Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial n. 0007264-93.2013.8.26.0590

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do "CD"

Tese 433

HOMICÍDIO – QUALIFICADO – PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA – COMUNICAÇÃO AO MANDANTE.

A qualificadora da paga ou promessa de recompensa (artigo 121, §2º, inciso I, primeira parte, do Código Penal) comunica-se ao mandante.

Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais
Recurso Especial n. 0007264-93.2013.8.26.0590

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos da Apelação Criminal n. **0007264-93.2013.8.26.0590**, da Comarca de São Vicente, em que é apelante **F. F. L.** , vem perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 105, III, **alíneas "a" e "c"**, da Constituição da República, artigo 1.029, *caput,* e § único do Código de Processo Civil e artigo 255, § 2º, do RISTJ, e interpor **RECURSO ESPECIAL** para o **Colendo Superior Tribunal de Justiça**, contra o v. acórdão de fls. 466/472, da 16ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelos motivos adiante aduzidos:

1. RESUMO DOS AUTOS

F. F. L. foi pronunciado por infração ao artigo 121, § 2º, I, do Código Penal, porque no dia 19 de março de 1995, na cidade de São Vicente, concorreu, como mandante e mediante prévio pagamento em dinheiro, para o homicídio praticado por José da Silva Martiniano Filho contra a vítima *Valdemir Pereira Lopes*.

Segundo o apurado, **F. F. L.** encomendou a morte da vítima, pagando antecipadamente ao executor José da Silva Martiniano Filho a quantia de R$ 450,00, bem como fornecendo-lhe a arma para a execução do crime.

O acusado recorreu da decisão de pronúncia, tendo a C. 16ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, acolhido o voto do relator, Des. Otávio de Almeida Toledo, e negado provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida, inclusive a qualificadora (fls. 353/357).

Levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença o condenou por infração ao artigo 121, § 2º, I, do Código Penal, tendo o Juízo fixado a pena de 12 anos de reclusão, no regime inicial fechado (fls. 426/427).

Inconformado, o acusado apelou pleiteando a anulação do julgamento porque a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária à prova dos autos (fls. 438/445).

A mesma C. 16ª Câmara de Direito Criminal do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, deu provimento ao recurso para "***afastar a qualificadora, anular o julgamento e determinar a realização de outro, por homicídio simples"*** **ao argumento de que a qualificadora da paga ou promessa de recompensa não se comunica entre o mandante e o executor do**

homicídio, em acórdão que foi relatado pelo Des. OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, ora transcrito:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007264-93.2013.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante FLAVIO FAGUNDES DE LIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo defensivo para anular o julgamento do Tribunal do Júri a fim de que outro seja realizado por homicídio simples, afastada, no caso, a qualificadora do motivo torpe. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), OSNI PEREIRA E BORGES PEREIRA.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2017.
OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Apelação nº 0007264-93.2013.8.26.0590
Apelante: Flavio Fagundes de Lira
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Corréus: Jose da Silva Martiniano Filho, Jose Luiz Victorino e Antonio Jose Silva Martiniano
Comarca: São Vicente
Voto nº 27.081

JÚRI. Homicídio qualificado pelo motivo torpe, praticado mediante paga. Imputação de participação do apelante como suposto mandante. Execução por terceiro. Conduta de encomendar a morte do desafeto, pagando R$450,00 e fornecendo a arma ao autor dos disparos. Pretendida anulação do julgamento por ser o veredicto manifestamente contrário à prova dos autos. Denúncia e pronúncia por motivo torpe, consistente no pagamento de recompensa em dinheiro. Qualificadora de natureza subjetiva. Cabimento em relação à conduta do executor, não contra o mandante. Maior reprovabilidade da conduta pelo motivo mercenário. Motivo torpe não abrangido pela imputação dirigida ao apelante. Ausência de descrição de circunstância qualificadora em desfavor do corréu FLÁVIO. Apelo provido para anular o julgamento e determinar a realização de outro, em que a imputação restringe-se a homicídio simples.

1. F. F. L. (RG nº 24.271.183-2-SSP/SP) foi pronunciado e, ao final do julgamento no plenário, condenado, pela 1ª Vara do Júri da Comarca de São Vicente,

por infração aos artigos 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, no regime inicial fechado, porque, no dia 19 de março de 1995, por volta de meia-noite, na rua Caetano Cartamove, na comarca sobredita, teria concorrido, como mandante, para o homicídio de Valdemir Pereira Lopes, praticado por terceiro (corréu José da Silva Martiniano Filho), mediante disparos de arma de fogo, tendo este sido denunciado, inclusive, pela qualificadora do motivo torpe, porque praticou o delito mediante paga, já que FLAVIO ter-lhe-ia encomendado a morte da vítima pagando-lhe antecipadamente R$450,00, bem como fornecendo-lhe a arma de fogo.

Inconformado com a r. sentença de fls. 426/427, apelou, com base no artigo 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal, pugnando pela anulação do julgamento. Sustenta, em razões apresentadas por Defensor dativo, que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, pois não haveria prova testemunhal a infirmar a negativa de participação do acusado no delito praticado por terceiro. Alega, ainda, que o veredito apoia-se tão somente em boatos e que o artigo 155 do mencionado código veda a condenação com base em prova colhida exclusivamente no inquérito policial (fls. 439/445).

O recurso foi contrariado a fls. 447/450.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pela Drª. Claudia Aparecida Jack Garcia Nunes de Souza, manifestou-se pelo desprovimento (fls. 455/458).

É o relatório.

2. De rigor a anulação do julgamento, mas não pelos argumentos invocados pelo Defensor nomeado.

A materialidade do crime restou demonstrada pelo laudo de exame necroscópico de fls. 51/v e pelos documentos de fls. 124/126, consistentes na ilustração das regiões em que o corpo da vítima foi atingido pelos disparos de arma de fogo.

A arma também foi apreendida (auto de fls. 27) e devidamente periciada (laudo de fls. 87/88).

No que diz respeito à participação de FLÁVIO como um dos mandantes do delito a imputação atribui-lhe a conduta de encomendar a morte da vítima do crime a prova é a mesma quando da prolação da decisão de pronúncia, pois nenhuma testemunha foi ouvida em plenário e o próprio apelante encontrava-se foragido e não compareceu para ser interrogado.

A imputação se funda, basicamente, na confissão do corréu João Luis Victorino na fase de inquérito, oportunidade em que delatou o apelante. FLAVIO negou participação, embora tenha admitido, também na polícia, que tinha ciência de que os executores tomariam uma providência drástica em relação à vítima após os relatos das desavenças que envolviam sua pessoa, ora apelante, e o corréu João Luis. FLAVIO, foragido, se tornou revel em juízo.

Não houve testemunha presencial.

Alguns familiares da vítima e moradores do bairro foram ouvidos e disseram que o comentário na época era no sentido de que os mandantes seriam FLÁVIO e João Luis, que mantinham entre si relação homoafetiva e pretendiam se vingar da vítima, razão porque teriam contratado o corréu José da Silva Martiniano Filho, denunciado como o autor dos tiros, para matar Valdemir.

Duas testemunhas, Luciano da Conceição e Carlos Eduardo Lima, a primeira também no sumário de culpa, afirmaram ter ouvido do corréu João Luis, depois do crime, numa discussão, que já havia mandado matar um no bar onde ocorreram os fatos e não lhe custaria fazer de novo (fls. 25/v, 103/v e 208/211).

Diante desse conjunto probatório, não obstante a coexistência das versões acusatória e defensiva, o Conselho de Sentença optou por uma delas, a que entendeu mais aceitável, aquela, na verdade, que, com maior credibilidade, emerge do conjunto probatório produzido ao longo da persecução penal.

Não há, pois, nessa hipótese, afronta à evidência dos autos.

Decisão manifestamente contrária à prova produzida, que justificaria, em tese, a anulação do julgamento, é apenas aquela proferida em completo desabrigo de qualquer interpretação razoável, o que não ocorreu na espécie.

