

HOMICÍDIO MERCENÁRIO E COMUNICAÇÃO DE CIRCUNSTÂNICAS

**Autor: Marcelo Ferra de Carvalho
Promotor de Justiça da Comarca de Cuiabá/MT**

1. Introdução

Chamamos de homicídio mercenário a destruição da vida humana extra-uterina cometida pelo semelhante, mediante paga ou promessa de recompensa, distinguindo-se, no entanto, a paga da promessa pelo momento do recebimento da vantagem visada.

Na paga, o recebimento é prévio, anterior a ação, enquanto, na promessa, a vantagem auferida será futura. Também, podemos denominar de tal ilícito como mandato homicida ou assassínio.

Então, torna-se imperioso observar que necessariamente haverá concurso de, pelo menos, duas pessoas: o mandante e o executor. O primeiro será aquela pessoa que, desejando o óbito da vítima, determina que terceiro satisfaça sua vontade. Por sua vez, o segundo agirá motivado pela premiação, recebida ou oferecida, praticando a conduta descrita no núcleo do tipo penal (matar).

Nesse caso, não podemos questionar que ambos estarão praticando um delito de homicídio, pois, ainda que o primeiro não tenha sua ação prevista em um tipo penal específico, este concorre para a ação do executor, existindo a chamada tipicidade indireta, preconizada pela norma de reenvio prevista no art. 29 do CP, que assim dispõe:

"Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade"

Apesar da aparente obviedade do exposto, coloca-se o problema quando a lei classifica a paga ou promessa de recompensa como qualificadora do delito de homicídio, questionando-se, desta forma, o alcance da mesma, ou seja, a aplicação desta em relação ao mandante.

Em uma análise mais simplista, impensadamente costumamos responder positivamente a indagação, evitando maiores desdobramentos ou uma análise mais detalhada, talvez até pelo comodismo e facilidade de aceitação da idéia perante os leigos, os quais são responsáveis pelo julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A jurisprudência pátria, sem maiores vacilos, aceita este posicionamento:

"Homicídio: qualificador de cometimento do crime mediante paga ou promessa de recompensa que, embora relativa ao mandatário, se comunica ao mandante" (STF - HC 69940/RJ - 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 02.04.93, p. 5621).

No entanto, penso que o tema merece maiores reflexões, sendo necessário, antes de solucionar o problema, fazer uma análise da comunicação de circunstâncias na legislação penal.

2. Comunicabilidade de circunstâncias

Em nosso ordenamento penal, a comunicabilidade ou não das circunstâncias atendem ao disposto no art. 30 do Código Penal, enunciando que *"não se comunicam as circunstâncias e condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do tipo"*.

Verifica-se que devemos distinguir três vocábulos: circunstâncias, condições e elementares do tipo, pois sem um conceito preciso não poderíamos aprofundar o estudo.

Como já ensinava o ministro Nelson Hungria, comentando o art. 26 da lei penal anterior a reforma de 1.984, *"circunstâncias, no sentido lato com que o vocábulo é aqui empregado, não são apenas as que excedem a configuração do crime, isto é, as agravantes e atenuantes, genéricas ou especiais, e só influem na pena (accidentalia delicti), mas também as que constituem elementos essenciais do crime (essentialia delicti) ou, de qualquer modo, alteram, excluem ou extinguem a punibilidade"*.

Destarte, vimos que circunstância, no sentido posto pelo legislador, engloba a circunstância em sentido estrito (propriamente dita) e as elementares do tipo.

Em sentido estrito, nas palavras de Paulo José da Costa Júnior, circunstâncias "são elementos que não integram o tipo, por serem acessórios ou accidentais, influindo sobre a pena, para agravá-la ou atenuá-la".

Por sua vez, ensina Cezar Bittencourt que elementares "são dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas", ou seja, sua inexistência tornará o fato atípico ou alterará sua capitulação.

Segundo Mirabete, o termo condição, o qual não constava do texto original, refere-se "às relações do agente com a vida exterior, com outros seres e com as coisas (menoridade, reincidência, etc), além de indicar um estado (casamento, parentesco, etc)". Pelo seu conceito, podemos constatar a não necessidade do acréscimo feito pelo legislador, pois, conforme ressalta Damásio, "tais condições já funcionam como circunstâncias na parte geral ou na parte especial do Código Penal, ou como elementares da figura típica".

As circunstâncias podem ser classificadas em duas espécies: subjetivas (pessoais) e objetivas (reais ou materiais). Leciona Delmanto que as subjetivas "são as que dizem respeito a qualidades ou condições pessoais do sujeito ativo, ao seu relacionamento com a vítima e co-autores ou partícipes, e com os motivos determinantes do delito", ao passo que as objetivas "são as relacionadas com os meios e modos de execução do crime, qualidade da vítima, lugar tempo, ocasião e natureza do objeto material do crime".

Em uma definição singela, diríamos que as condições subjetivas estão relacionadas com o autor do delito (motivos, relações com a vítima, etc), enquanto as condições objetivas estão ligadas ao fato criminoso (lugar, tempo, modo de execução, etc).

Realizada a conceituação necessária, passamos a análise do artigo já mencionado. Prima facie, ao dizer que não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, inversamente se admite a comunicação das circunstâncias de caráter real (objetivas).

Portanto, temos duas situações diferentes: as circunstâncias subjetivas só se comunicam quando forem elementares do tipo, isto é, forem imprescindíveis à adequação típica, ao passo que as circunstâncias objetivas sempre se comunicam.

