposado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. MOTIVO TORPE. PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. CIRCUNSTÂNCIA SUBJETIVA. MANDANTE. COMUNICABILIDADE. ANÁLISE CASUÍSTICA. RECURSO PROVIDO.

1. Não obstante a paga ou a promessa de recompensa seja circunstância accidental do delito de homicídio, de caráter pessoal e, portanto, incomunicável automaticamente a coautores do homicídio, não há óbice a que tal circunstância se comunique entre o mandante e o executor do crime, caso o motivo que levou o mandante a empreitar o óbito alheio seja torpe, desprezível ou repugnante.

2. Na espécie, o recorrido teria prometido recompensa ao executor, a fim de, com a morte da vítima, poder usufruir vantagens no cargo que exercia na Prefeitura Municipal de Fênix.

*3. Recurso especial provido, para reconhecer as apontadas violações dos arts. 30 e 121, § 2º, I, ambos do Código Penal, e restaurar a decisão de pronúncia, restabelecendo a qualificadora do motivo torpe, a fim de que o réu seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal" (REsp n. 1.209.852/PR, Sexta Turma, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/2/2016, grifei).*

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. JÚRI. QUESITAÇÃO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. SÚMULA 162 DO PRETÓRIO EXCELSO. REDAÇÃO INDEVIDA. PERPLEXIDADE.

[...]

III - Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(inserido no caput) são elementares (*essentialia delicti*); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (*accidentalia delicti*).

IV - No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, ex vi art. 30 do C.P., incommunicável.

V - É nulo o julgamento pelo Júri em que o Conselho de Sentença acolhe a comunicabilidade automática de circunstância pessoal com desdobramento na fixação da resposta penal in concreto.

Ordem concedida" (HC n. 78.404/RJ, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 9/2/2009).

"PROCESSUAL PENAL - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO - MANDANTE - QUALIFICADORAS - CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS - SITUAÇÕES DE COMUNICABILIDADE - INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA - INOCORRÊNCIA - NULIDADE DO LAUDO DE EXAME CADAVERÍCO - PROCEDÊNCIA - PERÍCIA REALIZADA POR APENAS UM PERITO OFICIAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- No homicídio do tipo mercenário, a qualificadora relativa ao cometimento do delito mediante paga ou promessa de recompensa é uma circunstância de caráter pessoal, não passível, portanto, de comunicação aos co-autores ou partícipes, por força do art. 30 do Código Penal. Precedente.

- Não constitui ilegalidade cada autor, co-autor ou partícipe responder pelas suas circunstâncias pessoais, dentre as quais situa-se a motivação do delito - o executor será responsabilizado por ter aceitado retirar a vida de outrem mediante o recebimento de uma contra-prestação, já o autor intelectual será responsabilizado pela sua intenção ao ter dado causa à prática infracional, como é o caso dos autos: a paciente - acusada de ser a suposta mandante do homicídio - foi denunciada, também, com base no inciso I do § 2º do art. 121 não devido ao fato do crime ter sido perpetrado sob encomenda, mas porque foi torpe a sua motivação.

- As qualificadoras objetivas não se enquadram nas circunstâncias incommunicáveis, devendo, por isso, serem estendidas aos participantes do delito. Mesmo que se entenda que para haver a comunicação da circunstância real, o co-autor ou o partícipe deverá dela ter tido conhecimento, a sua verificação demandaria aprofundada análise de matéria fático-probatória, impossível de ser feita no âmbito estreito do remédio heróico.

[...]

- Recurso parcialmente provido, tão somente para declarar a nulidade do laudo de exame cadavérico" (RHC n. 14.900/SC, **Quinta**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, Rel. Min. **Jorge Scartezzini**, DJ de 9/8/2004, p. 277).

*"PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PAGA E PROMESSA DE RECOMPENSA. FUNDAMENTAÇÃO ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE QUALIFICADORA.*

*I - Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no **caput**) são **elementares (essentialia delicti)**; aqueles que integram o acréscimo, estruturando o **tipo derivado** (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (**accidentalialia delicti**).*

*II – No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado **mediante paga** ou **promessa de recompensa** é circunstância de caráter **pessoal** e, portanto, **ex vi** art. 30 do C.P., **incomunicável**.*

*III – Na pronúncia, o juiz deve manifestar-se, objetiva e sucintamente, também, sobre a admissibilidade das qualificadoras que, somente, se totalmente incabíveis, podem ser rejeitadas no **iudicium accusationis**.*

IV – É nula a decisão de pronúncia que acolhe a comunicabilidade de circunstância pessoal e deixa de motivar concretamente a admissibilidade de qualificadora.