O veredicto do Júri, lastreia-se, portanto, em prova ou indícios concretos colhidos, inclusive, durante o sumário de culpa, não se aplicando, portanto, a regra do artigo 155 do Código de Processo Penal.

Verifico, no entanto, irregularidade insanável no julgamento ora combatido.

Extrai-se da denúncia a imputação contra José da Silva Martiniano Filho, consistente na execução do homicídio qualificado pelo motivo torpe, tendo em vista a motivação mercenária, já que foi contratado para matar a vítima e o fez estimulado pelo pagamento prévio de R$450,00, valor complementado pela arma utilizada no assassinato, que lhe foi fornecida a título definitivo. Ele, José, sim, foi denunciado por infração ao artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, pelo motivo torpe, repita-se, mercenário.

Já contra FLÁVIO e João Luiz Victorino, diferentemente, ao que se percebe da narrativa inicial, acolhida na pronúncia, não consta qualquer circunstância qualificadora adicional, não podendo eles, ou FLÁVIO, ora apelante, responderem pelo homicídio mercenário, atribuível apenas a quem recebe o dinheiro para matar, não a quem paga. O mandante, imputação que pesa contra FLÁVIO, pode ou não estar motivado pela torpeza ou outra motivação reprovável. No caso, a denúncia não imputa nem a pronúncia reconhece formalmente algum motivo torpe ou fútil, nem mesmo outra circunstância qualificadora de natureza subjetiva ou objetiva.

Houve, portanto, evidente excesso ou equívoco na imputação. Segundo Luiz Regis Prado, "*para reconhecimento da qualificadora exige-se que a paga ou promessa de recompensa seja o motivo que desencadeou a resolução delitiva, embora não seja necessária a efetiva obtenção da vantagem visada. Predomina o entendimento segundo o qual a recompensa deve ter, para a configuração da qualificadora, conteúdo econômico*". Prossegue afirmando que "*a paga ou a 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. A **ratio** da qualificadora é o móvel de lucro, considerado especialmente reprovável. Logo, incabível a aplicação da qualificadora àquele que oferece paga ou recompensa, visto que o agente atua imbuído de motivação diversa, sendo possível, inclusive, que o faça por motivo nobre*" (***in*** "Comentários ao Código Penal", Ed. RT, 9ª edição, 2014, p. 489).

Enfim, a anulação do julgamento é medida de rigor por não constar da denúncia ou mesmo da pronúncia a descrição explícita de qualquer circunstância de natureza objetiva ou subjetiva que qualifique o homicídio supostamente praticado pelo apelante.

Registro que não há falar em, na espécie, em desclassificação, providência cabível apenas quando a imputação abarca efetivamente alguma qualificadora e ela não resta comprovada. Houve, no caso, evidente excesso ou equívoco, pois a qualificadora do motivo torpe por paga não se comunica entre o mandante e o executor do homicídio.

3. Por tais fundamentos, pelo meu voto, dou provimento ao apelo defensivo para anular o julgamento do Tribunal do Júri a fim de que outro seja realizado por homicídio simples, afastada, no caso, a qualificadora do motivo torpe.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
Relator

Ao afastar a qualificadora do motivo torpe **(paga) imputada ao mandante, que pagou quantia em dinheiro ao executor**, ao argumento de que ela não se comunica ao mandante, a douta Turma Julgadora (que havia mantido a qualificadora na decisão confirmatória da pronúncia – fls. 353), além de contrariar o disposto no artigo 121, § 2º, I, do Código Penal, divergiu da orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, autorizando, pois, a interposição deste recurso, com amparo nas **alíneas "a" e "c"** do permissivo constitucional, com a seguinte tese jurídica: ***A qualificadora da paga ou promessa de recompensa (art. 121, § 2º. I, primeira parte), é elementar do delito e comunica-se ao mandante*.**

2. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL (art. 121, § 2º, I, do Código Penal).

Segundo conhecida lição do saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, perfeitamente ajustável à hipótese em exame:

"denega-se vigência de lei não só quando se diz que esta não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro" (RTJ 48/788).

Ou, no mesmo sentido, **"... equivale negar vigência o fato de o julgador negar aplicação a dispositivo específico, único aplicável à hipótese, quer ignorando-o, quer aplicando outro inadequado"** (REsp 63.816, RTJ 51/126).

Dispõe o artigo 121 do Código Penal:

> **Homicídio simples**
>
> **Art. 121. Matar alguem:**
>
> **(...)**
>
> **Homicídio qualificado**
>
> **§ 2° Se o homicídio é cometido:**
>
> **I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;**
>
> **(...)**

Comentando sobre a natureza das qualificadoras do homicídio, ensina **NELSON HUNGRIA:**

> "No § 2º do art. 121, apresenta-se como indica a respectiva rubriga lateral, o *homicídio qualificado*, isto é, o 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 *criminosidade* 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 *essentialia* ou *elementos constitutivos* do homicídio, na sua forma qualificada. Chamadas agravantes *qualificativas* ou *elementares*,** estão elas alinhadas nos incisos ns. I a V do

> parágrafo acima citado" (Comentários ao Código Penal, Forense, vol. V, 1958, p. 163).

No mesmo sentido, a lição de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI:**

> **"19. Homicídio qualificado:** é o homicídio praticado com circunstâncias legais que integram o tipo penal incriminador, alterando para mais a faixa de fixação da pena" (Código Penal Comentado, 7. ed., RT, 2007, p. 546).

E, sendo as qualificadoras *elementares* do crime, comunicam-se a terceiros, nos termos do artigo 30 do Código Penal.

Comentando sobre a qualificadora da paga ou promessa de recompensa ser aplicada ao contratante e contratado, afirma **NEY MOURA TELES:**

> **"**Discute-se se qualificadora alcançaria tanto o autor executor do procedimento típico, quanto o autor intelectual, o que promete a recompensa ou que efetua o pagamento, dizendo uma parte da doutrina que sim, uma vez que tanto a conduta de um quanto a do outro merecem a mesma reprovação social (...) A descrição típica do inciso I do § 2º do art. 121 não deve ser lida apenas em relação ao executor, mas também ao mandante, independentemente de se considerá-la, ou não, circunstância elementar do tipo de homicídio. É que, ao descrevê-la como "*mediante paga ou promessa de recompensa",* a norma buscou alcançar a totalidade de um contrato bilateral que, por sua própria natureza jurídica, envolve direitos e obrigações para ambas as partes, e não apenas uma motivação pessoal esclusive do contratado. O escopo da norma não é, simplesmente, o de reprovar mais severamente o fim de lucro que moveu o executor, mas, também e antes, a conduta de ambos, executor e mandante: celebrarem um pacto cujo objeto é a destruição de uma vida humana. Ou seja, um contrato entre duas pessoas que visa à destribuição do bem jurídico mais importante. Um porque

encomendou a morte de um homem, o outro porque aceitou a encomenda. Ambos, igualmente, tiveram motivação torpe, abjeta, repugnante. O primeiro porque, dispondo de dinheiro, sentiu-se à vontade para buscar alcançar a destruiçpão de uma vida humana, por mãos alheias. O outro porque, simplesmente por dinheiro, não teve qualquer condescendência com a existência de um semelhante. Se a vontade da lei fosse a de considerar qualificada apenas a atitude do executor, não utilizaria a expressão "***mediante*** *paga ou promessa de recompensa",* mas escolheria outra fórmula específica, exclusiva ou própria do executor, como "***para (ou com o fim de)*** *obter paga ou promessa de recompensa".* A expressão *mediante* significa aquilo *que medeia*. O verbo *mediar* significa *ficar no meio de dois pontos, no espaço, ou de duas épocas, no tempo.* Assim, ao utilizar essa expressão, a lei vinculou as duas partes, o mandante e o executor. A paga ou a promessa de recompensa é o elo que liga as duas pessoas, é o que medeia as duas vontades e suas motivações. Logo, o que medeia duas condutas a ambas se agrega, razão porque ambos praticam homicídio qualificado" (Direito Penal, v. II, Ed. Atlas, 2004, p. 62-64, grifos no original)

No mesmo sentido:

"A paga difere da promessa de recompensa. Na paga, o recebimento é prévio, o que não ocorre na promessa de recompensa. Os dois sujeitos respondem pela forma qualificada: o que executou a conduta e o que pagou ou prometeu a recompensa (**DAMÁSIO E. DE JESUS,** *Direito Penal,* 2. v., Parte Especial, Saraiva, 2005, p. 67).