Entretanto, para a comunicação, independente da natureza, far-se-á necessário a ciência do co-autor ou partícipe, sob pena de reconhecermos responsabilidade objetiva em direito penal, abolida pela modificação legislativa de 1984, que reformulou a parte geral de nosso código.

Não comungamos o entendimento de Hungria, segundo o qual "não há falar-se, aqui, em responsabilidade objetiva: quem se mete numa empréesa criminosa, aceita-lhe, de antemão, os riscos". A expressão risco, ao meu ver, refere-se a responsabilidade objetiva, pois independe da prova do elemento volitivo (dolo) ou do normativo (culpa).

3. Natureza jurídica da paga ou promessa de recompensa

Apesar de, a primeira vista, assemelhar-se com uma circunstância objetiva, que poderia ser auferida pelo pagamento ou oferecimento da promessa, não me parece que foi esta a intenção do legislador ou ser a mesma a melhor forma de hermenêutica.

Contempla o art. 121, §2º, I, do Código Penal, que o homicídio será qualificado se cometido "mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe", deixando-se evidente, ao utilizar-se da interpretação analógica, que a paga ou promessa de recompensa é uma espécie de motivo torpe.

Damásio de Jesus explica que "o inciso encerra forma de interpretação analógica, em que o legislador, após fórmula exemplificativa, emprega forma genérica. No caso, o enunciado exemplificativo está nas circunstâncias da paga e da promessa de recompensa; a cláusula final ou genérica está no outro motivo torpe".

Então, sendo a qualificadora (paga ou promessa de recompensa) um exemplo de motivo torpe, refere-se a mesma aos motivos determinantes do delito, sendo, portanto, uma circunstância subjetiva, isto é, de

caráter pessoal.

Pune-se aquele que se dispôs a eliminar o semelhante, visando a proveito econômico, o qual não necessariamente será a motivação daquele que lhe efetuou o pagamento ou prometeu-lhe vantagem.

Não procedem as considerações de Hungria e Fragoso, os quais entendem que as qualificadoras sempre se comunicarão ao co-autor ou partícipe, considerando-as como elementares do tipo.

As qualificadoras nada mais são que circunstâncias, que podem ser reais ou pessoais, visto que a ausência das mesmas não altera o delito praticado, continuando o agente incursa no mesmo tipo penal, influindo apenas na pena a ser-lhe imposta, a qual será majorada.

Os tipos qualificados, apesar de a própria lei trazer pena diversa, não devem ser considerados como crimes distintos, mas como uma forma mais reprovável de realizar determinado ilícito, merecendo uma punição mais severa. O tipo penal será único, podendo ser dividido em fundamental (básico ou simples), qualificado e privilegiado.

Como sintetiza Ney Moura Teles:

"Os tipos qualificados exigem maior reprovação, maior reprimenda penal, em razão das circunstâncias especializantes que os tornam mais grave, seja pela motivação, seja pela forma de execução, seja pela conexão finalística com que age o sujeito".

Sinteticamente, podemos dizer que o crime qualificado é o crime simples acrescido de determinadas circunstâncias, as quais podem ser pessoais ou reais e que se comunicam ou não ao partícipe ou co-autor, de acordo com sua espécie.

4. Considerações Finais

Pelo que já foi acima esplanado, concluímos que a qualificadora da paga ou promessa, como toda circunstância de caráter pessoal, não se comunica ao co-autor ou partícipe, já que esta não é uma elementar do tipo penal.

A qualificadora debatida é uma das espécies de motivo torpe e como tal deve ser tratada, pois a motivação do mandante não necessariamente será abjeta, desprezível ou repugnante.

Exemplificando, menciono a hipótese de um filho, o qual, percebendo a agonia e sofrimento exacerbado de seu pai, que lhe implora a morte, decide contratar um terceiro, motivado pela simples recompensa, para cometer a eutanásia. Deveria o mesmo responder pela forma qualificada? Admitiríamos, então, o concurso entre privilégio e qualificadora subjetiva, tão repelido pela doutrina?

A admissão da comunicabilidade da paga ou promessa de recompensa, seja por considerá-la uma elementar do tipo ou uma circunstância real, possibilitaria, em tese, que um homicídio fosse praticado por motivo torpe e relevante valor moral ao mesmo tempo, como no exemplo supra citado, igualando-se a hipótese acima o caso de um filho que contrata terceiro para ceifar a vida de seu pai visando a receber uma herança.

Há um evidente equívoco nas interpretações pretorianas existentes, sendo certo que a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é incomunicável. Entretanto, poderá o mandante responder por homicídio qualificado, caso o motivo que o levou a empreitar o óbito alheio seja torpe ou fútil, fato que deverá ser investigado e apurado.

Referências Bibliográficas:

- _ Bittencourt, Cezar Roberto. Lições de Direito Penal, 3^a edição. Porto Alegre : Livraria do advogado, 1995.
- _ Costa Júnior, Paulo José da. Curso de direito penal, volume I. São Paulo : Saraiva, 1991.

- _ Delmanto, Celso. Código Penal Comentado, 5^a edição. São Paulo : Renovar, 2000.
- _ Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, volume I. São Paulo : José Bushatsky, 1958.
- _ Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal, volume I. Rio de Janeiro : Forense, 1949.
- _ Jesus, Damásio de. Código Penal Anotado, 7^a edição. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _ Jesus, Damásio de. Direito Penal, volume II, 13^a edição. São Paulo : Saraiva, 1991.
- _ Mirabete, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal, volume I, 13^a edição. São Paulo : Atlas, 1998.
- _ Teles, Ney Moura. Direito Penal, volume I, 2^a edição. São Paulo: Atlas, 1998.