***Habeas Corpus** concedido" (HC n. 11.764/SE, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 5/6/2000).*

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial para restabelecer a qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal na decisão de pronúncia.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0365816-4

PROCESSO ELETRÔNICO

**REsp 1.415.502 /
MG**

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024077541589 058008079 10024077541589001 10024077541589002
10024077541589003 24077541589 58008079

PAUTA: 22/11/2016

JULGADO: 01/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	: ISMAEL MARCOS FILHO
ADVOGADO	: SILVIA LIMA E OUTRO(S) - MG131285
CORRÉU	: LÚCIO ADRIANO DOS PASSOS
CORRÉU	: HUGO OTÁVIO DOS PASSOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e lhe dando parcial provimento e o voto do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca conhecendo do recurso e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Ribeiro Dantas."

Aguardam os Srs. Ministros Jorge Mussi e Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.502 - MG (2013/0365816-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : ISMAEL MARCOS FILHO

ADVOGADO : SILVIA LIMA E OUTRO(S) - MG131285

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Sr. Presidente, mais uma vez, quero parabenizar S. Excelência pelas considerações doutrinárias a respeito da matéria, sempre pertinentes e precisas.

A questão discutida nos autos é controvertida na doutrina e na jurisprudência e passa pela interpretação dos arts. 121, § 2º, I, e 30 do Código Penal, do seguinte teor:

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

Art. 121. Matar alguém.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

(...).

Homicídio qualificado

§ 2º. Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe,

(...).

O art. 121, §2º, I, do Código Penal deixa antever, ao utilizar-se da interpretação analógica, que a paga ou promessa de recompensa é uma espécie de motivo torpe.

O Ministro Felix Fischer, em seu brilhante voto, acompanha a corrente doutrinária que indica que as situações descritas nos tipos derivados são circunstâncias acidentais e *não elementares do tipo de homicídio*. Essas – elementares -, *seriam apenas as que estão inseridas no caput* (matar, alguém).

Dessa forma, no homicídio mercenário, a qualificadora de ter sido o delito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal, e, portanto, não se comunica ao mandante, a teor do art. 30 do Código Penal.

Pedi destaque nestes autos, porque, na sessão do dia 22 de novembro de 2016, embora o tema não fosse decisivo para a proclamação do resultado, afirmei tese em sentido contrário, louvando-me na orientação jurisprudencial deste Tribunal, no sentido de que, *“Nos termos da jurisprudência desta Corte, no homicídio mercenário, a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é **elementar do tipo qualificado** e se estende ao mandante e ao executor”* (REsp. 1.201.548/MG, de minha relatoria, DJe 6/12/2016).

Na oportunidade, ressaltai que parte da doutrina e da jurisprudência comunga a tese de que os **tipos derivados ou qualificados são autônomos em relação aos tipos principais**. Assim, a circunstância de ter sido o crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa, **como elementar do tipo qualificado**, comunica-se ao mandante, de modo que ambos responderão por homicídio qualificado.

O executor do crime é responsabilizado por ter ceifado a vida de outrem mediante o recebimento de vantagem ou promessa de recompensa, enquanto o autor intelectual é punido pela sua intenção ao ter dado causa à prática criminosa utilizando-se desse expediente.

Na doutrina, CÉZAR ROBERTO BITTENCOURT comunga desse mesmo entendimento: *Trata-se, nessa modalidade, de crime bilateral ou de concurso necessário, no qual é indispensável a participação de, no mínimo duas pessoas; quem paga para o crime ser cometido e quem o executa pela paga ou recompensa.* (Tratado de Direito Penal. v. 2, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p.54).

Essa tese ganhou apoio na jurisprudência das Cortes Superiores. Há uma série de precedentes deste STJ e do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a comunicabilidade.