“Reclama, isso sim, como crime de concurso necessário que é, o concurso de pelo menos duas pessoas, uma que oferece ou promete o prêmio ou recompensa, e outra que mata para recebê-lo. **A circunstância qualificadora alcança a ambos**. *Homicídio qualificado: a comissão do homicídio mediante paga, sendo elemento do tipo qualificado, é circunstância que não atinge exclusivamente o accipiens, mas também o solvens ou qualquer outro coautor: precedentes”* (RT 722/578; no mesmo sentido, RT 807/588, 811/612)” (**JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI,**

Código Penal comentado artigo por artigo. Atualizado por Maria Aparecida Pierangeli Borelli Thomaz, 1. ed. Editora Verbatin, 2013, p. 272/273).

"Responde pelo crime qualificado não só quem recebe, mas também o mandante, o que paga ou promete a recompensa" (**JÚLIO FABBRINI MIRABETE; RENATO N. FABBRINI,** *Manual de Direito Penal,* v. II, 25. ed., Atlas, 2007, p. 37).

" Respondem pelo crime qualificado o que praticou a conduta e o que pagou ou prometeu a recompensa" (**CEZAR ROBERTO BITENCOURT,** *Tratado de Direito Penal,* Parte Especial, v. 2, 7. ed., Saraiva, 2007, p. 54).

Nesse sentido a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO DO ACUSADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE INTERROGATÓRIO DE CORRÉUS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O interrogatório judicial é uma peça de defesa, não se podendo sujeitar o interrogado às perguntas de advogado de corréu, no caso de concurso de agentes, por falta de amparo legal e sob pena de criar constrangimento para os interrogados. Precedentes. 2. No processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e do enunciado da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, o que não ficou demonstrado na hipótese. 3. Recurso especial de Ricardo Abdulmassih desprovido.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. **COMUNICAÇÃO DA QUALIFICADORA DE PROMESSA DE PAGA AO AUTOR INTELECTUAL DO DELITO. POSSIBILIDADE**. AFASTAMENTO DA REFERIDA QUALIFICADORA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. NULIDADE

INEXISTENTE. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. IRREGULARIDADE NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO. **1. 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**. 2. Não há falar em contradição das respostas dadas pelos jurados com entendimento jurisprudencial ou doutrinário. Já decidiu esta Corte que a rejeição pelos jurados da qualificadora de promessa de recompensa não afasta a conclusão do Conselho de Sentença de que o paciente concorreu para a prática do delito como mandante (HC 122.983/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011). 3. Eventuais irregularidades da quesitação devem ser arguidas no momento oportuno, sob pena de preclusão. Precedentes. 4. Recurso do Ministério Público Estadual parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para afastar a nulidade reconhecida e a necessidade de submissão do acusado a novo julgamento, determinando que o Tribunal a quo julgue o mérito das apelações como entender de direito (REsp 1201548/MG, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Data do Julgamento, 22/11/2016, DJe 07/12/2016).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA. SURGIMENTO DE NOVAS PROVAS. 1) REABERTURA DAS INVESTIGAÇÕES. NULIDADES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2) CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTO PRESTADO NA ESFERA POLICIAL E RETIFICADO EM JUÍZO. INOCORRÊNCIA. 3) AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DESCONSTITUIÇÃO INADMISSÍVEL. NECESSÁRIO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. **4) QUALIFICADORAS. CRIME MEDIANTE PAGA. ELEMENTAR DO TIPO. COMUNICAÇÃO AO AUTOR INTELECTUAL**. DELITO DE EMBOSCADA. COMUNICABILIDADE QUE DEPENDE DA ESFERA DE CONHECIMENTO DO MANDANTE. DESCONSTITUIÇÃO QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA. - As alegações de diversas

nulidades trazidas aos autos, especialmente o depoimento de testemunha colhido na esfera policial e juntado aos autos sem o conhecimento da defesa, a realização de perícia sem intimação para que a defesa apresentasse quesitos e a quebra do sigilo telefônico sem decisão judicial fundamentada não foram levadas à apreciação do Tribunal a quo. Assim, não cabe a este Superior Tribunal de Justiça conhecer das referidas matérias, não analisadas pela Corte de origem, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância. - O Tribunal de origem, ao concluir que a autoria do paciente estava demonstrada, utilizou-se não apenas do depoimento prestado em sede policial e retificado em Juízo, mas também de outros elementos de prova que deram respaldo à condenação, não havendo falar, portanto, em afronta ao art. 155 do Código de Processo Penal - CPP, que veda a condenação baseada exclusivamente em depoimento prestado em sede inquisitorial, não repetida em juízo e não submetida ao crivo do contraditório e ampla defesa. - Tendo o Tribunal de origem, com base no acervo probatório colhido, concluído de forma concretamente fundamentada que restaram demonstradas tanto a autoria quanto a materialidade delitivas, não cabe a esta Corte Superior a desconstituição da referida condenação, ante o necessário revolvimento fático-probatório inadmissível na via estreita do habeas corpus. - **A qualificadora do homicídio mediante paga é elementar do tipo penal, estendendo-se também ao mandante do delito. Assim, não há falar em existência de constrangimento ilegal na comunicação ao paciente, autor intelectual do crime, da qualificadora prevista no inciso I, do § 2º do art. 121 do Código Penal - CP**. - Quanto à qualificadora da emboscada, o posicionamento desta Corte é no sentido de que, tratando-se de circunstância objetiva que diz respeito à forma de execução do delito, pode ou não se comunicar entre os agentes, a depender da entrada na sua esfera de conhecimento. Nesse contexto, a análise da esfera do domínio do fato do paciente, quanto à referida qualificadora, exigiria o revolvimento fático-probatório, sendo, portanto, inadmissível seu conhecimento na via estreita do remédio constitucional. Ordem denegada (HC 291604/PI, Relator Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, Julgamento 01/10/2015, DJe 22/10/2015).

No mesmo sentido, a posição do C. Supremo Tribunal Federal:

> E M E N T A - I**. Homicidio: qualificativa de cometimento do crime mediante paga ou promessa de recompensa que, embora relativa ao mandatario, se comunica ao mandante**. II. Júri: quesitos: pretensa nulidade que, se existente, nenhum prejuizo causou a defesa, pois relativo o quesito impugnado a segunda qualificadora do homicidio, cuja pena foi fixada no minimo legal. III. Júri: quesito não obrigatorio: menor importancia da participação de co-réu, não alegada pela defesa (HC 69940 / RJ - Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 09/03/1993, Primeira Turma, DJ 02-04-1993 PP-05621 EMENT VOL-01698-06 PP-01127).

Assim, ao decidir pelo afastamento da qualificadora do artigo 121, § 2º, I, do Código Penal em relação ao mandante do crime, que pagou quantia em dinheiro para que o delito fosse executado, o v. acórdão recorrido negou vigência ou mesmo contrariou citado preceito infraconstitucional.

3. DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, no homicídio, a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é elementar do delito e, por isso, se comunica ao contratante.

Confira-se:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. DUPLO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. NÃO

VINCULAÇÃO DA CORTE AD QUEM. COMUNICAÇÃO DA QUALIFICADORA DE PROMESSA DE PAGA AO AUTOR INTELECTUAL. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DA DISSIMULAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA. CABIMENTO. INGRESSO NO ESPECTRO DE CONHECIMENTO DO COAUTOR. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade quando o não provimento do agravo de instrumento, de forma monocrática, encontra-se dentro das atribuições do relator, e não causa qualquer gravame àquele que responde ao processo criminal. 2. O juízo de admissibilidade do recurso especial está sujeito a duplo controle, razão pela qual a aferição de seus requisitos pela instância ordinária não vincula esta Corte 3**. No homicídio mercenário, a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é elementar do tipo qualificado e se estende ao mandante e ao executor**. 4. A qualificadora referente à dissimulação, por ser circunstância objetiva referente ao modo de execução do crime, pode se comunicar ao corréu, desde que tenha entrado em sua esfera de conhecimento. Análise que demanda revolvimento do arcabouço probatório. Incidência do enunciado nº 7 desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 912491/DF Relator Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgamento 09/11/2010, DJe 29/11/2010).

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 (HC 99144/RJ Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, Julgamento 04/11/2008, DJe 09/12/2008).

3.1. DECISÃO PARADIGMA

No julgamento do **Recurso Especial n. 1.262.706/MG,** rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª Turma, j. 22.11.2016, DJe 07.12.2016, acórdão ora ofertado como **paradigma,** decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.262.706 - MG (2011/0069661-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRENTE	:	JOSÉ DOS SANTOS COUTINHO
ADVOGADO	:	NILVIO DE OLIVEIRA BATISTA E OUTRO(S) - MG008260B
RECORRIDO	:	OS MESMOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO DO ACUSADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE DE QUESITO. CONTRADIÇÃO OU PERPLEXIDADE INEXISTENTES. IRREGULARIDADE NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça é firme na compreensão de que as possíveis irregularidades na quesitação devem ser arguidas no momento oportuno, devendo constar em ata de julgamento, sob pena de preclusão, nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

2. No processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e do enunciado da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, o que não restou demonstrado na hipótese.

3.Recurso especial de José dos Santos Coutinho desprovido.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. COMUNICAÇÃO DA QUALIFICADORA DE PROMESSA DE PAGA AO AUTOR INTELECTUAL DO DELITO. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA REFERIDA QUALIFICADORA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. IRREGULARIDADE NÃO SUSCITADA NO

MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.

1.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.

2.Não há falar em contradição das respostas dadas pelos jurados com entendimento jurisprudencial ou doutrinário. Já decidiu esta Corte que *a rejeição pelos jurados da qualificadora de promessa de recompensa não afasta a conclusão do Conselho de Sentença de que o paciente concorreu para a prática do delito como mandante* (HC 122.983/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011)

3.Eventuais irregularidades da quesitação devem ser arguidas no momento oportuno, sob pena de preclusão. Precedentes.

4.Recurso do Ministério Público Estadual parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para afastar a nulidade reconhecida e a necessidade de submissão do acusado a novo julgamento, determinando que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento das apelações, como entender de direito.

ACÓRDÃO

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, conheceu do recurso de JOSÉ DOS SANTOS COUTINHO, mas lhe negar provimento e conhecer parcialmente do recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)
Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de recursos especiais interpostos por JOSÉ DOS SANTOS COUTINHO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (e-STJ fl. 2.001):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PRELIMINAR DEFENSIVA - NULIDADE PELA REDAÇÃO DO QUESITO ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DO APELANTE - INOCORRÊNCIA - PRECLUSÃO - REJEIÇÃO - MÉRITO - CASSAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - VERSÃO EXISTENTE NOS AUTOS ? INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 28 DO GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS -

INCONFORMISMO MINISTERIAL - APLICAÇÃO DA PENA-BASE - MAJORAÇÃO IMPOSTA - RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS, ALIADO À DESFAVORABILIDADE DE ALGUMAS DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O DEFENSIVO E PROVIDO PARCIALMENTE O MINISTERIAL, REJEITADA A PRELIMINAR LEVANTADA PELA DEFESA.

José dos Santos Coutinho, em seu recurso especial, fundado no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, alega maltrato aos arts. 484, VI, e 564 do CPP, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta ser nulo o 3º quesito, pois foi usada a expressão *pistoleiros*, no plural, tratando-se de apenas um executor, sendo que o outro apenas deu fuga ao primeiro, o que certamente causou perplexidade aos jurados, pois foram consultados sobre duas situações (execução e fuga) em apenas um quesito. Afirma que não há falar em preclusão, quando se trata de nulidade absoluta. Requer a declaração da nulidade do quesito e do julgamento realizado.

Já o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, amparado na alínea *a* do permissivo constitucional, alega que o acórdão impugnado, ao reconhecer a nulidade dos quesitos, por suposta contradição em razão do afastamento, pelos jurados, da qualificadora do cometimento de crime mediante paga ou promessa de recompensa, negou vigência aos arts. 121, § 2º, I, do Código Penal e 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Isso porque, a referida qualificadora aplica-se tão somente ao executor do crime e, tratando-se de circunstância de caráter pessoal, não se comunica ao mandante.

Aduz, ainda, que os quesitos foram redigidos em conformidade com o art. 484 do Código de Processo Penal, de forma clara e sem causar perplexidade aos jurados, não se verificando contradição entre eles. Ademais, o Código de Processo Penal consagra o entendimento de que a nulidade só deve ser declarada quando há algum prejuízo a qualquer das partes e, na hipótese, não se registra lesão ao direito do recorrido, que, ao final, teve a qualificadora afastada.

Com contrarrazões (e-STJ fls. 2.068⁄2.071 e 2.084⁄2.089), foi negado seguimento ao recurso especial interposto pelo réu, por incidência da Súmula 7⁄STJ, e admitido aquele interposto pelo Ministério Público (e-STJ fls. 2.091⁄2.093).

Foi determinada a conversão do agravo do acusado em recurso especial, para julgamento conjunto com a insurgência do Ministério Público Estadual (e-STJ fl. 2.157).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso do *parquet* estadual e desprovimento daquele aviado pelo acusado (e-STJ fls. 2.135⁄2.136 e 2.167).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

José dos Santos Coutinho foi pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, II e IV, do Código Penal, juntamente com Ricardo Abdulmassih, Ailton Gomes de Souza e Valdionei Santos da Silva (homicídio cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou outro motivo torpe, por motivo fútil e mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima).

Segundo consta dos autos, o réu Ricardo Abdulmassih teria contratado o primeiro recorrente, que, mediante recebimento de determinada quantia em dinheiro, subcontratou os demais acusados para assassinarem a vítima Enodes de Oliviera, candidato a Prefeito da cidade de Tupaciguara/MG.

A denúncia narra que, em 7 de setembro de 1992, por volta das 23h, o acusado Ailton desferiu 3 (três) tiros de revólver, calibre 38, contra o rosto da vítima, levando-o à morte instantânea.

Apurou-se que o réu Ailton assim agiu a mando do acusado Ricardo Abdulmassih, que o contratou por meio de José dos Santos Coutinho. O réu Valdionei aderiu à prática criminosa, na medida em que recebeu de Ricardo a arma do crime, devidamente municiada, repassando-a a Ailton para que executasse o homicídio e dando-lhe fuga após o crime.

Segundo, ainda, a denúncia, os réus Ailton e Valdionei foram escondidos pelo acusado Ricardo nas dependências de Posto de Gasolina de propriedade da família deste último, fornecendo-lhes, em seguida, a arma e o veículo utilizados na empreitada criminosa.

O crime teria sido cometido por motivo fútil, pelo fato de a vítima ser candidata favorita às eleições municipais e o tio de Ricardo, que também estaria disputando o pleito, não ter chances de vitória. Ademais, a vítima fora assassinada à traição e mediante recurso que lhe dificultou a defesa, pois alvejada de inopino e à queima-roupa (e-STJ fl. 2.003).

Pronunciado nos termos da denúncia e após o desmembrado do feito em relação aos acusados Ailton Gomes, Valdionei Santos e Ricardo Abdulmassih, o aqui recorrente (José dos Santo), levado a julgamento perante o Tribunal do Júri, foi condenado por infração ao art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 13 anos de reclusão, em regime inicial fechado (e-STJ fls. 1.756/1.757).

Referido julgamento acabou por ser anulado pela Corte *a quo*, com o acolhimento da tese de que os jurados, ao negarem que o crime fora cometido mediante paga ou promessa de recompensa, incorreram em inegável contradição.