O Ministro Jorge Mussi, no REsp. 1.493.196/MG, em decisão monocrática, aponta que *“A matéria, embora controvertida em sede doutrinária, vem recebendo o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratamento **uniforme** na jurisprudência recente, tanto deste STJ quanto do Supremo Tribunal Federal, no sentido da incidência da qualificadora do homicídio mercenário para o mandante e para o executor”, assim, “havendo indícios de que a recorrida prometeu recompensa à corré para que providenciasse a morte da vítima, devem ambas ser pronunciadas pelo delito do art. 121, § 2º, I, do CP. Foi dado provimento ao recurso do Ministério Público para inclusão da qualificadora (DJe 10/2/2015).

Há julgado da Sexta Turma, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, segundo o qual “No homicídio mercenário, a qualificadora da paga é **elementar do tipo qualificado** e se estende ao mandante e ao executor (AgRg no REsp. 912.491/DF, Sexta Turma, DJe 29/11/2010).

No mesmo sentido: HC 291.604/PI, Rel. Min. Ericsson Maranhos, Sexta Turma, DJe 22/10/2015, HC 133.324/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 18/10/2010, AgRg nos EREsp 912.491/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 16/11/2011 e a decisão monocrática proferida no REsp. 1.212.176/MT, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 24/9/2015.

Em voto-vista proferido por ocasião do julgamento do HC 99.144/RJ, que também acolheu a tese, do qual foi relator o Ministro OG Fernandes, a Desembargadora convocada Jane Silva, apontou aspecto relevante para aqueles que comungam dessa orientação, *verbis*:

Na doutrina e mesmo na jurisprudência não há concordância quanto à natureza da qualificadora propriamente dita, entendendo alguns que ela é circunstância acidental, que simplesmente se acopla ao tipo legal, aumentando a sua gravidade e conseqüentemente a pena cominada. Outros, como o Ministro Sepúlveda Pertence, no voto cuja ementa foi transcrita pelo Relator, a entendem como essencialia do tipo qualificado, logo, não atinge exclusivamente o accipiens, mas também o solvens e qualquer dos outros co-autores do delito.

Penso, entretanto, com todo respeito à opinião dos que entendem de maneira diversa, que o cerne da questão não está na natureza da própria qualificadora e sim na constatação de que para sua concretização se exige dupla atuação: de um lado a daquele que dá ou promete a paga para a realização do homicídio e de outro a daquele que a recebe ou aceita a promessa de pagamento para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticá-lo.

Há na referida modalidade, que envolve motivo qualificador, um crime bilateral ou de concurso necessário, sendo indispensável para sua concretização que duas pessoas dêem sua participação: o autor da paga da recompensa ou da sua promessa e aquele que a recebe ou nela confia para recebimento futuro. (DJe 9/12/2008).

A tese foi acolhida, por unanimidade, e o acórdão restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO MEDIANTE PAGA. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. INVIABILIDADE. PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. COMUNICABILIDADE. RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. No homicídio mercenário, a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é elementar do tipo qualificado e se estende ao mandante e ao executor.

2. Para se excluir a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima é indispensável o revolvimento do material fático-probatório, o que é vedado na via do habeas corpus.

3. Ordem denegada.

Mais recentemente, a Sexta Turma, em acórdão da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, ressaltou que a qualificadora é *circunstância accidental de caráter pessoal*, esclarecendo, todavia, que “*não há óbice a que tal circunstância se comunique entre o mandante e o executor do crime, caso o motivo que levou o mandante a empreitar o óbito alheio seja torpe, desprezível ou repugnante*” (REsp. 1.209.852/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 2/2/2016).

Na jurisprudência do STF, o HC 69.940/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, diz: “*Homicídio. Qualificativa de cometimento do crime mediante paga ou promessa de recompensa que, embora relativa ao mandatário, se comunica ao mandante*” (DJ 2/4/1993).

No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no HC 107.885/RJ, Sua Excelência destacou que “*a qualificadora 'mediante paga ou promessa de recompensa', por ser elemento do tipo qualificado do homicídio, é circunstância que comunica ao mandante*” (Segunda Turma, DJe 28/10/2011).

Ao aduzir que é crime qualificado o homicídio cometido “mediante paga” ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"promessa de recompensa", pela própria natureza bilateral desse tipo de homicídio, é perfeitamente admissível a conclusão pela comunicabilidade, porquanto ambas as condutas - de quem paga e de quem recebe - merece tratamento mais severo, independentemente de outras motivações torpes que o mandante possa ter.

Alguns afirmam que esse entendimento pode resultar em situação absolutamente incompatível. Isso porque, nem sempre o motivo do crime, para o mandante, é torpe. Cita-se, frequentemente, a situação do pai que manda matar o estuprador de sua filha. Há possibilidade de ser considerado privilegiado o homicídio cometido nessa hipótese, o que caracterizaria incongruência, já que a motivação não pode ser torpe e relevante ao mesmo tempo.

Penso que tal situação se resolve a partir da também consagrada orientação da doutrina e da jurisprudência, no sentido de deixar ao júri a solução da controvérsia.

O Ministro Luiz Fux, no HC 108.374/DF, diz o seguinte: “As qualificadoras não são circunstâncias da pena, mas elementos acidentais do crime, uma vez que, ao contrário das elementares estruturantes do tipo, influem sobre a sua gravidade e, por via de consequência, acarretam, até mesmo, o aumento da pena. Consequentemente, **posto integrarem o tipo**, o afastamento ou reconhecimento da existência de qualificadoras situa-se no âmbito da competência para apreciar e julgar os crimes dolosos contra a vida” (DJe 28/3/2012).

Nesse julgado, sua Excelência remete a precedente do Ministro Moreira Alves, HC 66.334-6/SP (DJ 19/5/1989), no qual está expresso que a controvérsia sobre a existência de qualificadoras deve ser “remetida ao Júri para que o júri decida, salvo se forem manifestamente improcedentes e incabíveis”, tese reafirmada em julgado do Ministro Ricardo Lewandowski (HC 106.202/DF, DJe 3/5/2011).

Por fim, o Ministro Luís Roberto Barroso, fazendo remissão aos julgados do Ministro Moreira Alves e do Ministro Luiz Fux, diz: “Homicídio qualificado. Exclusão de qualificadoras e competência funcional do Tribunal do Júri. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o afastamento ou reconhecimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de qualificadoras situa-se no âmbito da competência funcional do Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para apreciar e julgar os crimes dolosos contra a vida, salvo se forem manifestamente improcedentes e incabíveis” (AgRg no HC 126.542/RS, DJe 2/6/2015).

Destarte, compete ao Conselho de Sentença a exclusão da qualificadora, seja por aceitar tese incompatível – como a do homicídio privilegiado por relevante valor social ou moral - seja por outro motivo que exsurja dos debates. O júri, pode, inclusive, absolver o mandante, por clemência.

O que me parece precipitado é excluir, *a priori*, a referida qualificadora para o mandante, isto é, concluir no sentido de seu afastamento, na fase de pronúncia, subtraindo a discussão do órgão constitucional competente, que é o Tribunal do Júri, já que a qualificadora não pode ser considerada *manifestamente inadmissível*.

O homicídio mercenário é crime bilateral e, *a menos que o Tribunal do Júri reconheça situação que afaste a torpeza*, o Juiz não deve se antecipar. Muitas nuances do delito só são reveladas a partir do confronto da prova no momento do julgamento, sendo precipitado afirmar o contrário na fase de pronúncia. Essa a orientação que tem prevalecido nesta Corte e no STF.

Ante o exposto, pedindo a mais respeitosa vênia, para manter coerência com o voto proferido em julgado do qual fui relator, dou provimento ao recurso especial, para restabelecer as qualificadoras do inciso I e II do art. 121, § 2º, do Código Penal.

É como voto, Sr. Presidente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.502 - MG (2013/0365816-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : ISMAEL MARCOS FILHO
ADVOGADO : SILVIA LIMA E OUTRO(S) - MG131285

VOTO-VISTA

O EXMO SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquela unidade federativa que deu parcial provimento ao recurso em sentido estrito.

Nos autos, em síntese, discute-se a possibilidade da exclusão das qualificadoras do motivo fútil e da paga ou promessa de recompensa.

O eminente relator, Ministro FELIX FISCHER, deu parcial provimento ao recurso para restabelecer a qualificadora do motivo fútil na decisão de pronúncia. O eminente Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA votou no sentido de dar provimento ao recurso.