Aprecia-se, primeiramente, a tese de nulidade arguida pelo réu José dos Santos Coutinho. No que interessa, o acórdão recorrido assim se manifestou (e-STJ fls. 2.004/2006).

Preliminarmente, sustentou a defesa que a redação do terceiro quesito, relativo à participação do acusado José dos Santos Coutinho, teria nulificado o julgamento, na medida em que teria causado perplexidade nos jurados, que foram indagados sobre duas situações em uma mesma proposição (execução e fuga). Ainda acerca do mesmo quesito, afirmou que em nenhuma das peças fontes dos quesitos fez-se menção à contratação por parte do apelante dos pistoleiros que executaram a vitima, mas tão somente, à contratação para dar fuga a um destes executores.

Da leitura do termo de votação dos questionários, em especial o impugnado terceiro quesito, não pude vislumbrar qualquer complexidade em sua redação que poderia sustentar a alegação defensiva de que os jurados teriam sido levados à perplexidade. Neste tópico, tenho por oportuna sua transcrição:

"(...) O réu JOSÉ DOS SANTOS COUTINHO concorreu para a prática do crime acima descrito, contratando pistoleiros, sob as ordens de terceira pessoa, para executara vítima?

Vê-se que a proposição revela-se simples a indagar dos jurados o entendimento acerca da participação do acusado no crime em exame. Vale destacar aqui que, ao contrário do que afirmou a defesa, o quesito limitou-se a questionar os jurados se o réu havia concorrido para o crime ao contratar pistoleiras para sua execução, sob o mando de terceira pessoa, nada aludindo acerca da mencionada fuga.

Outrossim, também não retrata a realidade dos fatos a alegação defensiva de que em nenhum momento se teria imputado ao réu a conduta de contratar pistoleiros para executar a vítima.

Da leitura da exordial (fls. 02/06), da pronúncia (fls. 564/579), e do libelo acusatório (fls. 697/698), peças fontes dos quesitos, verifica-se exatamente o contrário, ou seja, que em todos os momentos foi-lhe imputada a conduta de contratar pistoleiros, a pedido do autor intelectual do crime, para matarem a vítima.

Vale dizer, por fim que a defesa também não protestou contra a redação dos quesitos quando da leitura destes em Plenário (ata de julgamento - fls. 1424/1427). Assim sendo, o inconformismo encontra-se precluso, pois do contrário, a parte poderia silenciar acerca da redação do quesito e aguardar o resultado do julgamento, e somente em sendo ele desfavorável, levantar a preliminar de nulidade, exatamente como pretende a defesa no caso dos autos. E isto não se pode admitir, com a devida vênia do Combativo Defensor.

Assim sendo, hei por bem rejeitar a preliminar.

Esse entendimento não merece ressalva.

Com efeito, o quesito questionado não apresenta qualquer *perplexidade*, e está de acordo com a tese acusatória de que o recorrente "subcontratou" os demais acusados para a *execução* do homicídio, pouco importando que um tenha atirado e o outro dado fuga, visto que no mesmo contexto da empreitada criminosa, sendo ambos co-autores.

Em aditamento, deve ser ressaltado que o acórdão recorrido não dissentiu da orientação desta Corte, que já se pronunciou no sentido de que eventuais irregularidades na quesitação devem ser suscitadas no momento oportuno e registradas na ata da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, sob pena de preclusão. Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. DECISÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL A QUO. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO STF. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS. ART. 59 DO CP.

INOVAÇÃO RECURSAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. INEXISTÊNCIA. QUESITO REFERENTE À TORPEZA. PRECLUSÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. SOBERANIA. ACOLHIMENTO DE UMA DAS TESES. CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

(...).

5. Eventuais irregularidades na quesitação devem ser suscitadas no momento oportuno e registradas na ata da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, sob pena de preclusão. Ademais, a alegação de nulidade da quesitação, especificamente em relação ao quesito referente ao motivo torpe, não foi objeto do recurso de apelação e, consequentemente, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, o que faz incidir a Súmula 282/STF, que obsta o conhecimento do recurso por falta de prequestionamento.

(...).

8. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp. 1.511.865/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES. OFENSA AO ART. 381, III, DO CPP. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CONTRARIEDADE AO ART. 619 DO CPP. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. INTENTO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONTRARIEDADE AO ART. 458, III, DO CPC. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 466, § 1º, E 564, III, "J", AMBOS DO CPP. INOCORRÊNCIA. QUEBRA DE INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 483, § 4º, E 564, III, "K", AMBOS DO CPP. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE QUESITO ESPECÍFICO SOBRE A TESE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. NÃO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. DESNECESSIDADE. RESPOSTA AFIRMATIVA ANTERIOR PELO DOLO NA CONDUTA DO AGENTE. VILIPÊNDIO AOS ARTS. 156, II, 209 E 497, XI, TODOS DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO EXTEMPORÂNEO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS EM PLENÁRIO. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 593, III, '"D" DO CPP, E 18, I, DO CP. JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. (I) - ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. (II) - ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPROPRIEDADE. (III) - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 59 DO CP. OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO DA PENA. MODIFICAÇÃO DO

REGIME. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

(...).

5. Este Superior Tribunal de Justiça é firme na compreensão de que as possíveis irregularidades na quesitação devem ser arguidas no momento oportuno, devendo constar em ata de julgamento, sob pena de preclusão, nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

(...).

8. Segundo a legislação processual penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, o que não ocorreu na espécie.

(...). (REsp. 1.440.787/ES, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 03/09/2014).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PLURALIDADE DE ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. INTIMAÇÃO EM NOME DE APENAS UM, POR MEIO DA IMPRENSA OFICIAL, DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE QUESITO ESPECÍFICO SOBRE A TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRECLUSÃO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

(...).

3. As possíveis irregularidades na quesitação devem ser arguidas no momento oportuno, devendo constar em ata de julgamento, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, o que não ocorreu na presente hipótese.

4. Habeas corpus denegado. (HC 187.919/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).

Assim, inafastável a incidência da Súmula 83/STJ, inviabilizando o recurso por ambas as alíneas do permissivo constitucional.

No tocante ao recurso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a tese é a mesma suscitada nos autos do REsp. 1.201.548/MG, relativo ao corréu Ricardo Abdulmassih, que também teve o júri anulado em razão do reconhecimento da existência de contradição na resposta dos jurados, consistente no afastamento, pelos jurados, da qualificadora do cometimento do crime mediante paga ou promessa de recompensa ao mandante.

Do mesmo modo que para o corréu Ricardo, a Turma *a quo* entendeu que *se a atuação do imputado José dos Santos se liga justamente à possibilidade de ter contratado terceiros para a execução material do crime, dando apoio ao indicado mandante, aspecto inclusive reconhecido no terceiro quesito (f. 1.420), soa-nos contraditório negar justamente a paga ou promessa de recompensa, conforme resposta à sexta indagação (fl. 1.421)* (e-STJ fl. 2.014).

A solução para ambos os casos deve ser a mesma, no sentido do provimento do recurso ministerial.

No homicídio mercenário, não se olvida a existência de pronunciamentos judiciais, inclusive desta Corte, no passado, que entendiam que as circunstâncias de caráter pessoal, tal como a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa, são incomunicáveis, *ex vi* do art. 30 do Código Penal (REsp. 467.810/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 19/12/2003).

No entanto, a atual jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a paga ou promessa de recompensa se comunica tanto ao agente que executa a conduta descrita no artigo 121 do CP, quanto ao autor intelectual.

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.

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).

Nessa linha, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. [...] 4) QUALIFICADORAS. CRIME MEDIANTE PAGA. ELEMENTAR DO TIPO. COMUNICAÇÃO AO AUTOR INTELECTUAL. DELITO DE EMBOSCADA. COMUNICABILIDADE QUE DEPENDE DA ESFERA DE CONHECIMENTO DO MANDANTE. DESCONSTITUIÇÃO QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

[...]

- A qualificadora do homicídio mediante paga é elementar do tipo penal, estendendo-se também ao mandante do delito. Assim, não há falar em existência de constrangimento ilegal na comunicação ao paciente, autor intelectual do crime, da qualificadora prevista no inciso I, do § 2º do art. 121 do Código Penal - CP.

[...]

Ordem denegada (HC 291.604/PI, Rel. Min. ERICSON MARANHO, Desembargador Convocado do TJ/SP, Sexta Turma, julgado em 1º/10/2015, DJe 22/10/2015).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. DUPLO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. NÃO VINCULAÇÃO DA CORTE AD QUEM. COMUNICAÇÃO DA QUALIFICADORA DE PROMESSA DE PAGA AO AUTOR INTELECTUAL. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DA DISSIMULAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA. CABIMENTO. INGRESSO NO ESPECTRO DE CONHECIMENTO DO COAUTOR. NECESSIDADE DE

REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

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

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp. 912.491/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 9/11/2010, DJe 29/11/2010).

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 (HC 99.144/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 4/11/2008, DJe 9/12/2008).

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. P**AGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. COMUNICABILIDADE AO MANDANTE DO CRIME.** MEIO CRUEL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 21 DO STJ. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. RÉU QUE RESPONDEU PRESO AO PROCESSO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA (DEGRAVAÇÃO DE CD). CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE.*

1. O Magistrado de primeiro grau procedeu adequadamente e de maneira concreta a fundamentação acerca da admissibilidade das qualificadoras do crime de homicídio, contendo a decisão impugnada sucinto juízo de probabilidade em respeito à competência do Conselho de Sentença, inexistindo, assim, a alegada violação do art. 93, IX, da Constituição Federal.

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

3. No que diz respeito às qualificadoras do meio cruel e do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, verificar a existência ou não das referidas circunstâncias, bem como aferir se o paciente, na qualidade de co-autor, tinha conhecimento da forma de execução do crime, demandaria o reexame da matéria fático-probatória, procedimento inviável em sede de habeas corpus.

4. A prisão preventiva, mantida em sede de pronúncia, encontra-se razoavelmente motivada na necessidade da segregação do acusado para se preservar a ordem pública, em razão de sua periculosidade, evidenciada pelas circunstâncias do crime, bem como para assegurar a futura aplicação da lei penal.

5. Quanto à alegação de excesso de prazo na formação da culpa, incide, no caso, o enunciado da Súmula nº 21 desta Corte, impondo-se notar que o julgamento do paciente, pelo Tribunal do Júri, está marcado para o mês de novembro/2008.

6. A integralidade das gravações da prova oral produzida na instrução criminal restou entregue a todos os acusados, mediante a disponibilização da cópia do respectivo CD-ROM (reprodução de som e imagem), portanto, não há se falar em cerceamento de defesa, até porque o art. 405, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, prevê a adoção desse sistema informatizado.

7. Habeas corpus denegado.

(HC 78.643/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 17/11/2008)

Cite-se, ainda, as decisões monocráticas proferidas no REsp. 1.493.196/MG, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 10/2/2015 e no REsp. 1.212.176/MT, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJ 24/9/2015.

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"I. Homicídio: qualificativa de cometimento do crime mediante paga ou promessa de recompensa que, embora relativa ao mandatário, se comunica ao mandante. II. Júri: quesitos: pretensa nulidade que, se existente, nenhum prejuízo causou a defesa, pois relativo o quesito impugnado a segunda qualificadora do homicídio, cuja pena foi fixada no mínimo legal. III. Júri: quesito não obrigatório: menor importância da participação de co-réu, não alegada pela defesa". (HC 69940, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/1993, DJ 02-04-1993 PP-05621 EMENT VOL-01698-06 PP-01127).

A propósito, mesmo para aqueles que continuam sustentando a incomunicabilidade automática a coautores do homicídio, não vislumbram 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. A título de exemplo, 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 acidental 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 1209852/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

Assim, no ponto, a irresignação não prospera. Todavia, tem razão o Ministério Público quanto aponta para a *inexistência* de nulidade dos quesitos, pois, tal como redigidos e apreciados pelo Conselho de Sentença, não encerraram contradição, nem foram capazes de induzir a erro os jurados, pois vinculados à tese acusatória amplamente debatida em plenário.

Os quesitos foram elaborados em proposições simples, de modo claro, em total consonância com os fatos delineados na sentença de pronúncia e relativos à participação do corréu José dos Santos Coutinho na empreitada criminosa (se concorreu para o crime contratando pistoleiros, sob as ordens de terceira pessoa, para executar a vítima).

A contradição só foi reconhecida pelo acórdão recorrido em razão da aceitação de uma das correntes jurisprudenciais possíveis, qual seja, aquela que admite a comunicação da qualificadora da paga ou promessa de recompensa ao mandante, sendo certo que a tese nem sempre foi pacífica na doutrina e na jurisprudência.

De qualquer forma, *não há falar em contradição das respostas dadas pelos jurados com entendimento jurisprudencial ou doutrinário.*

A propósito do tema, confira-se a orientação jurisprudencial desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO E DE RIXA QUALIFICADA. ARGUIDA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TESE DE BIS IN IDEM. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. DECLARADO PRESCRITO O DELITO DE RIXA PELA CORTE REGIONAL. QUESITAÇÃO. ARGUIDA NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No Júri, os quesitos devem ser formulados em proposições simples e bem definidas, para que possam ser respondidos com suficiente clareza, de modo a não causar, nos jurados leigos, dúvidas ou perplexidade. Assim, quesitos complexos ou com formulação deficiente geram a nulidade do julgado.

2. No caso em apreço, não se detecta nenhuma invalidade no termo de quesitação, uma vez que sua redação permitiu aos jurados plena ciência das condutas imputadas ao acusado, não se constatando prejuízo ao Réu.

(...)

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp. 1.316.076/PE, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 19/12/2013).

JÚRI. NULIDADE. QUESITAÇÃO. RESPOSTA. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. DEFESA DA HONRA. AGRESSÃO INJUSTA. SITUAÇÃO A ENSEJAR O REGISTRO EM ATA DE JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE APONTAMENTO. CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A DEFESA VERIFICADA. VÍCIO INOCORRENTE.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. A contradição na resposta aos quesitos dada pelos jurados deve ser examinada ante o postulado da oralidade que rege o julgamento do Tribunal do Júri, de modo que somente se concebe nulidade se houve a devida anotação na ata de julgamento.

3. No caso vertente, os quesitos expressamente aceitos pelas partes mantiveram, em tese, a correlação entre a denúncia e a tese defensiva, motivo pelo qual não se concebe a existência pura e simples de nulidade.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 290.593/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015).

Do procedente relatado pela Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, colho as seguintes considerações:

Nesse ponto, antes de adentrar no exame da controvérsia, penso que a discussão proposta não deve subsistir neutra, como algo apurado apenas pelo sentido das palavras contidas nos quesitos formulados aos senhores jurados, mas jungida a necessidade de se pontuar os fatos no exato instante em que eles foram produzidos, de modo que exclua da mente do observador a idéia de que a simples indicação de perguntas resulte desde logo a existência de confusão na análise de determinada realidade.

Quer-se alertar, neste passo, que a discussão ora promovida reclama uma análise do contexto, em que os atores principais, acusação, defesa e juízes, construíram um sentido para o evento penal; ou seja, não se deve emprestar às expressões cambiadas para o texto dos quesitos total e cega obediência.

Não se pode esquecer que a discussão sobre a verdade dos fatos, na órbita do Júri, decorre basicamente de um ambiente edificado em torno da oralidade e da troca de impressões diretas.

(...).

Penso que é em razão da oralidade fundante do Júri, na linha dos ensinamentos do saudoso mestre, que resultam as fórmulas de nulidade instituídas pelo Código de Processo Penal.

Entender o mecanismo de apreensão da realidade no julgamento perante o Conselho de Sentença, por isso, atrai a conjugação de vários fatores, sendo um de especial destaque: a visão de que o calor dos debates e as representações verbais superam o sentido dos textos e dos enunciados escritos.