Pedi vista para melhor ponderar sobre a questão da exclusão da qualificadora da paga ou promessa de recompensa.

De forma sucinta, é o relatório.

Ao analisar o assunto, peço vênia à divergência para acompanhar o percuciente voto do eminente relator.

O Tribunal *a quo*, ao analisar a questão, asseverou:

"Outrossim, penso que a qualificadora inculpada no inc. I do art. 121 do CP, *in haec specie*, também deve ser decotada.

Filio-me ao entendimento de que qualificadora da paga ou promessa de recompensa, por ser circunstância de caráter pessoal, não se comunica, por sua natureza jurídica, ao mandante do crime, de tal arte que não é elementar do tipo.

Com efeito, cediço que elementares do crime são os elementos que compõem o tipo básico ou fundamental descrito no *caput*, o qual, acrescido de certas circunstâncias legalmente indicadas, se transforma em tipo derivado: qualificado ou privilegiado.

Não se confundem, pois, com as circunstâncias, que são elementos acessórios - *accidentalia delicti* - os quais, agregados ao crime, aumentam ou diminuem a pena, afetando, assim, sua gravidade (*quantitas delicti*). São, portanto, as circunstâncias - manifestadas no tipo penal derivado - que permitem maior ou menor punição ao agente.

[...]

Assim, quando se diz que as circunstâncias e condições subjetivas, de caráter pessoal, não se comunicam ao coautor, isto se dirige, também - não só a agravantes/atenuantes ou a majorantes/minorantes - mas às qualificadoras. É que o estado de ânimo, a motivação, a condição pessoal, etc., como alhures deduzido, caracterizam situações pessoais. E, em razão disso, não se comunicam, sendo, pois, limitadas ao agente, incomunicáveis. Essa é a razão pela qual tenho que à qualificadora da paga ou promessa de recompensa, por se tratar de circunstância de caráter pessoal, não se comunica ao seu mandante, senão àquele que executa o crime com aludida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivação torpe.
[...]” (e-STJ, fls. 462-463).

O eminente relator, em resumo, entendeu que "sendo a 'paga ou promessa de recompensa' um exemplo de motivo torpe, e considerada circunstância de caráter pessoal, não deverá se comunicar ao mandante, nos termos do artigo 30 do Código Penal".

Verifica-se a existência de julgado também da Sexta Turma nesse sentido.
Confira-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. MOTIVO TORPE. PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. CIRCUNSTÂNCIA SUBJETIVA. MANDANTE. COMUNICABILIDADE. ANÁLISE CASUÍSTICA. RECURSO PROVIDO.

1. **Não obstante a paga ou a promessa de recompensa seja circunstância accidental do delito de homicídio, de caráter pessoal e, portanto, incomunicável automaticamente a coautores do homicídio**, não há óbice a que tal circunstância se comunique entre o mandante e o executor do crime, caso o motivo que levou o mandante a empreitar o óbito alheio seja torpe, desprezível ou repugnante.

2. Na espécie, o recorrido teria prometido recompensa ao executor, a fim de, com a morte da vítima, poder usufruir vantagens no cargo que exercia na Prefeitura Municipal de Fênix.

3. Recurso especial provido, para reconhecer as apontadas violações dos arts. 30 e 121, § 2º, I, ambos do Código Penal, e restaurar a decisão de pronúncia, restabelecendo a qualificadora do motivo torpe, a fim de que o réu seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal." (REsp 1.209.852/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016, grifou-se).

Como bem ressaltado pelo eminente relator, a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é circunstância accidental, de caráter pessoal e, portanto, incomunicável. O mandante até poderá, ocasionalmente, responder também por uma qualificadora equivalente (motivo torpe), mas não decorrente da simples comunicação.

Assim sendo, acompanho o voto do eminente relator no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0365816-4

PROCESSO ELETRÔNICO

**REsp 1.415.502 /
MG**

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024077541589 058008079 10024077541589001 10024077541589002
10024077541589003 24077541589 58008079

PAUTA: 22/11/2016

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : ISMAEL MARCOS FILHO
ADVOGADO : SILVIA LIMA E OUTRO(S) - MG131285
CORRÉU : LÚCIO ADRIANO DOS PASSOS
CORRÉU : HUGO OTÁVIO DOS PASSOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.