Daí porque ser tão importante aos atores requerer o registro, passo por passo, fase por fase, de eventuais desproporções em torno da verdade ali produzida e dos obstáculos que se interpõem, porque a fonte do conhecimento sobre o fato, portanto, sobre o que é a representação da realidade, funda-se nas apreensões do sujeito que o conhece (jurado), em sua convicção íntima.

Assim, só se pode ter como certa a contradição para os jurados por meio da constatação in loco e do registro no mesmo instante da percepção, sob pena de, na dúvida, não ser possível idealizar, no futuro, pela expressão das palavras, a existência de comprometimento do raciocínio dos julgadores.

Então, visto o presente caso sob as premissas das teses da acusação e da defesa, não tenho por certa a decantada nulidade, até porque, na ata da sessão do júri, à fl. 25, consta que os jurados entenderam bem a quesitação e, por sua vez, as partes nada tinham a reclamar.

De fato, a construção dos quesitos correspondeu precisamente ao que foi discutido, tanto pela acusação quanto pela defesa.

Assim, a nulidade defendida pelos impetrantes, em face da verificação de possível contradição nas respostas ao 3º e 4º quesitos ("Essa agressão era injusta?), não se mostra apurável de pronto, cumprindo reafimar que os questionamentos realizados aos jurados tiveram por parâmetro, pelo menos é o que se depreende das versões, à mingua de qualquer contestação no momento oportuno, a condução acusatória e a contestação da defesa, desde o início do processo penal, de cujo ambiente deve advir a interpretação do veredicto.

A propósito, a Suprema Corte tem ponderado que a congruência dos quesitos com o que deliberaram defesa e acusação retira a configuração de nulidades. É exemplo desse entendimento:

"Direito Processual Penal. Júri. Nulidades. Direito de apelar. Cerceamento de defesa. Júri. Quesitos. Legitima defesa putativa. Circunstancias qualificadoras do homicidio. 1. Tomando, o réu, conhecimento da sentença, em plenário do júri, assim como seu defensor, sem interpor o recurso de apelação e chegando, depois, a pedir revisão criminal da condenação, admitindo, pois, a existência de coisa julgada, não se pode dizer que tenha ficado cerceado seu direito de apelar. 2. No quesito relativo a legitima defesa putativa, não é necessário qualificar-se como "atual" ou "iminente" a agressão que o réu supõe sofrer. 3. Corretamente formulados os quesitos relativos as circunstancias qualificadoras do homicídio, nos limites da pronuncia e do libelo, sem risco de perplexidade dos jurados e de prejuízo para a defesa, não e de se reconhecer nulidade a respeito. 4. "H.C." indeferido." (HC 71505, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES,

PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/1994, DJ 10-03-1995 PP-04880 EMENT VOL-01778-01 PP-00121)

No caso concreto, a compreensão das teses expostas em plenário fica transparente, tanto que a exclusão da qualificadora decorreu de pedido do Ministério Público, que alertou os jurados sobre a existência de diferentes entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

Assim, não se admite a existência de contradição em razão do não acatamento, à época do julgamento, de uma dentre duas teses jurídicas possíveis, se o conteúdo da acusação foi apreendido e não há dissonância com a tese acusatória ou defensiva, mormente porque, ao final, *a exclusão da qualificadora foi benéfica ao acusado.*

Com efeito, **não se compreende como a exclusão de uma qualificadora pode ser prejudicial ao acusado, considerando a ausência de recurso do Ministério Público, e sem que tenha sido constatada decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a menos que se admita que, em novo julgamento, ela possa ser incluída.**

O juízo condenatório da conduta principal do réu feito pelos Jurados não sofreu qualquer interferência com a exclusão da referida qualificadora pelo Conselho de Sentença, inexistindo uma relação de prejudicialidade entre eles, porquanto, como dito, à luz do entendimento jurisprudencial e doutrinário da época, a conclusão pela incomunicabilidade da qualificadora era perfeitamente possível.

Por fim, não há registro, na ata de julgamento, de impugnação da defesa quanto à redação dos quesitos ou mesmo em relação à suposta contradição das respostas. **É pacífico que eventuais irregularidades da quesitação devem ser arguidas no momento oportuno, como antes mencionado.**

Estando o acórdão recorrido em desacordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, impõe-se a sua reforma, para o fim de, afastada a contradição reconhecida e, consequentemente, a necessidade de submissão do recorrido a novo júri, o Tribunal *a quo* julgue o mérito das apelações, como entender de direito.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de JOSÉ DOS SANTOS COUTINHO. Recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS **parcialmente conhecido e, nessa parte, provido,** para afastar a necessidade de submissão do acusado a novo julgamento, determinando ao Tribunal *a quo* que prossiga no julgamento das apelações, como entender de direito.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. NILVIO DE OLIVEIRA BATISTA (P/RECTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais
Recurso Especial n. 0007264-93.2013.8.26.0590

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 negando provimento ao recurso de JOSÉ DOS SANTOS COUTINHO e conhecendo parcialmente do recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS e, nessa parte, dando-lhe provimento, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer."

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial interposto por JOSÉ DOS SANTOS COUTINHO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS em face de acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O processo foi relatado de forma minuciosa pelo em. Ministro Relator, **Reynaldo Soares da Fonseca**, dispensando-se maiores divagações.

O em. Ministro Relator negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público, para afastar a anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para apreciação dos demais fundamentos dos apelos.

Para melhor analisar o feito, pedi vista dos autos.

Inicialmente, externo minha anuência com o voto do em. Ministro Relator, acompanhando-o na conclusão, porém divergindo de suas razões, apenas para expor minha contrariedade ao entendimento de comunicabilidade obrigatória da qualificadora prevista no inciso I do artigo 121 do Código Penal ao mandante do crime de homicídio, consistente em "paga ou promessa de recompensa", uma vez que mantenho minhas razões contidas no julgamento do HC 78.404/RJ, cuja ementa restou assim definida:

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

I - Em que pese a regra geral determinar devam as nulidades quanto aos quesitos serem arguidas em plenário sob pena de preclusão, tal entendimento não alcança as chamadas nulidades absolutas.

II - Verifica-se, in casu, a inobservância da ordem de formulação dos quesitos - in casu as qualificadoras precederam à indagação acerca da participação do paciente - apta a atrair a incidência da Sumula 162 do Pretório Excelso "É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes." III - 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 (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., incomunicável.

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).

Não obstante, melhor oportunidade de se debater a matéria ocorrerá nos autos do Recurso Especial 1.415.502/MG de minha relatoria.

Ante o exposto, acompanho o em. Ministro Relator em sua conclusão.

É o voto.

3.2. DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA

Como se verifica pela transcrição ora feita, é evidente o paralelismo entre os casos tratados no r. julgado trazido à colação e a hipótese decidida nos autos: nos dois processos houve decisão sobre a qualificadora do homicídio mercenário comunicar-se com o mandante; porém, as soluções aplicadas apresentam-se opostas.

Segundo o teor do v. acórdão impugnado:

"Verifico, no entanto, irregularidade insanável no julgamento ora combatido.

Extrai-se da denúncia a imputação contra José da Silva Martiniano Filho, consistente na execução do homicídio qualificado pelo motivo torpe, tendo em vista a motivação mercenária, já que foi contratado para matar

a vítima e o fez estimulado pelo pagamento prévio de R$450,00, valor complementado pela arma utilizada no assassinato, que lhe foi fornecida a título definitivo. Ele, José, sim, foi denunciado por infração ao artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, pelo motivo torpe, repita-se, mercenário.

Já contra FLÁVIO e João Luiz Victorino, diferentemente, ao que se percebe da narrativa inicial, acolhida na pronúncia, não consta qualquer circunstância qualificadora adicional, não podendo eles, ou FLÁVIO, ora apelante, responderem pelo homicídio mercenário, atribuível apenas a quem recebe o dinheiro para matar, não a quem paga. O mandante, imputação que pesa contra FLÁVIO, pode ou não estar motivado pela torpeza ou outra motivação reprovável. No caso, a denúncia não imputa nem a pronúncia reconhece formalmente algum motivo torpe ou fútil, nem mesmo outra circunstância qualificadora de natureza subjetiva ou objetiva.

Houve, portanto, evidente excesso ou equívoco na imputação. Segundo Luiz Regis Prado, "*para reconhecimento da qualificadora exige-se que a paga ou promessa de recompensa seja o motivo que desencadeou a resolução delitiva, embora não seja necessária a efetiva obtenção da vantagem visada. Predomina o entendimento segundo o qual a recompensa deve ter, para a configuração da qualificadora, conteúdo econômico*". Prossegue afirmando que "*a paga ou a 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. A **ratio** da qualificadora é o móvel de lucro, considerado especialmente reprovável. Logo, incabível a aplicação da qualificadora àquele que oferece paga ou recompensa, visto que o agente atua imbuído de motivação diversa, sendo possível, inclusive, que o faça por motivo nobre*" (***in*** "Comentários ao Código Penal", Ed. RT, 9ª edição, 2014, p. 489).

Enfim, a anulação do julgamento é medida de rigor por não constar da denúncia ou mesmo da pronúncia a descrição explícita de qualquer circunstância de natureza objetiva ou subjetiva que qualifique o homicídio supostamente praticado pelo apelante.

Registro que não há falar em, na espécie, em desclassificação, providência cabível apenas quando a imputação abarca efetivamente alguma qualificadora e ela não resta comprovada. Houve, no caso, evidente excesso ou equívoco, pois a qualificadora do motivo torpe por paga não se comunica entre o mandante e o executor do homicídio.

3. Por tais fundamentos, pelo meu voto, dou provimento ao apelo defensivo para anular o julgamento do Tribunal do Júri a fim de que outro seja realizado por homicídio simples, afastada, no caso, a qualificadora do motivo torpe.

Enquanto para o paradigma:

No homicídio mercenário, não se olvida a existência de pronunciamentos judiciais, inclusive desta Corte, no passado, que entendiam que as circunstâncias de caráter pessoal, tal como a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa, são incomunicáveis, *ex vi* do art. 30 do Código Penal (REsp. 467.810/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 19/12/2003).

No entanto, a atual jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a paga ou promessa de recompensa se comunica tanto ao agente que executa a conduta descrita no artigo 121 do CP, quanto ao autor intelectual.

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.

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).

Nessa linha, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. [...] 4) QUALIFICADORAS. CRIME MEDIANTE PAGA. ELEMENTAR DO TIPO. COMUNICAÇÃO AO AUTOR INTELECTUAL. DELITO DE EMBOSCADA. COMUNICABILIDADE QUE DEPENDE DA ESFERA DE CONHECIMENTO DO MANDANTE. DESCONSTITUIÇÃO QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

[...]

- A qualificadora do homicídio mediante paga é elementar do tipo penal, estendendo-se também ao mandante do delito. Assim, não há falar em existência de constrangimento ilegal na comunicação ao paciente, autor intelectual do crime, da qualificadora prevista no inciso I, do § 2º do art. 121 do Código Penal - CP.

[...]

Ordem denegada (HC 291.604/PI, Rel. Min. ERICSON MARANHO, Desembargador Convocado do TJ/SP, Sexta Turma, julgado em 1º/10/2015, DJe 22/10/2015).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. DUPLO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. NÃO VINCULAÇÃO DA CORTE AD QUEM. COMUNICAÇÃO DA QUALIFICADORA DE PROMESSA DE PAGA AO AUTOR INTELECTUAL. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DA DISSIMULAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA. CABIMENTO. INGRESSO NO ESPECTRO DE CONHECIMENTO DO COAUTOR. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.[...]

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

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp. 912.491/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 9/11/2010, DJe 29/11/2010).

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 (HC 99.144/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 4/11/2008, DJe 9/12/2008).

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. P**AGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. COMUNICABILIDADE AO MANDANTE DO CRIME.** MEIO CRUEL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 21 DO STJ. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. RÉU QUE RESPONDEU PRESO AO PROCESSO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA (DEGRAVAÇÃO DE CD). CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE.*

1. O Magistrado de primeiro grau procedeu adequadamente e de maneira concreta a fundamentação acerca da admissibilidade das qualificadoras do crime de homicídio, contendo a decisão impugnada sucinto juízo de probabilidade em respeito à competência do Conselho de Sentença, inexistindo, assim, a alegada violação do art. 93, IX, da Constituição Federal.

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

3. No que diz respeito às qualificadoras do meio cruel e do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, verificar a existência ou não das referidas circunstâncias, bem como aferir se o paciente, na qualidade de co-autor, tinha conhecimento da forma de execução do crime, demandaria o reexame da matéria fático-probatória, procedimento inviável em sede de habeas corpus.

4. A prisão preventiva, mantida em sede de pronúncia, encontra-se razoavelmente motivada na necessidade da segregação do acusado para se preservar a ordem pública,

em razão de sua periculosidade, evidenciada pelas circunstâncias do crime, bem como para assegurar a futura aplicação da lei penal.

5. Quanto à alegação de excesso de prazo na formação da culpa, incide, no caso, o enunciado da Súmula nº 21 desta Corte, impondo-se notar que o julgamento do paciente, pelo Tribunal do Júri, está marcado para o mês de novembro/2008.

6. A integralidade das gravações da prova oral produzida na instrução criminal restou entregue a todos os acusados, mediante a disponibilização da cópia do respectivo CD-ROM (reprodução de som e imagem), portanto, não há se falar em cerceamento de defesa, até porque o art. 405, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, prevê a adoção desse sistema informatizado.

7. Habeas corpus denegado.(HC 78.643/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 17/11/2008)

Cite-se, ainda, as decisões monocráticas proferidas no REsp. 1.493.196/MG, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 10/2/2015 e no REsp. 1.212.176/MT, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJ 24./9/2015.

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:
"I. Homicídio: qualificativa de cometimento do crime mediante paga ou promessa de recompensa que, embora relativa ao mandatário, se comunica ao mandante. II. Júri: quesitos: pretensa nulidade que, se existente, nenhum prejuízo causou a defesa, pois relativo o quesito impugnado a segunda qualificadora do homicídio, cuja pena foi fixada no mínimo legal. III. Júri: quesito não obrigatório: menor importância da participação de co-réu, não alegada pela defesa". (HC 69940, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/1993, DJ 02-04-1993 PP-05621 EMENT VOL-01698-06 PP-01127).

A propósito, mesmo para aqueles que continuam sustentando a incomunicabilidade automática a coautores do homicídio, não vislumbram 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. A título de exemplo, 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 acidental 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 1209852/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

Portanto, <u>enquanto para o r. julgado recorrido</u>:

"Houve, no caso, evidente excesso ou equívoco, pois a qualificadora do motivo torpe por paga não se comunica entre o mandante e o executor do homicídio"

Já <u>para o v. acórdão paradigma</u>: "

"...a atual jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a paga ou promessa de recompensa se comunica tanto ao agente que executa a conduta descrita no artigo 121 do CP, quanto ao autor intelectual".

Nítida, pois, a semelhança das situações cotejadas e manifesta a divergência de soluções.

Sendo assim, mais correta, a nosso ver, a solução encontrada pela decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

4. DO PEDIDO

Ante o exposto, demonstrados fundamentadamente a negativa de vigência à lei federal e o dissídio jurisprudencial, aguarda o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO seja deferido o processamento do presente **<u>RECURSO ESPECIAL</u>** por essa Egrégia Presidência, bem como seu ulterior conhecimento e provimento pelo **<u>Superior Tribunal de Justiça</u>**, para que seja cassada a decisão impugnada, restabelecendo-se a decisão do Conselho de Sentença

que condenou **F. F. L.** como incurso no artigo 121, § 2º, I, do Código Penal por ter, mediante paga a terceiro, concorrido para o homicídio praticado contra *Valdemir Pereira Lopes*

São Paulo, 1 de março de 2017.

JORGE ASSAF MALULY
PROCURADOR DE JUSTIÇA

JAIRO JOSÉ GÊNOVA
PROMOTOR DE JUSTIÇA
DESIGNADO